

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Livia Lenz de Moraes

**OS EFEITOS JURÍDICOS DAS CARTAS DE INTENÇÕES E MEMORANDOS DE
ENTENDIMENTOS**

Porto Alegre

2016

Lívia Lenz de Moraes

**OS EFEITOS JURÍDICOS DAS CARTAS DE INTENÇÕES E MEMORANDOS DE
ENTENDIMENTOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Privado pelo Programa do Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Luis Renato Ferreira da Silva

Porto Alegre

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores do Direito da UFRGS que de alguma forma contribuíram para o presente trabalho, em especial ao meu orientador, Dr. Luis Renato Ferreira da Silva, pela incansável orientação, sem a qual a elaboração do presente trabalho não seria possível.

Agradeço também os meus familiares que acompanharam de perto o esforço e o tempo necessários para a execução desse estudo, em especial ao meu marido, que contribuiu de todas as formas possíveis, prestando o seu total e ilimitado apoio, sempre com muito amor e boa vontade.

RESUMO

MORAES, Livia Lenz de. *Os efeitos jurídicos das cartas de intenções e memorandos de entendimentos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2016.

O presente trabalho tem como objeto a análise dos documentos preliminares, usualmente chamados de carta de intenções e memorando de entendimentos, firmados na fase das tratativas durante o período pré-contratual. Em um primeiro momento, busca-se entender a natureza desses documentos, mediante o exame dos atos das partes na fase das tratativas, em especial as negociações e as declarações de vontade, e a comparação com figuras afins, como a proposta, o contrato, o contrato preliminar, a carta-conforto e a minuta. A partir dessa compreensão, aliada à demonstração de sua tipicidade social, chega-se a uma definição de documentos preliminares, baseada no acordo de vontades capaz de produzir efeitos obrigacionais de intensidade variada. Em um segundo momento, expõe-se a principal forma de tratamento dispensada a esses documentos na *common law*, dividindo-os entre aqueles que têm eficácia jurídica contratual (*binding*) e aqueles que não têm eficácia jurídica (*non-binding*). Posteriormente, são trazidos casos da jurisprudência brasileira, seguindo-se o mesmo método, culminando com o papel da figura do abuso de direito nos casos de rompimento das negociações, identificada como a principal situação que desencadeia a discussão dos efeitos desses documentos nos tribunais. Adiante, as obrigações autônomas, como a de confidencialidade, exclusividade e divisão de custo, muitas vezes verificadas nesses documentos, são objeto de estudo, finalizando-se com a análise de determinadas cláusulas, perquirindo-se sua validade e efeitos. O resultado deste estudo revela que os efeitos que serão produzidos por um documento preliminar dependem não apenas do seu conteúdo, mas também do comportamento das partes condizente com ele. A partir desses dois fatores será possível determinar se o documento produzirá algum efeito, incluindo efeitos de vinculação aos deveres de proteção ou de vinculação contratual.

Palavras-chave: Carta de intenção. Memorando de entendimentos. Tratativas. Período pré-contratual. Vinculatividade.

ABSTRACT

MORAES, Livia Lenz de. *Os efeitos jurídicos das cartas de intenções e memorandos de entendimentos*. 2016. Dissertation (Master's in Law) – School of Law, Post Graduate Studies, Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2016.

The subject of this work is the analysis of the preliminary documents, usually known as letter of intent or memorandum of understanding, executed in the negotiation phase during the precontractual period. Firstly, it seeks to understand the nature of these documents, through the examination of the parties' acts during the negotiation phase, especially their dialogues and declarations, and the comparison with the proposal, the contract, the preliminary contract, the comfort letter and the minute. Given this comprehension, added to its social typicality, it reaches a definition of the preliminary document, based on the agreement capable of producing obligational effects of varied intensity. Secondly, it introduces the main approach given to these documents by the common law system, dividing them between those that have contractual legal effects (binding) and those that don't have any legal effects (non-binding). Subsequently, cases from the Brazilian Case Law are brought, following the same method, ending with the role of the abuse of the law in the cases in which the parties break the negotiations, which are identified as the main situation that triggers the courts debate about the effects of such documents. Furtherly, the independent obligations, such as confidentiality, exclusivity and sharing of expenses, commonly identified in these documents, are studied, finalizing with the analysis of certain clauses investigating its validity and effects. The result of this work reveals that the effects that will be produced by a preliminary document depend not only of its content, but also of a parties' behavior suitable with it. From these two factors it will be possible to determine whether or not the document will produce any effect, including binding effects in relation to protection duties or binding contractual effect.

Keywords: Letter of intent. Memorandum of understanding. Negotiation. Pre-contractual period. Bindingness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A formação progressiva dos contratos: tratativas, documento preliminar e contrato.....	16
1.1. A aproximação das partes.....	16
1.2. A figura jurídica da fase das tratativas: a boa-fé objetiva.....	19
1.3. A fase das tratativas: negociações e declarações de vontade.....	24
1.4. Documentos preliminares e proposta.....	29
1.5. Documentos preliminares e contrato.....	32
1.6. Documentos preliminares e contrato preliminar.....	37
1.7. Documentos preliminares e carta-conforto.....	44
1.8. Documentos preliminares e minuta.....	49
1.9. Documentos preliminares como tipo social?	53
1.10. Proposta de definição dos documentos preliminares.....	60
2. Os documentos preliminares na prática: utilização e possíveis efeitos.....	63
2.1. O tratamento da <i>common law</i> aos documentos preliminares.....	63
2.1.1. A noção de contrato na <i>common law</i>	64
2.1.2. A abordagem do <i>all or nothing</i>	70
2.1.2.1. Documentos preliminares vinculantes (<i>binding</i>).....	73
2.1.2.2. Documentos preliminares não vinculantes (<i>non-binding</i>).....	78
2.2. O tratamento do Direito brasileiro aos documentos preliminares.....	83
2.2.1. A jurisprudência brasileira: vinculação vs. não vinculação.....	85
2.2.2. A figura do abuso de direito nos documentos preliminares.....	92
2.3. Documentos preliminares intermediários.....	99
2.3.1. Acordos de confidencialidade.....	100
2.3.2. Acordos de exclusividade.....	103
2.3.3. Acordos de divisão de divisão de despesas.....	105
2.4. Cláusulas específicas.....	108
2.4.1. Cláusulas que estipulam que o documento não gera efeitos jurídicos (<i>no legal effects</i>).....	108

2.4.2. Cláusulas que impõem condições.....	112
2.4.2.1. Tipos de condições nos documentos preliminares.....	114
2.4.2.2. Consequências jurídicas.....	120
2.4.3. Cláusulas que determinam que as partes negociem de acordo com a boa-fé e envidem os melhores esforços (<i>best efforts</i>).....	125
2.4.4. Cláusulas de exoneração de responsabilidade (<i>no liability</i>).....	130
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS.....	142

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo consiste na análise dos documentos firmados na fase das tratativas. Muitas formas e denominações são conferidas a esses instrumentos, sendo predominantemente conhecidos como carta de intenções, memorando de entendimentos, protocolo de intenções, acordos intermédios, *letter of intent*, *memorandum of understanding*, *heads of agreement*, *agreement in principle*, *lettre d'intention*, *pourparlers*, *engagement d'honneur* e *gentlemen agreement*.¹

Para fins do presente estudo convencionou-se tratá-los simplesmente como documentos preliminares.² O referido termo não representa uma categoria jurídica existente e não se encaixa nela, uma vez que estes documentos, como será visto, não se enquadram em conceitos técnicos pré-definidos, como, por exemplo, o de negócio jurídico. A delimitação do conceito dos documentos preliminares será feita na primeira parte do presente estudo, na qual será sugerida uma definição, assim como realizar-se-á uma análise comparativa com categorias jurídicas existentes.

Os documentos preliminares são utilizados no processo formativo de um contrato, ainda na sua fase preparatória, para múltiplas finalidades, razão pela qual os efeitos que deles decorrem vão variar e depender de diversos fatores,³ consoante se demonstrará ao longo do presente estudo. A partir da identificação das principais formas de uso desses documentos, é viável examinar os seus possíveis efeitos jurídicos no Direito brasileiro.

Nesse sentido, observa-se ampla diversificação de propósitos atribuídos aos documentos preliminares. Eles podem servir como meio de comunicar informações,

¹ Marcel Fontaine refere-se a essa variedade de denominações como “anarquia terminológica”. FONTAINE, M.; LY, F. de. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 30.

² É importante fazer uma ressalva quanto à identidade das denominações. Embora elas sejam utilizadas como sinônimos, existem pequenas diferenças conceituais que serão percebidas ao longo do presente trabalho, mas que, muitas vezes, não são levadas em consideração na prática. A doutrina muitas vezes utiliza as denominações citadas como sinônimo de negociações ou então de minutas. Verificou-se, por exemplo, que a palavra *pourparlers* em francês é muito utilizada para referir-se tanto às negociações como às minutas, mas, por vezes, refere-se aos documentos preliminares.

³ Impõe-se fazer uma observação em relação aos *gentlemen agreements* ou acordo de cavalheiros. Em algumas áreas, tais documentos são utilizados de forma diversa daquela que será analisada no presente trabalho. Nesses casos, em vez de servirem como um documento de natureza preparatória a um possível contrato futuro, eles constituem o único instrumento que regerá a relação entre as partes, sendo que o seu objetivo é justamente permanecer não vinculante. O caso mais conhecido e relatado em estudos sobre o tema é aquele do mercado de diamantes, no qual os *gentlemen agreements* são largamente utilizados. É surpreendente verificar o grau de respeitabilidade que as partes têm por tais acordos, cujo principal elemento de coerção, no caso de não cumprimento, é, pura e simplesmente, a sua reputação dentre os que atuam naquele mercado. O mercado de diamantes vige sob regras internas criadas por aqueles que nele atuam, que não estão sujeitos ao Estado, em que sanções e formas de resolução de disputas são respeitadas e seguidas por todos. Sobre o assunto, ver BERNSTEIN, H.; ZEKOLL, J. The gentleman's agreement in legal theory and in modern practice: United States. *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, v. 26, n. 1990, p. 87–110, 1998 e BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamonds industry, *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 21, p. 115, 1992.

disciplinar as fases do processo de negociação, fixar pontos já acertados pelas partes, estabelecer regras para a ruptura das negociações, definir divisão de custos na etapa pré-contratual, dispor regras de confidencialidade e segredo, bem como de exclusividade, entre outras destinações.⁴ Note-se que elas não são excludentes, sendo possível que um documento preliminar contenha todas elas, o que pode prejudicar e confundir a determinação de seus efeitos. Assim, um único documento poderá conter diversas obrigações autônomas e de naturezas distintas e a sua vinculatividade poderá se restringir apenas a algumas dessas obrigações.

Essa multiplicidade de objetivos é, sem dúvida, um dos fatores que contribui para as inconsistências e confusões no trato dos documentos preliminares, tanto pelos países que adotam o sistema da *common law* como naqueles da *civil law*. Não existe hoje uma orientação legal padronizada, que possa ser aplicada a eles,⁵ dependendo sempre das características do caso concreto e da lei aplicável.⁶ A única regra geral em relação a esses documentos é a de que não há regra geral, não sendo possível identificar se o documento produz ou não efeitos legais no momento de sua assinatura, uma vez que isso dependerá de uma análise objetiva do que as partes disseram e fizeram.⁷

A maior dificuldade desses documentos é a predominância de ambiguidade e obscuridade, o que é indesejável tanto sob o aspecto legal como sob o negocial.⁸ Esses atributos negativos podem ser atribuídos a dois aspectos dos negociadores que os firmam. Primeiro, ao fato de que frequentemente o aspecto legal do documento sequer é considerado pelos signatários, os quais raramente estão conscientes dos efeitos legais de cláusulas como a que nega efeitos ao documento, preocupando-se muito mais com o aspecto “ético vinculativo”

⁴ É importante registrar também, embora não faça parte do presente estudo, a função hermenêutica que podem exercer os documentos preliminares. Nos casos em que a negociação é concluída, firmando-se um contrato final, esses documentos, que fazem parte da etapa pré-contratual, podem, posteriormente, auxiliar na interpretação da relação negocial. Nas hipóteses em que se verifica congruência entre o documento preliminar e o contrato, ele pode esclarecer a declaração negocial contida no contrato, e nos casos em que essa congruência não se verifica, ele pode suplementar os meios interpretativos. Nesse sentido, vale referir que as cláusulas de entendimento integral – nas quais se estipula que todo e qualquer entendimento ou documento prévio é substituído pelo contrato –, muito comum nos contratos de fusões e aquisições, têm sua eficácia limitada. Ela não é capaz de atingir os princípios hermenêuticos adotados pelo Direito, como aqueles previstos nos arts. 112 e 113 do Código Civil. Sua eficácia é, tão somente, prescritiva, alcançando apenas os direitos, deveres e obrigações criadas pelos documentos anteriores, mas não a utilização dos documentos preliminares para aclarar uma posterior relação contratual. Ver MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397.

⁵ Vera Fradera refere que é um “terreno de total ambiguidade, que não se coaduna com o Direito privado em geral”. Ver FRADERA, Vera Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.136, p. 169-180, out./dez. 1997, p. 173.

⁶ MOSS, Giuditta Cordero. The function of letters of intent and their recognition in modern legal systems. In: SCHULZE, Reiner. *New features in contract law*. Sellier European Law Publishers, 2007. p. 139-159, p. 140.

⁷ FURMSTON, Michael. Letters of Intent. In: BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin. *Contract formation and parties*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 37-60, p. 19.

⁸ LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p.10.

do que com o jurídico. Segundo, ao fato de que a ambiguidade e a vagueza podem, por vezes, ter sido intencionais, uma vez que, talvez de forma até inconsciente, uma parte considera os documentos moral e até legalmente vinculantes apenas em relação à outra parte. Exemplo disso é a inserção de uma cláusula que condiciona os efeitos do documento preliminar à aprovação do Conselho de Administração de apenas uma das partes signatárias ou ainda uma obrigação de exclusividade apenas em relação a uma delas. Essa atitude em relação aos documentos preliminares lhes confere o “apelido” de *un-gentlemen agreement*.⁹

A verdade é que não se sabe exatamente o momento em que os documentos preliminares foram criados e começaram a ser utilizados, sendo certo, porém, que eles são fruto das transações comerciais no âmbito do Direito privado e das relações entre os países no âmbito do Direito público.¹⁰

Assim como o Direito Comercial, que é marcado pelo desenvolvimento pautado nas necessidades dos comerciantes e pelo seu constante aperfeiçoamento e atualização conforme as práticas comerciais,¹¹ os documentos preliminares, por serem utilizados principalmente pelos empresários, não são fruto da lei, e sim da realidade social. Acredita-se que os documentos preliminares tenham ganhado força nos países que adotam o sistema da *common law*, em decorrência da liberdade econômica e do sistema de economia de mercado desenvolvido que, em regra, tais países possuem. Nesse sentido, presume-se que as operações econômicas refletirão justamente essa liberdade e esse alto nível de desenvolvimento.

A extensa fase preparatória requerida por operações complexas, as quais estão longe de se enquadrar no modelo “proposta-aceitação”, envolvendo profissionais de diferentes áreas e de diferentes países, impulsionou sobremaneira o uso desses documentos. Embora muito utilizados nas negociações internacionais, percebe-se uma constante – e cada vez maior –

⁹ Denominação utilizada por Michael Furmston. Ver FURMSTON, Michael. Letters of Intent. In: BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin. *Contract formation and parties*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 17- 36, p. 21.

¹⁰ Nas relações regidas pelo Direito internacional público, que não são objeto do presente estudo, identifica-se o uso dos documentos preliminares entre Estados quando estes possuem o interesse de declarar princípios e intenções comuns. Note-se que tais documentos diferenciam-se dos tratados internacionais, justamente pelo caráter não vinculativo. O tratado tem como efeito a criação de normas concretas, uma vez que constitui acordo formal para produção de efeitos jurídicos, celebrado entre sujeitos de Direito internacional público. Já os documentos preliminares, no âmbito das relações interestatais, não têm a finalidade de criar vínculos obrigacionais. Estes são identificados mediante o exame do teor do compromisso, em que se mostrará a ausência de intenção de produção de efeitos jurídicos. Um documento conhecido pelo seu significado histórico e citado como exemplo de um *gentlemen agreement* é a Carta do Atlântico. Ela foi firmada em 1941 por Winston Churchill, representando a Inglaterra, e Franklin Roosevelt, os Estados Unidos da América, e é conhecida como um dos primeiros movimentos para a formação da Organização das Nações Unidas. Ela continha, tão somente, uma declaração de que os Estados por eles representados pretendiam tornar conhecidos certos princípios comuns à política internacional dos dois países. Ver REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; CÔTÉ, R. Les gentlemen’s agreements à l’ère technologique. *McGill Law Journal*, Montreal, v. 34, p. 336–353, 1989; EISEMANN, Pierre Michel. Le gentlemen’s agreement comme source du Droit international, *Journal du Droit International* (Clunet), p. 326-348, 1979.

¹¹ O Direito Comercial tem origem na reunião dos comerciantes, os quais utilizavam os usos e costumes e o método indutivo para criar normas. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de Código Comercial, Lisboa, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 849-887, 2015, p. 854.

utilização desses instrumentos em negócios entre partes de uma mesma nacionalidade, inclusive entre duas partes brasileiras. Assim, apesar de o presente trabalho visar à análise do tratamento dispensado aos documentos preliminares pelo Direito brasileiro, para sua correta compreensão é imprescindível lançar mão de estudos de contratos internacionais e da *common law*.

Em negociações privadas internacionais, a lei aplicável ao documento preliminar, quer por aplicações de regras de Direito internacional privado que regem a relação, quer por eleição das partes no próprio documento, será crucial para se definir o tratamento jurídico que será dispensado a ele. Como será apontado ao longo do presente trabalho, com foco na *common law* e na lei brasileira, determinado documento preliminar não gera necessariamente os mesmos efeitos em todas as jurisdições. Essa foi justamente a conclusão de uma longa pesquisa feita por um grupo de Direito internacional, chamado de *Working Group on International Contracts*,¹² cuja finalidade consistia em analisar os principais tipos de cláusulas utilizadas nos contratos internacionais, mediante a coleta e análise de tais documentos e discussões periódicas realizadas entre os membros do grupo, composto por advogados de diferentes jurisdições.¹³ Um dos propósitos do estudo foi justamente identificar as formas mais utilizadas e os principais objetos dos documentos preliminares.

Em especial quanto ao Direito brasileiro, os documentos preliminares não estão previstos no Código Civil, mas são admitidos no contexto da autonomia privada e, em certos casos, como será visto adiante, a partir da possibilidade de formação de contratos atípicos decorrentes da liberdade de contratar.¹⁴ Essa liberdade é que fundamenta o ingresso no ordenamento jurídico brasileiro de tantos contratos inspirados naqueles presentes no sistema da *common law*. Não se pode deixar de reconhecer que esse sistema contribuiu para o ingresso de novas figuras contratuais no Direito brasileiro, embora a teoria geral do contrato seja fundamentalmente tratada pelos países com origem no sistema romano-germânico.¹⁵

Esses documentos existem hoje no Direito brasileiro pelos mesmos motivos dos contratos atípicos – como ocorreu com o contrato de *leasing*: passaram a fazer parte e a ser

¹² O referido grupo será tratado ao longo do presente trabalho por Grupo de Trabalho.

¹³ O grupo é formado principalmente por advogados de Direito societário e professores especializados em transações internacionais, sendo que a maioria dos participantes é de origem francesa ou belga, mas há integrantes de diversos países, incluindo Brasil, Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha.

¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 70.

¹⁵ Haroldo Verçosa destaca esta contribuição, mas faz uma ressalva expressa quanto à impossibilidade de utilização exclusiva da *common law* para os novos tipos contratuais no sistema brasileiro, em razão de incompatibilidades entre os princípios dos dois sistemas. Ver VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53-54.

estudados no campo do Direito contratual brasileiro por conveniência e pelo uso das partes.¹⁶ A diferença está na atenção dispensada a cada um deles pela doutrina e pela jurisprudência, sendo que, no caso dos documentos preliminares, talvez justamente por serem firmados na fase das tratativas e pelas incertezas no seu tratamento, em geral não são objeto de disputas judiciais ou arbitrais, tampouco de estudos doutrinários, principalmente no Brasil. Neste o material produzido sobre os documentos preliminares é extremamente escasso, sendo muito difícil encontrar artigos específicos sobre o tema,¹⁷ preponderando entre os autores, principalmente os de contratos internacionais, a prática de indicar a existência desses documentos e fazer breves apontamentos sobre seu uso e seus efeitos. Muitos duvidam da utilidade desse “acordo para negociar” e, devido a tal descrença, a doutrina dos países da *civil law* não se interessa por estudar o tema.¹⁸

O mesmo não se pode dizer de outros países, como os Estados Unidos e a Inglaterra, onde a doutrina produziu um volume considerável de trabalhos sobre o tema,¹⁹ os quais, em geral, expõem as principais finalidades para as quais os documentos preliminares são utilizados e seus possíveis efeitos, principalmente mediante a análise de casos concretos.²⁰

¹⁶ Vera Fradera, ao tratar dos *gentlemen agreements*, traz a questão do cheque “pré-datado”. A utilização desse tipo de pagamento constitui verdadeiro acordo de cavalheiros entre o devedor e o credor, na medida em que o cheque é uma ordem de pagamento à vista, mas as partes convencionam que ele só será apresentado para pagamento no futuro (cheque pós-datado). É um acordo feito no plano moral. Ver FRADERA, Vera. A recepção do conceito de gentlemen agreement pelo Direito brasileiro, uma das transformações do direito das obrigações? In: MOTA, Maurício Mota; KLOH, Gustavo (Org.). *Transformações contemporâneas do Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 577-593, p. 589.

¹⁷ Os artigos encontrados que tratam especificamente do tema são os seguintes: BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n.769, p. 28-47, 1999; FRADERA, Vera Jacob de. A recepção do conceito de gentlemen agreement pelo Direito brasileiro, uma das transformações do Direito das obrigações? In: MOTA, Maurício Mota; KLOH, Gustavo (Org.). *Transformações contemporâneas do Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 577-593; MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo de contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 10, p. 39-55, 1994; BRAGA, Rodrigo Bernardes. Noções gerais sobre as cartas ou protocolos de intenção. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 27, p. 293, jul. 2006. Destaca-se também o livro de Maristela Basso, que, ao tratar dos contratos internacionais do comércio, estuda o tema das cartas de intenções, classificando-as em categorias conforme a sua finalidade. Para tanto, a referida autora baseou-se nas pesquisas do Grupo de Trabalho. Ver Capítulo 6 do livro BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 127. É de extremo relevo também a extensa manifestação do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Caso Disco, cuja fundamentação é resultado de ampla pesquisa de Direito comparado e da interpretação das regras então vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão prática e teórica*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157.

¹⁹ O material produzido pela doutrina desses países será utilizado ao longo do presente trabalho.

²⁰ Os autores que se destacam na abordagem do tema são Ralph B. Lake e Ugo Draetta, que escreveram juntos um dos poucos livros encontrados que trata exclusivamente do assunto, e Marcel Fontaine, que, além de ser autor de diversos artigos, foi o presidente do Grupo de Trabalho, de 1975 a 1992. O resultado das pesquisas realizadas pelo grupo costumava ser publicado em revistas especializadas, mas foi compilado em um livro, cuja primeira edição foi publicada em 1989, em francês (*Droit des contrats internatiounax - analyse et rédaction de clauses*), e que abrange o período de 26 anos (1975-2001) de análises práticas. O primeiro capítulo do livro trata justamente dos documentos preliminares e é o resultado do estudo de 100 cartas de intenções e documentos análogos. As cartas de intenções objeto de exame foram divididas em quatro grandes grupos conforme seus objetivos e, posteriormente, analisaram-se seus efeitos e tratamentos em cada país. Ver FONTAINE, M.; LY, F. de. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006.

Não obstante a pouca atenção dispensada a este palpitante tema, acredita-se que, na prática, o uso dos documentos preliminares proliferou, principalmente nas operações de fusões e aquisições. Normalmente, o primeiro passo, quando se inicia uma negociação para a aquisição de uma sociedade, é a assinatura de um documento preliminar.²¹ Dados recentes de fusões e aquisições mostram que em 2015 foram registradas 773 operações no Brasil, sendo que em 2014 esse número foi de 818, o maior até hoje, superando o recorde anterior, verificado no ano de 2011. Ademais, é interessante mencionar que, em 2015, o número de compradores estrangeiros superou o de brasileiros, algo até então inédito na história desse tipo de operação no país. Nos anos antecedentes já havia sido identificado um aumento na presença de estrangeiros, sendo que em 2014 eles participaram de quase metade das operações.²² Essas operações são motivadas, principalmente, por estratégias que visam à expansão de uma companhia, ou ainda por questões financeiras e tributárias.²³ As fusões e aquisições possibilitam rápida expansão em determinada área geográfica ou em determinado segmento, sendo importante ferramenta para o ingresso em um novo mercado, não sendo uma surpresa, nesse sentido, que o Brasil seja alvo de tais operações, já que é visto, em razão do seu tamanho, como excelente mercado consumidor.

Em decorrência da ampla utilização dos documentos preliminares, aliada à diversificação de finalidades, servindo até como o próprio contrato em alguns casos, conforme se demonstrará, apenas o exame do caso concreto permitirá a correta qualificação do documento e a identificação de seus efeitos. O *nomen iuris* pouco importa, devendo-se analisar o seu conteúdo como um todo, de forma que a intenção das partes seja extraída a partir da sua redação e de todo o contexto que envolve as tratativas entre elas. Dada a frequente utilização dos documentos preliminares, a correta identificação do seu significado e do seu valor jurídico são imprescindíveis para a segurança jurídica nas áreas que a utilizam. A informação clara e precisa dos efeitos que decorrem de cada elemento que compõe um documento preliminar possibilita que as partes o redijam para a produção dos exatos efeitos

²¹ Ver estudo empírico que identifica as fases que envolvem um processo de fusão, cujo principal objetivo era comparar os processos de fusões e aquisições na França e nos Estados Unidos, de forma a identificar a diferença do impacto econômico nas transações ocorridas nos sistemas adotados pelos países, o da *civil law* e o da *common law*. STRAUB, Thomas; CAVALIER, Georges. Comparing civil law and common law systems for mergers and acquisitions: an economic analysis. *US-China Law Review*, New York, v. 7, n. 2, fev. 2010.

²² Dados levantados em pesquisas realizadas pela empresa de auditoria KPMG. Os dados de 2014 foram noticiados pela revista *Exame* e os de 2015 pelo *website* do *Valor Econômico*. Informações disponíveis nos *websites*: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/numero-de-fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-cresce-3-em-2014>>. Acesso em 16 de setembro de 2015. <http://www.valor.com.br/empresas/4389028/estrangeiros-superam-brasileiros-em-aquisicoes> Acesso em: 13 de janeiro de 2016.

²³ Ver GAUGHAN, Patrick A. *Mergers, acquisitions, and corporal restructurings*. 4.ed. New Jersey: John, Wiley & Son, 2007, p. 14.

desejados por elas, para evitar conflitos futuros, especialmente no caso de rompimento das negociações.²⁴

No presente estudo, em um primeiro momento, os documentos preliminares serão posicionados no Direito mediante o exame do seu papel frente ao Direito dos contratos. Isso se dará ao situá-los na fase das tratativas, diferenciando-os de figuras jurídicas, como a proposta, o contrato, o contrato preliminar, a carta-conforto e a minuta. Após essa diferenciação, seguida da análise desses documentos como um tipo social, será possível sugerir uma definição da expressão *documento preliminar*.

Em seguida, a forma de utilização dos documentos preliminares e a abordagem do tema pela jurisprudência serão analisadas. Para tanto, será primeiro examinado o tratamento da *common law* a tais documentos, mediante a exposição dos principais casos jurisprudenciais que tratam do tema. Posteriormente, serão trazidos casos da jurisprudência brasileira,²⁵ a qual, embora mais escassa, possibilita traçar as diferentes vieses sobre o tema.

Nessa análise, os documentos serão divididos em dois grandes grupos: aqueles que possuem eficácia jurídica contratual, chamados de vinculantes (*binding*), e aqueles que não possuem qualquer eficácia jurídica, chamados de não vinculantes (*non-binding*). Essa divisão foi feita com base na forma que os documentos preliminares usualmente são tratados pela jurisprudência, não obstante a constatação de que, em geral, eles podem criar vinculação jurídica obrigacional, tão somente.

Após a apresentação da abordagem jurisprudencial sobre o tema, identificando-se a forma como eles são utilizados pelas partes, especialmente nas hipóteses de rompimento das negociações, será possível identificar o papel dos documentos preliminares na disputa decorrente dessa ruptura. A figura jurídica que fundamenta a responsabilidade pré-contratual,

²⁴ É pertinente notar que, em momentos de crise econômica, como o que o Brasil está passando, embora possa se verificar um aumento de fusões e aquisições (por ser visto como uma oportunidade de investimento para alguns, já que os ativos do país estão baratos), identifica-se também um aumento na frequência de negociações fracassadas. Nesses casos, os documentos preliminares podem ter um papel fundamental no desfecho da operação frustrada, caso as partes resolvam discutir os seus efeitos. Ver CARDENAS, Johathan. Deal jumping in cross-border merger & acquisition negotiations: a comparative analysis of pre-contractual liability under French, German, United Kingdom and United States law, *NYU Journal of Law & Business*, New York, v.9, p. 941-975, 2013, p. 942-943.

²⁵ Na jurisprudência brasileira são poucos os casos que tratam da qualificação jurídica dos documentos preliminares e raros aqueles que o fazem no âmbito de fusões e aquisições. Para a concretização do presente estudo, foram realizadas pesquisas jurisprudências no *website* próprio dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Distrito Federal, além de pesquisas em *websites* que abrangem todos os Estados do Brasil, utilizando-se as expressões “carta de intenções”, “memorando de entendimentos”, “protocolo de intenções” e “negociações preliminares”. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontrou-se o maior número de casos envolvendo o tema. Dos casos encontrados, foram selecionados aqueles que envolviam fusões e aquisições ou tópicos específicos que serão objeto do presente trabalho, ainda que tais casos tivessem ocorrido apenas no âmbito comercial. O presente estudo utiliza, em geral, apenas casos envolvendo operações societárias, mas, para determinadas análises e discussões, ter-se-á que buscar elementos de casos que envolvam outras matérias.

qual seja, a violação da boa-fé objetiva vista como abuso de direito, dispõe dos documentos preliminares para auxiliar na verificação de sua ocorrência.

Por fim, as obrigações autônomas e independentes normalmente contempladas nos documentos preliminares serão apresentadas, como a confidencialidade, a exclusividade e a divisão de despesas. O estudo será concluído com a análise de cláusulas específicas frequentemente contidas nesses documentos, discutindo-se os seus possíveis efeitos.

1. A formação progressiva dos contratos: tratativas, documento preliminar e contrato

Nesta primeira parte, será descrito o trajeto percorrido pelos indivíduos até se firmar um contrato, salientando-se as peculiaridades envolvidas na fase das tratativas e suas etapas. As negociações e a proposta, culminando com o contrato, serão examinadas, sempre ao lado dos documentos preliminares, perquirindo-se suas semelhanças e diferenças.

Em seguida, outras figuras usualmente confundidas com os documentos preliminares serão apresentadas. As cartas-conforto e as minutas, embora também não possuam previsão legal específica, são distintas dos documentos preliminares. Todos são fruto da autonomia privada e, uma vez concedida tal liberdade aos indivíduos, estes podem usar de sua criatividade para criar novas formas jurídicas que atendam aos seus anseios, desde que nos limites da lei. Se utilizada de forma corriqueira, uma nova figura pode configurar um tipo social, reconhecido pela sociedade por suas características e efeitos. Por tal motivo, será indagado se os documentos preliminares alcançaram o *status* de tipo social, apesar das inúmeras finalidades para as quais são utilizados.

Finalmente, será sugerida uma definição para os documentos preliminares, considerando-se todos os elementos até então expostos.

1.1. A aproximação das partes

Os documentos preliminares são firmados em um momento em que há mais do que um mero contato social entre as pessoas, mas em que ainda não há o contrato. Eles são firmados no que se denomina de fase das tratativas.

O processo contratual contempla a fase das tratativas, os atos posteriores de celebração do contrato propriamente dito, sua execução e atos pós-contratuais. Dessa forma, tem-se que a formação de um contrato consiste em um processo, dependente da autonomia privada,²⁶ no qual ocorre a formação progressiva do contrato (modernização da antiga técnica

²⁶ É importante mencionar a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, já que esta decorre daquela. O núcleo da primeira está no querer e o da segunda no poder de autorregulamentação. A autonomia privada constitui o poder de autolimitação reconhecido pelo ordenamento jurídico dos indivíduos, tornando possível que o negócio jurídico produza efeitos que vinculem as partes. Ver GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 70 e MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 228-229. A evolução do conceito de autonomia da vontade é tratada por Luis Renato Ferreira da Silva, o qual aborda o tema desde o seu surgimento histórico, tratando das principais teorias que tentaram conceituá-la. A estrutura moderna da autonomia da vontade minorou o papel da vontade, limitando determinados atos jurídicos. Ver FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.7-40.

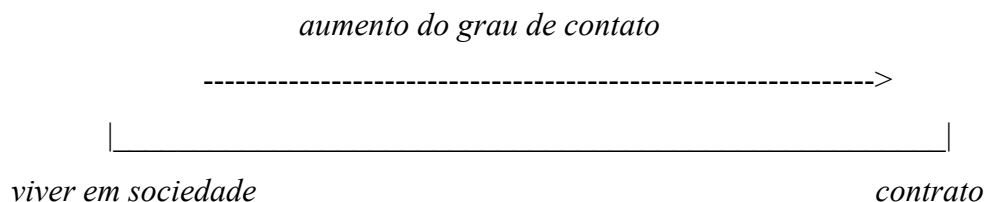
da pontuação).²⁷ É claro que há contratos que prescindem da fase das tratativas, pois são extremamente simples e de formação instantânea, não havendo motivação das partes para negociar.

O questionamento que surge é em torno dos efeitos que os documentos preliminares podem surtir, já que se constituem de meros atos preparatórios. Esses atos são, sem dúvida, fatos sociais, mas chegam a ser fatos jurídicos?

Sabe-se que os fatos que ocorrem na sociedade não geram, por si só, efeitos jurídicos. Para tanto, é necessário um elemento adicional, que tornará esse fato social um fato jurídico. Esse elemento é a incidência de uma figura que constitua fonte de Direito sobre o fato social. Portanto, o vínculo social só se tornará vínculo jurídico se o Direito atribuir efeitos a ele.

Buscando a resposta na sistematização das fontes obrigacionais de Clovis do Couto e Silva,²⁸ mediante a concepção de obrigação como processo e a visualização do momento em que os documentos preliminares são firmados, é possível chegar a uma conclusão.

A concepção de obrigação como processo permite que sejam identificados diversos graus de contato entre os membros de uma sociedade (onde se dá o mundo dos fatos, ou mundo dos contatos, pelo contato social), polarizando-a entre a mera convivência e o contrato em si, que representa uma forma qualificada do contato social.²⁹ A figura abaixo apresenta essa relação.



Na medida em que aumenta o grau de contato entre os indivíduos (aumentando sua proximidade), efeitos de Direito decorrentes desse grau de contato podem surgir. O mero contato social, considerado tecnicamente como ato-fato (ato humano em que não há vontade

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo de contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.10, p. 39-55, 1994, p. 42.

²⁸ COUTO E SILVA, Clovis V. do. *Obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

²⁹ Essa ideia foi formulada utilizando-se a Teoria da Associação, da Sociologia. Ver COUTO E SILVA, Clovis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en Droit Brésilien et Comparé* (cours fait à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Saint Maur), Porto Alegre, 1988, datilografado. O autor explica que o sociólogo von Wiese foi o primeiro a sistematizar a categoria do contato social como elemento da teoria do processo social. O termo foi introduzido na linguagem jurídica para explicar os deveres entre os interessados na realização de um contrato.

juridicamente considerada) é capaz de produzir direitos e obrigações³⁰ decorrentes da própria convivência social. Esse contato social é tido como *fattispecie* do Direito obrigacional.³¹ O estreitamento dessas relações implica maior proximidade, de que podem decorrer mais deveres e obrigações.

Tomando por base a figura acima, verifica-se que, numa negociação, as partes, num primeiro momento, se aproximam, distanciando-se em um pequeno grau do ponto inicial “viver em sociedade”. Há, portanto, um contato mais próximo do que a mera convivência. Na medida em que as negociações avançam, as partes aproximam-se do ponto final: “contrato”.

Ao firmar um documento preliminar, pode-se dizer que as partes se situam em algum lugar entre os pontilhados indicados na figura, mas, a princípio, não nos seus polos. Os atos de contato social situam-se entre os dois extremos, obedecendo a uma ordem crescente de proximidade.³² As negociações preliminares encontram-se imediatamente antes do contrato, havendo um grau muito intenso de proximidade entre os indivíduos. Há casos, todavia, como será explanado, em que a assinatura já situou as partes no “contrato”, embora essa não tenha sido, muitas vezes, a intenção delas.

A *fattispecie* pode ocorrer de forma gradual,³³ da mesma forma que as relações negociais. Nesses casos, há uma progressão de fases intermediárias até que se forme o contrato. Todavia, nessa fase intermediária, como já se mencionou, ainda que não se tenha alcançado a categoria de contrato, a relação configura outra *fattispecie* intermediária daquela relação, a qual terá valoração jurídica, mas distinta da disciplina jurídica dos contratos.

Assim, o contato social é fonte geral de todas as relações obrigacionais, servindo de base para os mais variados tipos de fatos jurídicos, variando apenas a intensidade da eficácia obrigacional.³⁴ A figura jurídica que incidirá sobre o fato social das negociações para torná-lo fato jurídico é a boa-fé objetiva, a qual será tratada em seguida. Nesse sentido, o contato social passa a ser juridicamente relevante, em maior intensidade, conforme aumenta a proximidade dos indivíduos e a confiança entre eles, mas sempre baseado em um suporte jurídico.

³⁰ COUTO E SILVA, Clovis V. do. *Obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 75.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 240-245.

³² Ver gráfico apresentado por Judith Martins-Costa em que ela situa determinados atos entre os dois pontos. A autora inclui os atos existenciais, o delito civil, as atividades sujeitas à responsabilidade objetiva e as negociações preliminares em ordem crescente de proximidade entre as partes. *Ibidem*, p. 244.

³³ *Ibidem*, p.15.

³⁴ *Ibidem*, p. 243.

Veja-se, então, que os direitos e deveres entre partes na fase das tratativas dependem do grau de relação obrigacional instaurado. Os documentos preliminares estão situados justamente nessa fase pré-contratual, e os seus efeitos dependerão do grau dessa relação. O mero fato de se assinar um documento preliminar não situa a relação automaticamente no extremo do “contrato” (apenas em determinados casos, que serão vistos neste trabalho), mas em algum lugar entre os dois pontos, no qual podem até ser identificados acordos, dependendo do caso concreto.

1.2. A figura jurídica da fase das tratativas: a boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é o suporte jurídico que cria deveres para os indivíduos que participam de negociações, incidindo gradualmente na fase das tratativas, na medida em que os indivíduos se aproximam.³⁵

A base da boa-fé objetiva é o dever de consideração para com o *alter*.³⁶ Ela se relaciona com o comportamento que deve ser esperado da outra parte numa relação jurídica, uma vez que o *alter* é um membro do conjunto social juridicamente tutelado.³⁷ A boa-fé objetiva está presente em todas as relações do Direito privado³⁸ e consiste em um *standard* ideal de comportamento que seria esperado de um homem médio na sociedade, conforme valorações sociais. É um padrão ético-jurídico que se configura em uma norma³⁹ baseada na manutenção da confiança e da palavra, cuja aplicação depende das circunstâncias do caso concreto.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 394 e AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. In: *Estudos e Pareces de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173-183. Nesse sentido também é o entendimento de Jorge Cesa Ferreira da Silva ao afirmar que “a boa-fé desenvolve uma eficácia que se inicia com os primeiros contatos negociais entre as partes, passa pelo desenvolvimento do vínculo e sua interpretação e atinge os deveres posteriores à prestação”. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52.

³⁶ COUTO E SILVA, Clovis V. do. *Obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p.33

³⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p.412.

³⁸ A boa-fé aplica-se tanto às relações regidas pelo Direito Comercial como pelo Direito Civil, sendo figura antiga, aplicando-se às relações comerciais antes mesmo da edição do Código Comercial de 1850 . Nesse sentido, ver BRANCO, Gerson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de Código Comercial, Lisboa, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 849-887, 2015, p. 856.

³⁹ Judith Martins-Costa salienta que se trata de solução jurídica (não de cunho moral), uma vez que a solução do caso concreto é identificada a partir da estrutura, das normas e dos modelos do sistema aberto.

A boa-fé se aplica em medidas de intensidade diversas, de forma escalonada, conforme a sorte de relação obrigacional em que ela está incidindo. Todas as fases do contrato, inclusive a pré-contratual, estão subordinadas à boa-fé objetiva.⁴⁰

Nos contratos empresariais,⁴¹ nos quais a fase das tratativas é normalmente extensa, a boa-fé é vista como um padrão distinto dos demais contratos privados, em razão das características das partes e de suas intenções. A boa-fé é orientada pelo viés da confiança, atuando tanto sob o aspecto da credibilidade como da previsibilidade.⁴² A boa-fé exerce papel importantíssimo nessas relações, pois atua como um “catalisador do bom fluxo de relações econômicas”,⁴³ incentivando o comportamento honesto dos negociadores, o que diminui os custos de transação da negociação.⁴⁴ Há, portanto, uma economia por parte dos negociadores, na medida em que estes esperam que o outro agirá dentro dos preceitos da boa-fé objetiva, o que pode levá-los a diminuir os seus gastos, por estar negociando em ambiente com adequado grau de certeza e previsibilidade.⁴⁵

A boa-fé aparece no Código Civil como princípio básico de orientação dos contratos, tendo funções na criação de deveres (art. 422),⁴⁶ na definição de limites (art. 187)⁴⁷ e na interpretação (art. 113).⁴⁸ ⁴⁹ A função de criação de deveres está diretamente ligada à fase das tratativas, pois ela atua como fonte de deveres de conduta que devem ser seguidos na

⁴⁰ Ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. In: *Estudos e Pareces de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173-183.

⁴¹ Definidos como aqueles em que a intenção das partes é o lucro, sendo que o vínculo entre as partes decorre de uma atividade empresarial. A intenção das partes, verificada pelo contexto contratual, determina a natureza do contrato. Em uma compra e venda empresarial, por exemplo, ambas as partes objetivam o lucro, servindo o contrato, muitas vezes, para a circulação intermediária de riqueza, como ocorre nos contratos de distribuição. Nesse sentido FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Contratos empresariais, 24 de março de 2014, notas de aula. Ver também FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30-34.

⁴² Nesse sentido, Judith Martins-Costa, ao analisar a incidência da boa-fé nas relações comerciais, afirma que esta é peculiar em razão de determinados traços dessas relações, como a noção de mercado, o dinamismo da atividade, a informalidade e a atipicidade, dentre outros. Ver MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 281-290.

⁴³ FORGIONI, op.cit.

⁴⁴ Note-se, no entanto, que nos contratos de aquisições de empresas, os quais, muitas vezes, ocorrem em um ambiente de rivalidade e concorrência, alguns dos deveres de conduta derivados da boa-fé podem ser mitigados. O dever de cooperação, por exemplo, pode ser incompatível com uma relação de aquisição de empresa. Sobre o assunto, ver LUPION, Ricardo Garcia. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁶ Código Civil. Art. 422, *in verbis*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁴⁷ Código Civil. Art. 187, *in verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁴⁸ Código Civil. Art. 113, *in verbis*: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁴⁹ Divisão por função tradicionalmente feita pela doutrina, conforme indica Judith Martins-Costa e relacionada com o Código Civil da forma exposta por Cláudia Lima Marques no prefácio do livro de FABIAN, Christoph. *O dever de informar no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15. Sobre a atuação da boa-fé, em cada uma de suas funções, ver SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Estrutura clássica e moderna da obrigação. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org). *Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 285-314, p. 299-305.

negociação entre as partes. Além disso, a função de definição de limites, conforme será precisado quando se tratar do abuso de direito, exerce papel fundamental para configurar a responsabilização pela ruptura das negociações.

Assim, quando ocorre o contato social qualificado nas negociações, esse fato social torna-se fato jurídico pela incidência da norma jurídica da boa-fé objetiva. É essa figura que torna o contato negocial *fattispecie* e impõe deveres sobre os negociadores.

O artigo 422 estabelece de forma expressa que os contratantes devem observar a boa-fé tanto na conclusão como na execução do contrato. Se feita uma interpretação literal e restritiva desse artigo, conclui-se que não há exigência de boa-fé na fase das tratativas, mas apenas no exato momento da celebração e ao longo da execução. No entanto, a doutrina entende, em geral, que a boa-fé objetiva está presente na fase das tratativas, seja com fundamento no texto do artigo 422 ou do artigo 187, o qual estabelece como ato ilícito o exercício de um direito de forma contrária à boa-fé.⁵⁰ Corrobora esse entendimento o Enunciado nº 170 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Quando atua como fonte de deveres, a boa-fé objetiva gera duas espécies de deveres, os deveres anexos aos deveres de prestação e os deveres de proteção.⁵¹ Estes últimos⁵² são

⁵⁰ A aplicação da boa-fé objetiva na fase das tratativas e o seu fundamento no Código Civil não é pacífico na doutrina. Judith Martins-Costa, em artigo publicado em 1994, faz referência ao art. 422 do então projeto de Código Civil quando trata da admissão da boa-fé na fase ante-negocial. Todavia, em publicação mais recente, de 2015, aduz que o fundamento da boa-fé nesta fase encontra-se no art. 187, ao tratar do dever de indenizar pela ruptura das tratativas. Ela ressalta que no texto do art. 422 não há referência à responsabilidade pré-contratual, bem como está localizado no Título que trata das relações contratuais. Ver MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo de contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.10, p. 39-55, 1994, p. 46 e MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 429-430. Nesse sentido também é o entendimento de Cristiano de Sousa Zanetti ao tratar da responsabilidade pela ruptura das negociações. Ver ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Vera Fradera sugere que o legislador não tenha incluído a boa-fé na fase das tratativas por entender que essa fase está fundada na confiança, derivada do contato social, aduzindo que o art. 422 não poderia servir como fundamento para a aplicação da boa-fé nesta fase. Ver FRADERA, Vera Jacob de. A recepção do conceito de gentlemen agreement pelo Direito brasileiro, uma das transformações do direito das obrigações? In: MOTA, Maurício Mota; KLOH. *Transformações contemporâneas do Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 577-593, p. 592, nota de rodapé n. 35. Antônio Junqueira de Azevedo criticou a redação do art. 422, justamente por não ter incluído no seu texto o período pré-contratual, no qual deveres específicos de comportamento já são exigidos das partes. Ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 148-158, p.150. Em sentido contrário, tem-se o entendimento de Haroldo Verçosa, para o qual o art. 422 aplica-se à fase pré-contratual, pois a boa-fé presente no momento da celebração do contrato é o resultado das tratativas que, por lógica, devem ter ocorrido sob seus preceitos para resultar na conclusão com boa-fé. Ver VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 346. Caio Mário da Silva Pereira segue essa linha de entendimento, arguindo que cabe interpretação extensiva do art. 422. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 18.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 219 e ss.

identificados na fase pré-contratual, na qual ainda não há dever de prestar,⁵³ mas pode haver interesse de proteção das pessoas e de seus respectivos bens, que ainda não são partes em um contrato.⁵⁴

Os deveres de proteção atuam de forma negativa (para evitar danos àquele que se aproximou para a formação de um contrato) ou de forma positiva (impondo certas condutas, como prestar informações verídicas e não romper injustificadamente as negociações) e apresentam graus escalonados de intensidade, conforme o momento da relação obrigacional e a proximidade do contato social. Esses deveres independem da vontade das partes, aplicando-se no momento em que a situação fática ocorre. Uma parte pressupõe (confia) que a outra parte agirá com lealdade, uma vez que a boa-fé está presente nas relações. Dessa forma, tem-se que os deveres de proteção não necessitam de um dever principal baseado na vontade para existir, mas tão somente de um contato social.

A confiança é o fundamento do dever de proteção. Confiança e boa-fé estão intimamente ligadas, podendo-se pressupor uma relação originária entre ambas as figuras.⁵⁵ As condutas geralmente identificadas como contrárias à boa-fé são contrárias também à noção de confiança.⁵⁶ O objetivo da confiança é proteger a expectativa legítima da outra parte.⁵⁷ A diferença entre a confiança e a boa-fé reside na sua função imediata. Enquanto a confiança pretende assegurar expectativas, a boa-fé objetiva pretende direcionar comportamentos.⁵⁸ Os deveres de proteção acabam por reforçar a confiança e o respeito a ela que deve existir nas negociações.

O momento das negociações em que o contato social se torna qualificado, passando a haver confiança, e por consequência, a incidência do dever de proteção, será identificado a

⁵² Utiliza-se aqui a nomenclatura escolhida por Judith Martins-Costa, na qual “deveres de proteção” abarca o que por vezes é nomeado como “deveres anexos de proteção” e “deveres laterais”. *Ibidem*.

⁵³ Os deveres de prestação ainda não são identificados na fase das tratativas, uma vez que ainda não se instalou uma relação obrigacional, não havendo um direito de crédito e um dever de prestar.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 225.

⁵⁵ JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 143.

⁵⁶ Nesse sentido ver FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49-52. O autor destaca a função sociológica da confiança, a qual diminui a complexidade social ao reduzir a insegurança quanto ao futuro para os indivíduos. Por este motivo, ela é protegida pelo Direito, o qual a compreende como um verdadeiro valor jurídico, conferindo uma proteção à confiança mediante a instituição de determinadas regras que são destacadas pelo autor.

⁵⁷ A expectativa da outra parte é justamente gerada pela confiança em razão de atos da outra parte. Nesse sentido, veja-se o que assevera Antônio Menezes Cordeiro acerca da confiança: “exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1234.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, op.cit., p. 233-234. Nesse sentido ver também JOBIM, Marcio Felix, op.cit., p. 142-144.

partir da análise do caso. No entanto, é possível apontar alguns critérios ilustrativos, os quais auxiliarão nessa indentificação.⁵⁹

Dentre eles, destacam-se o *background* das partes e a sua respeitabilidade e reputação. A natureza profissional de cada uma delas, se se trata de um empresário ou de um leigo, bem como a visão social de cada parte, contribuem para o desencadeamento da confiança e de qual grau. Por exemplo, se uma parte é contatada por um executivo de uma grande empresa responsável por fusões e aquisições para iniciar conversas sobre uma possível aquisição do seu negócio, ela terá uma reação diferente do que se esse contato fosse feito por um sócio ou diretor que quisesse simplesmente obter certas informações para, talvez, discutir uma futura aquisição. Outro critério que pode ser apontado é a existência de relações anteriores entre as partes. Se elas já possuíram ou possuem relações comerciais ou societárias exitosas, já existe um ambiente de confiança entre elas, o que pode fazer com que o dever de proteção incida imediatamente.

Dentre os deveres de proteção na fase das tratativas⁶⁰ encontram-se o dever de informar, pelo qual as informações prestadas devem ser corretas, verídicas e não contraditórias e o dever de omissão e de sigilo, pelo qual as informações obtidas por uma das partes em razão das negociações devem ser guardadas sob sigilo.⁶¹

Um exemplo em que os deveres de proteção e a confiança investida nas negociações não são respeitados é aquele em que se identifica uma negociação fingida.⁶² Esse tipo de situação verifica-se quando uma das partes induz à manutenção de longas tratativas, embora não tenha a intenção séria de celebrar o contrato, seu corolário lógico. Na verdade, o seu real objetivo é aumentar o preço do bem ou ainda fazer com que a contraparte (que tem a intenção séria de concluir o negócio) deixe de ingressar em outra negociação.

⁵⁹ Os critérios apontados foram inspirados naqueles descritos por Ana Prata. Ver PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 43-48.

⁶⁰ É interessante notar o que dizia Antônio Junqueira de Azevedo, sob a vigência do Código Civil de 1916, ao tratar da boa-fé na fase das tratativas; aduziu que ela poderia se constituir de uma regra genérica, a qual não existia no Direito brasileiro, ou poderia se desdobrar em regras específicas, como no dever de informar, de sigilo, de avisar no momento em que perde interesse no negócio, etc. Ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A boa-fé na formação dos contratos*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 87, p. 78-87, 1992, p. 81.

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 546. É importante registrar a existência do dever de coerência, dever de conduta derivado da boa-fé objetiva aplicável às relações contratuais. Esse está fundado na ideia de não contradição (relacionado à doutrina do *venire contra factum proprium*, adotada pelo Direito brasileiro) e é justificado pela confiança existente nas relações. Nesse sentido, a ideia de não contradição também pode ser aplicada ao comportamento dos indivíduos na fase das tratativas, os quais devem agir com coerência ao longo das negociações. Ver FANDINO, Mariana Bernal. *El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium*. *Rev. Colombia Derecho Int*, Bogotá (Colombia), n. 13, p. 291-321, novembro 2008.

⁶² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A violação de um dever de proteção, causando danos à esfera jurídica alheia, na fase pré-contratual configura hipótese de responsabilidade pré-contratual, a qual é regida pelo regime de responsabilidade extracontratual, nos termos dos arts. 187 e 927⁶³ do Código Civil. Assim, aquele que foi lesado poderá ter direito à indenização, com fundamento na quebra de dever de conduta baseado na boa-fé objetiva.

Dentre as hipóteses de responsabilidade pré-contratual⁶⁴ destaca-se o rompimento injustificado durante as tratativas, o qual, conforme será visto mais adiante, é o principal motivo ensejador de pedido de indenização.

Tem-se, portanto, que a boa-fé objetiva está presente na fase pré-contratual, gerando deveres de proteção para os negociadores. Caso uma das partes não os observe, pode ser responsabilizada. A assinatura de um documento preliminar pode reforçar tais deveres, auxiliando na sua delimitação e objetivação.

1.3. A fase das tratativas: negociações e declarações de vontade

Como dito, os documentos preliminares situam-se no período pré-contratual, em especial na fase das tratativas, gerando deveres de variados graus, e estão sujeitos à boa-fé objetiva.

O período pré-contratual divide-se em duas fases menores, a fase das tratativas, na qual ocorrem as negociações, e a da oferta, na qual é feita uma proposta. Podem ser identificadas ainda outras fases onde estão localizados os contratos preliminares, com o objetivo de organizar as negociações ou de fixar os pontos já acordados.⁶⁵

Na fase das tratativas, as partes ainda não estão preparadas para celebrar o contrato, caracterizando-se esse período pela liberdade de não contratar. As partes não possuem ainda o vínculo jurídico contratual, bem como não exerceram ato que limite a liberdade de contratar. Elas possuem a intenção de tratar, tão somente, sendo necessárias ainda definições técnicas e jurídicas a respeito de diversos pontos da relação, muitos dos quais ainda não ajustados. As partes ainda discutem o projeto de um contrato futuro, que pode ou não ocorrer. Pode haver

⁶³ Código Civil. Art. 927, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁶⁴ Judith Martins-Costa apresenta outras hipóteses, tais como: dano causado aos negociadores e seu patrimônio durante as negociações, prestação de informações inverídicas ou defeituosas, falsas representações culposas, entre outras. Ver MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 418.

⁶⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. In: *Estudos e Pareces de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173-183, p. 175.

nessa fase a formação sedimentar do contrato,⁶⁶ através da determinação gradual e progressiva de suas cláusulas, não se podendo considerá-la uma fase propriamente contratual, mas como fase formativa do contrato.

Exemplos de negócios que requerem a fase das tratativas são aqueles que envolvem compra e venda do controle de uma companhia, compra e venda de estabelecimento, constituição de *joint ventures*, contratos de transferência de tecnologia e de obras de infraestrutura, entre outros. Tais negociações são difíceis de ser enquadradas no modelo tradicional “oferta-aceitação”.

As negociações compreendem os atos e fatos que ocorrem na fase das tratativas,⁶⁷ os quais podem ser definidos como as “conversas prévias, sondagens, debate em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro”.⁶⁸ Como elas se constituem de elementos indeterminados, não possuem natureza jurídica definida, limitando-se a uma situação de fato, e não jurídica, que visa à formação de um contrato.⁶⁹ Embora no período da codificação se verifique a ausência de estudos e de regras acerca dessa fase contratual, no Direito Romano ela já era reconhecida sob a denominação de *tractatus*.⁷⁰ É nas negociações que uma parte conhece as intenções da outra quanto à disciplina negociada, mediante a exteriorização mútua da vontade e do quanto e de que forma cada uma está disposta a se obrigar. Uma parte informa à outra quais são os termos que ela está disposta a oferecer ou sobre quais ela está disposta a concluir um contrato.⁷¹

Note-se que nessa fase é que os documentos preliminares são firmados, os quais são fruto de negociações parciais ou temporárias acerca de uma futura transação. A própria nomenclatura se confunde, tratando-se, muitas vezes, as negociações como sinônimo de documentos preliminares.⁷² Nesse sentido, as negociações sempre visarão a um negócio futuro que será formalizado mediante um contrato, o qual pode ou não ser precedido de um documento preliminar. Este compõe as negociações, uma vez que firmado enquanto as partes ainda discutem os termos do contrato futuro. O final da fase das negociações é marcado pelo rompimento das negociações ou pela celebração de um contrato.

⁶⁶ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 127.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 137.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 33.

⁶⁹ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 70.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 56-57.

⁷¹ Pontes de Miranda afirma que a comunicação quanto às bases necessárias para concluir um contrato não constitui uma oferta. Ver PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. II, p. 511.

⁷² Caio Mário Pereira entende que negociações preliminares significa o mesmo que *memorandum of understanding* e *letter of intent*, situando, portanto, tais documentos preliminares como meras negociações. Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 33.

A condução das negociações influencia tanto na conclusão do contrato, como na sua execução. Uma negociação bem conduzida tem mais chances de resultar em um contrato bem formado, cuja execução se dará sem transtornos.⁷³ Nessa fase, o advogado pode exercer importante papel, atuando ativamente nas negociações. Essa conduta é muito frequente entre os advogados que atuam na área de fusões e aquisições, sendo que o advogado-negociador ou *business attorney* é figura conhecida no meio jurídico e negocial. Muitas vezes o advogado terá mais experiência do que o potencial comprador ou vendedor de um negócio, sendo capaz de auxiliá-lo, não apenas nas questões jurídicas, mas na própria estratégia de negociação. Ele poderá influenciar no resultado das negociações, agindo e orientando o seu cliente a agir sempre de forma ética, prudente e diligente, observando os deveres de proteção que incidem nas negociações.⁷⁴

A negociação é objeto de inúmeros estudos que desenvolvem técnicas específicas para diferentes perfis de negociadores e de objetos. Destacam-se duas “escolas” de técnicas de negociação, uma chamada de “negociação belicosa” e outra de “negociação positiva”.⁷⁵ A primeira segue um modelo baseado na oposição, em que se pressupõe que as partes possuem interesses opostos (*e.g.* uma quer vender e a outra quer comprar), e as partes agem de forma agressiva, depreciando mutuamente as ofertas. Já a segunda baseia-se em um modelo de convergência desenvolvido por Harvard e pelo Massachusetts Institute of Technology, em que cada uma das partes busca entender as necessidades da outra, fazendo concessões mútuas para se chegar a um consenso. De qualquer forma, a maioria das negociações de fusões e aquisições ocorre em ambiente amigável.⁷⁶

Em estudo empírico realizado para identificar as diferenças dos processos de fusões e aquisições na França e nos Estados Unidos, considerando que se trata de dois sistemas de Direito distintos, os autores chegaram à conclusão de que não há diferenças substanciais, sob o ponto de vista econômico. Para tanto, foram analisadas operações societárias nos dois países, levando-se em consideração o número de dias dedicados por pessoa envolvida na operação, o tempo gasto em cada fase, o custo total e a satisfação de cada parte na transação.

⁷³ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 141.

⁷⁴ Para mais informações, ver artigo de Luiz Olavo Baptista, *Advocacia nas negociações internacionais*. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, São Paulo, v.5, p. 791, fev. 2012.

⁷⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. Formação do contrato internacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, São Paulo, v.5, p. 807, fev. 2012. Para mais informações da técnica positiva ver FISHER, Roger; URY, William. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. New York: Penguin Books, 2011; URY, William. *The power of a positive no: save the deal save the relationship and still say no*. New York: Bantam Books, 2007.

⁷⁶ Ver GAUGHAN, Patrick A. *Mergers, acquisitions, and corporate restructurings*. 4.ed. New Jersey: John, Wiley & Son, 2007, p. 19.

Os autores afirmaram que o motivo para a similaridade dos resultados, embora se tratasse de sistemas jurídicos distintos, foi o fato de tais operações seguirem procedimentos padrões provenientes da prática contratual.⁷⁷

Dessa forma, é possível identificar um padrão de comportamento nas negociações de fusões e aquisições, dividindo-as em três momentos.⁷⁸ Esse exame das fases das negociações permite que seja identificado o momento em que os documentos preliminares ingressam no cenário.

Em um primeiro momento, as partes se reúnem diversas vezes para discutir o negócio proposto, chegando a consensos sobre pontos fundamentais, como, por exemplo, a fórmula para cálculo do preço, o tratamento que será dado às obrigações existentes e às obrigações futuras, a forma do negócio – se será uma venda de ativos ou de participação societária –, entre outros. A partir daí, cria-se, então, a necessidade de registrar em um documento escrito o que foi acordado até aquele momento, pois, usualmente, cada parte de forma consciente ou não - pretende que aquilo que já foi acordado seja respeitado pela outra. Por fim, prossegue-se com a assinatura desse documento, que marca um novo estágio da negociação.

O referido documento normalmente prevê que as partes ainda estão negociando e que a formalização da operação está sujeita a um contrato futuro, que será firmado entre elas. Caso uma das sociedades envolvidas seja uma companhia aberta, ela pode ser obrigada a publicar um fato relevante, divulgando para o público investidor a existência das negociações, conforme legislação aplicável.⁷⁹

O momento final ocorre quando o negócio é concluído ou as negociações se rompem, podendo o motivo ser aparente ou não. Os motivos aparentes de rompimento usualmente identificados se verificam (I) quando as partes não conseguem chegar a um consenso sobre os termos finais do negócio, (II) quando uma parte tenta incluir pontos adicionais à negociação ou alterar o que já foi negociado, ou (III) quando um terceiro com um negócio mais atrativo interfere na negociação.

Os casos que serão objeto deste estudo são justamente aqueles nos quais houve a assinatura de um documento preliminar e o posterior rompimento da negociação por quaisquer dos motivos acima mencionados. O motivo do rompimento, conforme será

⁷⁷ STRAUB, Thomas; CAVALIER, Georges. Comparing civil law and common law systems for mergers and acquisitions: an economic analysis. *US-China Law Review*, New York, v. 7, n. 2, feb. 2010.

⁷⁸ BUECHLER, G. B. The recognition of preliminary agreements in negotiated corporate acquisitions: an empirical analysis of the disagreement process. *Creighton Law Review*, Omaha, v. 22, p. 573–610, 1989.

⁷⁹ Esta obrigação está contida no art. 157, §4º da Lei 6.404/1976.

demonstrado, pode influenciar na interpretação feita pelos julgadores ao determinar se um documento preliminar tem eficácia contratual ou não.

Cabe agora questionar se há elementos jurídicos que regem as relações na fase das tratativas. Em princípio, até que ocorra o início da próxima etapa do período pré-contratual, a proposta, as declarações feitas pelas partes não surtem efeitos jurídicos vinculatórios.

A fase das tratativas é composta por manifestações humanas, em sentido genérico. Dentre as formas de manifestação, encontram-se as declarações. As declarações são uma forma qualificada da manifestação e podem ter diversas finalidades, como a declaração de ciência, de sentimento, de intenção e de vontade (não negocial). Essas declarações, classificadas como atos jurídicos em sentido estrito,⁸⁰ produzem efeitos jurídicos indiretos, não sendo, portanto, constitutivas de efeitos jurídicos. O objetivo dessas declarações é manifestar algo a terceiro, a sua ciência, o seu consentimento, a sua intenção ou a sua vontade (não negocial). As declarações feitas durante o período pré-contratual são dessa natureza, sendo realizadas pelo declarante com o intuito de obter efeitos jurídicos indiretos,⁸¹ como o comportamento das partes pautado nos preceitos da boa-fé.

Por outro lado, tem-se a declaração de vontade qualificada como negocial, classificada como ato jurídico em sentido próprio, a qual se distingue das demais declarações, não pela vontade interna do declarante, mas pelo reconhecimento social de efeitos jurídicos.⁸² A declaração tem um valor objetivo no mundo social, que, após sair do âmbito psíquico do declarante, terá seus efeitos determinados pelas regras aplicáveis.⁸³ Essa declaração constitui negócio jurídico. Portanto, a declaração de vontade que compõe uma proposta ou um contrato é declaração negocial, diferente das declarações feitas durante as negociações.⁸⁴

Nessa linha de entendimento, conclui-se que as declarações de vontade feitas nas negociações não alcançariam, por si só, a esfera dos atos jurídicos em sentido próprio, nos quais se encontra o negócio jurídico. Para tanto, seria necessária uma declaração de vontade

⁸⁰ Adotou-se a classificação e denominação utilizadas por Antônio Junqueira. Ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, tese no concurso para a cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, 1986, p. 31-40.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, p. 15-42.

⁸³ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN Editora, 2003, t. I, 25-31. O autor classifica as declarações quanto ao nexa com o seu conteúdo, tendo em vista a função que determinada declaração desempenhará, distinguindo-as entre duas espécies: as declarações que constituem simples revelação, que informam o estado de espírito do declarante, e as declarações que indicam uma conduta futura na vida social, nas quais estão enquadradas as declarações de proposta e de aceitação. Esses últimos possuem uma função constitutiva em relação ao seu conteúdo, o qual só possui sentido quando parte da declaração. Para ele, a declaração adquirirá um significado objetivo conforme o seu enquadramento social.

⁸⁴ Pontes de Miranda reconhece, entretanto, que tanto a manifestação como a declaração estão aptas a servir de suporte fático do fato jurídico. A vontade negocial pode ser exteriorizada pela simples manifestação (ato de vontade sem declaração) ou por declaração exteriorizada. Ver PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I, p. 152-158.

vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos, a declaração negocial. A declaração de vontade que alcança os efeitos queridos pelo declarante é aquela a que a regra jurídica atribui efeitos constitutivos de Direito, devendo haver uma correspondência entre os efeitos manifestados e os efeitos atribuídos pelo Direito.⁸⁵

Assim, após o ingresso das declarações no mundo jurídico, a eficácia jurídica a elas atribuídas dependerá não apenas da vontade interna do declarante, mas também da visão social acerca dos efeitos que elas produzirão. Por conseguinte, os efeitos jurídicos produzidos podem ser diferentes daqueles que o declarante desejava.⁸⁶ Nas negociações, em regra, as declarações de vontade não produzem efeitos jurídicos diretos, mas apenas indiretos, os quais podem se configurar, conforme a relação instalada, nos deveres de proteção derivados da boa-fé objetiva.

Portanto, embora os elementos jurídicos pareçam distantes na fase das tratativas, eles estão, na verdade, escondidos.⁸⁷ Há, sem dúvida, o dever de atuar conforme os ditames da boa-fé entre as partes, imprescindível para uma negociação. E de fato este é o dever norteador da fase das tratativas, o qual alcança os comportamentos que geralmente justificam o pagamento de indenização no caso de ruptura de negociações. Há, nesse sentido, um paradoxo entre o elemento essencial das tratativas – o poder de desistir – e os compromissos e obrigações gerados e/ou intensificados pelas partes nessa fase preparatória.

A segunda etapa do período pré-contratual inicia-se com a proposta, que será tratada a seguir, fazendo-se um paralelo com os documentos preliminares.

1.4. Documentos preliminares e proposta

Importa, agora, entender em que momento, no período pré-contratual, é feita uma declaração de vontade negocial vista como proposta, a qual vincula o declarante, por assim ser sua vontade e por haver uma norma que incide sobre ela.

A proposta contratual (ou oferta) a que se refere o artigo 427⁸⁸ e seguintes do Código Civil é a declaração unilateral de vontade, que, em regra, vincula o proponente em relação à

⁸⁵ Ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16-19.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I, p. 153.

⁸⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Formação do contrato internacional, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, São Paulo, v. 5, p. 807, fev. 2012.

⁸⁸ Código Civil. Art. 427, *in verbis*: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

pessoa a quem ela foi dirigida. A proposta é negócio jurídico unilateral receptício e, uma vez aceita, forma o contrato.

Para ser considerada proposta, a declaração de vontade deve ter as seguintes características: (I) ser receptícia e dirigida à pessoa ou às pessoas com quem se pretende negociar (pode ser pessoa indeterminada ou *ad incertam personam*, como no caso de oferta pública); (II) ser inequívoca, precisa, completa e determinada; e (III) ser formulada com todos os termos essenciais da contratação, de forma que baste a aceitação para se formar um contrato.⁸⁹ Apenas se atendidas tais condicionantes legais é que se verificará uma declaração de vontade, sobre a qual incidirão os efeitos jurídicos da proposta. Não pode haver a dependência de uma nova manifestação de vontade, bastando a aceitação para a formação do contrato. Caso contrário, não haverá a aceitação e será caracterizada como uma nova proposta, chamada de contraproposta.

A proposta vincula o proponente até que ocorra a aceitação, a renúncia ou o término do seu prazo. Todavia, ela não vinculará e poderá ser revogada enquanto ainda não tiver sido recebida ou se os seus termos, a natureza do negócio ou as circunstâncias assim indicarem. Nessas hipóteses diz-se que a proposta surtiu seu efeito mínimo, qual seja, a vinculabilidade do proponente à declaração até o momento da revogação.⁹⁰ O efeito pleno passa a ocorrer no momento em que a proposta é recebida pela pessoa à qual ela foi direcionada, passando a ser irrevogável, desde que atendidas as demais condições para tanto.

Essa diferença de efeitos traduz-se na diferença entre vinculabilidade e vinculação,⁹¹ sendo que a primeira ocorre enquanto a proposta é revogável e a segunda quando ela se torna irrevogável. A obrigação principal surge apenas quando da formação do contrato, ocorrendo com a aceitação, e conduz à vinculação jurídica contratual. Antes disso, o proponente encontra-se em estado de vinculação e de sujeição, aguardando o exercício do direito para quem foi direcionada a proposta.

Já no âmbito dos documentos preliminares, inexistente proposta formalizada, hábil a vincular o proponente e a criar uma vinculação jurídica contratual. Esses documentos são firmados na fase das tratativas, quando ainda não existe o consenso necessário para um contrato. As declarações contidas em um documento preliminar não têm natureza de proposta, pois a vontade dos declarantes não é de se vincular a ela, não se concebendo falar em proposta

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 73.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. V, p. 66-67.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, P. 399.

de contrato.⁹² A intenção é manifestar à contraparte determinadas intenções e vontades, mas para o fim de obter efeitos não jurídicos (*i.e.* efeitos psicológicos ou de ciência).

Assim, a diferença essencial entre as declarações feitas na fase das tratativas e a proposta é a intenção.⁹³ E esta, em conjunto com outros elementos, definirá a produção de efeitos de determinada declaração. Na fase das tratativas, as declarações produzem efeitos jurídicos indiretos (atos jurídicos em sentido estrito), ao passo que na proposta os efeitos são diretos (atos jurídicos em sentido próprio), uma vez que vinculam o proponente. Essa atribuição de efeitos ocorre por vontade do declarante, baseada na autonomia privada, e pelo reconhecimento social.

Por outro lado, tanto as declarações realizadas durante as tratativas, as quais podem ou não constar em um documento preliminar, como as declarações vinculantes (proposta), encontram-se no mesmo período, a pré-contratual.⁹⁴ Enquanto o aceitante puder aceitar a proposta, ainda que o proponente se encontre em estado de vinculação, ainda não foi formado um contrato. Por esse motivo, durante o período pré-contratual pode haver dificuldade em diferenciar uma declaração de vontade com efeitos de negócio jurídico unilateral (declaração negocial) e que, portanto, vincula o proponente, de uma declaração de vontade que não surte tais efeitos e não vincula o proponente. Para tanto, deverá ser analisada a intenção do proponente, o conteúdo da declaração e as circunstâncias nas quais a declaração foi emitida.

É importante ainda diferenciar a proposta do convite a fazer proposta (ou convite para negociar), o qual consiste em uma comunicação a partir da qual uma parte se mostra aberta a negociar para, eventualmente, chegar a um contrato. O convite pode ser dirigido a pessoas determinadas ou indeterminadas, como nos casos de anúncios públicos. Em contratos internacionais, esse tipo de proposta é caracterizado pela oferta de venda ou de compra de mercadorias por parte de um vendedor ou comprador, mas sem determinadas especificações, como a quantidade ou qualidade da mercadoria.⁹⁵ A partir dessa proposta iniciam-se as negociações, que se constituem em um primeiro contato. Não há uma proposta ou oferta, não

⁹² LEÃES, Luiz Gastão Barros. Protocolo de intenções sem força obrigatória. In: *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004. p. 401-410.

⁹³ Nesse sentido afirma Verçosa: “Não levam à celebração de contratos, tanto do ponto de vista da proposta como da aceitação, as declarações feitas a título de brincadeira, aquelas realizadas como resultado da simples cortesia, ou ainda as despedidas de intenção em tal sentido, tal como ocorre nas tratativas de negócios.” Ver VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 361.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 399.

⁹⁵ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 135.

gerando a vinculabilidade do comunicante. O convite a fazer proposta pode vir a ser relevante, eventualmente, no caso de este resultar em proposta e aceitação.⁹⁶

A despeito de os termos da carta de intenções e memorando de entendimentos serem utilizados como sinônimos, na maioria dos casos é importante notar que, em determinadas situações, a carta de intenções é redigida de forma unilateral, como uma verdadeira carta, que nas palavras do *Dicionário Aurélio* constitui “escrito fechado que se dirige a alguém”. Nesse caso, apenas uma das partes expressa a sua intenção de firmar um contrato. Sob esse ângulo, a carta de intenções, em determinados casos, pode constituir-se de proposta contratual, dependendo do seu conteúdo e do comportamento das partes, conforme se verá adiante.⁹⁷

Assim, apenas a partir da análise do caso concreto será possível concluir se as manifestações das partes configuram declaração geradora de efeitos obrigacionais, negócio unilateral de oferta (proposta) ou a celebração de um contrato.⁹⁸

No momento em que se identifica a aceitação da proposta, forma-se o negócio jurídico bilateral, o contrato, encerra-se a liberdade de contratar e nascem as obrigações e deveres contratuais. Até esse momento incidiam sobre as partes, tão somente, os deveres de proteção e, para o proponente, após a realização da proposta, a vinculação em relação a ela.

1.5. Documentos preliminares e contrato

Individualizadas e diferenciadas as declarações de vontade que ocorrem na fase das tratativas daquelas que configuram uma proposta contratual, impende-se agora compreender o contexto no qual está inserido o contrato, para diferenciá-lo do contexto dos documentos preliminares.

Dentre os fatos considerados jurídicos, insere-se o contrato, como espécie de negócio jurídico, no nível que requer o grau mais elevado e qualificado de vontade, pautado na liberdade de contratar. Essa liberdade permeia o conceito de contratos e é fundamental para a existência dos documentos preliminares. É importante fazer-se uma ressalva quanto às limitações dessa liberdade de contratar, uma vez que a doutrina identifica, de forma geral, a

⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. II, p. 511.

⁹⁷ A diferença entre carta de intenções e memorando de entendimentos é destacada por Lutz-Christian Wolf, mas com a ressalva de que normalmente os documentos são tratados com sinônimos. O autor diferencia ainda os memorandos de entendimentos dos chamados *heads of agreements*, embora destaque a sua similaridade. Para ele, estes são redigidos para ser vinculantes na maior parte das vezes, e podem ser definidos como *agreement to agree*, em que as partes confirmam contratualmente as questões as quais elas pretendem chegar a um acordo. Ver WOLF, Lutz-Christian. *The law of cross-border business transactions: principles, concepts and skills*. Netherlands: Wolters Kluwers, 2013, p. 54-56.

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 392.

sua limitação gradual, tanto em relação à sua extensão, quanto às condições na qual ela é exercida.⁹⁹ Essa limitação manifesta-se preponderantemente na regulação de alguns setores da economia, mas pode quiçá se revelar ao longo do presente trabalho, nas hipóteses de vinculação dos documentos preliminares.

Portanto, para se compreender o que é o contrato, é necessário antes entender o negócio jurídico. Dentre os conceitos trazidos pela doutrina do negócio jurídico, destacam-se aqueles pautados no ato de vontade e aqueles pautados em uma concepção objetiva.

Na concepção pautada na declaração de vontade, o negócio jurídico é visto como uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos. Ela pressupõe que a vontade dos efeitos é que caracteriza o negócio jurídico. Já sob o ponto de vista da concepção objetiva, o negócio jurídico "constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante".¹⁰⁰ O negócio é visto como ato de autonomia privada, pelo qual o indivíduo regula os seus interesses (autorregulamentação dos próprios interesses),¹⁰¹ ao qual o Direito atribui efeitos conforme função econômico-social e lhe caracteriza o tipo.¹⁰² Nesse sentido, o negócio deve ser um fato socialmente reconhecível, constituindo um preceito (disposição) da autonomia privada, servindo a uma função econômico-social.¹⁰³

Vê-se que o primeiro conceito está ligado à liberdade (autonomia) para praticar o ato, sob o ponto de vista do surgimento do negócio, e o segundo aos efeitos (regras) que dele resultam, sob o ponto de vista de como ele atua. Baseando-se em ambas as ideias, Antônio Junqueira de Azevedo propôs uma definição pautada na estrutura, definindo o negócio jurídico como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.¹⁰⁴ Nesse conceito, como já foi mencionado, não basta a simples declaração de vontade; esta deve ser

⁹⁹ Faz-se referência aqui às limitações impostas às relações de consumo e aos setores econômicos regulados. Sobre o assunto ver BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 49-51; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 32; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p. 38-41; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 7-8; FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 27-31.

¹⁰⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, tese no concurso para a cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, 1986, p. 12.

¹⁰¹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 13.

¹⁰² BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN Editora, 2003, t. I, p. 79.

¹⁰³ Gerson Luiz Carlos Branco, ao tratar da concepção de Betti, situa a causa como função econômica e social da autonomia privada, limitando-a. Afirma que, embora critique os voluntaristas, o conceito de Betti valoriza a autonomia da vontade, mas limitando-a a funções socialmente relevantes para o ordenamento jurídico. Ver BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, 72-76.

¹⁰⁴ AZEVEDO, op. cit., p. 16.

qualificada (declaração negocial), no sentido de que ela deve ser vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos.

O negócio jurídico, portanto, para existir, valer e ser eficaz deve ser examinado sob os três planos sucessivamente: o da existência, o da validade e o da eficácia. Primeiro identificam-se seus elementos constitutivos, quais sejam, a forma da manifestação (a maneira pela qual o agente expressa sua vontade, podendo ser via declaração de vontade), o seu objeto (o conteúdo) e as circunstâncias negociais (o contexto). Se elas estiverem presentes, o negócio existe. Em seguida se analisam os requisitos de validade, os quais se referem à qualidade dos seus elementos. Assim, a declaração de vontade deverá ser emitida de forma livre, não podendo ser resultado de coação, erro, dolo ou má-fé. O objeto, por sua vez, deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável, e a forma deverá ser conforme prescrita ou não defesa em lei. Por fim, as circunstâncias negociais dependerão da natureza do próprio negócio. Finalmente, uma vez existente e válido, analisam-se os fatores de eficácia, os quais são extrínsecos ao negócio, mas são vitais para a obtenção dos efeitos queridos.¹⁰⁵

Assim, os negócios jurídicos unilaterais, como a proposta, e os bilaterais, como o contrato, devem ser analisados sob tais planos, de forma sucessiva. O exame do contrato, como espécie de negócio jurídico, deve ser feito adicionando as características próprias do instituto.

Quando se trata dos elementos constitutivos do contrato, estes podem ser examinados conforme a sua categoria, correspondendo a um negócio jurídico *in concreto*.¹⁰⁶ Todavia, a análise deve iniciar sob a perspectiva do negócio jurídico abstrato, verificando-se a presença dos elementos gerais do negócio jurídico, os quais compõem a sua existência. Descendo-se um degrau da escala de abstração e chegando-se na categoria contrato, atingem-se os elementos categoriais, que são especiais daquela categoria e que resultam da ordem jurídica.

A doutrina brasileira¹⁰⁷ conceitua contrato como um acordo de vontades entre duas ou mais partes com a finalidade de constituir, modificar ou extinguir relação jurídica de natureza

¹⁰⁵ Antônio Junqueira, ao classificar os fatores de eficácia, divide-os em três espécies: (I) os fatores de atribuição de eficácia geral (essências para que o ato produza algum efeito, *e.g.* casos de condição suspensiva); (II) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada (essenciais para que um negócio que já produz efeitos produza aqueles especificamente visados); (III) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa (efeitos *erga omnes*).

¹⁰⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁰⁷ Nesse sentido é o entendimento de ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 29; BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 9; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 7; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*. 2ª parte. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.5, p. 19.

patrimonial.¹⁰⁸ Tem-se a convergência de duas ou mais manifestações de vontade, a proposta e a aceitação, que se unificam para formar uma declaração de vontade.¹⁰⁹

Ao voltar-se para o Código Civil, é possível encontrar apenas os requisitos de validade do negócio jurídico no artigo 104,¹¹⁰ cuja análise interessa ao plano da validade e não da existência, e é feita após a verificação dos elementos constitutivos. Não há, portanto, previsão legal dos elementos necessários para a existência do contrato, a exemplo do que ocorre no Código Civil italiano. Não obstante, a doutrina encarrega-se dessa atribuição.

A doutrina é uniforme ao situar o consentimento como elemento constitutivo do contrato.¹¹¹ Este é a base do contrato, sem o qual ele não existe. O consentimento é elemento subjetivo necessário para a constituição do contrato, sendo o seu elemento central.¹¹² Naqueles contratos precedidos de negociações, o contrato só é detectado a partir do momento em que ocorre o “consenso negocial perfeito”.¹¹³

O consentimento deve abranger acordo sobre a existência e a natureza do contrato, sobre o seu objeto e sobre as cláusulas que o compõem.¹¹⁴ Em regra, esse acordo deve ser total, não sendo admitido um acordo parcial, sob pena de não se concluir o contrato. Deve haver, portanto, a aceitação recíproca integral das declarações de vontade de cada parte. No entanto, há casos em que é possível o isolamento desse acordo parcial e quando este está inserido em um contexto de uma negociação em que os demais requisitos para formação de

¹⁰⁸ O significado de contrato sofreu alterações ao longo da história, como mostra Judith Martins-Costa. No Direito Romano, contrato era espécie de convenção que se enquadrava em hipóteses rígidas legais que constituíam vínculo jurídico; em contraposição, existia a noção de pacto, outra espécie de convenção, que se aproximava mais da noção atual de contrato, mas ao qual não era reconhecida eficácia legal. Posteriormente, a concepção voluntarista, adotada pelo *Code* em 1804, dominou o conceito de contrato como um consenso (acordo de vontades). O contrato era visto como manifestação da vontade humana “em si e por si mesma considerada”. Surge então a Teoria da Declaração, momento em que a vontade é objetivada, interessando a declaração da vontade e qual o tratamento do ordenamento jurídico para ela. Ver MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: *Uma vida dedicada ao Direito: (Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 497-513.

¹⁰⁹ Antonio Junqueira de Azevedo expõe de forma clara a ausência de duas declarações de vontade em um contrato, mas sim de mais de uma vontade e mais de uma manifestação. Ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

¹¹⁰ Código Civil. Art. 104, *in verbis*: “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

¹¹¹ Washington de Barros afirma que o consentimento recíproco é requisito essencial aos contratos, uma vez que ele pressupõe o acordo de vontades de duas ou mais pessoas. Ver MONTEIRO, op.cit., p. 31. Carlos Alberto Bittar afirma que o acordo se manifesta pela convergência de condutas ou de declarações, conforme o caso, constituindo elemento central do contrato. Ver BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 21. Caio Mário situa o consentimento como pressuposto existencial do próprio contrato. Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 32. Orlando Gomes refere que o consentimento é elemento constitutivo do contrato, necessário para a sua existência. Segundo o autor, na acepção lata, o consentimento significa a integração de vontades distintas, enquanto que na acepção restrita, trata-se de a vontade de cada parte, as quais, uma vez integradas, formam o acordo. Ver GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 48.

¹¹² BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p 21.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ PEREIRA, op. cit, p. 28.

um contrato estão presentes e em que é possível reconhecer-se uma unidade negocial, o consentimento, ainda que parcial, pode levar à conclusão de um contrato.¹¹⁵

Note-se que a palavra *consentimento* pode ter dois sentidos. Em termos abrangentes, ele se refere ao acordo de vontades, para o qual é necessária a união de vontades que correspondem a interesses distintos, correspondente à integração entre as declarações de vontade receptícias, proposta e aceitação. Em termos restritos, ele se refere à declaração individual de cada parte.¹¹⁶

Impõe-se diferenciar o consentimento, como elemento do contrato, do acordo, em sentido genérico.¹¹⁷ O mero acordo de vontades formado por manifestações de vontade, as quais não possuem a intenção de vincular o proponente e que não são vistas socialmente de tal forma, não terá ainda ingressado na esfera do contrato, encontrando-se em momento anterior, que consiste na fase do processo pré-contratual. Esse acordo não alcançará o consentimento necessário para a formação do contrato e não criará a vinculação jurídica contratual. Portanto, o contrato é espécie de acordo.

As declarações de vontade que constituem um acordo podem gerar efeitos jurídicos indiretos, se classificadas como ato jurídico em sentido estrito, ou ainda efeitos jurídicos de declaração negocial, se classificadas como atos jurídicos em sentido próprio. A eficácia vinculativa contratual só surgirá se identificada a existência de um contrato (com todos os seus elementos) válido e eficaz.

Por fim, cumpre destacar a existência de relações contratuais de fato, também chamadas de paracontratuais, nas quais não se verifica o consentimento. Para se analisar essas relações, Luis Renato Ferreira da Silva utilizou-se da noção da causa sinalagmática, a qual não foi recepcionada pelo legislador brasileiro como elemento de existência ou requisito de validade do contrato.¹¹⁸ A noção de causa atuaria então como fundamento gerador de obrigações no âmbito dessas relações de fato que não podem ser consideradas contratuais, por ausência do elemento da vontade, mas que recebem tratamento assemelhado àquele

¹¹⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102-103.

¹¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.48.

¹¹⁷ Ademais, a palavra *convenção* por vezes se confunde com *contrato*, pois ambos têm os mesmos contornos e conteúdo jurídico. Caio Mário da Silva Pereira entende que o vocábulo contrato abrange toda espécie de convenção, podendo ser utilizadas as palavras como sinônimos. O autor argui que o Código Civil corrobora ao tratar, no art. 221, das obrigações convencionais, as quais compreendem os contratos. No mesmo sentido ver MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2013, pg. 3-4. Todavia, os dois conceitos podem ser diferenciados na medida em que convenção é gênero com alcance maior do que o contrato, do qual este é espécie.

¹¹⁸ Ver FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e contrato*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Sobre a causa, ver também MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, Porto Alegre, ano XVI, março 1989, e ANDRADE, Fabio Siebeneichler. Causa e “consideration”, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 276-284, 1991.

dispensado aos contratos. Para que determinada relação fática possa ser considerada relação contratual de fato, deve ser verificado um deslocamento patrimonial entre as partes, em contraponto à declaração de vontade necessária para a existência de uma relação contratual. Nas relações contratuais de fato, a causa atua como elemento gerador da própria obrigação.

Em determinadas relações governadas por um documento preliminar, em que se verificam perdas e ganhos para os negociadores, eventualmente a causa poderá exercer papel similar, constituindo obrigações para as partes.

Tendo-se clara a noção de contrato no ordenamento jurídico, conclui-se que este se distingue dos documentos preliminares. O documento preliminar, em princípio, não constitui, não extingue e não modifica relação jurídica contratual, já que pretende, justamente, manter-se fora das obrigações contratuais. A relação entre as partes permanece no âmbito das negociações, no qual ambas têm a liberdade de não contratar. No entanto, no documento preliminar, identifica-se, por vezes, um acordo de vontades, mas este dirá respeito aos pontos já negociados e à manutenção das negociações, e não terá eficácia contratual.

A grande dificuldade encontrada no tema dos documentos preliminares diz respeito à sua diferenciação dos contratos, devendo-se examinar caso a caso se o documento firmado é um contrato ou se ele ainda não alcançou tal *status*. Muitas vezes as partes incluem disposições nos documentos preliminares no intuito de deixar claro que elas não têm a intenção de criar um vínculo contratual, mas os efeitos de cada cláusula e do documento serão determinados a cada caso, levando-se em consideração diversos fatores, conforme se demonstrará ao longo do presente trabalho.

1.6. Documentos preliminares e contrato preliminar

Demonstrado o contexto em que o contrato está inserido, passa-se a examinar as diferenças conceituais entre os documentos preliminares e os contratos preliminares.¹¹⁹ Embora o contrato preliminar constitua uma espécie de contrato, entende-se ser

¹¹⁹ O objetivo não é examinar profundamente o contrato preliminar e todas as suas nuances, mas compará-lo aos documentos preliminares, de forma que seja possível diferenciar um documento do outro ao longo do presente estudo. Há extensa bibliografia sobre os contratos preliminares, destacando-se na doutrina brasileira os seguintes títulos: FRANCKE, Walmar. Notas sobre pré-contrato. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.9, n.49, p. 49-66, jan.fev. 1961; FERNANDES, W. Contrato preliminar: segurança de contratar. In: Wanderley Fernandes. (Org.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, v. 1, p. 263-321; CORRÊA, L. F. Contratos preliminares ou pré-contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, p. 713, 1994; MONTORO, Thereza Maria Sarfert Franco. O Contrato preliminar, o novo código e a análise econômica do direito. *Revista de Direito Mercantil*, 2003; TEIXEIRA, Tarcisio. *Compromisso e promessa de compra e venda: distinções e novas aplicações do contrato preliminar*. São Paulo: Saraiva, 2015.

imprescindível que essa figura jurídica seja de pronto diferenciada dos documentos preliminares, já que suas características peculiares o aproximam muito desses documentos.

O contrato preliminar, também conhecido por “contrato-promessa de contratar”, “pré-contrato”, *vorvertrag*, *avant-contrat* e *contratto preliminare*, tem como efeito a vinculação jurídica contratual. Apesar da imperiosa diferenciação com os documentos preliminares, é sabido que, em certos casos, há uma confusão jurídica das partes signatárias acerca desses dois instrumentos, as quais, ao assinarem um documento preliminar, o fizeram com a intenção de assinar o contrato definitivo ou uma promessa de contratar.

O contrato preliminar, assim como o documento preliminar, surgiu da prática negocial.¹²⁰ Ele está previsto a partir do artigo 462¹²¹ no Código Civil e constitui um pré-contrato que, em regra, contém todos os elementos essenciais do contrato futuro, que será o contrato definitivo. O contrato preliminar, diferente dos documentos preliminares, cria a obrigação para as partes de assinatura do contrato futuro.¹²² Ele gera, portanto, a obrigação de contrair o contrato futuro, chamado de contrato prometido ou definitivo.¹²³ No momento de sua assinatura, já existe um acordo sobre o conteúdo principal do contrato definitivo. Assim, a vontade manifestada no contrato-promessa diz respeito à futura celebração de um negócio e a um determinado conteúdo.¹²⁴

Como o contrato preliminar, por ser instrumento que cria vínculo jurídico contratual, já obriga as partes, tanto em relação à celebração do contrato definitivo, como sobre os seus principais elementos, questiona-se o motivo pelo qual as partes o firmam. Os exemplos mais citados¹²⁵ são casos em que uma das partes não possui imediatamente os recursos financeiros necessários para a conclusão do negócio, necessitando um prazo para o total adimplemento, quando certas medidas que demandarão tempo devem ser tomadas antes do contrato

¹²⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *Novos ensaios e pareceres de Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 233.

¹²¹ Código Civil. Art. 462, *in verbis*: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

¹²² Até a promulgação do Código Civil, o qual estipulou que cabe a qualquer das partes exigir a celebração do contrato definitivo e que o juiz pode suprir a vontade da parte inadimplente, existia discussão doutrinária acerca da natureza jurídica dos contratos preliminares. Orlando Gomes defendia que o contrato definitivo já estava contido no contrato preliminar, sendo, portanto, um negócio jurídico pelo qual as partes estipulam a faculdade de exigir a eficácia imediata de outro contrato, sendo desnecessária nova declaração de vontade. Seguindo esse raciocínio, o contrato definitivo se tornaria supérfluo, uma vez que a pessoa já se obrigou no primeiro contrato, ao vincular-se a assinar determinado contrato. Ver GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 159-167.

¹²³ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 12.

¹²⁴ PRATA, Ana. *Contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 70.

¹²⁵ Ver BESSONE, Darcy. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio e alienação e garantia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997 e ALPA, Guido. *Le contrat individuel et sa definition*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 327-350, Avril-Juin 1988, p. 344.

definitivo ou ainda quando há necessidade de pormenorização do conteúdo contratual, mas elas já querem garantir desde logo a celebração do negócio.¹²⁶

O contrato preliminar pode ser sinalagmático, na modalidade de promessa bilateral, ou não sinalagmático, na modalidade promessa unilateral. Na primeira, cada uma das partes pode exigir o cumprimento do contrato, e, na segunda, esse direito fica reservado a apenas uma das partes, produzindo o contrato obrigações para apenas uma delas. A outra parte fica livre para celebrar ou não o contrato definitivo.

A promessa pode ser unilateral, tanto de venda quanto de compra, por meio da qual uma parte se obriga a vender ou a comprar determinado bem. A eficácia da promessa depende do exercício do direito de compra ou de venda, respectivamente, da contraparte. Distingue-se o contrato preliminar de promessa unilateral de venda da opção.¹²⁷ A opção é negócio jurídico bilateral que se constitui de proposta unilateral irrevogável já aceita em todos os seus termos pela parte que possui direito potestativo de formar um contrato, mediante a sua aceitação, no termo estipulado. Assim, não é necessário novo consentimento, como ocorre no contrato preliminar, bastando a reprodução do consentimento já expresso pela parte previamente, quando da formação da opção.

Nos casos de negociações de venda de controle societário, por questões estratégicas relacionadas a esse tipo de negócio, como a confidencialidade e a exclusividade, muitas vezes há a necessidade de se firmar um contrato preliminar.¹²⁸ As dificuldades de manter a negociação sigilosa, até pela quantidade de pessoas normalmente envolvidas, é um dos motivos para que as partes queiram assumir uma obrigação mútua de contratar, já que as especulações do mercado provenientes do eventual vazamento das negociações não são, em geral, positivas para as empresas. Além disso, o risco de um terceiro interferir na negociação, fazendo, por exemplo, uma proposta de compra para a vendedora, existe, não obstante o dever da boa-fé que deve permear toda e qualquer negociação. Assim, tem-se que, na prática,

¹²⁶ Entende-se pertinente fazer uma ressalva quanto à relação entre contrato preliminar e compromisso (promessa) de compra e venda de bem imóvel. Gerson Branco entende que há distinção entre as figuras, sendo que o compromisso de compra e venda constitui um contrato definitivo, o qual não depende de nova declaração de vontade, mas apenas de obrigação de fazer nova declaração de vontade (firmar escritura pública para transferência do imóvel). A escritura se constitui, portanto, no adimplemento do contrato, não constituindo contrato definitivo. Aplicam-se as disposições dos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil ao compromisso de compra e venda de bem imóvel. Nesse sentido, ver BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Alterações no regime da execução das obrigações decorrentes do compromisso de compra e venda. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 23, p. 14-22, 2011. Por outro lado, outros autores entendem que a promessa de compra e venda de bem imóvel é um exemplo típico de contrato preliminar. Nesse sentido ver MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 2ª Parte. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92 e FERNANDES, Wanderley; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato Preliminar: segurança de contratar. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283-342.

¹²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, capítulo 21.

¹²⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Novos ensaios e pareceres de Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

frequentemente é firmado um documento preliminar em um primeiro momento e, posteriormente, quando as negociações se aproximam do final, um contrato preliminar.

Bucando-se os elementos de identidade entre os documentos preliminares e os contratos preliminares, encontram-se a sua finalidade de dar segurança às partes quanto ao futuro de sua relação¹²⁹ e o seu caráter provisório.

Por outro lado, há diferenças. O contrato preliminar tem uma fase pré-contratual própria, já que constitui um contrato, enquanto que o documento preliminar integra essa fase. No contrato preliminar há consenso acerca dos elementos essenciais, enquanto que no documento preliminar o consenso pode ser acerca de qualquer elemento, inclusive dos essenciais. Além disso, note-se que, enquanto o contrato preliminar tem caráter obrigatório, o documento preliminar é eventual.¹³⁰

Por fim, veja-se a diferença essencial entre os dois instrumentos, que impacta na sua respectiva eficácia. No contrato preliminar há vontade de vinculação jurídica contratual em relação a um contrato futuro, enquanto no documento preliminar, se houver efeitos, estes se restringirão à vinculação jurídica obrigacional. Inclusive, por vezes, os documentos preliminares contêm cláusula estabelecendo de forma expressa a não vinculação contratual.¹³¹ Os documentos preliminares são formados por acordo de vontade que não cria vinculação contratual, produzindo efeitos que podem ser considerados inferiores.¹³² Essa distinção reflete diretamente nas consequências do rompimento das negociações, uma vez que, no caso dos contratos preliminares, estar-se-á no campo da responsabilidade contratual, ao passo que nos documentos preliminares, no da responsabilidade extracontratual.

O caso brasileiro mais conhecido que trata dessa diferença, embora anterior ao Código Civil de 2002, é o famoso Caso Disco (“Caso Disco”).¹³³ Neste, os acionistas controladores da Distribuidora de Comestíveis Disco S.A. e o Supermercado Pão de Açúcar S.A. firmaram um documento intitulado Contrato Preliminar para a Compra e Venda de Ações, no qual os primeiros concordavam em vender ao segundo a totalidade de suas ações referentes ao Supermercado Disco. Além do acordo acerca de venda, as partes: (I) estabeleceram um “preço preliminar” estimado das ações, o qual dependeria da avaliação da situação

¹²⁹ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 270.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15.

¹³² BESSONE, Darcy. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio e alienação e garantia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 75.

¹³³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 88.716, 2ª Turma, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 11/09/1979.

patrimonial da sociedade; (II) indicaram pressupostos para o cálculo do preço final; (III) ajustaram a assinatura futura de um novo contrato de locação entre os vendedores e a sociedade relativo aos imóveis que esta ocupava, sendo estabelecido um preço mínimo; (IV) fixaram um adiantamento do valor do preço preliminar no ato de assinatura do documento em favor do Supermercado Disco e (V) definiram que a venda das ações era irretratável para os acionistas, valendo como opção de venda pelo prazo de 30 dias.

Todavia, não obstante os cuidados havidos pelas partes, as negociações fracassaram, o que levou o Supermercado Disco a propor uma Ação de Consignação em Pagamento contra o Pão de Açúcar, objetivando a devolução do valor por ele depositado. Em contrapartida, o Pão de Açúcar ajuizou uma Ação de Adjudicação Compulsória, cujo objeto era a adjudicação das ações objeto do negócio, sustentando que o documento firmado entre as partes se tratava de um contrato preliminar. Em primeiro grau, o julgador entendeu que o documento não tinha caráter vinculante, constituindo-se, tão somente, de um protocolo de intenções em que as partes manifestaram um desejo que estava condicionado a negociações futuras. Um dos elementos levados em consideração foi a linguagem condicional utilizada ao longo do documento. Em segundo grau, a decisão foi reformada por maioria de votos, por entenderem os julgadores que o documento continha os requisitos essenciais à validade do contrato principal, quais sejam, *res, pretium et consensus*. Para tanto, concluíram que, ainda que certos elementos, como o preço, não tivessem sido determinados, eles eram determináveis com base nas estipulações contratuais.

Ao analisar o presente caso, deve-se ter em mente que a relação entre as partes era regulada pelo Código Civil de 1916 e por disposições, então vigentes, do Código Comercial de 1850. Como não havia previsão acerca do contrato preliminar, como a que existe hoje, o caso foi analisado à luz dos artigos 126¹³⁴ e 191¹³⁵ do Código Comercial de 1850 e do artigo 1.126¹³⁶ do Código Civil de 1916. Assim, não havia dispositivo legal determinando que para configuração do contrato preliminar bastava os elementos essenciais estarem presentes, tendo-se que se interpretar o caso conforme as regras do contrato de compra e venda mercantil, em razão da natureza da relação e do estudo do Direito comparado.

¹³⁴ Código Comercial. Art. 126, *in verbis*: “Os contratos mercantis são obrigatórios; tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e o reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária”.

¹³⁵ Código Comercial. Art. 191, *in verbis*: “O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição”.

¹³⁶ Código Civil de 1916. Art. 1.126, *in verbis*: “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”.

No Supremo Tribunal Federal, na condição de relator, o Ministro Moreira Alves proferiu extenso voto, concluindo que o documento firmado não continha os elementos necessários para a formação de um contrato, não sendo, portanto, vinculante. O referido Ministro sintetizou a questão jurídica a ser resolvida da seguinte forma: se um acordo escrito firmado durante as negociações sobre os elementos essenciais de um contrato, em que o acordo acerca de elementos acidentais era deixado para momento futuro, constituiria um contrato preliminar ou meras tratativas. Ao buscar o entendimento do Direito brasileiro, o referido Ministro percorreu os Direitos italiano, alemão, suíço, austríaco e português, examinando o tratamento dado a tal questão em cada um desses Direitos, balizando-os em três correntes doutrinárias.¹³⁷ Concluiu que o Direito brasileiro se enquadrava na hipótese em que, para constituir contrato preliminar, o documento deveria conter os elementos essenciais e os acidentais do negócio, devendo haver, portanto, uma identidade entre o contrato preliminar e o contrato definitivo. Para tanto, baseou-se no artigo 191 do Código Comercial, que mencionava a necessidade de haver um acordo sobre a coisa, o preço e as condições, sendo esta última empregada no sentido de “outras cláusulas”.

Ademais, foram levadas em consideração a linguagem condicional e as expressões que deixavam claro que não se tratava de um acordo definitivo entre as partes, assim como a minuta elaborada do contrato de venda e compra de ações, diversa do dito contrato preliminar. Ao tratar da declaração de irretratabilidade e de opção de venda contida no documento, o Ministro Moreira Alves a restringiu aos pontos já acordados, entendendo que estes eram irretratáveis, e que o vocábulo “opção” havia sido empregado de forma inapropriada, tendo como efeito apenas a vinculação bilateral sobre os referidos pontos. Por fim, chegou-se à conclusão de que o documento firmado era tão somente um acordo provisório e eventual, sem caráter vinculante.

O mesmo entendimento foi compartilhado por Orlando Gomes em parecer juntado aos autos pelos acionistas controladores. Este defendia que o documento constituía meramente um acordo preparatório e provisório.¹³⁸ Os pontos do negócio já acertados, caso este fosse consumado, foram enumerados, de modo a se verificar se todos os elementos do contrato definitivo estavam presentes. Salientou que seria necessária a presença de todos os elementos,

¹³⁷ As três correntes que tratavam do contrato preliminar discorrem que, para ele ser considerado como tal, é imperativo que dele (I) constarem todos os elementos do contrato definitivo; (II) haver consenso sobre os elementos essenciais, exceto se as partes se reservarem o direito de discutir os acidentais; e (III) haja consenso sobre os elementos essenciais, independente de convenção para definição posterior dos elementos acidentais, cabendo ao juiz determinar os demais elementos.

¹³⁸ GOMES, Orlando. Apud BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 203-205.

inclusive os secundários, para configurar um contrato preliminar, sendo dispensáveis negociações posteriores.

O Ministro Leitão de Abreu apresentou voto em que divergia acerca da natureza do documento, entendendo que este gerava vínculo jurídico contratual. Para ele inúmeros fatos deixavam transparecer que a vontade das partes ao firmarem o instrumento não era de firmar um documento sem valor jurídico. Nesse sentido, o referido Ministro destacou o nome atribuído ao documento, a presença de profissionais que assistiram as partes, o pagamento de um quarto do preço estimado realizado no ato da assinatura, o qual comporia o pagamento das ações, e o comportamento posterior das partes. Ademais, argumentou que os pontos não acordados eram suscetíveis de determinabilidade por critérios objetivos, não sendo, portanto, motivo para entender que o documento não gerava vinculação jurídica.

Fábio Konder Comparato,¹³⁹ em suas reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário, redigidas em 1981, também discordava da decisão do Caso Disco, pois entendia que, para que uma promessa de contratar fosse obrigatória não se mostrava necessário conter um acordo geral sobre todos os termos do contrato futuro. Para ele, era justamente a indefinição acerca de alguns termos que levava as partes a firmar tal contrato, aliada à vontade de se vincular rapidamente. Tais contratos necessitavam ser certos e determinados quanto ao contrato definitivo a ser concluído e não quanto à totalidade de seu conteúdo, sendo que apenas na hipótese de uma das partes possuir o livre-arbítrio de estabelecer o seu conteúdo é que a promessa restaria prejudicada. Ademais, o referido autor sustentava que o vocábulo “condições” do artigo 191 do Código Comercial referia-se justamente aos elementos essenciais do negócio, quais sejam, o preço e a coisa.

Embora a decisão do Caso Disco tenha ocorrido na vigência do Código Civil de 1916, os inúmeros votos e opiniões proferidos acerca da fase das tratativas e dos acordos provisórios, assim como da delimitação dos elementos essenciais e acidentais, são relevantes. Ainda que o Código Civil atual determine que o contrato preliminar se constitui com os elementos essenciais, dispensando, portanto, os secundários, permanece a discussão do que os diferencia. E essa definição afeta diretamente o documento preliminar, já que, em muitos casos, ele é caracterizado como um contrato preliminar, mediante o fundamento de que continha todos os elementos essenciais do negócio.

¹³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

1.7. Documentos preliminares e carta-conforto

Impõe-se também diferenciar os documentos preliminares das cartas-conforto, ou *comfort letters*,¹⁴⁰ as quais também têm origem na *common law*,¹⁴¹ mas ostentam características próprias que as distinguem dos documentos preliminares.

As cartas-conforto são, predominantemente, utilizadas no âmbito do comércio internacional, em operações de Direito bancário e se constituem em um instrumento atípico que contém promessa de um terceiro com o objetivo de encorajar a criação de um acordo entre duas outras partes. Nelas, há uma declaração unilateral de uma pessoa que será estranha ao contrato que será celebrado (incentivado pela declaração) tipicamente com uma instituição financeira. Na prática, verifica-se que as cartas conforto são oferecidas em forma de carta a uma instituição por uma sociedade controladora em benefício de uma sociedade que integre o seu grupo econômico, para encorajar o banco a conceder ou manter empréstimo à sociedade controlada. Em geral, o seu objetivo é propiciar conforto e segurança à instituição financeira ao atestar a relação societária existente com a mutuária e o seu comprometimento com a sua saúde financeira. Ela seria mais do que uma carta de recomendação, mas menos do que uma espécie de garantia.

As cartas conforto são divididas pela doutrina,¹⁴² conforme o seu conteúdo, em *soft* e *hard*. Essa classificação auxilia na identificação dos seus efeitos jurídicos e consequências. As cartas *soft* são aquelas de caráter meramente informativo e que contêm declarações de ciência. Nelas a emitente pode declarar (I) ter conhecimento da operação financeira, (II) ter relação societária com a beneficiária do crédito ou ainda (III) conhecer e ratificar a política do grupo econômico do qual as sociedades fazem parte em relação a compromissos financeiros e suporte gerencial. Embora tais declarações não criem vínculos jurídicos contratuais entre a emitente e a instituição financeira, por sua natureza informativa, limitando-se a efeitos

¹⁴⁰ Maristela Basso ressalta que em português eles poderiam também ser chamados de cartas de patrocínio ou cartas de abono, mas que, devido às expressões utilizadas em inglês e francês, o mais comum é a utilização de cartas-conforto. A autora expõe as diferentes terminologias utilizadas para esses instrumentos: *cold letter*, *lettere di conforto*, *lettre de confort*, *lettre d'apaisement*, *lettre de soutien* e *lettre de parrainage*. Ver BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 208.

¹⁴¹ André Navarro de Noronha assevera que elas surgiram na prática financeira norte-americana contendo um valor predominantemente moral e o seu uso se intensificou no início do século XX com o aumento dos fluxos de investimentos internacionais ao longo do século. Ver NORONHA, André Navarro. *As cartas de conforto*. COIMBRA: Coimbra Editora, 2005 e LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante. *Revista de Direito Bancária e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 13, p. 207-216, jul-set 2001. Guido Alpa afirma que a *common law* é o berço dos documentos preliminares, os quais foram introduzidos no Direito Francês e Italiano. Ver ALPA, Guido. *Le contrat individuel et sa définition*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 327-350, Avril-Juin 1988, p. 334.

¹⁴² Maristela Basso ressalta que essa distinção é forte na jurisprudência francesa e italiana, sendo chamadas de *soft* ou *morbide* e *hard* ou *dure*. Ver BASSO, op. cit., p. 211.

jurídicos indiretos, a responsabilidade de natureza extracontratual, no caso de declaração dolosa ou de má-fé, sempre poderá ser acionada.

No que concerne às cartas *hard*, estas caracterizam-se por conter obrigações de fazer e de não fazer de grau muito variado. Dentre elas, destacam-se aquelas, em ordem de vinculatividade crescente, em que a emitente (I) se obriga a manter sua participação societária na sociedade mutuária, sem alterá-la, (II) se obriga a fazer tudo o que for possível para que a mutuária cumpra as suas obrigações com a instituição financeira mutuante, agindo de forma ativa nesse sentido e fornecendo os meios necessários mediante empréstimos ou aumento do capital social, ou (III) solicita diretamente à instituição financeira a concessão de empréstimo à sua sociedade controlada.

O grau de vinculatividade de cada obrigação influencia no exame das consequências do seu não cumprimento. Na primeira hipótese, caso haja a alteração da participação societária sem a devida comunicação à instituição financeira, a emitente poderá responder pelos danos eventualmente sofridos pelo banco em decorrência da referida alteração. Na segunda hipótese, em que há uma obrigação de meio, normalmente expressa com linguagens similares a “melhores esforços”, a instituição financeira terá que demonstrar que o inadimplemento da mutuária decorreu de omissão da sociedade controladora de sua obrigação de fornecer à controlada os meios necessários "sem medir esforços". A declarante não garante o resultado final do cumprimento, qual seja, o pagamento, mas tão somente que disponibilizará os fundos necessários.¹⁴³ Por fim, na última hipótese, como a controladora se obrigou ao solicitar o próprio empréstimo, há uma relação contratual em que ela se torna devedora e conseqüentemente obrigada a adimplir a dívida.

O enquadramento das cartas-conforto a um tipo jurídico de Direito interno é extremamente difícil, uma vez que se trata de instrumento atípico concebido fora desse ambiente por razões de ordem prática. No entanto, dadas suas características, usualmente elas são comparadas com os seguintes institutos de garantia de Direito interno: fiança, carta de crédito e promessa de fato de terceiro.¹⁴⁴

¹⁴³ NORONHA, André Navarro. *As cartas de conforto*. COIMBRA: Coimbra Editora, 2005, p. 53.

¹⁴⁴ Luiz Gastão Leães, ao responder à consulta sobre os efeitos de uma carta-conforto, compara-as aos institutos referidos. O caso que foi submetido ao autor envolvia cartas-conforto que continham tanto declarações de conteúdo informativo como obrigações de fazer. A declaração de que a declarante faria o acompanhamento sistemático da situação econômica da controlada “de forma a providenciar que esta cumpra seus compromissos junto ao banco financiador com pontualidade” foi determinante para a opinião do autor de que a sociedade controladora se comprometera a conseguir ou a obter da controlada o cumprimento do financiamento, assinando instrumento de garantia juridicamente vinculante. O autor concluiu ainda que, da forma como estavam redigidas, as cartas constituíam promessas de fato de terceiro. LEÃES, Luiz Gastão Barros. Protocolo de intenções sem força obrigatória. In: *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004. p. 401-410.

A tentativa de enquadrar as cartas-conforto ao instituto da fiança não logra êxito, exceto nos casos em que há uma declaração expressa de garantia. A obrigação assumida em uma carta-conforto é muito mais leve do que a da carta-fiança, sendo que a primeira constitui, em geral, mera obrigação de fazer, enquanto a segunda, uma obrigação expressa de dar uma garantia, assumindo a responsabilidade pelo adimplemento de uma obrigação, normalmente pecuniária. Ademais, conforme legislação aplicável,¹⁴⁵ a fiança deve seguir requisitos formais para constituir-se, devendo ser dada por escrito e não podendo ser presumida. Certos autores chegam a rejeitar o debate que compara a carta-conforto com a fiança, por entenderem que o objeto de ambos é fundamentalmente diferente, havendo, tão somente, uma semelhança de finalidade econômica.¹⁴⁶ A garantia proveniente de uma carta-conforto consiste em uma garantia indireta de uma sociedade controladora para sua controlada.¹⁴⁷

Há, por outro lado, aqueles que aproximam as cartas-conforto de uma carta de crédito. O principal obstáculo para tal enquadramento reside na ausência de obrigações da instituição financeira perante a sociedade emitente. Isso ocorre porque o crédito é concedido para a controlada mediante contrato de mútuo firmado entre ela e o banco, não fazendo parte dessa relação a emitente da carta.

Finalmente, sob a perspectiva da promessa de fato de terceiro, previsto no artigo 439¹⁴⁸ do Código Civil, é possível identificar elementos similares aos das cartas-conforto.¹⁴⁹ A promessa de fato de terceiro consiste no comprometimento de uma pessoa perante outra a obter uma prestação que deve ser executada por um terceiro. Assim, há uma obrigação de resultado,¹⁵⁰ qual seja, que terceiro execute a prestação, na qual aquele que promete está sujeito ao pagamento de indenização por perdas e danos, no caso de o terceiro não executar a prestação.

Todavia, a proximidade da carta-conforto com a promessa de fato de terceiro dependerá do conteúdo do documento. Nas hipóteses de cartas *soft*, não é identificada uma promessa, mas meramente uma declaração de natureza informativa que produz efeitos

¹⁴⁵ Código Civil. Art. 818 ao art. 839.

¹⁴⁶ Maristela Basso chama a atenção para este fato, citando as considerações de Marc Bellis sobre o tema, em *Les Lettres de Patronage*. Ver BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 225.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Código Civil. Art. 439, *in verbis*: “Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar”.

¹⁴⁹ Luiz Gastão Leães chega a afirmar que a obrigação de fato de terceiro “cai como uma luva” para o caso das cartas conforto e Maristela Basso aponta que há similaridades apenas nos casos de cartas conforto em que a emitente se compromete a não medir esforços, a influenciar ou a dar suporte para a controlada de forma que esta cumpra com as obrigações assumidas perante o banco.

¹⁵⁰ ZANETTI, Robson. *Da promessa de fato de terceiro*. Disponível no website: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1594>. Acesso em 31 de agosto de 2015.

jurídicos indiretos. Todavia, no caso das cartas conforto *hard*, em que o emitente assume uma obrigação de fazer, no sentido de tomar as medidas necessárias para que a sociedade controlada efetue o pagamento do crédito, pode-se dizer que ela se comprometeu a fazer com que a controlada cumpra o contrato de empréstimo, assumindo, portanto, uma obrigação de resultado. Essa hipótese se aproxima da promessa de fato de terceiro.

Merece atenção o motivo pelo qual as cartas conforto são firmadas, já que outros instrumentos de garantia típicos e cujos efeitos legais são claros estão disponíveis. Dentre as razões para que as partes prefiram as cartas à fiança, destacam-se a ausência de formalidades para a emissão da carta-conforto e, eventualmente, algumas motivações contábeis. Veja-se que a fiança, por se tratar de uma garantia propriamente dita, deve obrigatoriamente ser lançada nas demonstrações financeiras da sociedade,¹⁵¹ impactando no seu resultado líquido. Por sua vez, as cartas-conforto, por não constituírem uma promessa de pagamento, não estão sujeitas a tal obrigatoriedade.

Uma vez compreendidos conceito e uso das cartas-conforto, é possível compará-las aos documentos preliminares.

Observem-se, num primeiro momento, as fortes semelhanças com os documentos preliminares.¹⁵² Em ambos os casos percebe-se o emprego de linguagem menos comprometedora do que aquela utilizada nos contratos.¹⁵³ Não é mera coincidência que uma definição de carta-conforto pode ser exatamente a mesma de um documento preliminar, pelo menos nas palavras de julgadores ingleses, ao defini-las como:

Aquele acordo de cavalheiros que, em primeiro lugar, não é um acordo, que é pactuado entre duas pessoas que não são propriamente cavalheiros, através do qual cada um dos pactuantes espera que o outro assuma um compromisso de forma definitiva, sem que ele próprio se julgue comprometido a coisa alguma.¹⁵⁴

As cartas-conforto, assim como os documentos preliminares, foram concebidas, em geral, para não criar vinculação jurídica contratual para a parte declarante, podendo, todavia, gerar efeitos jurídicos, dependendo da natureza e extensão das declarações nelas contidas,

¹⁵¹ Ver a Lei das Sociedades Anônimas, art.184, o qual determina que as obrigações, encargos e riscos, conhecidos ou calculáveis, devem constar no Balanço Patrimonial como elemento do passivo. Ver também IUDÍCIBUS, Sérgio; et al. *Manual de contabilidade societária*. São Paulo: Atlas, 2010, p.336. Os autores esclarecem que, quando há possibilidade de saída de recursos (possível, mas não provável), como no caso de responsabilidade solidária em que se espera o cumprimento da obrigação por terceiro, a obrigação é tratada como passivo contingente (diferente da provisão).

¹⁵² LEÃES, Luiz Gastão Barros. Protocolo de intenções sem força obrigatória. In: *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004. p. 401-410.

¹⁵³ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 211.

¹⁵⁴ Caso Chemco Leasing SpA v. Rediffusion Plc, (Q.B. July 19, 1985), conforme citado por LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante. *Revista de Direito Bancária e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 13, p. 207-216, jul-set 2001, p. 8.

conforme se demonstrou. Ademais, da mesma forma que os documentos preliminares, o seu conteúdo é muito variado, impedindo o seu enquadramento a um tipo jurídico unitário. Os emitentes acabam por determinar os efeitos jurídicos da carta (indiretos, no caso das cartas *soft*, ou diretos, no caso das *hard*) ao escolher o seu conteúdo e redigi-la. Por esse motivo, o grau de comprometimento do declarante deve ser definido, em cada caso, de acordo com o seu conteúdo e forma redacional, não existindo uma definição preestabelecida dos efeitos das cartas-conforto.

Observe-se também que ambos os documentos estão pautados na confiança, sendo que as cartas-conforto suscitam a confiança do seu destinatário em relação ao adimplemento do mutuário e os documentos preliminares reforçam a confiança das partes na negociação e na contraparte. Uma vez estabelecida essa confiança, pode haver responsabilidade para aquele que a quebra.

Por outro lado, embora alguns autores utilizem terminologias empregadas nos documentos preliminares ao se referirem às cartas-confortos, como se fossem sinônimos,¹⁵⁵ sua estrutura e finalidade são diversas. No caso da carta-conforto há uma relação jurídica triangular constituída por três relações independentes. A primeira, preexistente é a relação societária entre duas sociedades, na qual a emitente da carta detém participação, direta ou indireta, na sociedade beneficiada pelo crédito. A segunda relação evidencia-se pela própria emissão da carta-conforto, na qual um vínculo (moral ou jurídico) entre a emitente da carta e o destinatário, geralmente uma instituição financeira, é estabelecido. Por fim, identifica-se a terceira relação, cuja existência depende das demais, configurando-se no vínculo de mútuo entre a sociedade beneficiada pela carta-conforto na condição de mutuária e o credor que lhe concedeu o crédito, na condição de mutuante. Em contrapartida, no caso dos documentos preliminares, há apenas uma relação, e o documento que a regula é firmado direta e unicamente pelas partes envolvidas na negociação. Além disso, estes últimos são firmados em geral com o objetivo de reforçar as negociações e registrar determinados acordos, enquanto que o objetivo das cartas-conforto é propiciar a segurança necessária para que a instituição financeira conceda crédito a terceiro.

Por conseguinte, tem-se que os documentos preliminares e as cartas-conforto são instrumentos distintos, utilizados para finalidades diversas, mas ambos decorrem da vontade das partes de limitar os efeitos decorrentes do documento a um grau inferior àquele que seria

¹⁵⁵ Maristela Basso menciona que os autores Bertrand Saint-Alary, Martine Boccara e Henry Lesguillons referem-se às cartas de intenções e às cartas-conforto como sinônimos.

criado se elas firmassem um instrumento típico, como um contrato ou uma carta-fiança, respectivamente. A confiança é a base desses documentos.

1.8. Documentos preliminares e minuta

Por último, impende ainda diferenciar os documentos preliminares das minutas. Embora ambos sejam elaborados e discutidos na fase das tratativas, integrando, portanto, esta fase, há elementos que os distinguem.

A minuta, assim como os documentos preliminares, é elaborada na fase chamada pelos franceses de *phase de pourparlers*¹⁵⁶ e são chamadas de *puntuação*, *Punktation*, *puntuazione* e *punctuation*. A minuta constitui um projeto de contrato, o qual é discutido pelas partes e reformulado por elas de forma que todos os pontos acordados sejam refletidos de forma fidedigna, mas antes de o contrato ser concluído.¹⁵⁷ Na minuta “há vontade de projetar ou desenhar o contrato”.¹⁵⁸

Em negociações de fusões e aquisições, a elaboração de uma minuta é importante passo em direção à conclusão do contrato. Normalmente ela é redigida pelos advogados do comprador, já que este se expõe a um risco maior na transação. A maior parte dos advogados acredita que a oportunidade de elaborar a minuta coloca o seu cliente em uma posição mais favorável na negociação, por ser a parte que, de certa forma, controla o conteúdo do documento, cabendo à outra solicitar as alterações.¹⁵⁹

A elaboração de uma minuta resulta em dois efeitos. Ela registra alguns pontos já negociados pelas partes, sendo que, uma vez recebida a minuta pelo advogado da outra parte e realizadas as alterações, pressupõe-se que as matérias inalteradas foram aceitas. Além disso, ela elucida os pontos que ainda estão em aberto na negociação, já que eles não serão referidos na minuta ou serão incluídos como sujeitos a alterações.

Geralmente, a minuta começa a ser redigida pelos advogados quando os principais elementos da negociação foram discutidos, como o objeto, o preço e a forma de pagamento, deixando-se o ajuste de questões periféricas para o momento em que a primeira versão da

¹⁵⁶ ALPA, Guido. Le contrat individuel et sa definition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 327-350, Avril-Juin 1988, p. 342.

¹⁵⁷ Bernhard Windscheid Apud CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 71.

¹⁵⁸ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 75.

¹⁵⁹ MAYNARD, Therese H. *Mergers and acquisitions: cases, materials, and problems*. New York: Aspen Publishers, 2005, p. 308. A autora ressalta que a posição em que se encontra a parte que recebe a minuta pode ter sofrido alterações com o avanço da tecnologia. Antes as minutas eram entregues de forma física e, agora, são enviadas por *e-mail*, muitas vezes em formatos que possibilitam que a outra parte as altere. Nesse sentido, a parte que recebe a minuta pode implementar as alterações que deseja no documento, não tendo que solicitá-las a outra parte.

minuta é circulada entre as partes. Essas questões normalmente estão relacionadas à alocação de risco e hipóteses de término do contrato, como a responsabilidade das partes por suas declarações e passivos ocultos, a cláusula penal, a lei aplicável, entre outras. Muitas vezes os possíveis riscos contratuais e suas consequências são vistos de uma forma pelo advogado e de outra pelo negociador.

O advogado, principalmente aquele que não participa ativamente das negociações, pode deixar escapar algumas questões implícitas e incluir na minuta algo diferente do que pensam os negociadores.¹⁶⁰ É comum a divergência entre o que está previsto no contrato e a expectativa das partes, muitas vezes porque estas não leem o que foi redigido, por acreditarem que nenhum problema decorrerá daquele contrato. Além disso, pode haver expectativa de que nenhum litígio surgirá entre elas.¹⁶¹

A intenção das partes é reproduzida no contrato, mas nunca é possível incluir todos os elementos que a envolvem por escrito. Muitas vezes são incluídas considerações preliminares no próprio documento, as quais têm o condão de deixar claro o contexto no qual o contrato é firmado e os motivos pelos quais as partes o fizeram. Assim, caso surja alguma desavença posterior, tais considerações servirão para situar o intérprete e possibilitar que ele compreenda as expectativas de cada parte com aquela relação.

A minuta, embora represente importante passo nas negociações, não provoca, em regra, vinculação jurídica contratual entre os negociadores.¹⁶² ¹⁶³ Ela pode, no entanto, assim como os documentos preliminares, auxiliar na análise de um caso de pedido de indenização pela ruptura de negociações, servindo como prova das negociações em curso e dos termos até então acordados.¹⁶⁴

¹⁶⁰ COLLINS, Hugh. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. In: *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 1-24, p. 9-10.

¹⁶¹ CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. In: *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 25-49, p. 39.

¹⁶² Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 33.

¹⁶³ Veja-se ementas de decisões nesse sentido do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. Contrato preliminar de promessa de compra e venda que sequer perfectibilizou-se; **existência de uma mera minuta, que não gera obrigações entre as partes**. Desacerto a partir dessa negociação, ainda em fase preliminar. Inexistência de danos morais indenizáveis. Precedentes. Demanda julgada improcedente. Apelo IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70031585029, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 17/11/2009) (grifo do autor); AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. COMPRA E VENDA DE PONTO COMERCIAL. ALEGAÇÃO DE QUE A COMPRADORA TERIA SE NEGADO A PAGAR O PREÇO AJUSTADO. PROVA DOS AUTOS QUE DÁ CONTA DE QUE O PREÇO INICIALMENTE EXIGIDO PELA VENDEDORA NÃO RESTOU ACEITO IMEDIATAMENTE PELA INTERESSADA. **MERA ELABORAÇÃO DE MINUTA DE CONTRATO, SEM ASSINATURA DA COMPRADORA QUE INTEGRA A FASE PRÉ-CONTRATUAL, NÃO VINCULANDO AS PARTES**. [...] (Recurso Cível Nº 71001976026, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em 30/06/2009) (grifo do autor).

¹⁶⁴ Veja-se ementa de decisão nesse sentido do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: RESPONSABILIDADE CIVIL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE

Por outro lado, determinadas minutas podem ser consideradas verdadeiros contratos, gerando vínculo jurídico contratual. Isso pode ocorrer somente para aqueles contratos que podem ser firmados verbalmente, aos quais a lei não impõe formalidades (requisito de validade quanto à forma), bem como quando os principais pontos já foram negociados.¹⁶⁵ Nesse caso, as questões em aberto devem ser determináveis por critérios objetivos e necessitar de apenas um complemento do seu conteúdo.

Nesse sentido, observe-se o voto do Ministro Leitão de Abreu no Caso Disco. Como já referido, ao analisar o documento firmado entre as partes, visto como uma minuta pelo Ministro Moreira Alves, e tratar das questões que estavam em aberto, ele entendeu que estas não poderiam impedir a formação do contrato, tendo em vista os pontos já negociados e o comportamento das partes. O pagamento de parte do preço foi determinante para corroborar a existência de contrato válido e eficaz. Nessa linha de entendimento, a minuta que contém os elementos essenciais do negócio pode ser considerada um contrato, desde que outros fatores da relação, como as peculiaridades do negócio e o comportamento das partes, permitam essa caracterização.

Além disso, a relevância legal de entendimentos implícitos e da expectativa das partes deve ser considerada. A troca de minutas entre as partes gera entre elas uma expectativa de conclusão de um contrato. Trata-se, normalmente, de uma fase muito avançada das negociações, podendo ser afirmado que há uma presunção de que as negociações se confirmarão. A liberdade de não contratar da qual gozam as partes pode ser restringida se o comportamento das partes indicar que a minuta configura, na verdade, uma proposta.

Compreender a figura da minuta é importante também para aquelas operações de fusões e aquisições que estão sujeitas à aprovação prévia do Conselho Administrativo de

PRÉCONTRATUAL. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES ENTRE AS PARTES, COM A FORTE EXPECTATIVA DOS AUTORES NA LOCAÇÃO DO IMÓVEL PARA INSTALAÇÃO DE UMA DROGARIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE CONTRIBUIU DECISIVAMENTE PARA A REALIZAÇÃO DE MELHORIAS, COM A COLOCAÇÃO DE CALÇADA. LOCAÇÃO NÃO CONCRETIZADA EM FACE DA ALTERAÇÃO DAS CLAÚSULAS CONTRATUAIS PELO LOCADOR. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. DEVER DE INDENIZAR, PARCIALMENTE, OS DANOS MATERIAIS. MONTANTE INDENIZATÓRIO CORRETAMENTE ARBITRADO, EM OBSERVÂNCIA À PARCELA DE CULPA DOS POTENCIAIS LOCATÁRIOS. SENTENÇA MANTIDA. Independente da perfectibilização do contrato, os contratantes devem sempre agir com transparência e lealdade, respeitando a boa-fé objetiva que rege as relações contratuais. **Sob essa lógica, os elementos probatórios angariados evidenciam que os autores investiram no imóvel já quando as negociações para locação se encontravam em fase avançada, inclusive com a minuta de um contrato.** A prova testemunhal, corroborada pelos documentos acostados, demonstra que o réu, na condição de locador, deu como "acertado" o negócio pelo prazo de cinco anos, fato inclusive comunicado à imobiliária. [...] (Recurso Cível Nº 71003519725, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em 28/11/2012) (grifo do autor).

¹⁶⁵ MENDONÇA, J. X. Carvalho de Apud Caso Disco, p. 84; BRAGA, Rodrigo Bernardes. Noções gerais sobre as cartas ou protocolos de intenção. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 27, p. 293, jul. 2006.

Defesa Econômica (CADE).¹⁶⁶ Essa aprovação deve ser obtida por meio de notificação enviada ao referido órgão, a qual “deve ser protocolada, preferencialmente, após a assinatura de instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.”¹⁶⁷

Com base nessas informações, questiona-se qual o momento que a notificação deve ser realizada, após a assinatura de um documento preliminar, quando já se possui a minuta do contrato final, ou apenas após a assinatura de contrato com condição suspensiva? Pelas regras aplicáveis, ela pode ser feita a qualquer momento, desde que antes de consumados atos relativos à operação e que sejam entregues “cópia da versão mais recente de todos os instrumentos contratuais”.¹⁶⁸ Nesse sentido, tem-se que deve ser entregue o documento preliminar, se houver, e as minutas dos contratos que serão firmados. No entanto, há recomendação que se faça após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes. Nesse caso, ela deveria ser feita após a finalização da minuta, quando constituir um contrato vinculativo, o qual pode estar revestido de um documento preliminar, como ocorre em alguns casos que serão vistos ao longo do presente trabalho. Assim, a questão dos efeitos do documento preliminar é suscitada, mas não é fator determinante para atendimento aos requisitos da notificação.

Tem-se que grande parte das empresas opta pela notificação no momento da assinatura do contrato final vinculativo, tanto para manter o sigilo pelo maior período possível, como para evitar que o CADE considere a notificação incompleta, por ausência dos principais termos da operação.¹⁶⁹

Assim, em tese, a notificação junto ao CADE pode ser feita após a assinatura do documento preliminar, já que não é necessário documento vinculativo, mas, caso informações consideradas essenciais para a operação (e para a análise dos impactos econômicos) não estejam presentes no documento, como a estrutura final, o preço, a forma de pagamento, as cláusulas de concorrência, entre outros, ele pode ser considerado insuficiente, determinando-

¹⁶⁶ As operações que configuram atos de concentração econômica que podem interferir na ordem econômica, se atendidos certos requisitos estipulados pela Lei 12.529/2011, devem ser submetidas à aprovação prévia do CADE, a qual constitui condição para a validade da operação. Desta forma, deve ser realizada uma notificação prévia ao órgão competente acerca da operação.

¹⁶⁷ O Regimento Interno do CADE (RICADE), no seu art. 108 §1º, determina que as notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura de instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.

¹⁶⁸ A Resolução do CADE nº 2 de 29 de maio de 2012, a qual disciplina a notificação dos atos de concentração, indica que os pedidos de aprovação devem ser acompanhados, dentre outros documentos e informações de cópia da versão mais recente de todos os instrumentos contratuais relativos à operação.

¹⁶⁹ Informações obtidas no website do escritório de advocacia Pinheiro Neto Advogados. < <http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Livretos/AspectosLegais.pdf> > Acesso em 06 de março de 2016.

se que nova notificação seja realizada quando outras disposições contratuais forem definidas.

Portanto, ao comparar a figura das minutas com os documentos preliminares, observa-se que a minuta de um contrato está presente em uma fase das negociações em que se está mais perto da celebração do contrato do que na dos documentos preliminares. Estes são firmados quando as partes ainda estão na fase de estudos e análise prévia para decidir sobre a conveniência e viabilidade do negócio. É um dos primeiros estágios de uma negociação, conforme se mencionou.

Ademais, dentre os diversos objetos que os documentos preliminares podem compreender está uma simples declaração de que ambas as partes têm interesse de negociar, sendo, portanto, o seu conteúdo muito mais restrito do que o das minutas. A minuta é o contrato em formação; ela contém, por vezes de forma progressiva, todos os elementos do contrato.

O projeto de contrato representado pela minuta pode ter relevância jurídica, embora ainda não crie, em regra, o vínculo jurídico contratual. Ela pode servir como meio de prova, assim como pode constituir o próprio contrato, ambas funções também desempenhadas, eventualmente, pelos documentos preliminares, embora não se confunda com estes.

1.9. Documentos preliminares como tipo social?

Viu-se que os documentos preliminares diferenciam-se de figuras jurídicas típicas, como a proposta, o contrato e o contrato preliminar, assim como de outras figuras não tão bem definidas, como a carta-conforto e a minuta. Os documentos preliminares não se encaixam em um conceito jurídico pré-definido, além disso são utilizados de formas variadas; por isso é tão difícil defini-los.

Busca-se agora o auxílio do fenômeno da atipicidade social para a compreensão dos documentos preliminares.

A atipicidade é fruto da autonomia privada, mais especificamente da liberdade contratual, consolidada no artigo 425¹⁷⁰ do Código Civil. No Direito Romano apenas aos titulares de contratos típicos era concedida uma ação para sanar eventual descumprimento.

¹⁷⁰ Código Civil. Art. 425, *in verbis*: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Com o tempo, a autonomia da vontade como fonte das obrigações foi sendo admitida para a criação de negócios atípicos reconhecidos pelo Direito.¹⁷¹

Atualmente, classificam-se os contratos como típicos e atípicos.¹⁷² Os típicos são aqueles que recebem tratamento legislativo específico, que lhe atribui uma denominação e uma espécie definida. Já os atípicos¹⁷³ não se ajustam a qualquer modelo disciplinado por lei, não tendo uma regulação própria, aplicando-se a eles as regras gerais dos contratos.¹⁷⁴ Essa tipicidade refere-se à lei, perquirindo-se se há legislação que tipifique o contrato ou não.

Por outro lado, os contratos também podem ser classificados sob o ponto de vista social. Isso quer dizer que um contrato pode ser socialmente típico ou atípico, independente de ser legalmente típico ou atípico.

Aqueles contratos tidos como legalmente típicos, antes de serem recolhidos pelos juristas e por eles regulados, desenvolvem-se e assentam-se na prática, mediante os usos e costumes. Nesse momento, anterior ao da tipicidade legal, não há disciplina jurídica específica que se aplique ao tipo contratual e, por isso, ele é tido tão somente como um tipo social. No momento em que os legisladores dão tratamento legal para aquele tipo, ele passa a configurar, além de um tipo social, um tipo legal.

Em geral,¹⁷⁵ um tipo legal corresponde a um tipo social, mas o inverso não ocorre necessariamente. Há tipos contratuais sociais que não encontram um tipo contratual legal que os regule, embora o seu uso já tenha se assentado na prática. Dessa forma, pode-se ter um contrato legalmente típico, um contrato legalmente atípico e socialmente típico ou um contrato legalmente e socialmente atípico.¹⁷⁶

Verifica-se que é frequente a importação de tipos contratuais estrangeiros que acabam se tornando um tipo social e, frequentemente, um tipo legal, como ocorreu com o contrato de *leasing*, regulado pela Lei nº 6.099/74. Observam-se também contratos que permanecem

¹⁷¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, t. I, p. 19.

¹⁷² Os contratos típicos e atípicos muitas vezes são tratados por nominados e inominados, respectivamente. De fato, no Direito Romano o *nomen juris* correspondia ao tipo, mas, atualmente, os contratos nominados devem ser referidos quando se trata de contratos aos quais a lei estipula um nome, diferente dos típicos, aos quais a lei atribui uma disciplina jurídica. Pode ocorrer de o contrato ter um nome, mas não contar com um regulamento legal; por isso é necessária a distinção. Nesse sentido, ver VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 212, e AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 128-137.

¹⁷³ A atipicidade funda-se na liberdade de contratar, a qual compreende o conteúdo do contrato e a criação de novos tipos contratuais, já que as partes não estão obrigadas a utilizar somente aqueles constantes em lei. Ver VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 126, p. 31-36, 2003.

¹⁷⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

¹⁷⁵ Pode ocorrer, embora não seja frequente, que um tipo contratual legal não corresponda a um tipo social por ter caído em desuso ou por ser fruto de inspiração no Direito estrangeiro, mas nunca ter sido utilizado na prática. Ver VASCONCELOS, op. cit., p. 61.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 1. O autor ainda refere que, embora raros, podem existir contratos legalmente típicos e socialmente atípicos.

como atípicos, no plano legal, mas são socialmente típicos, como os contratos de *engineering* e de *know-how*.¹⁷⁷

Nos negócios típicos, há uma noção social dos efeitos próprios do negócio conhecida por todos, gerando segurança jurídica.¹⁷⁸ Assim, sabe-se que, se foi firmado um contrato de locação, é dever do locatário entregar o imóvel ao término da locação. Já nos negócios atípicos, surge a dúvida se aquele negócio é jurídico e sobre os seus possíveis efeitos. Nestes a consciência de juridicidade se torna mais sensível.¹⁷⁹

Mas como identificar se determinado contrato – que não esteja previsto por lei – constitui um tipo social? Como o fenômeno da tipicidade social é gradual, a identificação não se resume à aplicação de um critério único e certo. Em geral, pode-se afirmar que a reiteração de condutas pelos indivíduos é capaz de configurá-lo.¹⁸⁰ De todo modo, podem ser indicados determinados elementos necessários para a configuração de um tipo social.¹⁸¹

O primeiro elemento é a constatação de uma abundância de casos relacionados. O segundo é o reconhecimento social da ligação entre esses casos como sendo do mesmo tipo, traduzindo-se em uma prática. E, por fim, o terceiro é a necessária existência de uma consciência social dessa prática como algo vinculativo, sendo admitida como modelo de conduta humana de referência e norma de comportamento.

Portanto, a tipicidade consiste na identificação de um conjunto de contratos que possua relação e uso uniformizado e frequente o suficiente para desencadear um reconhecimento social de efeitos vinculativos.

Analisando-se os documentos preliminares sob tais elementos, verifica-se, em primeiro lugar, uma pluralidade de casos nos quais eles são utilizados. Esses casos estão relacionados na medida em que se trata de situações pré-contratuais e são utilizados em situações análogas. Há o entendimento social de que os documentos preliminares são instrumentos firmados durante uma negociação para estabelecer certos assuntos pertinentes a esse período. O seu reconhecimento social pode ser verificado pela prática contratual, especialmente nos casos de operações societárias, em que todos os que atuam nessa área

¹⁷⁷ Ver Caio Mário da Silva Pereira ao tratar da “nova tipologia contratual” no Direito Civil brasileiro, p. 529 e ss.

¹⁷⁸ Ao tratar do tema, Luis Renato Ferreira da Silva fala em funcionalização da liberdade contratual, a qual “estabelece um âmbito de atuação para as regras de modo que a criação de contratos do mesmo tipo possam atingir o mesmo fim”. A partes que firmam o instrumento típico, sabem o parâmetro de conduta que devem esperar da contraparte. Ver FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: *Conversa sobre Autonomia Privada*, Cadernos do IEC, Canela, v. 6, 2015, p. 21-33, p. 25-26.

¹⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, tese no concurso para a cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, 1986, p. 10-11.

¹⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, t. I, p. 20.

¹⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63

sabem que eles existem e que são utilizados. Assim, eles se traduzem em uma prática. Para finalizar, questiona-se se à prática dos documentos preliminares é conferido algum caráter vinculativo.

Seguindo-se a lógica dos elementos trazidos até o presente momento relacionados aos documentos preliminares, pode-se afirmar que, em certos casos, é reconhecida alguma sorte de vinculação aos documentos, a qual atua de forma gradual, ainda que não de natureza contratual, e sim obrigacional. Assim, uma vez reconhecida a vinculatividade obrigacional, os documentos preliminares alcançam a tipicidade social. Ele seria típico no sentido de ter atingido o *status* de uma prática e de surtir efeitos obrigacionais, mas não de efeitos vinculativos contratuais.

Uma vez identificado um tipo, ele é individualizado e diferenciado dos demais por determinadas qualidades ou características, as quais constituem referências do tipo.¹⁸² Essas qualidades ou características abrangem todos os aspectos do tipo, inclusive secundários, e são fundamentais para a identificação de um tipo. Dentre as referências do tipo é pertinente, para o caso dos documentos preliminares, analisar a estipulação do tipo pelas partes.

As partes, no exercício da autonomia privada, podem estipular a qualificação do documento ou excluir, de forma implícita ou explícita, determinada qualificação. A designação ou exclusão de um tipo contratual é muito comum e normalmente é inclusive objeto de negociação. Em muitos documentos preliminares, as partes estipulam que não se trata de um contrato final, com a intenção de excluir a qualificação de um contrato de compra e venda, por exemplo.

Normalmente, a designação do tipo consta no próprio título do contrato e, na sua ausência, no preâmbulo ou no seu conteúdo. Ao nomear o instrumento como “carta de intenções” ou “memorando de entendimentos”, as partes têm a intenção, muitas vezes, de qualificá-lo como um instrumento que não produzirá efeitos contratuais. No entanto, essa estipulação pelas partes do tipo não qualifica necessariamente o documento, mas ela indica qual o modelo regulativo que as partes pretendem que seja aplicável a sua relação. Nesse caso, serão, tão somente, as regras aplicáveis ao período pré-contratual.

Na maioria das vezes, há correspondência entre o tipo designado e a qualificação do contrato. Quando não há, a designação servirá como elemento na interpretação do contrato, ao lado de outros índices de tipos, para se chegar à conclusão se se trata de um contrato típico ou

¹⁸² Pedro Pais de Vasconcelos chama tais referências de “índices do tipo” e as divide em a causa, o fim, a estipulação do tipo, o objeto, a contrapartida, a configuração, o sentido, as qualidades das partes e a forma.

atípico. É o caso dos documentos preliminares que são, posteriormente, reconhecidos como verdadeiros contratos. O fato de as partes o intitularem de “memorando de intenções” não impede que julgadores o considerem um contrato de compra e venda. Contudo, observe-se que a estipulação das partes do tipo é muito relevante, pois demonstra qual a disciplina jurídica em que elas quiseram enquadrar o documento, devendo ser fortemente considerada.

A importância de se qualificar um contrato legal ou socialmente típico é justamente o modelo regulativo que incidirá sobre ele. No primeiro, será aplicável aquele que consta na lei, enquanto que, no segundo, aquele reconhecido socialmente. Se aos documentos preliminares é reconhecido que eles não geram vinculação jurídica contratual, é assim que eles devem ser vistos, respeitadas as particularidades de cada caso.

Os contratos socialmente típicos podem ter sua tipicidade firmemente definida, hipótese na qual as regras que se aplicam ao contrato são muito claras, conforme definidas nos usos e costumes e na prática.¹⁸³ Nesse caso, as partes, após estipularem o tipo e os aspectos variáveis, podem deixar ao tipo social as demais estipulações do contrato. Por outro lado, caso a disciplina aplicável não seja socialmente bem definida, as partes deverão cuidar de mais aspectos do contrato.

Na hipótese de as partes definirem estipulações no contrato que não são compatíveis com o tipo social, ele não será qualificado como tal.

Por fim, cabe referir que, embora não exista uma hierarquia única e certa das fontes dos contratos socialmente típicos, as cláusulas estipuladas pelas partes aparecem, normalmente, em primeiro lugar.¹⁸⁴ Isso sugere que o conteúdo do documento preliminar estabelecido livremente pelas partes é de suprema importância, já que ele evidencia a intenção daqueles que firmaram o instrumento.

Voltando-se para as finalidades mais usuais dos documentos preliminares,¹⁸⁵ é possível aproximá-los de uma tipicidade social. Identificam-se, dentre as mais frequentes, o propósito de (I) confirmar a intenção séria de negociar e a existência das tratativas, (II) registrar os termos já acordados, (III) dar publicidade à negociação, (IV) delimitar e organizar

¹⁸³ Sobre a diferença entre usos e prática ver FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: *Conversa sobre Autonomia Privada*, Cadernos do IEC, Canela, v. 6, 2015, p. 21-33, p. 28. O autor afirma que os usos negociais resultam da prática reiterada de um comportamento dos empresários.

¹⁸⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 328.

¹⁸⁵ Classificação utilizada por Lake e Draetta. Ver LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 10-18. Note-se que, na prática, identificam-se documentos que possuem outros objetivos, como regular o pacto de confidencialidade, a exclusividade, o rateio de despesas e até a execução antecipada de determinadas obrigações. Tais obrigações autônomas e seus efeitos correspondentes, sempre que reguladas por um documento preliminar, serão tratados no que se classificou como “documentos intermediários”.

a forma como a negociação ocorrerá e até (V) firmar um contrato. As duas primeiras merecem um olhar mais detalhado, pois destacam-se na prática, podendo configurar um tipo social.

O eventual registro da existência das tratativas (conhecido como *agreement to agree* ou *agreement to negotiate*) consiste em uma declaração das partes de que elas estão negociando. O seu principal efeito é a criação de uma obrigação de discutir as condições do contrato futuro, a qual se desdobra em duas prestações: iniciar as negociações – uma (obrigação de resultado) e conduzi-las conforme os ditames da boa-fé (obrigação de meio).¹⁸⁶

Ele pode também ser acompanhado de definições que envolvem a condução da negociação, como, por exemplo, um cronograma e a indicação dos responsáveis de cada parte por negociar determinados temas.

Não há a assunção de qualquer compromisso no sentido de concluir a negociação, havendo, normalmente, uma declaração expressa de que o documento não vincula as partes a concluir o negócio e de que não há qualquer responsabilidade na hipótese de ruptura das negociações. Há, nesses casos, tão somente, uma declaração de vontade das partes, demonstrando a sua intenção de negociar, mas não a declaração necessária para a produção de efeitos jurídicos diretos. Esta não se enquadra no conceito de declaração negocial, uma vez que não há uma qualificação social em relação a ela, considerando-a um negócio jurídico.

Mas a assunção voluntária de continuar ou de se empenhar nas negociações pode ser vista como um elemento adicional ao dever de negociar de acordo com a boa-fé. É claro que as partes ainda gozam da liberdade de não contratar, mas, talvez, a ruptura das negociações só seja aceitável com justificativas.¹⁸⁷

A função precípua desses documentos é preparatória, auxiliando a formação do contrato futuro, na medida em que as partes se comprometem, ao menos, a negociar de forma séria, criando um dever recíproco nesse sentido. Há, portanto, uma confirmação sobre a seriedade da intenção de negociar, o que pode atender a anseios psicológicos dos negociadores e reforçar o dever de agir de acordo com a boa-fé.

Note-se que o dever de negociar pode inclusive estar contido em contratos concluídos e em fase de execução, como é o caso da inserção de cláusula contratual que obriga as partes a renegociar os termos de um acordo na ocorrência de evento futuro que altere de forma

¹⁸⁶ SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990, p. 650.

¹⁸⁷ JUNIOR, Eduardo Santos. Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato. *ROA*, ano 57, p. 566-604, 1997, p. 599.

sensível as circunstâncias contratuais, as cláusulas *hardship*.¹⁸⁸ No entanto, a natureza da obrigação de negociar que está presente em um contrato é distinta da obrigação de negociar em um documento preliminar. Aquela constitui obrigação contratual e, portanto, a recusa em renegociar, ou de fazê-lo de acordo com a boa-fé, configurará hipótese de descumprimento contratual, passível, dependendo do caso, de extinção da relação contratual, ao passo que esta se encontra no campo pré-contratual.

Os documentos preliminares também são muito utilizados para fixar os pontos do negócio já acordados entre as partes até aquele momento. Há um reforço da intenção das partes em continuar a negociação, fixando e deixando claros os termos já consensuais que constarão no futuro contrato, mas se reservando o direito de firmá-lo ou não. Eles também exercem função preparatória na formação do futuro instrumento, auxiliando na rápida conclusão do contrato e evitando custos excessivos, além de deixar as partes seguras em relação à eventual reabertura de discussões.

Quanto à vinculatividade dos pontos já negociados e registrados nesses documentos, indaga-se se eles podem ser revogados ou se representam temas que não podem ser rediscutidos.¹⁸⁹ Entende-se que, uma vez pactuado determinado assunto, não há possibilidade de revogação, estando as partes vinculadas a eles. A esse propósito, parece fazer sentido que os pontos possam ser rediscutidos apenas se ambas as partes assim o desejarem, até mesmo visando à estabilização da relação entre elas. No caso de apenas uma das partes desejar a abertura da discussão, a outra tem como garantia a proteção da impossibilidade de alteração. Se fosse de outra forma, não haveria qualquer utilidade na fixação dos pontos já acordados em documentos preliminares.

Nesse sentido foi a decisão do Caso Disco, na qual se entendeu que o que as partes denominaram impropriamente de “opção” tratava-se, na verdade, de condições irretroatáveis do negócio de compra e venda das ações.¹⁹⁰ O documento preliminar restringia-se a fixar condições que estariam presentes no futuro contrato de compra e venda, as quais não poderiam ser alteradas pela parte que as assumiu. Na hipótese de as partes não chegarem a um acordo sobre os pontos em aberto, não haveria contrato, por consequência, nenhum vínculo entre elas.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem de Mediação*, São Paulo, v. 25, p. 11-39, abr-jun 2010.

¹⁸⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.71.

¹⁹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 88.716, 2ª Turma, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 11/09/1979, p. 91-92.

Assim, tais instrumentos criam a obrigação das partes de respeitar os pontos já acordados, no caso de o contrato futuro vir a ser celebrado, vinculando as partes nesse sentido. Verifica-se a geração de efeitos jurídicos parciais ou pontuais. Como tais pontos estarão presentes ou referem-se ao contrato futuro, sendo irrevogáveis, pode-se afirmar que eles já surtem parte dos efeitos a serem gerados pelo contrato futuro.¹⁹¹ A liberdade de contratar ou não das partes não é afetada, mas, no caso de a negociação ser finalizada a negociação e o contrato vir a ser firmado, os pontos já acordados deverão ser respeitados.

Entende-se, portanto, que os documentos preliminares têm, ao menos, duas finalidades típicas, sendo reconhecidos socialmente como uma prática, principalmente para o fim de registrar as tratativas e/ou os pontos já acertados entre as partes.

Embora exista uma percepção social de que esses documentos não geram quaisquer efeitos para as partes, o que é comumente afirmado pela doutrina, corroborado, muitas vezes, pelo seu próprio conteúdo, há o reconhecimento social de efeitos jurídicos. Mas estes não são efeitos contratuais, apenas de vinculatividade obrigacional, pautada nos deveres de proteção do período pré-contratual.

1.10. Proposta de definição dos documentos preliminares

Até o presente momento, viu-se que os documentos preliminares são firmados na fase das tratativas, fruto do contato social qualificado entre os indivíduos. Durante esse período, estes trocam informações e manifestam vontades em ambiente de confiança, embora tenham interesses opostos. Tais manifestações, na forma de declarações, não constituem ainda negócio jurídico e, por consequência, não formam contrato.

As declarações de vontade feitas na fase das tratativas, exceto pela proposta, não são feitas com a intenção de gerar efeitos jurídicos diretos, enquadrando-se como atos jurídicos em sentido estrito, cujos efeitos são indiretos.

Não há, portanto, em regra, ao firmar um documento preliminar, a vinculação jurídica de uma proposta irrevogável, tampouco a vinculação jurídica contratual de um contrato.

Note-se que o termo “vínculo” significa ligação, liame, enquanto que “vínculo jurídico” diz respeito à relação jurídica, traduzida como o laço que une o sujeito à coisa ou à

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 393.

obrigação.¹⁹² Assim, um documento pode criar vínculo jurídico obrigacional, criando certos deveres para as partes, ou ainda um vínculo jurídico contratual, o qual não deixa de ser uma espécie de vínculo obrigacional, criando obrigações de natureza contratual. O vínculo contratual provoca o que se chama de efeito vinculante dos contratos, o qual se desdobra no *pacta sunt servanda* e na vinculação do juiz ao conteúdo contratual estipulado livremente pelas partes.¹⁹³

No caso dos documentos preliminares, quando as partes o firmam, já existe um vínculo entre elas. A questão é saber a qualificação deste vínculo.

As declarações da fase das tratativas, as quais não se destinam à formação de um negócio jurídico, podem ter como efeito a vinculabilidade das partes em relação ao ato praticado.¹⁹⁴ Aqueles que firmam um documento preliminar, o qual constitui ato pré-contratual, ficam vinculados ao ato. A vinculabilidade é o efeito mínimo do ato, anterior à criação de deveres e obrigações próprios de uma relação jurídica, referindo-se às relações da fase das tratativas. Nestas não há deveres de prestação, tão somente de proteção,¹⁹⁵ os quais constituem os efeitos indiretos produzidos pelo ato jurídico.

Como se viu, o Direito não ignora as relações pré-contratuais, estabelecendo a incidência de deveres de proteção, com fundamento na boa-fé objetiva. As partes optam livremente por firmar um documento preliminar, sendo que não têm qualquer obrigação nesse sentido, e o fazem, em geral, para reforçar e concretizar a intensidade da boa-fé.¹⁹⁶

Nesse sentido, os documentos preliminares firmados em uma fase muito inicial da relação, dependendo do grau de aproximação dos indivíduos, podem ser despidos de vinculabilidade, e, por consequência, de efeitos jurídicos.

Já aqueles firmados em uma fase intermediária, podem gerar efeitos jurídicos obrigacionais em sentido lato, os quais são provenientes da boa-fé objetiva, dizendo-se, nesse caso, há eficácia de vinculação a deveres de proteção.¹⁹⁷

Não obstante, há casos que, embora revestido de um documento preliminar, as partes firmam entre elas verdadeiro contrato, criando vínculo jurídico de natureza contratual. Nestes

¹⁹² SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário jurídico*: academia brasileira de letras jurídicas. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 868.

¹⁹³ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor.. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 24.

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. V, p. 66-67.

¹⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 393.

¹⁹⁶ JUNIOR, Eduardo Santos. Acordos intermediários: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato. *ROA*, ano 57, p. 566-604, 1997, p. 598.

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 387.

casos, não se estará tratando de instrumento firmado na fase das tratativas, e sim de proposta contratual devidamente aceita, em todos os seus termos.

Portanto, o grau de vinculação de um documento preliminar dependerá do conteúdo do documento, aliado a elementos fáticos da relação entre as partes. Isso se verificará mediante o grau de contato entre os indivíduos, de suas respectivas manifestações de vontade e expectativas legítimas geradas por elas. Os efeitos gerados não serão necessariamente aqueles queridos pelas partes,¹⁹⁸ podendo ser estabelecido uma vinculatividade obrigacional e até contratual. Nesse último caso, não se estará diante de um documento preliminar e sim de um verdadeiro contrato.

Assim, o documento preliminar pode ser definido como um instrumento que contém um acordo de vontades, composto por declarações não negociais (atos jurídicos em sentido estrito), as quais poderão gerar efeitos obrigacionais de graduação variada.

¹⁹⁸ Conforme já se mencionou, há uma percepção de que esses documentos não vinculam as partes, sob qualquer aspecto, e estas, ao firmar o documento, muitas vezes o fazem acreditando nessa ausência de efeitos jurídicos.

2. Os documentos preliminares na prática: utilização e possíveis efeitos

O que se apresentou até aqui teve como objetivo situar os documentos preliminares no Direito brasileiro, sugerindo-se uma definição. Mostrou-se em que fase contratual eles são firmados e com quais figuras jurídicas eles se assemelham, diferenciando-os destas. Algumas características peculiares dos documentos preliminares já foram apresentadas, bem como certas formas e objetivos.

Aqui se inicia a segunda parte do estudo, na qual os documentos preliminares serão diretamente abordados. Antes de se verificar o seu tratamento no Direito brasileiro, será examinado o seu papel no ordenamento jurídico da *common law*. Em seguida, serão trazidos casos jurisprudenciais de diferentes tribunais do Brasil em que o assunto é tratado, verificando-se a forma como os documentos preliminares foram interpretados e quais os principais elementos levados em consideração para tanto. Por fim, as cláusulas mais frequentes presentes nesses documentos serão apresentadas e seus efeitos no Direito brasileiro abordados, apresentando-se a solução da *common law*, se cabível.

Conforme se verá nos casos apresentados a seguir, tanto no âmbito da *common law* como do Direito brasileiro, as finalidades típicas dos documentos preliminares - registro das negociações e de pontos já negociados - são as mais utilizadas. Além disso, embora tais documentos, em princípio, não constituam um vínculo jurídico contratual, podendo gerar efeitos obrigacionais, a análise feita pelos tribunais resume-se, em geral, à verificação de eventual natureza contratual. Nos casos em que esta não é verificada, não se concede nenhum efeito ao documento.

2.1. O tratamento da *common law* aos documentos preliminares

Ao se cuidar de documentos da prática comercial em que se deve concluir se há criação de um vínculo jurídico contratual ou se as obrigações nele constantes se restringem à honra e à moral ou aos deveres de proteção, é imprescindível atentar-se à experiência da *common law*, a qual “est le siège naturel de ces formes”.¹⁹⁹ Por esse motivo, passar-se-á agora à investigação dos documentos preliminares no referido sistema jurídico.

¹⁹⁹ ALPA, Guido. Le contrat individuel et sa définition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 327-350, Avril-Juin 1988, p.334.

Para possibilitar a compreensão dos casos que serão apresentados adiante, tecer-se-ão, antes, breves comentários acerca da noção de contrato na *common law*.

2.1.1. A noção de contrato na *common law*

Antes de adentrar na forma como os tribunais ingleses e norte-americanos²⁰⁰ tratam os casos envolvendo os documentos preliminares, é necessário compreender o conceito de contrato no sistema jurídico da *common law*.

Inicialmente, convém ressaltar que a ideia de contratos está ligada à ideia de operação econômica.²⁰¹ Para se conceituar precisamente o contrato é necessário conhecer a realidade econômico-social na qual ele está inserido, uma vez que o contrato a traduz. A conclusão de se um documento preliminar é um contrato ou não deve ser feita à luz das regras contratuais, sendo necessário, então, passar pela compreensão de certas regras contratuais da *common law*, berço do desenvolvimento de tais documentos.

Para a compreensão da noção de contratos é necessário visualizar, ainda que de forma concisa, o seu desenvolvimento histórico.

A ideia de contrato foi originalmente ligada e foi desenvolvida a partir da concepção de responsabilidade civil, chamada de *torts*. O dano decorrente da violação de uma obrigação foi o seu ponto de partida.

Note-se que o desenvolvimento do Direito da *common law* se deu baseado, essencialmente, na competência jurisdicional dos tribunais reais (*common law courts*) e nas ações disponíveis aos demandantes, os quais necessitavam de um *writ* (ação) que os autorizasse a ingressar com uma ação nos tribunais do rei.²⁰² Nesse sentido, a noção de contrato evoluiu na medida em que eram disponibilizadas ações, ou expandida a abrangência

²⁰⁰ O trabalho concentrou-se nos países de maior relevância jurídica que adotam o sistema da *common law*, deixando-se de fora os demais países que adotam esse sistema, como Austrália, Nova Zelândia, parte do Canadá, Singapura, entre outros.

²⁰¹ Ver Enzo Roppo ao discorrer sobre contrato e operação econômica. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-15.

²⁰² Até o Século XIII os *writs* (ações ou mandados reais) disponíveis para se ter acesso à justiça tomavam a forma de *praecipe* (consistia em uma ordem dirigida a um terceiro para que fizesse algo ou explicasse por que motivo não o faria), os quais, no que se refere ao Direito dos contratos, poderiam ser de três tipos: (I) ação de *covenant*, pela qual se exigia a execução de uma promessa desde que cumprisse certas formalidades; (II) ação por débito, pela qual se exigia o pagamento de um valor em espécie por qualquer razão; e (III) ação por *detinue*, pela qual se exigia a devolução de uma coisa, como a execução de um contrato de comodato. Os *writs* possuíam formas rígidas para cada causa, sendo definido previamente o rito que seria seguido (como a forma de julgamento e a sequência dos atos), bem como eram concedidos pelos Chanceleres. Veja-se que nenhuma dessas ações permitia a execução de uma promessa puramente consensual, sendo que para ser executável era exigida a transferência de um direito real ou o cumprimento de alguma formalidade. LEVASSEUR, Alain A. *Le contrat en Droit américain*. Paris: Dalloz, 1996, p. 3-8.

de ações já existentes, mediante decisões dos tribunais, para reparação de prejuízos causados por obrigações criadas meramente pelo consenso das partes.

Esse movimento inicia-se no século XIV, quando ainda não havia uma teoria geral do contrato que justificasse a criação de uma ação contratual. Nesse contexto, começou então a ser ampliado o alcance de uma ação genérica existente no âmbito de *tort*, para atender as ações contratuais que não se enquadrassem nos tipos de ações até então existentes, as quais envolviam necessariamente a transferência de um direito real ou uma obrigação formal. Essa ação de natureza delitual, chamada de *assumpsit* (palavra que se refere a “obrigar-se” ou “assumir”),²⁰³ permitia que uma pessoa buscasse reparação de prejuízos causados pela má execução (*misfeance*) de uma obrigação e se desdobrava em outros subtipos, ligados à execução de uma obrigação consensual.²⁰⁴ Ela se tornou o instrumento processual adequado para ações baseadas em contratos cujo objetivo era a execução de uma promessa feita com base em uma barganha.²⁰⁵

Para justificar a obrigatoriedade do promitente nesse tipo de ação, uma vez que o simples dever moral não seria suficiente, sendo necessário diferenciar as promessas que seriam obrigatórias e, portanto, sujeitas às ações, daquelas que não seriam, como as promessas ditas sociais (e.g. um convite social para um jantar), os julgadores desenvolveram dois princípios. O primeiro é o que previa a reciprocidade do acordo, identificada pela existência de uma barganha conhecida como *consideration*, e o segundo é o princípio que previa a reparabilidade, consistente no fato de que se uma parte teve um prejuízo causado por uma promessa de outra na qual ela confiou, esse prejuízo deve ser reparado. Assim, lança-se mão da noção de *consideration* para justificar a obrigatoriedade de uma promessa, a qual se torna elemento chave do Direito dos contratos da *common law*.

²⁰³ Os delitos civis eram divididos naqueles que resultavam da força ou violência e naqueles causados sem força nem violência. Para os primeiros, utilizada a ação de *trespass*, e para os segundos, a ação de *trespass on the case*, da qual a ação de *assumpsit* fazia parte.

²⁰⁴ Os juizes da *common law* criaram *writs*, todos baseados na recusa em executar uma promessa puramente consensual, para as seguintes hipóteses: quando se verificasse uma manobra dolosa pela parte do devedor, quando se verificasse um prejuízo sofrido pelo credor em decorrência da demora na execução da promessa pelo devedor ou simplesmente quando se verificasse a má execução da promessa. LEVASSEUR, Alain A. *Le contrat en Droit américain*. Paris: Dalloz, 1996, p. 3-8.

²⁰⁵ Esse tipo de ação foi consagrado como ação apropriada para os casos envolvendo a execução de um contrato consensual no julgamento do caso *Slade v. Morley*, de 1602. Esse caso envolvia um contrato para a compra e venda de safras futuras, em que não houve o pagamento. Dentre os vários temas discutidos e decididos, destacam-se a admissibilidade do uso da ação de *assumpsit* ao invés da ação de débito, já que o pedido envolvia a quebra de promessa de pagar, o reconhecimento de uma promessa implícita no contrato feito entre as partes e o reconhecimento de que a propriedade de bens móveis poderia ser transferida por ficção, em razão da barganha e venda sem qualquer entrega dos bens. Ver TEEVEN, Kevin M. *A history of the anglo-american common law of contract*. Westport: Greenwood Press, 1990, p. 46-48.

Não há uma definição unânime de contrato na doutrina nem na jurisprudência.²⁰⁶ É possível encontrar na doutrina definições baseadas em diferentes concepções, mas, de modo geral, a noção de contrato baseada na promessa ou no acordo é dominante.

É nesse sentido a definição contida no *Restatement (Second) of Contracts*,²⁰⁷ o qual conceitua contrato como “a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy”.²⁰⁸ O *Black’s Law Dictionary* delimita-o como “an agreement between two or more parties creating obligations that are enforceable or otherwise recognizable at law a binding contract”.²⁰⁹ Tem-se, portanto, que as definições são baseadas na promessa e no acordo, respectivamente, aos quais a lei deve conceder eficácia contratual.

Nessa linha é a teoria desenvolvida por Charles Fried, cuja noção de contrato é baseada na promessa, conceituando-o como uma promessa ou um conjunto de promessas executáveis. Para ele, a promessa é a base moral do Direito contratual e ela deve ser cumprida pelo promitente por este estar moralmente obrigado e ter imposto, livremente, tal obrigação a si mesmo. Essa obrigação moral, para ser legalmente vinculante, pressupõe que a promessa tenha sido feita no livre exercício do seu direito, de forma racional, e que o promitente a fez com seriedade, de forma que tenha contemplado a vinculação legal de sua promessa.²¹⁰

Ademais, para compreensão da noção de contrato, torna-se útil distingui-la de outras figuras: da convenção, da promessa, da obrigação, do acordo e da barganha.²¹¹

A convenção (*convention*) é termo genérico, que compreende diversas formas de acordo. A promessa (*promise*) é uma declaração de assumir uma obrigação (*obligation*), criada por um contrato.²¹² E, por fim, o acordo (*agreement*) constituído pelo acordo de

²⁰⁶ BENSON, Peter. The unity of contract law. In: BENSON, Peter (Org.). *The theory of contract law: new essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 118-205, p. 118; ALPA, Guido. Le contrat individuel et sa definition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 327-350, Avril-Juin 1988, p. 331.

²⁰⁷ Trata-se do principal conjunto de regras existentes na *common law* norte-americana pertinente à matéria. É elaborado pelo American Law Institute e consiste numa obra doutrinária e não vinculante que sistematiza os precedentes judiciais e, embora não se trate de um estatuto, é seguido por muitos tribunais. O *Restatement (Second) of Contracts* será tratado ao longo do presente trabalho por *American Restatement*.

²⁰⁸ Definição contida na *Section §1*. O termo *promise* é definido em seguida como “a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made”.

²⁰⁹ GARNER, Bryan A. *Black’s law dictionary*. 7.ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 318.

²¹⁰ FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 38. O autor entende que a doutrina da *consideration* não é a forma ideal de se delimitar as promessas que são legalmente vinculantes, sugerindo que em um futuro não muito distante (de 1935) seriam desenvolvidos outros métodos para delimitar a obrigatoriedade de uma promessa, em que uma noção de *fairness* seria refletida, citando como exemplos a doutrina de *promissory estoppel*.

²¹¹ Ver ALPA, Guido. Le contrat individuel et sa definition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 327-350, Avril-Juin 1988, p. 329 e ALPA, Guido; DELFINO, Rossella. *Il contratto nel common law inglese*. 2.ed. Padova: Cedam, 1997, p. 9.

²¹² Veja-se a definição do termo “promessa” proposta por Martin Hogg: “is a statement by which one person commits to some future beneficial performance, or the beneficial withholding of a performance, in favour of another person”. O autor leva em consideração outras disciplinas, e não apenas o Direito para formulá-la e em seguida analisa cada um de seus

vontades, é elemento ou requisito do contrato, e a barganha (*bargain*) é definida como um acordo entre duas partes para a troca de execuções. Conclui-se, por conseguinte, que tanto a promessa legalmente vinculante como o acordo compõem um contrato.

Nesse sentido, convém trazer algumas ideias dos ensaios filosóficos de Sheiman.²¹³ O referido autor aborda o tema das promessas mediante a resposta a doze perguntas formuladas por ele. Partindo do conceito de que contratos são acordos legalmente obrigatórios ou promessas interdependentes, ele conclui que entender promessas e acordos é uma pré-condição para se entender contratos. Por consequência, dentre os referidos questionamentos, o autor examina a relação entre promessas e acordos.

O autor analisa essa questão sob duas visões distintas: a de que promessas seriam formas de acordos, em oposição à visão de que acordos seriam formas de promessas. Na primeira, a promessa ocorreria mediante a oferta e a aceitação. No momento em que se promete algo, tem-se tão somente uma oferta, completando-se a promessa apenas quando ocorre a aceitação. Sob a segunda visão, um acordo é constituído por promessas simultâneas e interdependentes, em que as promessas estão ligadas por seu conteúdo ou por uma simples motivação, sendo que uma pessoa apenas promete fazer X em razão da promessa da outra pessoa em fazer Y e vice-versa.

Para delimitar a palavra *contrato*, o autor utiliza a segunda visão, estabelecendo que, na maior parte das vezes, contratos são acordos legalmente obrigatórios, que se constituem de promessas realizadas de forma conjunta, como se fosse uma coisa só (*joint promises*). Note-se que a promessa conjunta não se refere a uma ação que será realizada de forma conjunta, e sim ao ato de prometer de forma conjunta.²¹⁴ Esse conceito não deixa de ser uma forma de interpretar a noção de contrato sugerida por Charles Fried, baseado na promessa.

Por fim, note-se que na definição de acordo, tanto o *American Restatement* como o *Black's Law Dictionary* utilizam a expressão *manifestation of mutual assent*, que se refere a um consentimento mútuo entre as partes, o qual consiste em promessas interligadas, necessárias para a formação de um contrato. Portanto, para haver contrato deve haver um acordo – visto como promessas interdependentes – que seja legalmente vinculante.

Todavia, essa noção de contrato como promessa é alvo de críticas.

elementos. Ver HOGG, Martin. *Promises and contract law: comparative perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 4-25.

²¹³ SHEINMAN, Hanoch. *Promises and agreements: philosophical essays*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 372.

Dentre elas, destaca-se a existência de promessas ou acordos que têm um valor jurídico, mas não são consideradas contrato, existindo, portanto, em contexto legal diverso do Direito contratual. Além disso, esse conceito pressupõe que os indivíduos sempre estabelecem um acordo e depois o executam, sendo que existem relações contratuais em que não ocorre necessariamente uma promessa ou um acordo prévio, como aqueles contratos de formação instantânea.²¹⁵ Por fim, a promessa ou o acordo como contrato pressupõe o poder de imposição de obrigações de cada indivíduo sobre si próprio, o que vai de encontro com algumas figuras jurídicas que impõem obrigações ao indivíduo sem que este esteja exercendo sua livre vontade, como os contratos de adesão e a possibilidade de indenizações de natureza delitual em decorrência de obrigações contratuais.²¹⁶

A formação do contrato, assim como ocorre no Direito brasileiro, dá-se mediante uma proposta e a conseqüente aceitação, nos termos exatos da proposta.²¹⁷ O *American Restatement*²¹⁸ limita os casos em que uma manifestação de vontade pode ser considerada uma proposta contratual, tratando-se, então, de meras negociações. Esses casos seriam aqueles em que o policitado tem ciência ou possa ter ciência de que o proponente não tem a intenção de concluir um contrato até que ocorra uma nova manifestação de consentimento.

O que determinará, em regra, se uma promessa ou um acordo criará vínculo jurídico contratual, será o elemento adicional da *consideration*, cujas raízes históricas remontam ao século XV, conforme mencionado. Assim, um contrato só será formado se houver uma promessa e uma *consideration*. Embora haja dificuldade da doutrina em conceituá-la, a sua noção moderna a vincula ao resultado de uma barganha, à contraprestação, em decorrência de uma promessa. A contraprestação pode tomar a forma de um ato ou de uma promessa e deve atender a certos requisitos para ser considerada uma *consideration*.²¹⁹

²¹⁵ Sobre as críticas, ver ATIYAH, P.S. *An introduction to the law of contracts*. 5.ed. Oxford: Clarendon, 1995, p. 37-41. O autor apresenta, além das críticas referidas, o fato de que a definição como promessa ou acordo de o contrato ignorar o elemento da barganha e sua dificuldade de identificação, por não ser um objeto físico. Para o referido autor, a definição do contrato está fundada na barganha, a qual representa a negociação e operação econômica realizada, e não na promessa ou no acordo.

²¹⁶ FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

²¹⁷ Chamada de *mirror image rule*. O Direito brasileiro no art. 431 do Código Civil também exige para a formação de um contrato que a proposta seja aceita nos seus termos exatos, sob pena de configurar uma nova proposta (contraproposta). Ao contrário do Direito brasileiro, em que a proposta não pode mais ser revogada depois de chegar ao conhecimento do policitante, sob pena de contrariar o art. 428, incisos II e III, do Código Civil, a proposta pode ser revogada até o momento de sua aceitação, ainda que o policitado tenha incorrido em custos decorrentes da proposta. BEBCHUK, Lucian; BEN-SHAHAR, Omri. A. Pre-contractual reliance. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 30, p. 423-457, 2001.

²¹⁸ *American Restatement. Section § 26, in verbis*: ““A manifestation of willingness to enter into a bargain is not an offer if the person to whom it is addressed knows or has reason to know that the person making it does not intend to conclude a bargain until he has made a further manifestation of assent”.

²¹⁹ Peter Benson apresenta quatro condições que devem ser preenchidas para que um ato ou uma promessa alcancem o *status* de *consideration*, quais sejam: (I) o ato ou a promessa que constituem a *consideration* não podem decorrer de deveres preexistentes, devem estar relacionados exclusivamente à relação contratual em questão (*pre-existing duty rule*); (II) deve

É importante ressaltar que, embora esse elemento ainda exista na *common law*, ele foi sendo interpretado com o tempo de forma cada vez mais ampla pela jurisprudência, a qual foi gradativamente criando exceções,²²⁰ de modo que determinadas relações pudessem ser executadas, ainda que não se encaixassem exatamente no seu conceito. Um exemplo disso é a doutrina da *reliance*,²²¹ do *estoppel*²²² e a existência de previsões no *American Restatement of Contracts Without Consideration*.²²³

Note-se que muitos autores²²⁴ traçam um paralelo entre a exigência de *consideration* na *common law* e da causa em alguns países que adotam o sistema da *civil law*, como a Itália e a França, nos quais o legislador brasileiro se espelhou, exceto quanto a esse elemento. Embora as noções de causa e de *consideration* sejam diferentes, ambas possuem a função de limitar a autonomia dos contratantes.²²⁵ Tanto a causa como a *consideration* são utilizadas para se determinar quais relações são vinculantes e quais não geram obrigações no sentido jurídico, sendo que essa função pode auxiliar na análise das relações em que não há consentimento, mas há uma relação sinalagmática de perda e ganho, chamada de relação *paracontratual*.

Ter-se em mente a noção de contrato da *common law* é essencial para a análise dos casos que serão apresentados a seguir, nos quais é investigado se determinado documento preliminar constitui ou não um contrato.

haver de fato uma transferência para o promitente; (III) a promessa e a *consideration* devem ser dotadas de reciprocidade; e (IV) a *consideration* deve constituir um benefício legal para quem promete ou um prejuízo para o outrem. BENSON, Peter. The unity of contract law. In: BENSON, Peter (Org.). *The theory of contract law: new essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 118-205, p. 154-163.

²²⁰ É importante notar também que o elemento da *consideration* foi alvo de muitas críticas pelos doutrinadores, os quais o caracterizam como artificial, desnecessário e desfuncional, conforme ressalta Peter Benson. *Ibidem*, p. 153.

²²¹ Noção ligada à confiança depositada por uma das partes em razão do comportamento da outra. A doutrina de *detrimental reliance* é utilizada para substituir o elemento da *consideration* e tornar certas promessas executáveis.

²²² Há vários tipos de *estoppel* admitidos na *common law*. Destacam-se o *estoppel by representation*, *proprietary estoppel* e *promissory estoppel*. O último é o mais relevante para o presente estudo e tem o objetivo de impedir que alguém que tenha feito uma promessa aja de forma inconsistente com a promessa feita. Ver HOGG, Martin. *Promises and contract law: comparative perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 180-189. O referido autor apresenta a doutrina do *promissory estoppel* como uma solução da *common law* para o problema da responsabilidade pré-contratual. Para ver as diferenças dessa figura no Direito inglês e no norte-americano, ver LAKE, R. B. Letters of intent: a comparative examination under English, U.S., French, and West German law. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 18, p. 331-354, 1984.

²²³ Ver FULLER, Lon L.; EISENBERG, Melvin Aron. *Basic Contract Law*. 8.ed. New York: Thomson/West, 2006, p 5.

²²⁴ Ver FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e contrato*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 e ANDRADE, Fabio Siebeneichler. Causa e “consideration”, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 276-284, 1991.

²²⁵ FERREIRA DA SILVA, *Ibidem*, p. 53-61.

2.1.2. A abordagem do *all or nothing*

Na *common law*, em geral, a análise dos fatos que envolvem a assinatura de um documento preliminar é que vai definir se ele constitui um contrato e, portanto, um acordo (promessas interdependentes) que seja legalmente vinculante. Como já foi mencionado, o elemento volitivo referente à intenção de contratar é essencial para a formação do contrato.

Nesses países, é utilizado o método tradicional chamado de *all or nothing approach*,²²⁶ cujo resultado será o reconhecimento de um contrato (*binding*), gerando vínculo jurídico contratual entre as partes, ou a ausência de qualquer vínculo jurídico (*non-binding*).

A promessa feita por um indivíduo pode constituir uma declaração de intenção, a qual imporá uma obrigação ao declarante se a lei assim o determinar. O objetivo do indivíduo com a declaração e os seus termos são fatores a serem considerados para determinar a obrigatoriedade de uma promessa, mas eles não serão conclusivos. As palavras e a conduta do indivíduo determinarão se foi criada uma obrigação, em conjunto com os aspectos sociais e legais aplicáveis.²²⁷ Por esse motivo, para determinar a natureza da relação das partes, se contratual ou não, a intenção das partes é examinada pelos julgadores.

Essa análise da intenção se dá mediante a aplicação da teoria objetiva do contrato,²²⁸ a qual ignora a intenção subjetiva da parte, e considera apenas aquela demonstrada pelos fatos e pelas manifestações de vontade envolvendo a contratação. Fatores como a forma contratual normalmente utilizada naquele tipo de negócio, as declarações feitas pelas partes e o valor envolvido são levados em consideração.²²⁹ Alguns julgadores chegaram a criar os chamados “testes de fatos” para determinar a intenção das partes.²³⁰ Todavia, não é identificado um padrão nas decisões que possibilite a individualização de determinados elementos para concluir a intenção das partes.

²²⁶ Traduzido como “uma abordagem de tudo ou nada”.

²²⁷ ATIYAH, P. S. *Promise, morals and law*. Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 167-170.

²²⁸ Veja-se a famosa referência à teoria objetiva feita pelo juiz Learned Hand no caso *Hotchkiss v. National City Bank*, 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911): “A contract, strictly speaking, has nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent. If, however, it were proved by twenty bishops that either party, when he used the words, intended something else than the usual meaning which the law imposes upon them, he would still be held, unless there were some mutual mistake, or something else of the sort”.

²²⁹ TEMKIN, H. L. When does the “fat lady” sing?: an analysis of “agreements in principle” in corporate acquisitions. *Fordham Law Review*, New York, v. 55, p. 125–171, 1987, p. 132.

²³⁰ Veja-se o teste criado no caso *R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co.*, 751 F. 2d 69 (2nd Cir 1984), no qual os seguintes fatores objetivos devem ser verificados: (I) a declaração expressa de uma parte de que pretende se vincular apenas quando da assinatura do acordo subsequente; (II) execução parcial por uma das partes; (III) acordo completo sobre os termos essenciais; e (IV) complexidade da operação. Ver LAKE, Ralph; DRAETTA, Ugo, *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 95.

Na *common law* inglesa as partes podem, em regra, evitar a análise dos fatos e circunstâncias mediante a inclusão no documento preliminar de linguagem expressa acerca da sua intenção de não criar um contrato. Portanto, as partes podem optar por excetuar o documento da produção de quaisquer efeitos jurídicos de forma segura. Nos casos em que as partes não deixaram clara sua intenção ou simplesmente omitiram qualquer referência nesse particular, os tribunais ingleses, embora relutantes,²³¹ buscarão a intenção das partes verificando se os elementos essenciais da transação foram definidos ou não. No entanto, não é possível chegar a uma definição de quais são esses elementos, sendo que o preço, por exemplo, em alguns casos pode ser considerado essencial e, em outros, não,²³² sendo certo, de qualquer sorte, que, quanto mais completo for o documento, maior a chance de ser considerado um contrato.

Já na *common law* norte-americana, as declarações das partes com o intuito de excluir qualquer caráter vinculativo ao documento não garantem necessariamente a elas que o documento não será considerado obrigatório, sobrepondo-se a análise fática e volitiva para determinar a intenção das partes. Embora os tribunais americanos de diferentes regiões do país tenham analisado diversos casos envolvendo documentos preliminares, especialmente casos envolvendo fusões e aquisições, não existe uma orientação única e clara sobre o assunto.

O que definitivamente pode ser afirmado é que os documentos preliminares, que preveem maior número de detalhes da operação e que são redigidos no mesmo estilo usualmente utilizado para contratos, apresentam uma probabilidade maior de ter reconhecidos efeitos jurídicos contratuais.²³³

O tema é tão controverso e indefinido que o *Black's Law Dictionary* ao definir *agreement to agree* utiliza duas definições contraditórias, a saber: “an unenforceable agreement that purports to bind two parties to negotiate and enter into a contract” e “a fully enforceable agreement containing terms that are sufficiently definite as well as adequate consideration, but leaving some details to be worked out by the parties.”²³⁴ Essa definição contraditória evidencia a dificuldade de conceituá-los e como os efeitos de um documento preliminar dependem da análise de cada caso.

²³¹ A análise das intenções feita pelos tribunais ingleses é mais limitada que a dos tribunais americanos e, via de regra, os julgadores relutam em considerar um documento preliminar um contrato. Ver LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2. ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 92.

²³² Ibidem, p. 92.

²³³ Ibidem, p. 96, 133 e 134.

²³⁴ GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 7.ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 68.

Em geral, os tribunais norte-americanos analisam os documentos preliminares sob dois aspectos: a intenção objetiva das partes e se ele é completo em todos os seus termos (*completeness*) e claro e preciso (*definiteness*).²³⁵ Na maioria dos casos os julgadores declaram que a obrigatoriedade do documento preliminar é uma questão de intenção das partes, a qual é influenciada por diversos fatores, como a referência expressa a um futuro contrato, a execução antecipada, a complexidade da operação e a *completeness* do documento. Conquanto nenhum desses fatores isoladamente possa determinar a intenção das partes, a *completeness* do documento é considerada como o mais importante.²³⁶ Esta é normalmente identificada pelos tribunais ao considerar se o acordo entre as partes contempla os elementos essenciais da transação.²³⁷

Determinar quais os termos que são essenciais em uma transação é uma difícil tarefa e, embora haja alguns indícios que podem ser identificados na análise de casos, não há um critério único e claro que possa ser utilizado. Dentre alguns dos elementos que já foram considerados essenciais²³⁸ encontram-se o preço²³⁹ e, em um acordo de *joint venture*, o rateio das participações e a alocação de riscos e responsabilidade.²⁴⁰ Por outro lado, já se decidiu que a demora para a assinatura de um contrato futuro, mediante a troca de inúmeras minutas, indica que as questões em aberto são relevantes,²⁴¹ assim como que a referência a um contrato futuro, que conterà representações e garantias “apropriadas” é muito vago e indefinido para criar um vínculo contratual.²⁴²

Passar-se-á agora para o exame de casos da jurisprudência norte-americana, os quais deixam claro o padrão do *all or nothing* na análise dos documentos preliminares. Os casos que serão examinados foram selecionados de acordo com a sua relevância e pela frequência

²³⁵ Levasseur, ao explicar a noção jurídica da oferta no Direito contratual da *common law*, utiliza a palavra *definiteness*. O autor afirma que a oferta deve ser *definite* o que significa que ela deve ser definida em seus termos essenciais de forma que ela possa ser executada por um tribunal. O termo *definiteness* é traduzido pelo autor como clareza e precisão. Se é evidente que a oferta ou o acordo de vontades não alcançou um consenso, ele será *indefiniteness* e, por conseguinte, não será um contrato. Ver LEVASSEUR, Alain A. *Le contrat en Droit américain*. Paris: Dalloz, 1996, p. 21-22.

²³⁶ LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 96.

²³⁷ BUECHLER, G. B. The recognition of preliminary agreements in negotiated corporate acquisitions: an empirical analysis of the disagreement process. *Creighton Law Review*, Omaha, v. 22, p. 573–610, 1989, p. 584.

²³⁸ Veja-se o caso *Arnold Palmer Golf Company v. Fuqua Industries, Inc.*, o qual envolvia a negociação fracassada para a venda de 25% da empresa Palmer para a Fuqua. Examinando o caso, os julgadores consideraram que o documento preliminar de seis páginas assinado pelas partes, denominado *Memorandum of Intent*, contemplava todos os termos essenciais do negócio. O documento continha detalhes da operação, a forma como o negócio seria conduzido após a aquisição, os empréstimos que uma parte faria à outra e as representações e garantias que deveriam estar no contrato definitivo, além de condicionar as obrigações descritas à preparação do contrato final e à aprovação pelo Conselho de Administração da Fuqua. Ver 541 F.2d 584 (1976).

²³⁹ *Apco Amusement v. Wilkins Family Restaurants*, 673 S.W. 2d 523 (Tenn. App. 1984). LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. Op. cit., p. 98.

²⁴⁰ *Precision Testing Laboratories, Inc. v. Kenyon Corp.*, 664 F. Supp/ 1327 (S.D.N.Y. 1986). *Ibidem*, p. 100.

²⁴¹ *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F. 2d. 78 (2d. Cir. 1986). *Ibidem*, p. 99.

²⁴² *Overmayer Co. v. Brown*, 439 F. 2d. 926 (10th. Cir. 1971). *Ibidem*, p. 100.

com que são citados nos estudos sobre o tema, bem como observando se tratavam de fusões e aquisições ou tema relacionado. Eles serão apresentados conforme seja conveniente para o estudo do tema, sendo que todos foram decididos nas décadas de 1970 e 1980.

2.1.2.1. Documentos preliminares vinculantes (*binding*)

Passando-se à análise dos casos práticos, aquele de maior notoriedade envolvendo documentos preliminares e que teve a maior repercussão nos Estados Unidos foi o caso *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.* (“Caso Pennzoil”)²⁴³ O caso envolvia a negociação de venda do controle da companhia Getty Oil para a Pennzoil, a qual foi formalizada através de um documento preliminar intitulado de Memorando de Entendimentos, de quatro páginas, assinado em 02/01/1984. O referido documento continha alguns termos da transação, tais como: a quantidade de ações que seriam adquiridas, a outorga de uma opção, a obrigação das partes de negociarem um plano de reestruturação da Getty após a negociação, e que a sua eficácia estava sujeita à aprovação pelo Conselho de Administração da Getty e à execução de um contrato futuro. Após a troca de propostas sobre o preço, as partes chegaram, no dia seguinte, a um consenso e, em seguida, anunciaram na imprensa que tinham chegado a um *agreement in principle*, nos termos do documento preliminar.

Enquanto os advogados redigiam o contrato formal definitivo, os controladores da Getty passaram a negociar com uma terceira empresa, a Texaco, a venda dessas ações por um preço melhor, assinando uma carta de intenções em 05/01/1984 e um contrato final de fusão no dia seguinte. Na ação judicial de *tortious interference*²⁴⁴ ajuizada pela Pennzoil contra a Texaco foi analisado se havia um contrato vinculante entre a Getty e a Pennzoil. Para tanto, o tribunal de apelação do Texas entendeu que seria necessária a identificação da intenção das

²⁴³ 729 S.W.2d 768 (1987).

²⁴⁴ É um tipo de ação admitida na *common law* para reparar danos sofridos contra uma parte que interfere de forma culposa em uma relação negocial ou contratual do autor. Figura similar admitida no Direito brasileiro, com base na função social e boa-fé objetiva, é a do terceiro cúmplice, admitida nos Direitos francês e italiano (chamada neste de indução ao inadimplemento). O terceiro que age em conluio com a parte para inadimplir obrigação contratual, o que pode ocorrer por meio de celebração de um novo contrato entre o terceiro e a parte contratual que seja incompatível com o adimplemento do contrato anterior, comete ato ilícito. Portanto, o contrato é considerado ilícito ou fraudulento e o credor do contrato original deverá ser ressarcido dos prejuízos que sofreu. Ver THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174-196. Judith Martins-Costa, ao tratar do caso do cantor Zeca Pagodinho em que este havia firmado contrato para publicidade de uma marca de cerveja e em seguida firmou outro contrato similar para empresa concorrente, utiliza o Caso Pennzoil, ressaltando que ambos os casos têm a mesma racionalidade jurídica, qual seja, a de resguardar o nível mínimo de confiança no tráfico negocial. Ver <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

partes de se obrigar ou não,²⁴⁵ o que foi feito pela análise de seus atos e comunicações durante o período de negociação. A linguagem utilizada no anúncio público, baseada nos termos do documento preliminar, foi esmiuçada pelo tribunal, ressaltando que, apesar de usar linguagem condicional (“the transaction is subject to”), foi redigido em termos indicativos (“shareholders will receive”) e não hipotéticos. Dessa forma, o tribunal entendeu que as partes haviam chegado a um acordo sobre todos os elementos essenciais do negócio, conforme os termos do documento preliminar, sendo este vinculante, e que a Texaco interferiu nessa relação de forma deliberada, sendo condenada ao pagamento de danos materiais (*actual damages*) no valor de US\$ 7,53 bilhões e de danos punitivos de US\$ 3 bilhões em favor da Penzzoil. O conteúdo da decisão, principalmente pelo montante fixado, teve uma repercussão negativa,²⁴⁶ provocando um clima de insegurança acerca dos efeitos vinculantes de uma negociação e os riscos a que as partes estariam expostas nesse momento de tratativas.

Note-se que o documento preliminar firmado não continha detalhes da transação, como representações e garantias, tratamento dos passivos ou resolução de disputas, mas continha elementos considerados essenciais, como o preço a ser pago por um número específico de ações e a composição do Conselho de Administração após a transação, fazendo com que o tribunal concluísse pela intenção das partes de se vincular contratualmente através daquele instrumento por elas formalizado.

Dois casos julgados na mesma época, mas anteriores ao caso Penzzoil, e que também envolviam a ruptura de negociações por interveniência de um terceiro, com o consequente ajuizamento de uma ação por quebra de contrato pela parte prejudicada,²⁴⁷ são os casos *American Cyanamid Co. v. Elisabeth Arden Sales Corp.* (“Caso Cyanamid”)²⁴⁸ e *Mid-Continent Telephone Corp. v. Home Telephone* (“Caso Mid-Continent”).²⁴⁹

No primeiro caso, foi assinado um documento preliminar de quatro páginas que previa (I) a negociação da aquisição dos bens e negócios da Arden pela Cyanamid; (II) a assunção

²⁴⁵ O Tribunal do Texas utiliza o chamado *Winston test* para verificar a real intenção das partes, muito utilizado pela jurisprudência e que verifica três aspectos: (I) se foi feita uma reserva expressa do direito de não se obrigar; (II) se houve performance parcial do contrato e (III) se o acordo em questão é um tipo de contrato que usualmente seria firmado por escrito. O caso que deu origem ao teste é o *Mary Ellen WINSTON v. MEDIAFARE ENTERTAINMENT CORPORATION, Gallavants, Inc., e Ralph Smith*, 777 F. 2d. 1986.

²⁴⁶ Ver LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 163, ao afirmar que a decisão de primeiro grau feita por um júri foi classificada como absurda e ridícula pela imprensa. Em segundo grau houve uma redução do valor da indenização, mas a disputa acabou em um acordo no valor total de US\$ 3 bilhões, após o início do processo de Reorganização da Texaco (*Chapter 11 do Bankruptcy Code*). Ver também BEN-SHAHAR, Omri. Pre-closing liability. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 77, n. 4, 2010, p. 978.

²⁴⁷ No caso da Mid-Continent, além da ação por quebra contratual, também foi ajuizada ação por *tortious interference*, tal como no caso *Texaco*.

²⁴⁸ 331 F. Supp. 597 (S.D.N.Y. 1971)

²⁴⁹ 319 F.Supp. 1176 (1970)

das obrigações (*liabilities*) da Arden pelo preço de US\$ 35 milhões; (III) o balancete no qual o preço seria baseado; (IV) a previsão de uma conta *escrow* para futuras *liabilities* e previsões sobre indenizações, fazendo referência à necessidade de se firmar um contrato futuro e condicionando a transação à verificação do patrimônio líquido (*net worth*) da Arden e à aprovação pelo Conselho de Administração da Cyanamid.²⁵⁰

No segundo caso, o documento preliminar assinado pelas partes, na forma de uma carta endereçada pela Mid-Continent para o Conselho de Administração da Home (*letter agreement*), continha (I) os termos básicos da transação, *e.g.* especificava que a aquisição se daria mediante a entrega de 64.000 ações da Mid-Continent em troca dos ativos e obrigações da Home, e (II) condicionava a transação, dentre outros fatos, ao não pagamento de impostos e a um acordo satisfatório entre as partes para a contratação do filho do presidente da Home. Ademais, após a assinatura do documento, as partes divulgaram, de forma conjunta, na imprensa que haviam *agreed to merge*.

Em ambos os casos, o resultado foi o mesmo do Caso Penzcoil, no sentido de que o documento preliminar era vinculante, uma vez que continha todos os termos essenciais de um contrato. Embora a análise dos julgadores não tenha seguido uma racionalidade idêntica, em razão dos argumentos levantados pelas partes, o resultado foi o mesmo. No Caso Cyanamid, foi analisado o documento diretamente e tão somente sob a perspectiva dos termos essenciais²⁵¹ e, no Caso Mid-Continent,²⁵² os julgadores dividiram a análise na intenção de se vincular e, posteriormente, na *completeness* do documento, enfrentando diretamente a questão das condições precedentes contidas no documento.²⁵³

²⁵⁰ É importante destacar que neste caso mostrou-se que a Cyanamid, no início das negociações, deixou claro que não iniciaria quaisquer negociações com a Arden se esta tivesse a intenção de fazer de sua venda um “leilão”.

²⁵¹ Veja-se o teor da decisão: “We believe that the October 2 letter agreement does have the essential elements with respect to subject matter required for a contract. There was agreement for the sale of Arden as a going concern for a fixed price. It was a sale of all its assets including the shares in its subsidiaries and the assumption of all disclosed liabilities as well as the undisclosed liabilities of the subsidiaries. The price was subject to decrease on a fixed formula in relation to a stated book value of \$22 million as shown on the consolidated balance sheet of June 30, 1970. The operations after June 30, 1970 were to be for the account of the buyer since the relevant consolidated balance sheet remained that of June 30, 1970. The provision for an escrow fund and indemnification in the October 2 letter determined the limits of the postclosing exposure of Arden. The several references to undisclosed liabilities indicate that the main concern of the buyer was the integrity of a balance sheet for which it was paying more than fifty per cent above the book value.”

²⁵² A Home foi condenada a pagar danos compensatórios à Mid-Continent e danos punitivos ao terceiro.

²⁵³ Ao considerar se as condições contidas no documento preliminar poderiam interferir na conclusão de que ele era um contrato vinculativo, os julgadores ressaltaram que uma condição precedente pode ser uma condição que deve ser executada antes do acordo entre as partes se tornar vinculante ou pode ser uma condição que deve ser preenchida antes de um dever de executar um contrato existente seja eficaz. E que nesse caso havia evidência suficiente de que as condições impostas pelas partes eram precedentes à execução de um contrato existente e não precedentes à formação de um contrato vinculativo. Por exemplo, um acordo satisfatório sobre a contratação do filho do presidente da Home, embora fosse uma condição precedente necessária para a execução, não era um pré-requisito para a existência do contrato vinculativo. Assim, concluiu que o documento preliminar não poderia ser rejeitado em razão das condições que deveriam ser alcançadas antes do dever de executá-lo. Veja-se: “We hold that the November 15 agreement is a document which contains all terms deemed essential by

A partir da análise dos casos, é possível afirmar que há um padrão nos documentos preliminares neles utilizados, haja vista que todos eles sujeitavam a transação a determinadas condições. Nos Casos Penzzoil e Cyanamid as condições eram a assinatura de um contrato futuro e a aprovação de um Conselho de Administração. Já no Caso Mid-Continent, as condições eram diferentes – *e.g.* a contratação do filho do presidente –, mas, assim como a assinatura de um contrato futuro, dependia de um consenso futuro das partes.

Por outro lado, analisando-se os documentos em conjunto, sob o ponto de vista dos elementos essenciais, não parece haver um padrão entre eles, tampouco é possível afirmar que eles refletiam os contratos vinculantes que normalmente são firmados em tais operações. A redação do documento preliminar do Caso Penzzoil não previa detalhes da operação, mas apenas alguns aspectos genéricos, diferentemente do documento do Caso Cyanamid, o qual tratava de questões como responsabilidades por passivos da vendedora e mecânicas de indenização. Ainda assim, o referido documento não previa uma data na qual o contrato final seria firmado, nem as representações e garantias das partes (cláusula frequentemente presente nos contratos de fusões e aquisições), assim como faltavam algumas previsões quanto à conta *escrow* e a verificação do patrimônio líquido.

Assim, note-se que, embora todos os documentos cuidem do preço ou da forma como ele será calculado, bem como do formato da transação, cada um deles abrange aspectos específicos da operação, sendo uns de forma genérica, outros de forma um pouco mais específica. A conclusão se tais aspectos podem ser considerados elementos essenciais daquela transação se chegará mediante a análise jurídica de cada caso.²⁵⁴

Por fim, vale fazer referência a outro caso paradigmático envolvendo documentos preliminares: *Field v. Golden Triangle Broadcasting, Inc.* (“Caso Field”).²⁵⁵ Trata-se do caso de uma negociação para aquisição pela Field de uma estação de rádio de propriedade da Golden, a qual foi rompida pela insatisfação posterior de uma das partes com os termos do documento preliminar assinado. Infere-se, portanto, que uma das partes pretendia alterar o que havia sido acordado, não se tratando de caso de intervenção de terceiro, como nos casos

the parties to the formation of a binding contract and it may not be rejected because the parties contemplated certain further conditions had to be met before the duty to perform would arise.”

²⁵⁴ Note-se que determinados elementos podem ser considerados significativos por aqueles que negociam, mas não por aqueles que estão de fora da negociação e vice-versa. Lake e Draetta citam casos gerais envolvendo documentos preliminares, mas não necessariamente de fusões e aquisições, em que, para os autores, elementos essenciais foram deixados de fora do documento, como *Svoboda v. Bowers Distillery, Inc* (ausente a determinação da forma de financiamento); *V’soske v. Barwick* (ausente um acordo sobre a auditoria do patrimônio líquido); e *Apco Amusement v. Wilkins Family Restaurants* (um documento preliminar foi considerado um contrato de locação, ainda que ausente a responsabilidade pelo pagamento de impostos e seguro e a duração da locação). Ver LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 98.

²⁵⁵ 451 Pa. 410 (1973).

Penzzoil, Cyanamid e Mid-Continent, mas do interesse em alterar determinados pontos do instrumento formalizado.

O documento objeto da disputa era uma *letter agreement* – no formato de uma carta da Field - em que estava previsto, dentre outras coisas, (I) os principais termos do negócio, como o preço, as obrigações e a *escrow account*; (II) a possibilidade contemplada pela Field de criar uma nova sociedade para aquisição dos ativos, a qual poderia ser objeto de análise da Golden para se certificar de sua capacidade de pagamento; e (III) o fato de que a transação estava sujeita a um contrato formal que contivesse os termos da referida carta. Após a assinatura desse documento e de um depósito na *escrow account* efetuado pela Field, nos termos do documento preliminar, o advogado da Golden enviou uma notificação para a Field afirmando que a estrutura do negócio era totalmente insatisfatória para a Field, exigindo garantias²⁵⁶ que alteravam o que havia sido acordado até então no documento preliminar.

Diante desse impasse, o caso foi parar na Suprema Corte do Estado da Pensilvânia, a qual o analisou sob os dois aspectos: a intenção das partes envolvidas e a *completeness*. Sobre o primeiro ponto, entendeu que havia ampla evidência de que as partes tinham a intenção de se vincular através do documento, citando uma decisão,²⁵⁷ baseada no *American Restatement*,²⁵⁸ que reconhece que as partes podem se vincular ainda que elas manifestem a intenção de preparar um contrato formal no futuro. Já sobre a *completeness* do contrato, em que pese o argumento do réu de que muitos termos essenciais não foram contemplados, incluindo uma data para o fechamento, os julgadores concluíram que o contrato continha todos os elementos essenciais para ser executado.

Veja-se que o documento preliminar do Caso Field é similar aos dos demais casos, contendo uma condição para a concretização do negócio, consistente na assinatura de um contrato futuro, e elementos essenciais, dentre eles o preço e as obrigações. A diferença está justamente no motivo que ensejou a ruptura das negociações. Nos casos Penzzoil, Cyanamid e Mid-Continent, o motivo determinante foi a interferência de um terceiro que ofereceu uma opção atrativa para uma das partes, enquadrando-se na terceira hipótese apresentada anteriormente no item 1.3, quando se tratou das hipóteses de rompimento das negociações, enquanto que no caso Field ocorreu a segunda hipótese, em que uma das partes tentou alterar o que já fora negociado.

²⁵⁶ Ele exigia um capital mínimo da nova sociedade e garantias pessoais do grupo ou o pagamento de um valor diverso do que havia sido combinado a ser pago integralmente no fechamento da operação.

²⁵⁷ Goldman v. McShain, 432 Pa. 61, 69, 247 A 2d. 455, 459 (1968).

²⁵⁸ Section §27 da atual versão do *American Restatement*.

É evidente que a Golden ou se arrependeu de ter assinado o documento ou o submeteu à apreciação de seu advogado apenas após a assinatura. A identificação do motivo é importante, pois pode influenciar na decisão dos julgadores sobre a vinculatividade do documento.

Pois bem, tendo-se visto alguns dos casos em que os documentos foram considerados vinculantes mais citados no estudo dos documentos preliminares, Caso Penzzoil, Caso Cyanamid, Caso Mid-Continent e Caso Field, é possível visualizar que muitos desses documentos são tratados como verdadeiros contratos. Ademais, não há uma resposta certa para determinar quais os elementos do negócio que devem estar presentes para tornar o documento vinculante, dependendo de cada caso e da forma como este é interpretado pelo julgador.

Tendo-se exposto alguns casos em que os documentos preliminares foram considerados vinculantes, produzindo efeitos jurídicos contratuais, examinando suas diferenças e semelhanças, passa-se agora ao estudo dos documentos situados no outro extremo, sem qualquer efeito jurídico, os não vinculantes.

2.1.2.2. Documentos preliminares não vinculantes (*non-binding*)

Diferentemente da interpretação que foi dada pelos tribunais aos documentos preliminares de que as partes se valeram nos casos examinados no tópico anterior, neste grupo estão aqueles documentos que, apesar de parecerem muito similares aos documentos constantes nos casos anteriores, não foram considerados vinculantes. Aplicando-se o método do *all or nothing*, estes são os documentos do *nothing*, cuja existência, após o rompimento das negociações, não é capaz de vincular as partes a realizar qualquer transação, não produzindo efeitos jurídicos.

Conforme demonstra o Grupo de Trabalho, a doutrina e a análise de casos, normalmente a não vinculação do documento se deve ao respeito à vontade expressa pelas partes de sujeitar a transação a um contrato futuro ou de simplesmente não se vincularem através do respectivo documento. Nesses casos, a linguagem constante no documento preliminar costuma ter um peso maior para determinar a intenção das partes. Exemplo disso é a declaração do Tribunal de Apelação (*United States Court of Appeals for the Second Circuit Court*), nos seguintes termos:

*It is not for the court to determine retrospectively that at some point in the evolution of a formal document that the changes became so “minor” or “technical” that the contract was binding despite the parties’ unwillingness to have it executed and delivered. For the court to do so would deprive the parties of their right to enter into only the exact contract they desired.*²⁵⁹

Na *common law* inglesa, como já se mencionou, o posicionamento de que a vontade das partes deve prevalecer na análise desse tipo de caso é reforçado. Ademais, os tribunais ingleses são mais exigentes do que os norte-americanos a respeito da presença dos elementos necessários para considerar um documento vinculante.²⁶⁰

Na *common law* norte-americana, o padrão fático e os termos dos documentos preliminares dos casos que serão apresentados não divergem dos casos analisados anteriormente. Veja-se os fatos do caso *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*,²⁶¹ (“Caso Reprosystem”), os quais são similares ao do Caso Penzzoil, exceto pelo resultado do julgamento.

Tratava-se de negociação para a venda de subsidiárias européias da SCM para a Reprosystem, que resultou na assinatura de um *agreement in principle*,²⁶² que contemplava detalhes da venda, como a forma de as companhias serem operadas após a venda, bem como condicionava a operação à assinatura de um contrato futuro. As partes chegaram a anunciar ao público os termos do referido acordo e, posteriormente, a SCM se recusou a assinar o contrato final, não obstante a troca de inúmeras minutas. O documento não foi assinado pela SCM em razão de dúvidas da companhia acerca da capacidade de pagamento da Reprosystem.²⁶³ Apesar de o juízo de primeiro grau ter entendido que havia um contrato final, baseado na

²⁵⁹ *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F. 2d. 78 (2d. Cir. 1986). Ver LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 99.

²⁶⁰ Veja-se o *leading case* do Direito inglês,²⁶⁰ *British Steel Corp. v. Cleveland Bridge & Engineering Co.*, o qual envolvia a negociação para a fabricação de acessórios de aço, em que ocorreu a execução parcial com a entrega de parte dos produtos, embora nenhum contrato tivesse sido assinado (havia uma carta de intenções elaborada e assinada por apenas uma das partes) e as partes estivessem discutindo ainda algumas questões legais. Nesse contexto, o tribunal entendeu que não havia contrato entre as partes, independente da execução parcial, mas uma expectativa de firmar um contrato futuro. Ver 1984 1 All E.R. 504. Nesse sentido também o caso *Charles Church Developments Ltda. v. Pacific Western Oil Corp.* 1980 Q.B. 914 (C.A.) Esse caso envolvia a aquisição de uma companhia subsidiária da vendedora pela compradora, em razão de um terreno que era de propriedade da primeira. Durante as tratativas, foi firmado entre as partes um documento chamado *Heads of Agreement*, que continha a descrição do referido terreno, o preço que seria pago e um prazo para a assinatura do contrato definitivo. Todavia, a negociação fracassou, e, em decorrência da ruptura dessa negociação, o caso foi judicializado. Ao analisá-lo, em ação de iniciativa do potencial comprador, visando a declarar que o referido documento era um contrato completo e vinculativo, o tribunal inglês considerou o documento não vinculante, ressaltando que a linguagem utilizada era ambígua e que não foi dado um tratamento a elementos essenciais do negócio, dentre os quais o método de remoção dos bens da companhia adquirida, a data em que a venda ocorreria e como seria obtida autorização governamental. Esse caso é tratado por LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. Op. cit., p. 93.

²⁶¹ 727 F.2d 257 (2nd. Cir. 1984).

²⁶² Pelo relato dos fatos contido na decisão, entende-se que o documento não foi propriamente assinado. Foi preparado um documento pela SCM que foi apresentado à outra parte, a qual incluiu, verbalmente, novas condições. Após esse acordo, foi realizado o anúncio aos investidores. Note-se, contudo, que Lake e Draetta mencionam que as partes “signed” um *agreement in principle*.

²⁶³ BUECHLER, G. B. The recognition of preliminary agreements in negotiated corporate acquisitions: an empirical analysis of the disagreement process. *Creighton Law Review*, Omaha, v. 22, p. 573–610, 1989.

análise objetiva das manifestações de intenção das partes, o Tribunal de segundo grau entendeu o contrário, justamente pela linguagem constante no documento preliminar e pelas minutas trocadas.

Note-se que, nesse caso, uma das questões levadas em consideração na decisão foi a complexidade e magnitude do negócio, que requeria um contrato final vinculativo, baseado na troca de minutas entre as partes, até concretizar a operação. Entendeu-se que, a despeito do verdadeiro interesse das partes em levar o negócio adiante, a finalização da operação dependia, necessariamente, de um instrumento posterior, abrangendo aqueles pontos que ainda estavam controvertidos entre elas.

Verifica-se que o breve relato dos fatos evidencia um padrão fático muito similar com os casos em que os documentos foram considerados vinculantes, exceto pela interferência de um terceiro identificada nos casos anteriores e que levou à ruptura das negociações. No Caso Penzsoil, identifica-se um documento que continha, ao que parece, menos detalhes da operação, mas que também foi objeto de um anúncio público. Ambos os documentos sujeitavam a transação a um contrato futuro, mas no Caso Reprosystem, diferente do Caso Penzsoil, o documento foi considerado não vinculante.

O mesmo se constata no caso *Chromalloy American Corp. v. Universal Housing Systems of America* (“Caso Chromalloy”),²⁶⁴ o qual envolvia a negociação – também fracassada - de uma *joint venture*. Após o início das tratativas, as quais já perduravam 10 meses, as partes assinaram um documento preliminar que continha (I) os termos básicos da transação, como o percentual de participação da cada parte na *joint venture*, o prazo de duração e os termos de uma opção de compra da participação da Universal que seria outorgada à Chromalloy, assim como (II) as condições para a concretização do negócio, como os termos do contrato de trabalho que seria firmado entre a *joint venture* e o diretor e acionista majoritário da Universal e que nenhuma das partes estaria vinculada até que fosse firmado um contrato final definitivo.

Após o fracasso nas negociações, a Chromalloy ingressou com uma ação judicial para recuperar valores repassados para a Universal durante o período das negociações,²⁶⁵ e esta utilizou como defesa o argumento de que o documento preliminar constituía um acordo final

²⁶⁴495 F.Supp. 544 (1980).

²⁶⁵ A Chromalloy concedeu um financiamento para a Universal, com o objetivo de, entre outras coisas, facilitar a aquisição de um terceiro, como parte da estratégia contemplada para a *joint venture*. Para tanto, foi firmado um *Loan Agreement* entre as partes que estipulava que aquele documento não constituía uma carta de intenções que vinculasse as partes à formação da *joint venture*. Além disso, identificam-se outros eventos ocorridos durante as negociações em que a Chromalloy investiu recursos, direta e indiretamente, na Universal.

entre as partes. Ao analisar os fatos para determinar a intenção das partes, os julgadores entenderam que a intenção era de não se vincular, em razão das inúmeras minutas trocadas, da previsão expressa de não se vincular, até que fosse assinado um contrato final, e da evidência de que as partes não haviam chegado a um consenso sobre termos considerados essenciais da transação, como os termos do contrato de trabalho que seria firmado entre a *joint venture* e o diretor e acionista majoritário da Universal.

Diante disso, questiona-se qual o elemento determinante desses casos que os diferenciam dos demais?

A linguagem contida nos documentos preliminares era muito similar à dos demais casos; ambos sujeitavam a transação a um contrato futuro e continham detalhes do negócio; a troca de minutas é elemento recorrente em quaisquer dos casos e a complexidade do negócio, ainda que em graus distintos, existe em qualquer transação societária.

No Caso Chromalloy as partes não se limitaram a sujeitar a operação a um contrato futuro e deixaram clara a sua intenção de não se vincularem no documento preliminar, o que não ocorreu nos demais casos de forma tão clara. No entanto, esse elemento não pode ser considerado determinante, pois foi apenas um dos pontos considerados na decisão.

A despeito de o documento preliminar conter a previsão expressa de não vinculação, o Caso Chromalloy tem uma condição semelhante à do Caso Mid-Continent: ambos sujeitavam a concretização do negócio a um acordo futuro sobre os termos de um contrato de trabalho a ser firmado entre uma das companhias e uma pessoa chave da outra companhia. Em nenhum dos casos o referido contrato havia sido firmado, sendo que esse fato teve pesos diferentes em cada um dos julgamentos.

A par do exame desses casos, a principal diferença que se constata é o motivo para a ruptura das negociações. Nos casos Reprosystem e Chromalloy, o rompimento não decorreu da interferência de um terceiro ou da tentativa de alterar algum termo já negociado, como nos casos vinculantes, mas sim de dúvidas da vendedora acerca da capacidade de pagamento da compradora e da impossibilidade de um consenso entre as partes, respectivamente.

Assim, constata-se que o motivo do rompimento das negociações pode estar relacionado com o resultado do julgamento, ainda que de forma implícita. Nas negociações que fracassaram pela interveniência de um terceiro, os julgadores podem ter assumido que, se não fosse por este terceiro, o negócio teria sido fechado. Nesse caso, pode haver uma

conotação de má-fé associada ao motivo da ruptura em que se assume que uma das partes foi induzida a erro ou enganada pela conduta da outra.²⁶⁶

Muitas vezes, nenhum dos dois extremos - documento vinculativo ou não vinculativo - é capaz de refletir a vontade das partes ao firmar o documento; pelo contrário, as partes têm interesse em registrar que há uma negociação em curso para que algum efeito seja gerado (ainda que não o de um contrato vinculativo). Esse tratamento dado aos documentos preliminares, contrário às expectativas das partes, cria uma situação ineficiente e não equitativa, em que os negociadores, por mais que tomem os cuidados necessários, negociarão sob a incerteza quanto aos efeitos do documento que assinaram. Pode ser que este, no futuro, imponha responsabilidade contratual a uma das partes.

Uma das consequências de se considerar os documentos preliminares vinculantes é o aumento do custo das negociações. O juiz Easterbrook, famoso por utilizar a análise econômica do Direito em suas decisões, ao fundamentar que a troca de minutas e e-mails entre duas partes não constitui um contrato, explicou que, se as partes tivessem que suportar o custo de um cuidado extremo com suas respectivas declarações numa negociação para evitar que posteriormente fossem consideradas vinculantes, o processo de negociação seria mais caro e, conseqüentemente, o preço do negócio aumentaria.²⁶⁷

Na *common law* norte-americana é possível identificar uma certa flexibilização do método do *all or nothing*,²⁶⁸ em que uma solução alternativa é encontrada, baseada normalmente na ideia de *unjust enrichment*,²⁶⁹ *misrepresentation*²⁷⁰ ou *promissory estoppel*,²⁷¹ de modo que a parte prejudicada pela ruptura das negociações seja ressarcida, ainda que o documento preliminar não seja vinculante. A ideia de vinculação gradual de uma

²⁶⁶ BUECHLER, G. B. The recognition of preliminary agreements in negotiated corporate acquisitions: an empirical analysis of the disagreement process. *Creighton Law Review*, Omaha, v. 22, p. 573-610, 1989, p. 602-608.

²⁶⁷ PFT Roberson, Inc v. Volvo Trucks North America, Inc., 420F3d 728, 731 (2005). Ver parágrafo 13 “Often the parties agree on some items (...) while others (such as the price) require more negotiation. If any sign of agreement on any issue exposed the parties to a risk that a judge would deem the first-resolved items to be stand-alone contracts, the process of negotiation would be more cumbersome (the parties would have to hedge every sentence with cautionary legalese), and these extra negotiating expenses would raise the effective price.”

²⁶⁸ Para uma crítica sobre o método do *all or nothing* e uma proposta de responsabilidade intermediária ver BEN-SHAHAR, Omri. Pre-closing liability. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 77, n. 4, 2010. Nesse sentido, ver também o exame dos regimes de responsabilidade no ambiente dos documentos preliminares feito pelo mesmo autor, acompanhado de Bebchuck, em que concluíram que o regime de responsabilidade intermediária seria mais eficiente.

²⁶⁹ Refere-se ao enriquecimento ilícito. Sobre o assunto ver FARNSWORTH, E. Allan. Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, New York, v. 87, n. 2, p. 217-293, March 1987, p. 229.

²⁷⁰ Ligada à ideia de dolo, em que uma parte não pode fazer uma declaração errônea induzindo a outra a concluir o contrato, quando, na verdade, não tem intenção de fazê-lo. Sobre o assunto ver *ibidem*, p. 233-236.

²⁷¹ Ver nota de rodapé n.º 222.

promessa, em que ela teria níveis²⁷² diversos, é considerada. Nesse sentido, a perda decorrente de *reliance* ou a decepção de uma expectativa estariam nos graus mais baixos de vinculatividade, em que o indivíduo para o qual a promessa foi feita deve ter baixa ou nenhuma proteção legal.²⁷³

Evidencia-se, da análise dos casos vinculantes e não vinculantes, o caráter subjetivo com que principalmente a *completeness* do documento é analisada. Em casos muito similares, têm-se resultados opostos, o que resulta nas afirmações dos doutrinadores de completa imprevisibilidade e caos da *case law* sobre o tema. É impossível determinar, prévia e objetivamente, quais os termos considerados essenciais em uma contratação, algo que dependerá dos esforços das partes, para expressar sua verdadeira intenção na linguagem utilizada no documento preliminar, da análise da intenção das partes, feita pelos julgadores em cada caso, assim como de suas respectivas convicções.

2.2. Tratamento do Direito brasileiro aos documentos preliminares

A abordagem desenvolvida no item anterior deste trabalho dedicou-se ao enquadramento dos documentos preliminares no sistema da *common law*, mediante uma amostra de casos julgados e usualmente analisados no estudo deste tema. Com efeito, embora se trate de ordenamento jurídico diverso do brasileiro, o seu entendimento acerca de tais documentos é de extremo relevo para o assunto, já que foi lá que eles surgiram e se desenvolveram.

A recepção de um modelo jurídico de outra sociedade permite à sociedade receptora a ciência prévia do seu resultado em outro ordenamento jurídico.²⁷⁴ É claro que, no caso específico dos documentos preliminares, houve a recepção de instrumento que não recebeu ainda um tratamento uniforme no seu ordenamento de origem, conforme se demonstrou. Provavelmente as mesmas dificuldades enfrentadas na *common law* serão enfrentadas pelos

²⁷² Ver SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Precontractual liability and preliminary agreements. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 120, n. 3, p. 661-707, January 2007, p. 675. Os autores identificaram, após uma análise da doutrina e da jurisprudência, uma nova regra que vem sendo aplicada (*new default rule*). Esta parte da premissa de que o documento preliminar não cria vínculo contratual, mas assume que partes se comprometem, de forma mútua, a negociar de boa-fé para que um contrato seja celebrado. Após essa conclusão, os autores criticam a aplicação da boa-fé, sugerindo a aplicação de um modelo com critérios objetivos baseado na ideia de *reliance*. BEBCHUK, Lucian; BEN-SHAHAR, Omri. A. Pre-contractual reliance. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 30, p. 423-457, 2001.

²⁷³ ATIYAH, P. S. *Promise, morals and law*. Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 141-142.

²⁷⁴ FRADERA, Vera Maria Jacob. A influência do Direito francês no Direito brasileiro atual. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.); et. *O novo Direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudo em homenagem à Jacqueline Morand-Deville*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 268-278.

juízes nacionais, mas estes poderão se debruçar sobre as possíveis soluções desenvolvidas naquele sistema.

Note-se que a dicotomia entre as famílias jurídicas da *common law* e da *civil law* não é tema simples e linear, tampouco proveniente de simples tradição jurídica.²⁷⁵ Identifica-se, em especial no Direito brasileiro, desde a sua origem, um complexo desenvolvimento com base em fontes estrangeiras diversas, as quais eram conscientemente adaptadas à realidade do país.²⁷⁶ Sabe-se que o atual conjunto de leis societárias e de mercado de capitais brasileiro foi inspirado no modelo norte-americano. Por conseguinte, a recepção pelo Direito brasileiro de instituto jurídico de origem no Direito da *common law*, no caso os documentos preliminares, não se mostra uma novidade.

Recentemente, no campo do Direito comparado, uma série de comparatistas questionam a conveniência de se classificar os países em famílias jurídicas; chegam a afirmar que a distinção entre o Direito anglo-saxão e o Direito romanista seria obsoleta e ultrapassada.²⁷⁷ A fortificação da União Europeia e a globalização seriam fatores que justificariam o declínio da relevância das famílias jurídicas. E, de fato, graças à integração mundial, à mobilidade e aos avanços tecnológicos, os negociadores sentem-se cada vez menos afetados pela distância, tendo se tornado ordinária a realização de operações de fusões e aquisições entre empresas de países e ordenamentos jurídicos distintos, em que o primeiro passo das negociações é a assinatura de um documento preliminar. A aproximação entre os sistemas jurídicos e o desenvolvimento de regras internacionais, pelo menos no que concerne ao Direito comercial e contratual, é uma consequência natural.

Uma vez estabelecida a possibilidade de transição de figura jurídica da *common law* para o Direito brasileiro, passa-se a enfrentar a forma como os documentos preliminares são recebidos por este. Embora não haja obstáculos para o uso desses documentos, há que se

²⁷⁵ Ao pesquisar sobre o desenvolvimento das categorias das famílias jurídicas, Mariana Pargendler mostra que fatores políticos e econômicos influenciaram diretamente cada uma dessas famílias, além da simples tradição jurídica, concluindo que a dicotomia entre Direito anglo-saxão e romanístico simplifica uma realidade muito mais complicada. Ver PARGENDLER, Mariana. *Evolução do Direito societário: lições do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

²⁷⁶ Em especial quanto ao Brasil, a autora conclui, após profunda pesquisa histórica, que o processo de desenvolvimento do Direito societário, principalmente no século XIX, baseou-se em diferentes fontes estrangeiras, todas objeto de muitas discussões, e que os legisladores da época não se sentiam limitados a fontes de Direito que pertencessem a qualquer tradição jurídica, incluindo o Direito francês. Pelo contrário, o Brasil adotava diversas soluções do sistema da *common law*. Dentre elas, a autora destaca a própria Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, que foi inspirada na constituição norte-americana, como um decreto de 1890 que orientava os tribunais federais a aplicar, como fonte subsidiária, os estatutos dos povos cultos, em especial dos EUA e os casos de *common law* e *equity*. *Ibidem*, p. 166.

²⁷⁷ Mariana Pargendler destaca duas correntes distintas acerca do tema das famílias jurídicas: a corrente dos comparatistas, os quais entendem que a distinção se tornou irrelevante, e a corrente dos economistas, que estuda as consequências econômicas de cada família jurídica, enfatizando, justamente, a diferença entre as tradições da *common law* e da *civil law* para relacionar nível de desenvolvimento financeiro e institucional de cada país. Enfatiza, no entanto, que ambas possuem em comum é a pressuposição de que no passado distante as distinções entre as famílias jurídicas era mais forte do que hoje. *Ibidem*, p. 121-126.

considerar os conceitos e princípios do Direito brasileiro para, a partir daí, reconhecer os seus efeitos nesse ordenamento jurídico, os quais podem ser diversos daqueles identificados no seu sistema de origem.

O problema de determinação do vínculo dos documentos preliminares, no Brasil, centra-se, da mesma forma que na *common law*, em determinar quando um documento preliminar constituiu um contrato, gerando vinculação jurídica contratual. A vinculação jurídica obrigacional, em regra, não é diretamente abordada nos casos que tratam dos documentos preliminares.

Pode-se afirmar que, em geral, o documento preliminar que contiver todos os termos essenciais do negócio será considerado um contrato, obrigando as partes dele signatárias. Os documentos preliminares que apresentam essa natureza vinculativa podem tomar diferentes formas. Ele pode estar redigido como um contrato preliminar, havendo, portanto, uma promessa de firmar um contrato futuro, passível de execução; como um contrato com condições suspensivas, sujeitando os seus efeitos à ocorrência de um evento futuro, *e.g.*, à aprovação de um órgão governamental; ou ainda como uma proposta que já foi objeto de uma aceitação, formando um contrato final.

O que definirá a natureza vinculativa contratual – ou não - do documento, na mesma linha seguida na *common law*, é justamente a análise conjunta do seu conteúdo, da intenção objetiva das partes e das circunstâncias negociais. Os principais elementos do negócio devem necessariamente estar definidos, de modo que seja possível atribuir ao instrumento todos os efeitos e consequências de um contrato firmado entre as partes.

2.2.1. A jurisprudência brasileira: vinculação vs. não vinculação

Mediante pesquisa de jurisprudência brasileira, embora escassa sobre o tema dos documentos preliminares, foi possível a seleção de casos que tratam do assunto para efetuar análise similar à que foi feita na *common law*. A principal diferença é que se optou por trazer alguns casos que não tratam de hipóteses de fusões e aquisições, mas de documentos preliminares em relações comerciais, em que a fundamentação da decisão pode contribuir para o presente estudo.

Da mesma forma como feito anteriormente, os documentos serão divididos em vinculantes e não vinculantes e os casos serão apresentados da forma mais adequada para o presente estudo, expondo-se primeiro os mais relevantes, sendo que todos os casos foram decididos nos últimos dez anos.

Vejam-se os casos em que os julgadores concluíram que o documento preliminar era, na verdade, um contrato.

O primeiro envolvia empresa desenvolvedora de *softwares* para o mercado financeiro, que firmou uma carta de intenções com a empresa Eversystems, contemplando a possibilidade de sua futura incorporação por esta (“Caso Eversystems”).²⁷⁸ No documento firmado restou estipulado o seguinte: (I) previsão expressa de que se tratava apenas de uma intenção futura de negociação; (II) obrigação de sigilo e confidencialidade; (III) obrigação de exclusividade; e (IV) previsão de que a desistência do negócio em qualquer fase da negociação não geraria o dever de indenizar. Além disso, as partes também ajustaram o preço estimado do negócio em R\$ 750 mil, o prazo e a forma de pagamento. Após a assinatura do documento, a compradora iniciou uma *due diligence* e publicou na mídia a aquisição da vendedora. Contudo, a compradora rompeu as negociações de forma injustificada, o que levou a vendedora a ingressar com ação judicial para que a carta de intenções fosse considerada um contrato preliminar, nos termos do Código Civil, artigo 462, obrigando a ré ao seu cumprimento ou ao pagamento de indenização. O Desembargador Relator entendeu que a carta de intenções, por definir os principais elementos do negócio, se tratava de um contrato preliminar. No entanto, sem fundamentar a decisão, negou tanto a execução do documento, porque não teria “cabimento”, como o pagamento de indenização, por entender que a autora não havia comprovado qualquer prejuízo sofrido pela ruptura da negociação.

Houve, portanto, o reconhecimento de que o documento preliminar constituía um contrato preliminar, não obstante o documento conter previsão expressa em sentido oposto. Tal entendimento baseou-se na existência de requisitos considerados essenciais ao negócio, como o preço e as condições de pagamento, a forma de transferência de direitos autorais, a contratação dos sócios e empregados, dentre outros. A declaração de intenção das partes acerca do vínculo do documento foi desconsiderada, sobrepondo-se à análise dos elementos essenciais.

Outro caso que vale ser destacado envolvia uma disputa em torno de documento preliminar firmado entre Máquinas Sanmartin Ltda. e Hacking Creative Systems para a constituição de *joint venture* (“Caso Sanmartin”).²⁷⁹ O objetivo da parceria das empresas era a implementação de projetos no setor de equipamentos para fábricas de cerveja e refrigerante

²⁷⁸ São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação n.º 9100281-69.2004.8.26.0000, 9.ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Antonio Vilenilson, julgado em 03/05/2011.

²⁷⁹ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação n.º 70051445054, 20.ª Câmara Cível, Des. Relator Carlos Civi Marchionatti, julgado em 19/12/2012.

para a empresa AMBEV, cabendo a uma das partes atuar com as indicações técnicas e à outra com as operações de campo. O referido documento previa a assinatura de um contrato futuro e a divisão de custos entre as partes, sendo que uma delas assumiria os custos comerciais, enquanto a outra os custos de engenharia. O contrato futuro referido não foi assinado, mas as partes operaram juntas.

Embora tenha se denominado o documento de “carta de intenções”, tratava-se de um verdadeiro contrato, em que ambas as partes assumiram obrigações vinculantes de suportar os custos pertinentes da sua atividade para a concretização do negócio em conjunto. Os julgadores entenderam que o documento preliminar constituía um contrato e regravava a relação existente entre as partes, ainda que seu prazo tenha expirado e o contrato futuro não tenha sido assinado. Assim, foi admitido que o documento preliminar era um contrato e que as obrigações nele contidas eram vinculantes.

Esse caso apresenta uma peculiaridade que é a execução antecipada do contrato futuro, durante o período em que apenas o documento preliminar existe. Da narração dos fatos, verifica-se que ocorreu a execução da parceria, em que cada parte arcava com os seus custos, deixando-se de firmar o contrato escrito.

Ainda na esteira de casos vinculativos, destaca-se documento preliminar firmado visando a futuro contrato de prestação de serviços para a manutenção e operação de usinas termoelétricas.²⁸⁰ O documento, sob a denominação de carta de intenções, previa o pagamento de multa no caso de não assinatura do contrato futuro definitivo de prestação de serviços. O Tribunal de Justiça de São Paulo foi claro ao afirmar que se tratava de verdadeiro contrato preliminar, sendo que a multa contratual e a presença de elementos essenciais foram decisivos nesse reconhecimento.

Por outro lado, encontram-se, principalmente casos de fusões e aquisições, em que é reconhecido que o documento preliminar não cria vínculo contratual.

Um caso julgado recentemente analisou uma carta de intenções firmada entre duas sociedades, ADM do Brasil Ltda. e a Incobrasa Industries Ltda., para a venda de uma unidade de negócio (“Caso ADM”).²⁸¹ A relação das partes se iniciou quando a Incobrasa fez uma proposta para a ADM comprar a sua planta industrial de moagem localizada nos Estados Unidos. Esta fez uma contraproposta e em seguida as partes firmaram uma carta de intenções

²⁸⁰ São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 992.08.053826-5, 33ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Sá Duarte, julgado em 22/11/2010.

²⁸¹ São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação n.º 9191408-83.2007.8.26.0000, 8.ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, julgado em 02/10/2013.

para a compra da referida planta, a qual continha o seguinte: (I) o preço de compra, no valor de US\$ 52,8 milhões; (II) uma previsão de data para o fechamento do negócio; e (III) um condicionante, de que a aquisição estava sujeita à verificação satisfatória de todos os dados pela ADM e à negociação de um contrato definitivo. Ao final do processo de *due diligence*, a ADM apresentou nova carta de intenções, que continha uma proposta de compra pelo valor de US\$ 36 milhões. Nesse momento, a Incobrasa rompeu as negociações e ingressou com uma ação de indenização, fundada na suposta ruptura unilateral das negociações da ADM, que lhe teria causado perda do valor de mercado, uma vez que já havia parado e esvaziado a fábrica, deixando-a pronta para a entrega.

Ao analisar o caso, o Desembargador Relator examinou o documento preliminar firmado e os atos de cada parte. Quanto ao documento, foi levado em consideração que neste não havia qualquer menção ao seu caráter vinculante e que havia previsão de condições expressas para o fechamento do negócio que não se concretizaram. Já em relação ao comportamento das partes, o julgador ressaltou que todos os atos da potencial compradora, a ADM, demonstravam que ela havia agido de acordo com a boa-fé exigida no período das negociações, enquanto que a potencial vendedora, a Incobrasa, agiu de forma precipitada ao iniciar os procedimentos para o fechamento da fábrica. Restou demonstrado nos autos que a Incobrasa enviou comunicações para a ADM acerca de sua intenção de iniciar os atos para o fechamento, como, por exemplo, demitir os funcionários da referida fábrica, a qual a ADM rebateu imediatamente com avisos de que ainda não havia um contrato formal e definitivo e de que esse seria um ato prematuro. Não obstante, a Incobrasa praticou diversos atos nesse sentido que vieram a lhe causar prejuízos quando do fracasso das negociações, os quais, conforme entendeu o julgador, são de sua inteira responsabilidade. Assim, a ação foi julgada improcedente, entendendo-se não ser cabível a indenização, pela ausência do ato ilícito e do nexo causal.

Veja-se que a sequência de eventos é muito similar no Caso Eversystems e no Caso ADM. Em ambos houve a assinatura de um documento preliminar que continha, dentre outros elementos, o preço do negócio, e, após a realização de *due diligence*, uma das partes rompeu as negociações. Embora o documento do Caso Eversystems contivesse previsão expressa acerca de sua natureza, qual seja, uma mera intenção de futuras negociações, este foi considerado um contrato preliminar. Já no Caso ADM, não obstante a ausência de cláusula como a referida, havia previsão que sujeitava o negócio a um contrato definitivo. O elemento que chama a atenção e que talvez possa explicar as conclusões antagônicas é o comportamento das partes. Embora a decisão do Caso Eversystems não se tenha baseado

expressamente nesse elemento, ocorreu a publicação na mídia acerca da aquisição, o que pode indicar que as partes acreditavam que haviam fechado o negócio, enquanto que no Caso ADM ocorreu comportamento que indica justamente o contrário. A ADM, mediante inúmeras notificações, reiterou diversas vezes para a Incobrasa que esta não praticasse quaisquer atos antecipados em vista do fechamento de sua fábrica, deixando clara sua intenção de não vinculação ao documento já firmado.

No mesmo sentido do Caso ADM, identifica-se julgamento que envolvia negociações para aquisição de uma sociedade brasileira do ramo de fabricação de embalagens, chamada Euroflex Indústria e Comércio Ltda., por companhia concorrente norte-americana (“Caso Euroflex”).²⁸² Após longas negociações, que perduraram por oito meses, período em que ocorreu a assinatura de carta de intenções, a realização de *due diligence* e a troca de minutas do contrato de compra e venda, a potencial compradora desistiu imotivadamente do negócio. Por essa razão, a Euroflex ajuizou ação indenizatória, requerendo danos materiais, morais e à imagem, alegando que havia um contrato vinculativo entre as partes.

O Desembargador Relator analisou a relação das partes mediante os seus respectivos atos, entendendo que estes ocorreram no âmbito pré-contratual, inclusive a carta de intenções firmada, não havendo o consentimento mútuo e definitivo necessário para criar um vínculo contratual entre as partes. Foi ressaltado na decisão que eventuais prejuízos sofridos pela autora decorreram do seu despreparo em lidar com a negociação, deixando de cercar-se de profissionais adequados.

Nesse caso, o documento preliminar foi situado na fase pré-contratual, e isso se deu, mais uma vez, em decorrência da ausência de acordo sobre os pontos do negócio. Embora não tenha havido um exame detalhado dos atos das partes, como ocorreu no Caso ADM, foi ressaltado que todos os atos ocorreram durante as tratativas.

Por fim, analisa-se o tratamento dado ao documento preliminar firmado entre as empresas Texaco Brasil S/A e Posto de Serviços 307 Ltda. (“Caso Texaco”).²⁸³ As partes mantinham relações comerciais prévias, mediante contratos firmados, quando assinaram carta de intenções estabelecendo novas intenções comerciais para a concessão de um posto de combustíveis e de transporte de combustíveis por parte da Texaco, além de outras obrigações recíprocas. O Posto de Serviço ingressou com ação indenizatória, alegando que o Posto

²⁸² São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação n.º 9129816-67.2009.8.26.0000, 1.ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julgado em 26/08/2014.

²⁸³ Distrito Federal. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 2004011037284-5, 5.ª Turma Cível, Des. Relator Romeu Gonzaga Neiva, julgado em 25/04/2007.

Texaco não cumpriu com a sua parte, requerendo pagamento de perdas e danos e de lucros cessantes. A autora fundamentou o pedido de indenização nas negociações com terceiros que estavam interessados em expor suas marcas no seu novo ponto de revenda, que deixou de lado enquanto negociava com a Texaco, causando-lhe prejuízos. A decisão de segundo grau, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça,²⁸⁴ concentrou-se na questão de a carta de intenções gerar ou não obrigações, mediante a análise dos elementos necessários para a configuração de um contrato preliminar. Entenderam os desembargadores que o referido documento, por não possuir os elementos essenciais de um contrato, como a determinação precisa do seu objeto, não gerava obrigações e, por conseguinte, não gerava dever de indenizar.

Para concluir, vale lembrar a já mencionada decisão proferida no Caso Disco, em que se teve que decidir a qualificação jurídica de determinado documento, como contrato preliminar ou como simples documento firmado na fase das tratativas, acordo provisório e eventual, tendo-se optado por este último. De sua fundamentação extrai-se entendimento acerca da fase das tratativas, ainda que a decisão tenha sido prolatada sob a vigência do Código Civil de 1916, no qual, como já foi dito, não havia previsão acerca do contrato preliminar.

Os votos vencidos da decisão de segundo grau, lembrando que esta havia considerado o documento um contrato, sustentaram que, para tanto, o documento deveria conter acordo sobre todos os seus pontos, tanto os essenciais como os acidentais. O motivo para justificar esse entendimento foi a dificuldade de se saber quais pontos são essenciais e quais não. Ademais, levaram em consideração que havia diversas passagens do documento que previam um acordo futuro e que se constatavam pontos de incerteza e até inexistentes, considerados cláusulas em branco, dos quais, por óbvio, ainda não havia a fixação de seu conteúdo por ambas as partes de comum acordo. Essa dificuldade permanece nos dias de hoje; ainda que se aceite a formação de um contrato preliminar apenas com os elementos essenciais, persiste a dúvida de quais são esses elementos, bem como até que ponto um terceiro pode definir o conteúdo de um negócio entre as partes, quando estas sequer cogitaram dos limites desse conteúdo.

Por outro lado, vale lembrar que é admitido no Direito brasileiro uma proposta não vincular o proponente, conforme já se mencionou. Nessa hipótese, tem-se uma proposta, com

²⁸⁴ Brasil. Agravo n.º 975.473, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 27/11/2009.

todos os elementos essenciais do negócio, que não o obriga, quer por sua vontade, pela natureza do negócio ou pelas circunstâncias negociais.

Do exame dos casos brasileiros acima expostos, é possível concluir que, em regra, os fatores determinantes para a conclusão da natureza de um documento preliminar são a vontade objetiva das partes (mediante o conteúdo contratual e os seus atos) e a presença dos elementos essenciais do negócio. Essa linha de análise, como se viu, segue o mesmo padrão da *common law*.

A vontade objetiva das partes é constatada a partir do seu comportamento durante as tratativas, analisando-se os seus respectivos atos. Dentre eles, encontra-se a assinatura de um documento preliminar, o qual conterá declarações acerca dos efeitos que as partes lhe atribuem, o estágio da negociação em que se encontram, os pontos já acordados, a intenção de firmar um contrato futuro, dentre outros.

Tanto no Caso ADM como no Caso Euroflex a relação das partes e seus respectivos atos tiveram papel relevante na decisão. No Caso ADM é possível identificar uma preocupação por parte da ADM de deixar claro, mediante inúmeras correspondências, a sua intenção de meramente negociar, o que resultou no reconhecimento pelos magistrados de que ela não pretendia se vincular naquele momento. Em momento algum a ADM executou atos que fizessem com que a Incobrasa tivesse motivos para acreditar que o negócio seria fechado, pelo contrário. Agiu, portanto, conforme os ditames da boa-fé, de forma que a contraparte não fosse induzida a praticar atos em razão da negociação em curso.

No Caso Sanmartin, em que o documento foi considerado vinculante, houve a execução da própria operação negociada pelas partes, dispensando, portanto, a assinatura formal de um contrato futuro. Não haveria motivo para uma das partes entender, de boa-fé, que não havia qualquer obrigação entre elas.

A presença dos elementos essenciais do negócio é também muito relevante, embora ela possa ser superada pela vontade objetiva das partes. No Caso Eversystems, o documento com elementos essenciais e o anúncio público foram responsáveis por torná-lo vinculante. Todavia, há que se ponderar que havia outros elementos que indicavam o contrário, cabendo ao julgador conceder um peso maior àquele que entende apropriado.

A tendência é de que na análise seja verificado se o documento é um contrato preliminar, como ocorreu no Caso Eversystems. Todavia, da mesma forma como ocorre na *common law* ao analisar a *completeness*, não é possível delimitar previamente quais elementos são considerados essenciais.

Conclui-se que a análise de um documento preliminar entre extremos vinculação e não vinculação pode não ser adequada para determinadas situações. No caso do Brasil, essa linha é seguida para certos casos, sendo possível se adotar um posicionamento intermediário, já que essa espécie de documento, conforme se referiu, pode gerar efeitos obrigacionais de graduação variada.²⁸⁵ Os deveres provenientes da boa-fé exercerão papel crucial nessa análise, devendo-se examinar a questão sob o aspecto da responsabilidade pré-contratual.

2.2.2. A figura do abuso de direito nos documentos preliminares

Nas hipóteses tratadas acima, verificou-se que o principal motivo propulsor para um pedido judicial baseado em um documento preliminar é a ruptura das negociações. No momento em que ela ocorre, a parte prejudicada recorre ao Judiciário pleiteando uma indenização, por entender que havia um contrato entre as partes, evidenciado pelo documento preliminar.

Ao concentrar sua análise nos atos das partes durante a fase das tratativas, aliado ao conteúdo do documento preliminar, os julgadores analisam, muitas vezes, se o comportamento das partes foi contrário aos ditames da boa-fé, para então, a partir dessa conclusão, considerar um documento vinculativo ou não.

O que interessa, e acaba sendo a análise feita pelos próprios tribunais, é se a ruptura pode ser considerada um ato ilícito ensejador de indenização. Para tanto é necessário reiterar que as partes na fase das tratativas gozam de autonomia privada, a qual se desdobra na liberdade contratual. Esta se consubstancia na faculdade de contratar, na escolha da parte com quem contratar e no conteúdo contratual.²⁸⁶ Assim, as partes têm o direito de não contratar, podendo, em regra, romper as negociações livremente, como forma de exercício de um direito.

A questão crucial é determinar quando essa liberdade de não contratar configura um ato ilícito. Para tanto, utiliza-se a figura do abuso do direito, constante no Código Civil, artigo 187, o qual dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo,

²⁸⁵ Além disso, veja-se que um problema apontado para o efeito vinculante dos contratos representado pelo *pacta sunt servanda* é a imobilização do querer no momento da celebração do contrato, uma vez que a relação entre as partes se modifica com o passar do tempo, sendo que tais alterações não estão refletidas no contrato. Ver FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 24.

excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, combinado com o artigo 927.²⁸⁷

Nesse sentido, o direito subjetivo de não contratar é limitado pela boa-fé,²⁸⁸ sendo que o seu exercício de forma abusiva pode acarretar a responsabilização do seu titular, com fundamento no abuso de direito. Este positiva a boa-fé objetiva, em sua função limitadora de direitos, permitindo que ela sirva como fundamento para a indenização decorrente da ruptura das negociações.²⁸⁹

Dentre os comportamentos abusivos normalmente identificados como hipóteses de abuso de direito, tidos como situações típicas, as quais não esgotam as formas possíveis desse comportamento, mas apenas facilitam a identificação de algumas hipóteses, encontra-se aquele chamado de *venire contra factum proprium*.²⁹⁰

Esse instituto define como contrário à boa-fé o comportamento de um indivíduo, no exercício de uma posição jurídica, contraditório com comportamento anterior.²⁹¹ Devem ser identificados dois comportamentos, diferidos no tempo, de um mesmo indivíduo, que são contraditórios, sendo que o primeiro ato deve ter suscitado a confiança do outro, a qual resta frustrada pelo segundo ato. Esse comportamento pode se dar na prática de um ato após se ter externado para o outro que isso não ocorreria ou quando se deixa de executar algo que se fez crer provável.²⁹²

²⁸⁷ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 87-88. O autor, em extenso e profundo estudo sobre o tema, busca no Direito Alemão a origem e as razões do abuso de direito, chegando à conclusão de que ele é o instituto adequado para justificar a responsabilidade pela ruptura das negociações.

²⁸⁸ A boa-fé pode atuar na obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito e não apenas nas relações derivadas de um negócio jurídico. Sobre o assunto ver SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-67.

²⁸⁹ Acerca do reconhecimento da boa-fé na fase das tratativas e da possibilidade de indenização quando se verificar conduta ilícita, a jurisprudência dos tribunais de segundo grau é substancial. Veja-se, de forma exemplificativa, o caso julgado no Distrito Federal que envolvia tratativas para contrato de locação e a realização de despesas em razão da justa expectativa de uma das partes, tendo sido reconhecido o direito à indenização. Ver Distrito Federal. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 20070110517926, 6.ª Turma Cível, Des. Relator Jair Soares, julgado em 15/06/2011. Por outro lado, encontram-se casos que, embora reconheçam os deveres de conduta da fase pré-contratual, ao analisar o caso concreto não identificam comportamento contrário à boa-fé capaz de ensejar responsabilidade. É o caso de tratativas para contrato de fornecimento, as quais perduraram pelo período de cinco anos, em que os julgadores entenderam não ter ocorrido qualquer conduta ilícita. Ver Paraná. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 554.144-8, 10.ª Câmara Cível, Des. Relator Arquelauro Araujo Ribas, julgado em 22/04/2010. Para uma profunda análise da jurisprudência sobre o tema, ver Karina Nunes Fritz, ao tratar do tema. A autora traz as decisões mais significativas sobre o assunto, bem como a forma como ele tem sido tratado pelos Tribunais (salientando o papel de destaque do Tribunal do Rio Grande do Sul), mostrando sua evolução, desde o primeiro caso julgado pelo Tribunal de São Paulo em 1936. Ver FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 249-261.

²⁹⁰ Cristiano de Sousa Zanetti estudou as situações típicas configuradas no Direito alemão, quais sejam: *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, *supressio e surrectio*, *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício jurídico. Para o estudo da ruptura das negociações, tem-se como relevante o *venire contra factum proprium*.

²⁹¹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 742.

²⁹² ZANETTI, op. cit., p. 116.

Assim, para que o comportamento contraditório configure *venire contra factum proprium*, este deve suscitar a confiança do outro, o qual precisa aderir a ela, mediante o desenvolvimento de determinadas atividades, o que caracterizará o “investimento de confiança”. O objetivo é a proteção da confiança gerada pelo ato.²⁹³

Aplicando-se esse instituto para o caso da ruptura das negociações, deve ser constatado um primeiro ato, configurado pelo comportamento de uma das partes que provoque a confiança legítima na outra, seguido de um segundo ato, a não celebração do contrato, externada pela ruptura das negociações.

A confiança legítima na conclusão do negócio é constatada mediante a existência de um comportamento que desencadeie a convicção em uma das partes de que o negócio será concluído, fazendo com que esta realize investimentos, os quais podem ser traduzidos no dispêndio de tempo e energia em prol da conclusão do contrato. Essa confiança deve ser constatada a partir de elementos objetivos da relação, sendo que ela pode surgir a qualquer momento da negociação.²⁹⁴

Dentre os elementos que podem servir como indicadores da confiança, estão a seriedade das tratativas,²⁹⁵ a sua duração e a definição dos pontos essenciais do negócio.²⁹⁶ Note-se que a duração, por si só, não significa que as partes progrediram nos pontos negociados, havendo negociações que duram poucos meses e outras que duram anos. Por esse motivo, embora a duração seja indício de confiança, o progresso das negociações, definido como o avanço progressivo do acordo entre as partes acerca de pontos essenciais, é mais adequado para se analisar a confiança legítima.²⁹⁷ Outros fatores que podem ser levados em consideração são a existência de relações contratuais anteriores entre as partes, o tipo de

²⁹³ O instituto do *venire contra factum proprium* tem como base a confiança, tanto é que o fundamento que o legitima é a própria confiança. Ver JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 199.

²⁹⁴ Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual já declarou que “a responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material”. Ver Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.051.065, 3.ª Turma, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/02/2013. Veja-se também o acórdão em que foi reconhecida a possibilidade de indenização na hipótese de rompimento de tratativas, em razão de o comportamento de uma das partes ter gerado uma “indúvidosa expectativa” na outra de que o contrato seria concluído, fazendo com que esta incorresse em determinadas despesas. Foi ressaltado que a inexistência do negócio jurídico não libera as partes de responsabilidade, uma vez que incidem as regras da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Ver Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.367.955, 3.ª Turma, Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/03/2014.

²⁹⁵ Note-se que, em regra, quando se ingressa em uma negociação, se faz acreditando-se na seriedade da outra parte. Nesse sentido ver CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 46.

²⁹⁶ Esses elementos são indicados por Cristiano de Sousa Zanetti com base na jurisprudência italiana. Ver ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 120-124.

²⁹⁷ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 295.

contrato em discussão, a elaboração e troca de minutas do contrato e o início da execução do contrato objeto de negociação.²⁹⁸

Ademais, os documentos preliminares mostram-se de extrema relevância ao se averiguar a confiança legítima, pois eles contribuem para a sua formação.²⁹⁹ O fato de as partes assinarem um documento preliminar é um indício de que ambas tratam, ao menos, a negociação com seriedade. O conteúdo do documento pode reforçar essa confiança.

Uma vez configurada a confiança legítima, deve-se voltar a atenção ao rompimento das tratativas, comportamento contraditório com aquele que despertou a referida confiança. A doutrina³⁰⁰ aponta a necessidade de se identificar um recesso injustificado, também chamado de injusto ou imotivado. Esse termo provoca imediatamente um questionamento acerca de sua definição e delimitação. Qual a sorte de ruptura que está incluída nessa hipótese?

Essa análise não pode ser feita com critérios subjetivos, já que o que é justo para alguns pode ser considerado injusto para outros. Ela deve ser realizada mediante a aplicação de critérios objetivos, podendo ser afirmado que o motivo justo é aquele que está em harmonia com a boa-fé objetiva.³⁰¹ Como exemplo podem ser citados como causas justificadoras do rompimento, ainda que tenha ocorrido um investimento de confiança na contraparte, a ausência de um acordo sobre os pontos essenciais, a alteração da base negocial e o recebimento de melhor proposta por terceiro.³⁰² Essas hipóteses, lembre-se, não podem advir de comportamento contrário à boa-fé, sob pena de tornarem o rompimento injustificado. Portanto, a impossibilidade de se chegar a um acordo não pode decorrer de conduta desleal, assim como a proposta de terceiro deve ocorrer em um ambiente em que não havia acordo de exclusividade.

Situações em que a ruptura das negociações pode ser considerada injustificada são aquelas, por exemplo, em que a parte iniciou as negociações já com a ciência de que não concluiria o contrato; o objetivo da ruptura era prejudicar a outra parte, ou uma das partes incita a outra a adotar ou a se abster de determinados comportamentos, como se o contrato fosse certo, quando sabe que a situação ainda é incerta.³⁰³

²⁹⁸ COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 56.

²⁹⁹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 288.

³⁰⁰ Karina Nunes Fritz, ao tratar do tema, aponta que o requisito da ruptura injustificada é controverso na doutrina, mas que a sua exigência é defendida pela maioria. *Ibidem*, p. 298-291.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 298.

³⁰² *Ibidem*, p. 300-305.

³⁰³ COSTA, Mariana Fontes da. *Op. cit.*, p. 56-57.

Assim, para que haja responsabilidade pela ruptura das negociações, os seguintes requisitos devem ser atendidos: (I) a confiança legítima na conclusão do negócio; (II) o recesso injustificado das tratativas; e (III) o dano sofrido pela parte que confiou.³⁰⁴

A sanção legal disponível para aquele que foi prejudicado pela ruptura ilícita das negociações, configurada como abuso de direito, é o pagamento de indenização correspondente aos danos causados, previsto no artigo 927 do Código Civil.³⁰⁵ O ressarcimento é integral,³⁰⁶ sendo admitidos danos emergentes e lucros cessantes. O objetivo é colocar a parte prejudicada na situação patrimonial em que ela estaria caso não tivesse confiado na conclusão do negócio, havendo, portanto, interesse negativo.³⁰⁷ Assim, a parte tem tanto direito a ser ressarcida pelas despesas e perdas incorridas por confiar na celebração do negócio frustrado, como pelos prováveis lucros que deixou de ganhar nas oportunidades perdidas.³⁰⁸

Por fim, note-se que as dimensões implícitas da relação, tanto ao analisar a formação de um contrato como a sua execução, devem ser consideradas. Em toda relação humana e formas de associação, há obrigações implícitas, decorrentes de assunções mútuas, normas e expectativas. Essas presunções que decorrem da natureza da relação devem ser levadas em consideração ao se analisar a natureza de um documento preliminar e da relação pré-contratual. Se uma pessoa ingressa em uma negociação, ela espera que a outra negocie de acordo com a boa-fé, assim como, se firmado um documento preliminar em que ambas

³⁰⁴ Esclarece-se que a culpa, como requisito para configuração da responsabilidade civil, conforme art. 927 do Código Civil, não precisa ser analisada como elemento separado nos casos de indenização por ruptura ilícita das negociações. Conforme argui Cristiano de Sousa Zanetti, o elemento da culpa pode ser superado por dois caminhos. Pode-se entender que o art. 187 é uma das exceções a que se refere o parágrafo único do art. 927 (hipóteses em que há obrigação de reparar o dano independente de culpa), assim como que a culpa sempre estará presente na violação da boa-fé objetiva e, por conseguinte, nas hipóteses de abuso de direito por atos contrários à boa-fé.

³⁰⁵ Adota-se o posicionamento de Cristiano de Sousa Zanetti, o qual descarta a possibilidade de execução específica. O autor cita não se conhecerem julgados e outros autores, com exceção do italiano Giovanni Meruzzi e do brasileiro Carlyle Popp, que a defendem, bem como entender que não há declaração negocial nas negociações para constituir um contrato. Ademais, o autor argui que a interferência na liberdade de contratar seria excessiva, obrigando-se as partes a contrair um negócio de forma contrária a sua vontade. Ver ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 145-151. Registre-se posição contrária, adotada por Carlyle Popp, o qual admite a execução específica das negociações, desde que atendidos os seguintes requisitos: (I) tratativas na fase final, (II) nível intenso de confiança e (III) inexistência de impedimento para a tutela específica. Ver POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 298.

³⁰⁶ Sobre a reparação integral do dano, ver SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁰⁷ Note-se que a ruptura das negociações no contexto das fusões e aquisições pode causar diferentes perdas para a sociedade prejudicada. Em negociações envolvendo a venda de uma companhia de capital aberto, tem-se que a ruptura pela potencial compradora pode causar danos para o grupo controlador, para a própria companhia e para os acionistas minoritários. Nesse sentido, ver CARDENAS, Jonathan. Deal jumping in cross-border merger & acquisition negotiations: a comparative analysis of pre-contractual liability under French, German, United Kingdom and United States law, *NYU Journal of Law & Business*, New York, v.9, p. 941-975, 2013, p. 952.

³⁰⁸ ZANETTI, op. cit., p. 151-164.

pretendem não estabelecer qualquer vínculo jurídico contratual, isso deve ser levado em consideração pelo julgador.³⁰⁹

No Caso ADM, em que os julgadores entenderam que o documento preliminar não era vinculativo, foi feita justamente uma análise dos atos das partes, de forma a concluir se elas agiram de acordo com a boa-fé. De fato, as comunicações das partes mostraram que a potencial compradora, ré na ação, em nenhum momento fez com que a outra parte acreditasse que o negócio seria concluído. O que ela fez foi justamente o oposto, alertando diversas vezes a outra parte, a qual estava ansiosa para iniciar os atos necessários para o fechamento de sua fábrica, de que elas ainda estavam negociando, não sendo ainda o momento oportuno para demitir funcionários. Se, ao contrário, ela tivesse incentivado a outra parte a executar tais atos, estando ciente de que a conclusão do negócio ainda era incerta, ela estaria agindo de forma contrária aos ditames da boa-fé, caracterizando abuso de direito. Quanto ao motivo do rompimento das negociações, este se deu em razão da nova proposta de preço pela ADM, com base nas informações da *due diligence*, havendo, nesse sentido, uma justificativa baseada em elementos objetivos.

Por outro lado, no Caso Eversystems, cujos fatos são similares aos do Caso ADM, a compradora publicou no seu *website* a aquisição da sociedade vendedora, fato que pode ter provocado legítima expectativa nesta, conforme citado na própria decisão. Esse comportamento, aliado ao fato de o documento preliminar conter os pontos essenciais do negócio, pode ter feito com que a potencial vendedora praticasse atos – como incorresse em despesas – confiando na conclusão do negócio. Ademais, o rompimento das negociações se deu de forma injustificada. Têm-se, portanto, elementos que podem ter desencadeado a confiança legítima na outra parte, aliado a um rompimento sem justa causa, hipóteses que poderiam embasar o direito à indenização. Na decisão foi reconhecido direito à indenização, mas sob o fundamento de o documento ser um contrato preliminar e não na figura do abuso do direito.

O fato de haver a previsão expressa no documento preliminar de que as partes se encontravam ainda em fase de tratativas, sob essa análise, é apenas um dos elementos a serem considerados quando do exame da confiança legítima.

Tem-se, portanto, que no Caso ADM, no qual o documento preliminar não foi considerado vinculativo, não havia elementos que configurassem hipóteses de

³⁰⁹ CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. In: *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 25-49.

responsabilidade pré-contratual. Por outro lado, no Caso Eversystems, no qual o documento preliminar foi considerado vinculativo, os elementos estavam presentes.

No Caso Euroflex, em que o documento foi considerado não vinculante e o pedido de indenização foi negado, identificam-se diversos elementos que poderiam configurar a confiança legítima, como as despesas para constituição da nova sociedade, a qual serviria para concretizar a venda para a compradora, mediante transferência de ativos e demissão de funcionários, a troca de minutas do contrato e o fato de a compradora não ter comparecido no dia da assinatura. No entanto, o argumento da autora de que a compradora tinha ingressado nas negociações com a “intenção maliciosa” de ter acesso às informações confidenciais ou de captar os clientes da potencial vendedora não restou evidenciado. Além disso, no acórdão, embora tenha sido ressaltado que as partes são livres para romper injustificadamente as negociações, foi referido que a *due diligence* constatou um passivo trabalhista e fiscal, suficiente para justificar o rompimento.

Constata-se, portanto, que, embora a análise de vinculação de um documento preliminar não seja feita levando-se em conta de forma expressa a figura do abuso de direito, o resultado dos julgamentos, muitas vezes, é condizente com os elementos desse instituto. A análise do comportamento das partes e do conteúdo do documento preliminar podem levar em consideração, ainda que de forma implícita, a confiança legítima gerada pelos atos das partes e o motivo do rompimento. Esses tendem a exercer forte influência nas decisões judiciais para determinar a natureza vinculativa de um documento.

Da mesma forma que na *common law* se identificam exceções para o método do *all or nothing*, no Direito brasileiro pode-se recorrer ao instituto do abuso do direito. Vera Fradera, após examinar a recepção da figura dos documentos preliminares no Direito brasileiro, chegou à conclusão de que, embora os Direitos norte-americano e brasileiro tenham conceitos distintos de contrato, tratam de "forma idêntica uma manifestação de vontade fulcrada na palavra dada e desenvolvida à margem do Direito, reconhecendo-lhes efeitos jurídicos, desde que uma confiança tenha sido engendrada na contraparte".³¹⁰

³¹⁰ FRADERA, Vera. A recepção do conceito de gentlemen agreement pelo Direito brasileiro, uma das transformações do direito das obrigações? In: MOTA, Maurício Mota; KLOH, Gustavo (Org.). *Transformações contemporâneas do Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 593. A referida autora analisou também a responsabilidade pré-contratual em diferentes sistemas legais (continental europeu, latino-americano e americano do norte), chegando à conclusão de que o resultado é semelhante em todos os sistemas, os quais atribuem uma reparação pelo rompimento injustificado das negociações à parte lesada. Nesse sentido, ver FRADERA, Vera Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.136, p. 169-180, out./dez. 1997.

2.3. Documentos preliminares intermediários

Examinados alguns casos práticos cujas decisões orbitaram nos dois extremos do processo obrigacional dos documentos preliminares, o vinculante e o não vinculante, passar-se-á agora à individualização de determinados acordos constantes em documentos preliminares e que possuem efeitos autônomos. Tais acordos podem, e usualmente estão, presentes em um documento considerado não vinculante, e, nesse caso, ainda que ele não obrigue as partes a negociar ou a concluir a negociação, a obrigação autônoma nele contida produz efeitos.

Por conveniência, muitos documentos preliminares contêm previsões que são válidas e eficazes, independentemente dos efeitos do documento como um todo, se vinculativos entre as partes signatárias ou não.³¹¹ Em que pese o ideal fosse que tais obrigações estivessem dispostas em documento apartado e elaborado com apenas tal finalidade, percebe-se que, na prática, elas são inseridas no documento preliminar simplesmente por conveniência, de forma que um único documento possa reger a relação existente entre as partes.³¹² A intenção das partes é que essas disposições sejam obrigatórias e possam ser executadas de forma autônoma. Há autores que lamentam essa “mistura”, por entender que ela pode resultar em uma confusão acerca dos efeitos de um documento preliminar.³¹³

Tais previsões são aquelas que tratam do dever de confidencialidade das partes em relação às informações trocadas exclusivamente em razão da negociação em curso, do dever de não negociar com terceiros, da divisão entre as partes de eventuais custos imprescindíveis para a conclusão do negócio e até da execução antecipada de certas obrigações. A seguir, abordar-se-ão aquelas que são mais utilizadas entre as partes nesses instrumentos.

³¹¹ Por esse motivo, os documentos preliminares são vistos como documentos híbridos, em que há tanto obrigações vinculantes como não vinculantes. Ver PÉLOQUIN, Louis; ASSIÉ, Christopher K Le lettre d'intention. *Revue Juridique Thémis*, Montréal, v. 40, p. 175-204, 2006, p. 179.

³¹² Isso é tão frequente que Keith Witek, ao analisar os documentos preliminares, sugere que eles sejam redigidos em um novo formato, que ele chama de *semibinding*. De acordo com esse modelo, os documentos preliminares são divididos em duas partes, uma que contém as cláusulas obrigatórias e uma que contém as cláusulas não obrigatórias. Ver WITEK, Keith E. Drafting a more predictable letter of intent: reducing risk and uncertainty in a risky and uncertain transaction. *Texas Intellectual Property Law Journal*, Houston, v. 9, p. 185-229, 2001.

³¹³ LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 15.

2.3.1. Acordos de confidencialidade

Os acordos de confidencialidade, também chamados de *non-disclosure agreement* (conhecidos pela sigla “NDA”), *secrecy agreement* e *confidentiality agreement*, têm como objetivo proteger a parte reveladora contra a divulgação não autorizada de informações de conteúdo sigiloso ou confidencial. Dentre as hipóteses ora tratadas de obrigações autônomas, é a mais frequente, esteja ela contida em um documento preliminar ou em um documento próprio.

Esses acordos são utilizados – e são essenciais – em negociações de variados objetos, como para transferência de tecnologia, licenças de patentes, franquias, consultorias, manutenção de *software*, dentre outros.³¹⁴ Nesses casos, informações de diversa natureza são reveladas durante as negociações e a execução de um contrato, abrangendo conhecimento acerca de segredos de propriedade intelectual, estratégia de mercado, dados financeiros internos, relatórios de *due diligence*, planejamento estratégico, etc. Aquelas que podem trazer algum tipo de prejuízo à empresa se revelada à concorrência ou a terceiros, devem ser mantidas em segredo,³¹⁵ uma vez que fornecidas com base na confiança depositada no receptor.

Nas operações societárias, em regra, uma grande quantidade de informações comerciais, financeiras e técnicas são reveladas por uma das partes. A disponibilização dessas informações é essencial para as negociações, já que estas é que permitirão o estabelecimento de um preço e a definição de uma estrutura para a operação. Percebe-se que, na prática, a assinatura de um acordo de confidencialidade é, em geral, a primeira preocupação das partes, sendo muitas vezes uma condição para o início das negociações.³¹⁶ Como essas operações envolvem diversos profissionais, incluindo os próprios empregados das empresas, consultores externos e advogados, a formalização de necessidade de manutenção do sigilo é importante para fazer com que todos os envolvidos observem essa obrigação.

Note-se que, em geral, as pessoas têm dificuldades de manter segredos, independente de estes se referirem a questões privadas ou profissionais.³¹⁷ Esse fato, que parece advir da

³¹⁴ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

³¹⁵ CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais: cláusulas típicas*. Campinas: Millennium Editora, 2011, p. 494.

³¹⁶ FONTAINE, M.; LY, F. de. *Drafting internacional contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 237-238.

³¹⁷ CRETELLA NETO, op. cit.p. 497. O autor utiliza uma lenda da mitologia grega, conhecida como o primeiro caso de acordo de confidencialidade, para ilustrar essa dificuldade de manutenção de segredos pelas pessoas. A lenda conta que o Rei Midas, que possuía a aptidão de transformar em ouro as coisas que tocava, fez um acordo com seu barbeiro e confidente em

própria natureza humana, não pode ser ignorado quando a proteção das informações é imprescindível para evitar prejuízos às partes, especialmente nas hipóteses em que a negociação fracassar.

Usualmente os acordos de segredo são acompanhados de obrigações de restrições de uso em relação à informação recebida. Dentre elas, destaca-se a chamada de *non-solicitation*, pela qual a receptora das informações assume o compromisso de não assediar ou entrar em contato com os clientes ou os empregados da parte reveladora. O objetivo é proteger a parte que revela suas informações, proibindo-se que a outra (em muitos casos, sua concorrente) prospecte os seus clientes ou contrate os seus empregados. Nas operações societárias, no processo de *due diligence*, dados estratégicos acerca da forma de prospecção de clientes e do relacionamento mantido com eles são revelados, bem como quem são e o que fazem os funcionários-chave da reveladora, informações que, se utilizadas de forma indevida, podem causar sérios prejuízos à reveladora.

Nos países de *civil law*, em geral, o dever de confidencialidade e sigilo já existe na fase das negociações pelo princípio da boa-fé.³¹⁸ No entanto, ao regulá-la expressamente é possível regular uma série de questões que envolvem esse dever, além de não deixar espaço para dúvidas acerca de sua aplicação.

Normalmente, os acordos de confidencialidade são redigidos de forma sofisticada e detalhada.³¹⁹ O seu conteúdo pode abranger a delimitação das informações consideradas sigilosas, a forma como elas devem ser mantidas pela parte receptora, o seu acesso por terceiros, o seu destino no término do acordo, a penalidade para o seu descumprimento, dentre outras. Dessa forma, cria-se um ambiente de segurança jurídica ao titular da informação, diferente daquele no caso de não haver um acordo específico. Além disso, criam-se condições para que o receptor saiba identificar as informações, que são confidenciais e, portanto, mantidas em sigilo.

Tais acordos são de natureza temporária, uma vez que criam obrigações entre as partes somente no período das tratativas até a conclusão do contrato, ou durante o prazo estipulado

que este se comprometia a não revelar que o rei tinha orelhas de asno, as quais eram encobertas por uma tiara. Este, por não suportar o peso do segredo, cavou um buraco, no qual sussurrava a informação, tapando-o em seguida. Contudo, no local do buraco brotou uma roseira que sussurrava o segredo, espalhando a notícia pelo reino, o que levou o Rei Midas ao suicídio.

³¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 546. Ver também Maristela Basso referindo que o fundamento para o acordo de segredo, o qual deve ser observado ainda que não previsto de forma expressa, é o dever de lealdade. BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 237; e AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. In: *Estudos e pareceres de Direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173-183, p. 178.

³¹⁹ LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 125.

por elas. Via de regra, o acordo de segredo vigorará até que seja firmado o negócio e, caso isso não ocorra, pelo prazo nele fixado. Caso não haja prazo, em geral a obrigação subsiste até que as informações se tornem públicas.

Portanto, os acordos de confidencialidade produzem efeitos jurídicos obrigacionais entre as partes, identificando-se uma obrigação unilateral de não fazer, por parte do receptor, que, eventualmente, também pode ser bilateral, caso ambas as partes figurem como reveladoras e receptoras das informações confidenciais.

Quanto à executoriedade, tem-se que, conforme dispõe o artigo 784, II, do Código de Processo Civil,³²⁰ o instrumento particular, firmado por duas testemunhas, constitui título executivo extrajudicial, sendo, portanto, executável. O cumprimento da obrigação de não fazer, consistente no ato de parar de divulgar ou de usar de forma fraudulenta informação confidencial, pode ser executado pela parte reveladora. Há um interesse positivo das partes quanto ao cumprimento da obrigação. A esse propósito, Araken de Assis³²¹ é peremptório ao afirmar que “o título executivo extrajudicial comporta obrigações de qualquer natureza, inclusive de fazer, de não fazer e para entrega de coisa”.

Além disso, eventual cláusula penal poderá ser objeto de execução e o descumprimento objeto de indenização por perdas e danos. Note-se, no entanto, conforme constatou o Grupo de Trabalho³²² e a escassa jurisprudência brasileira sobre o tema corrobora, que é incomum se encontrar a previsão de sanções específicas no próprio documento para o caso de descumprimento da obrigação de confidencialidade, atribuindo-se esse fato à provável satisfação das partes com as previsões legais ou ainda a um certo ceticismo em relação à possibilidade de execução dessa obrigação.

Veja-se o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³²³ que ilustra a constatação do Grupo de Trabalho. Trata-se de negociações entre sociedade que atuava com locação de veículos e sociedade que desenvolvia a atividade de gerenciamento de frotas, em que a primeira tinha interesse de adquirir a segunda. Durante as negociações, informações da potencial vendedora foram entregues à potencial compradora para realização de *due diligence*, mediante a assinatura de documento que previa exclusivamente o dever de confidencialidade da receptora. As negociações fracassaram e a potencial vendedora ajuizou ação de

³²⁰ Correspondente ao art. 584, II, do Código de Processo Civil de 1973.

³²¹ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 169.

³²² FONTAINE, Marcel. Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux. *International Business Law Journal*, v. 3, 1991, p. 66.

³²³ São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação n.º 9112738-31.2007.8.26.0000, 10.ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Cesar Ciampolini, julgado em 07/05/2013.

indenização fundada na concorrência desleal da potencial compradora, aduzindo que esta utilizou em seu benefício as informações confidenciais ao entrar em contato com sua rede de fornecedores e contratar seu funcionário. A decisão do Tribunal negou qualquer indenização por ausência de comprovação de danos decorrentes da violação ao termo de confidencialidade.

Note-se que não há qualquer referência no acórdão acerca de previsão de cláusula penal no caso de violação do termo firmado, inferindo-se, portanto, que não havia tal estipulação. Na hipótese de cláusula penal pela simples violação do acordo, a autora da ação poderia executá-lo para receber tal valor.

Assim, o acordo de confidencialidade, quer ele esteja presente em documento preliminar, quer em documento próprio, é figura recorrente e essencial das negociações de operações societárias. Os seus efeitos são indiscutíveis, criando obrigações autônomas entre as partes.

2.3.2. Acordos de exclusividade

Outros acordos autônomos e vinculantes normalmente incluídos nos documentos preliminares são os pactos de exclusividade, também conhecidos como *standstill agreements*, *no shop* e *lock-out agreements*. Tais pactos estabelecem a obrigação das partes – ou de uma só delas – de não negociar com terceiros interessados acerca do mesmo objeto de negociação.

Note-se que a noção de acordo de exclusividade abrange ampla gama de acordos em relações de diferentes naturezas; são utilizados com diversos significados, não existindo, portanto, um conteúdo típico do pacto de exclusividade.³²⁴ A exclusividade é muito utilizada nos contratos comerciais, referindo-se tanto à exclusividade na comercialização, em que uma empresa se compromete a adquirir produtos apenas de determinado fornecedor, como à exclusividade territorial, em que há restrição quanto às áreas de atuação da empresa.

Diferente do dever de sigilo e confidencialidade, a exclusividade não está, em princípio, naturalmente presente nas relações negociais como decorrência da boa-fé.³²⁵ No entanto, em certos casos, a exclusividade pode estar implícita, mas isso dependerá de fatores

³²⁴ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 251.

³²⁵ SCHMIDT, Joanna. Preliminary agreements in international negotiation. *Houston Journal of International Law*, Houston, v. 6, p. 37-62, 1983, p. 50.

como a fase em que se encontra a negociação, o contexto negocial e a ciência da outra parte acerca da possibilidade de negociações paralelas.³²⁶

No caso das operações societárias, a negociação pode ocorrer em um ambiente com ou sem exclusividade. O comportamento e a estratégia negocial das partes serão diferentes, dependendo do caso.³²⁷

Isso se evidencia se olharmos para os casos de ofertas públicas de aquisições de ações, em que é feita uma oferta irretroatável para a compra do controle de uma companhia.³²⁸ Há sempre a possibilidade de surgir uma oferta concorrente, havendo inclusive previsão legal nesse sentido.³²⁹ Portanto, nesses casos, não há exclusividade, tampouco confidencialidade, pelo caráter público da proposta, em que os acionistas vendedores podem acabar se beneficiando da concorrência para a compra de suas ações.

Por outro lado, em fusões e aquisições que ocorrem em um ambiente privado, quando as primeiras reuniões são realizadas entre as partes, ainda não há um acordo de exclusividade, mas apenas o de confidencialidade. Após conversas preliminares, quando as partes decidem seguir em frente, investindo nas tratativas, é que se firma o acordo de exclusividade, frequentemente contido nos documentos preliminares, conforme concluiu o Grupo de Trabalho.³³⁰ Nesse caso, uma das partes ou ambas abrem mão dos benefícios de uma possível concorrência, muitas vezes imposta como condição para a continuação das negociações.

É muito frequente a ocorrência de negociações simultâneas,³³¹ conforme se pode depreender de alguns dos casos anteriormente analisados, cuja ruptura decorreu da interveniência de terceiros. A multiplicidade de negociações é saudável no contexto da competição e tida como legítima.³³² Por esse motivo, é imprescindível firmar-se acordo de exclusividade a partir do momento em que as partes pretendem que ela seja observada, deixando claro a quem se aplica.

³²⁶ Nesse sentido, ver FONTAINE, M.; LY, F. de. *Drafting internacional contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 25. Por outro lado, Maristela Basso entende que o compromisso de exclusividade pode ser visto como a concretização do dever de negociar de boa-fé e que a sua violação ensejará a obrigação de ressarcimento da parte prejudicada, pelo interesse contratual-negativo. BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n.769, p. 28-47, 1999.

³²⁷ Ugo Draetta ressalta que potenciais compradores podem não estar interessados em negociar em um ambiente de "leilão". DRAETTA, Ugo. Precontractual documents in merger or acquisition negotiations: an overview of the international practice. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Chapel Hill, v.16, p. 45-68, 1991, p. 54.

³²⁸ Essa forma de aquisição está regulada nos artigos 257-263 da Lei 6.404/1976 e na Instrução CVM n.º 358, de 3 de janeiro de 2002, da Comissão de Valores Mobiliários.

³²⁹ Art. 262, Lei 6.404/1976.

³³⁰ FONTAINE, M.; LY, F. de. Op. cit., p. 24.

³³¹ SCHMIDT, Joanna. Preliminary agreements in international negotiation. *Houston Journal of International Law*, Houston, v. 6, p. 37-62, 1983, p. 50.

³³² FONTAINE, M.; LY, F. de. Op. cit., p. 25.

Por exemplo, no caso de uma sociedade que esteja negociando a venda de seu estabelecimento com potencial comprador, a cláusula de exclusividade pode ser unilateral ou recíproca. No primeiro caso, ela pode determinar que a vendedora não ofereça para terceiros o seu estabelecimento, já no segundo é adicionada a obrigação da compradora de não negociar a aquisição de empresas similares enquanto as negociações perdurarem ou dentro de um prazo estipulado em conjunto entre as partes.

Assim como nos acordos de confidencialidade, sua função é temporária, criando obrigações para as partes somente no período das tratativas até a conclusão do contrato ou conforme o prazo ajustado entre as partes. Da mesma forma, há a constituição de obrigação de não fazer de uma das partes, ou de ambas, e a sua executoriedade é possível desde que atendidas as condições do já referido artigo 784, II, do Código de Processo Civil. Caso a parte prejudicada não tenha interesse na execução do acordo de exclusividade, restará a ela o direito a uma indenização por responsabilidade pré-contratual, inclusive com base na teoria de perda de uma chance.

A perda de uma chance caracteriza-se pela privação de uma possibilidade de se obter um benefício futuro provável. A sua principal característica é a certeza da probabilidade, sendo o seu objeto a perda da chance e não do benefício final, reparando-se, portanto, a chance perdida.³³³ Assim, no caso de violação do acordo de exclusividade, a parte prejudicada poderá pleitear os danos decorrentes da perda da possibilidade de auferir lucros com negócio que poderia ter sido realizado com terceiro. Deverá haver a certeza da probabilidade da negociação com terceiro, a qual poderia restar exitosa, sendo uma chance considerável, séria e real, e não eventual.³³⁴ Essa probabilidade poderá ser demonstrada, por exemplo, pelas comunicações entre a parte prejudicada e terceiros, os quais se mostram interessados em iniciar negociações para a sua compra, ocorridas durante o período de exclusividade. Assim, a reparação não abrangerá o valor de lucros que ela deixou de auferir se tivesse negociado de forma bem-sucedida com terceiro, e sim a chance que foi frustrada.

2.3.3. Acordos de divisão de despesas

As transações de fusões e aquisições, como já se mencionou, requerem uma extensa fase de negociações, em que investimentos de ambas as partes são exigidos. Sem estes, as

³³³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167.

³³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.

negociações não ocorrem. Compreendem-se aqui as mais diversas despesas, desde que relacionadas às negociações, tais como aquelas com estudos, pesquisas, advogados, empresas de auditoria, alterações societárias, entre outras.

Em geral, cada parte deve arcar com as suas despesas ao longo da negociação. Os custos despendidos nessa etapa são normais e associados a esforços pré-contratuais, sendo que eles não obrigam a outra parte a firmar contrato. Essas despesas já foram comparadas à contratação de um *expert* para identificar se uma pintura em um leilão é um original de Rembrandt (o que não obriga o leiloeiro a aceitar o respectivo lance).³³⁵

No entanto, as partes, antes mesmo do início das negociações, podem acordar previamente acerca da repartição dessas despesas. Em grandes operações, é usual que cada uma contrate sua própria assessoria legal e suporte seus custos. Já os investimentos realizados em atos preparatórios para a transação, como adaptações na própria operação de uma das companhias (*e.g.* uma sociedade que será vendida precisa regularizar suas licenças e seus funcionários) ou alterações societárias prévias realizadas exclusivamente visando à transação (*e.g.* uma cisão em que os ativos objeto de venda são retirados da sociedade), normalmente são arcados pela parte responsável, mas podem ser objeto de ressarcimento, caso a negociação seja rompida pela outra parte.

De qualquer forma, o importante é adotar uma boa redação quando se estipular a divisão e eventuais ressarcimentos de despesas, estabelecendo-se de forma clara o que cabe a cada parte.³³⁶ Lembre-se que no início das negociações, normalmente, as partes ainda estão em “lua de mel”, dotadas de otimismo, momento em que elas estão mais propensas a investir naquela potencial operação.³³⁷

Essa questão, por surgir no início das negociações, muitas vezes é incluída no documento preliminar. As partes podem negociar da forma que lhes for mais conveniente e, uma vez havendo consenso, ter-se-á um acordo obrigatório nesse sentido. A tendência é que essa divisão de despesas seja respeitada.

Veja-se o Caso Sanmartin. Embora se tenha entendido que o documento era um contrato, a racionalidade da decisão pode servir também para os documentos não vinculantes,

³³⁵ Caso julgado pelo juiz Easterbrook, anteriormente mencionado. O caso se resume a uma negociação de compra (Empro) e venda (Ball-Co) de mercadorias, seguido da assinatura de uma carta de intenções que condicionava a compra à assinatura de um contrato definitivo e à aprovação pelos órgãos internos da companhia. A Empro descobre que a Ball-Co está negociando de forma paralela com terceiro e ajuíza ação argumentando que as partes estavam vinculadas pela carta de intenções firmada. Ver *Empro v. Ball-Co*, 870 F2d 423 (1989).

³³⁶ BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n.769, p. 28-47, 1999.

³³⁷ WITEK, Keith E. Drafting a more predictable letter of intent: reducing risk and uncertainty in a risky and uncertain transaction. *Texas Intellectual Property Law Journal*, Houston, v. 9, p. 185-229, 2001, p. 218.

uma vez que se trata de obrigação autônoma neles contida. Nesse sentido, foi entendido que, se as partes assumiram tão somente determinados custos, por consequência elas deixaram de assumir outros, não devendo ser reembolsados custos extraordinários não contemplados no contrato. Assim, o acordo entre as partes foi respeitado ao se limitar a divisão de custos à forma por elas negociada.

Ademais, verifica-se em alguns casos analisados que é muito comum, na hipótese de rompimento das negociações por uma das partes, que a outra solicite o ressarcimento de despesas incorridas em razão da futura transação.

No Caso Euroflex, a autora, supostamente prejudicada pela ruptura das negociações, praticou antecipadamente atos visando à concretização do negócio. Inicialmente, as partes negociaram que a aquisição da sociedade se daria mediante a transferência das quotas sociais, mas, posteriormente, alterou-se o formato para a aquisição de ativos da vendedora, os quais seriam transferidos para uma nova sociedade. Diante desse ajuste, a Euroflex constituiu nova sociedade, realizou a transferência de ativos para esta, constituiu garantias e demitiu funcionários, atos que tinham como objetivo exclusivamente a venda para a compradora. No entanto, esta desistiu da aquisição, motivo pelo qual, dentre os pedidos da autora, estava o ressarcimento das referidas despesas incorridas, o que foi negado. Na decisão é ressaltado que, como não havia acordo expresso entre as partes acerca das referidas despesas, a parte que praticou os atos e as suportou será a responsável pelo seu pagamento. Assim, a parte que agiu precipitadamente e sem prévio acordo sobre a responsabilidade pelas despesas da execução de atos preparatórios para a concretização do negócio é que deve arcar com elas. O mesmo ocorreu no Caso ADM, em que se verifica a execução antecipada para fechamento da fábrica pela Incobrasa, a qual acabou tendo que arcar com tais despesas.

Em outro caso encontrado na jurisprudência brasileira³³⁸ cujo objeto era o pedido de ressarcimento de despesas incorrido em razão de processo de seleção na forma de concorrência, o Tribunal entendeu que elas se limitavam a meros investimentos inerentes às

³³⁸ Neste caso a Volkswagen abriu processo para selecionar empresa interessada em atuar para ela no México. Na fase do processo seletivo, realizado na forma de concorrência, para escolher a sociedade que seria responsável pela operação de montagem de caminhões e ônibus no México, foi enviada uma carta de intenções pela Volkswagen a tal empresa, cuja vinculatividade foi objeto de discussão judicial. O entendimento do Tribunal foi no sentido de que o referido documento tratava-se de "real" carta de intenções, sendo necessário um instrumento próprio posterior, devidamente firmado pelas partes acerca da referida montagem, para se reconhecer a vinculação. O teor da carta e o contexto fático mostravam que havia apenas uma expectativa de direito, consubstanciada em um longa fase de negociações preliminares, da qual a carta de intenções apenas fez parte. Ver Brasil. AREsp n.º 269.509 - SP, 3ª Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 09/12/2014; Brasil. Ag. n.º 975.473 - DF, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 04/12/2009.

atividades da sociedade. A autora entendia que devia ser ressarcida dos custos que teve com o projeto após o recebimento de carta de intenção, o que foi negado.

Portanto, a divisão de despesas ligadas à negociação e à concretização da operação constitui importante previsão, principalmente para evitar litígios na hipótese de rompimento das negociações, e que deve constar em documento próprio, preferencialmente. No entanto, caso esteja contido no documento preliminar, a tendência é que o acordo seja respeitado.

2.4. Cláusulas específicas

Até o presente momento, procurou-se examinar uma série de casos práticos envolvendo documentos preliminares e os tratamentos que foram dados a eles pelos tribunais estrangeiros e nacionais. Constatou-se que, embora haja semelhanças entre eles, não há uma identidade, um padrão específico que determine como sendo de caráter vinculativo ou não. Como se identificou, cada documento firmado tem suas próprias peculiaridades, as quais devem ser observadas em cada caso concreto, levando-se em consideração o comportamento das partes no curso da negociação e após a sua assinatura, assim como a redação dos documentos preliminares.

Alguns desses documentos continham cláusulas que impunham condições, outros tinham cláusulas que expressavam a vontade inequívoca das partes, quer de não se vincular, ou de não se sujeitar a qualquer sorte de responsabilidade, quer de se vincular sob determinados pontos. O peso dado a cada uma dessas cláusulas e os efeitos que elas podem produzir entre as partes é o que será tratado a partir de agora.

2.4.1. Cláusulas que estipulam que o documento não gera efeitos jurídicos (*no legal effects*)

É possível afirmar que os documentos preliminares que contêm cláusula expressa que nega efeitos vinculantes têm menos probabilidade de ter reconhecida eficácia jurídica contratual.³³⁹ Verifica-se que poucos casos levados à discussão nos tribunais contêm uma cláusula no sentido de negar efeitos ao documento, sendo que a maioria desses casos possui previsão com linguagem vaga quanto à assinatura de um contrato futuro.

³³⁹ LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 106.

Note-se que há proximidade entre a negativa de efeitos e a sujeição destes a um contrato futuro. Em ambos os casos, o documento corre o risco de ter os seus efeitos legais debatidos.³⁴⁰ A relação conceitual da cláusula que nega efeitos e da que sujeita a um contrato futuro é muito próxima, sendo possível encontrar julgadores que sequer vejam diferença:

*I cannot myself see any differences between a writing which (i) denies there was any contract; (ii) does not admit there was any contract; (iii) says that the parties are in negotiation; or (iv) says there was an agreement 'subject to contract' for that comes to the same thing.*³⁴¹

No Direito inglês, quando as partes se valem de uma linguagem que retire os efeitos do documento, como a que deixa claro que as partes não assumem quaisquer obrigações legais, elas não deixam espaço para dúvidas sobre a sua não vinculatividade.³⁴² O caso *Rose & Frank Co v. J. R. Crompton & Brothers, Ltd.*³⁴³ criou a regra de que o documento preliminar não é um contrato vinculante se há estipulação expressa das partes nesse sentido.³⁴⁴ Há plena autonomia das partes para escolher se o documento se sujeitará aos efeitos legais ou não, sendo respeitada a sua vontade, em eventual discussão futura.

Já nos demais sistemas legais, conforme identificou o Grupo de Trabalho, em geral, há uma tendência de desconsiderar a expressa vontade das partes de não sujeitar o documento preliminar aos efeitos jurídicos, se as características das circunstâncias e o comportamento das partes impõem um efeito legal.³⁴⁵ É isso que ocorre na *common law* norte-americana, a qual reconhece a cláusula como válida, mas sujeita à análise da intenção das partes.³⁴⁶

Tem-se, então, que no Direito norte-americano é possível que a vontade das partes de não gerar efeitos legais ao assinar um documento preliminar seja respeitada, desde que outros elementos fáticos não mostrem o contrário. O *American Restatement, Section §21*, deixa claro que essa vontade pode, apenas, evitar a vinculação; observe-se: “a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract”. Nos

³⁴⁰ LAKE, R. B. Letters of intent: a comparative examination under English, U.S., French, and West German law. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 18, p. 331-354, 1984, p. 335.

³⁴¹ Lord Denning in *Tiverton v. Estates . Wearwell Ltda.* (1975), apud LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 67.

³⁴² FONTAINE, M.; LY, F. de. *Drafting internacional contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 21.

³⁴³ [1925] A.C. 445.

³⁴⁴ O documento analisado continha a seguinte previsão “this arrangement is no entered into, nor is this memorandum written, as a formal or legal agreement, and shall not be subject to legal jurisdiction in the Law Courts either of the United States or England, but is only a definite expression and record of the purpose and intention of the three parties concerned”.

³⁴⁵ Em geral, a cláusula que estipula que o documento não gera efeito é respeitada nos casos em que as circunstâncias e comportamento das partes não expressam o contrário. Nesse sentido, ver MOSS, Giuditta Cordero. The function of letters of intent and their recognition in modern legal systems. In: SCHULZE, Reiner. *New features in contract law*. Sellier European Law Publishres, 2007. p. 139-159, p. 146-147.

³⁴⁶ FONTAINE, M.; LY, F. de. Op. cit., p. 41.

comentários da referida disposição há uma ressalva, indicando que tal cláusula pode não ser executável por ser contra a ordem pública ou por limitar injustamente as formas de ressarcimento e indenização por quebra contratual.³⁴⁷

A par dos casos já analisados neste estudo, há casos em que essas cláusulas foram de fato respeitadas. No Caso Chromalloy, a cláusula que negava a vinculação foi um dos fatores determinantes para a decisão que entendeu pela não vinculação das partes. Veja-se a sua redação: “This agreement does not constitute a letter of intent or agreement between the parties regarding a possible joint venture and shall not bind or otherwise commit the parties to the formation of such a joint venture or in any other way”.

No mesmo sentido, pode-se citar o caso *Terracom Development Group, Inc. v. Coleman Cable & Wire Co.*, que envolvia a discussão acerca de um documento preliminar que tinha como objeto a venda de um imóvel.³⁴⁸ Referido instrumento continha uma linguagem que foi considerada pelo órgão julgador clara e precisa o suficiente para determinar que o documento não vinculava as partes, conforme trecho extraído do referido documento: “This letter of intent is not binding upon us in any way nor is the conditional offer contained herein binding upon us”.

Por outro lado, reforçando a ideia de que são as circunstâncias que determinam se o documento é, ou não, vinculante, e não isoladamente a redação utilizada, no Caso Cyanamid foi utilizada uma linguagem que isentava o documento de efeitos legais. Não obstante a isso, os julgadores identificaram nos diversos detalhes que permeavam a negociação, como as mecânicas de indenizações e o tratamento dos passivos ocultos, uma ampla e robusta evidência de que a intenção das partes era de se vincular.

Quanto aos países da *civil law*, o Grupo de Trabalho refere que, na França, em geral, os juízes aceitam a validade de um documento preliminar, mas, assim como acontece nos Estados Unidos, eles não irão se limitar à vontade expressa das partes se as circunstâncias indicarem o contrário. Ademais, embora se tenha discutido se essa cláusula teria validade no Direito francês, entendeu-se que as declarações das partes nesse sentido podem ser eficazes.

No Direito brasileiro, tanto a doutrina como a jurisprudência admitem a existência dos documentos preliminares sem eficácia jurídica contratual, os quais constituem meras tratativas. A existência de uma cláusula em tal documento dispondo que as partes declaram de forma expressa que o documento não gera efeitos serve para reforçar que ele se encontra na

³⁴⁷ LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2. ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 66.

³⁴⁸ 50 Ill. App.3d 739 (1977).

fase das tratativas. Ao fazer tal declaração, as partes o fazem no âmbito da autonomia privada. Note-se que o artigo 427 do Código Civil, ao tratar da proposta, permite que o proponente estipule que ela não o obriga. No mesmo sentido é a declaração de vontade contida no documento preliminar. As partes convencionam, de comum acordo, que as declarações ali contidas não as obrigam e não formam um contrato, o que é corroborado, muitas vezes, pelas circunstâncias negociais.

Ocorre que essa autonomia é limitada por outros fatores, não sendo a mera declaração de vontade nesse sentido uma garantia de que o documento não gerará efeitos. Serão considerados também outros fatores, como os fatos e os documentos envolvidos na relação. Se verificado um consentimento, com a finalidade de constituir relação jurídica de natureza patrimonial, então haverá um contrato, independente de declaração contrária.

Veja-se a previsão contida na carta de intenções do Caso Eversystems:

Não representa outro entendimento [...] a não ser demonstrar interesse em futura negociação a ser proposta pela Eversystems, não se operando através desta Carta de Intenções a transferência de direitos, ônus ou prerrogativas para ambas as partes a não ser a obrigação de manter-se o sigilo e confidencialidade, bem como a exclusividade ora dispostos.

Da leitura da referida cláusula parece claro que as partes tinham a intenção de se obrigar apenas em relação aos acordos referidos expressamente, obrigações autônomas de confidencialidade e exclusividade, ficando livres para romper a negociação. Contudo, conforme já se referiu, o documento foi considerado, em razão da presença de diversos elementos do negócio, um contrato preliminar, vinculando as partes. A manifestação de vontade das partes no documento foi, portanto, desconsiderada, em detrimento dos atos das partes (publicação na mídia acerca da aquisição) e de o fato do documento conter os elementos essenciais do negócio, configurando um contrato preliminar.

Portanto, a interpretação do documento, seguindo as regras brasileiras, bem como o comportamento das partes e as suas respectivas expectativas legítimas é que definirão se a declaração de vontade de que o documento não gera efeitos jurídicos será respeitada. Embora as partes possam gozar de sua liberdade de não contratar, reiterando-a de forma expressa no documento, esta só fará sentido se as suas ações forem consistentes com tal intenção declarada, bem como com as práticas usuais do mercado.³⁴⁹

³⁴⁹ HOLMES, Wendell H. The freedom not to contract. *Tulane Law Review*, v. 60, p. 751-798, 1985-1986, p. 796.

2.4.2. Cláusulas que impõem condições

É muito frequente, na redação de documentos preliminares, o estabelecimento de determinados eventos que condicionam a eficácia do documento. A utilização de circunstâncias condicionais representa de forma indubitável o exercício da autonomia privada das partes, na medida em que elas definem e delimitam quais serão os efeitos daquele documento e a partir de qual momento eles ocorrerão.³⁵⁰ Nesses casos, a condição representa elemento acidental do negócio jurídico, o qual está à disposição das partes, no caso de optarem por utilizá-lo para lapidar os efeitos que ele produzirá. A condição é uma ferramenta que pode ser utilizada para fazer com que os efeitos da declaração negocial sejam influenciados pelos motivos subjetivos da parte, os quais são irrelevantes para o Direito.³⁵¹

O tratamento dispensado às condições na *common law* e na *civil law* é semelhante. O *American Restatement, Section §224*, define “condição” como “an event, not certain to occur, which must occur, unless its non-occurrence is excused, before performance under a contract becomes due”. Enquanto o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 121, define condição como “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. Ambas as definições apresentam os elementos da incerteza, futuridade, possibilidade e voluntariedade, constitutivos das condições.³⁵² Assim, em sentido técnico, a condição diz respeito a evento futuro e incerto cuja ocorrência desencadeará o nascimento (no caso de condição suspensiva) ou a extinção (no caso de condição resolutiva) de um direito, e, em sentido não técnico, refere-se às disposições que integram o negócio jurídico.³⁵³

Os documentos preliminares que contêm condições configuram-se, na realidade, verdadeiros contratos firmados sob condição suspensiva, uma vez que, implementada a condição – evento futuro e incerto –, as obrigações sujeitas à condição tornam-se vinculantes entre as partes. O principal efeito de um contrato é justamente o vínculo jurídico, o qual passa a existir uma vez implementada a condição estabelecida. Note-se que esse vínculo jurídico

³⁵⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 162.

³⁵¹ Outras figuras jurídicas que possuem a mesma função são o termo, a cláusula penal, a cláusula de inalienabilidade, entre outras. Ver AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 78-79.

³⁵² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 87.

³⁵³ *Ibidem*, p. 78.

alcançado constitui o direito visado no contrato (direito expectado), o qual se diferencia do direito expectativo, presente a partir da assinatura do contrato com condição suspensiva.³⁵⁴

Impende compreender os diferentes graus de expectativa presentes no contrato com condição suspensiva, de forma que os seus efeitos sejam devidamente assimilados. Pontes de Miranda³⁵⁵ expõe com clareza a diferença entre expectativa e direito expectativo, salientando haver confusão entre os dois conceitos, embora eles demarquem o mundo fático do mundo jurídico. A expectativa constitui simples estado psíquico, em que há suporte fático, mas este ainda não ingressou no mundo jurídico, não tendo ainda nascido, portanto, o Direito. Um exemplo utilizado pelo referido autor é da expectativa de uma pessoa que faz uma proposta contratual; enquanto aguarda a aceitação, ela ainda não possui direito, mas apenas uma expectativa de possuí-lo. Já o direito expectativo se verifica quando ocorreu suporte fático – como a assinatura de um contrato cujos efeitos estão sujeitos a condição suspensiva – que já ingressou no mundo jurídico, tendo nascido um direito, sendo o seu detentor pré-titular de direito expectado.

Nesse passo, no caso dos contratos com condição suspensiva, um dos efeitos gerados pelo direito expectativo é o dever de não se obstar a seu implemento. Com efeito, o artigo 130³⁵⁶ do Código Civil autoriza o titular de um direito expectativo a praticar atos para proteger o seu direito expectado. Pontes de Miranda chama a atenção para a possibilidade de se entender que haveria contradição entre o referido artigo e o que dispõe o artigo 125³⁵⁷, uma vez que este último determina que, enquanto não se verificar a condição, não se terá adquirido o direito visado pelo negócio jurídico. Ressalta, no entanto, que incoerência não há, uma vez que se deve distinguir o direito visado pelo negócio do direito expectativo.

Ao negociar uma condição suspensiva, as partes adaptam os efeitos de sua declaração de vontade da forma que lhes for conveniente, limitando a relação entre elas. Caso a condição não venha a ocorrer, o resultado é semelhante ao fracasso das negociações, o documento não gera efeitos e o direito expectado não é atingido; por outro lado, caso a condição venha a ocorrer, ter-se-á um contrato vinculante, adquirindo-se o direito visado pelo contrato. Faz-se uma ressalva apenas em relação aos casos em que a condição não é atingida por ter sido

³⁵⁴ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. V, 2012, p. 348.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 341-361.

³⁵⁶ Código Civil. Art. 130, *in verbis*: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

³⁵⁷ Código Civil. Art. 125, *in verbis*: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.

obstada de forma maliciosa por uma das partes, hipótese em que ela se reputaria implementada, nos termos do artigo 129³⁵⁸ do Código Civil.

É pertinente observar que a condição não atinge a existência do negócio jurídico, mas tão somente a sua eficácia. Na linguagem vulgar há certa confusão entre os planos da existência e da eficácia, e, por consequência, do próprio negócio com os seus efeitos.³⁵⁹ Nesse sentido, o negócio jurídico sujeito à condição sempre terá existido, ainda que a condição suspensiva não tenha sido implementada. Não importa que a condição se refira a toda eficácia do negócio, e não apenas a uma parte, ela atinge apenas os seus efeitos.

Uma indústria que utiliza as condições nos instrumentos firmados é a do petróleo e gás. Para ingressar em um mercado e oferecer uma prestação de serviços completa, exigida pelos Estados concedentes, as empresas do ramo se unem. Há a formação de *joint ventures* com a união de empresas internacionais especializadas na pesquisa, prospecção e investimento, funcionando como importante mecanismo de redução de custos. A *joint venture* tem a finalidade de ingressar em um mercado, seja pela negociação privada ou por meio de licitações, como ocorre no Brasil. Assim, como a efetiva contratação da *joint venture* depende de uma negociação bem-sucedida ou do sucesso em uma licitação, o documento firmado, chamado de *pre-bid agreement*, estabelece os principais elementos da cooperação entre as partes e condiciona os seus efeitos à contratação efetiva. Se a negociação ou a licitação fracassa, a relação entre as partes se extingue.

2.4.2.1. Tipos de condições nos documentos preliminares

À luz dos documentos preliminares, é possível identificar três tipos de condições:³⁶⁰ (I) aquelas que dependem da participação da vontade das partes para ocorrer – que se subdivide entre as que dependem da vontade de apenas uma delas e as que se sujeitam à vontade de ambas –; (II) as que dependem parcialmente da vontade das partes e (III) as que dependem do acaso ou da vontade de terceiro. A abordagem das condições presentes nos documentos em análise será feita justamente sob essa perspectiva, sendo inicialmente

³⁵⁸ Código Civil. Art. 129, *in verbis*: “Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”.

³⁵⁹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. V, 2012, p. 160.

³⁶⁰ Para estabelecer os tipos de condições, baseia-se na classificação das condições quanto à participação da vontade, em que elas são divididas em casuais (a verificação depende do acaso ou da vontade de terceiro), potestativas (a verificação depende da vontade de uma das partes) e mistas (dependem de ambas, de forma simultânea). Ver AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 89-90.

apresentadas as formas de utilização das condições especificamente nos documentos preliminares e, em seguida, as possíveis consequências jurídicas para cada uma delas.

No primeiro tipo, a condição depende da participação da vontade de somente uma ou de ambas as partes. Quanto aquelas que se sujeitam à vontade de apenas uma das partes, identificam-se dois casos frequentes.

O primeiro é a cláusula que condiciona os efeitos do contrato à aprovação de uma operação pelo Conselho de Administração ou Assembleia de Acionistas de uma das partes, normalmente da sociedade vendedora, nos casos de compra e venda. Os termos já foram negociados e colocados no papel, mas sob a condição de um ato societário necessário para concretizar a operação.

Note-se, no entanto, que tais estipulações podem tanto configurar uma condição suspensiva como um ato necessário para a constituição do negócio jurídico, dependendo de determinados aspectos societários. Se, no caso concreto, se tratar de operação societária que pode ser firmada pelos órgãos executivos das companhias, sem a necessidade legal (quer por lei ou por regras internas das companhias) de aprovações e ratificações de outros órgãos sociais, como a Assembleia Geral, a estipulação de que os efeitos do contrato se sujeitam à aprovação desse órgão por uma das partes, constitui uma condição suspensiva. Assim, o contrato é válido, mas ainda não produz os efeitos visados devido à vontade das partes de subordiná-los à ocorrência de evento futuro e incerto – a aprovação pelo órgão da companhia. Por outro lado, se a ocorrência desse evento for necessária, pelas regras societárias aplicáveis, para a constituição do negócio jurídico, cosubstanciando-se no elemento do consentimento (o qual só se configuraria com a aprovação da Assembleia Geral), o contrato firmado, até que o evento ocorra, sequer foi constituído, pela ausência de elemento essencial para tanto. Nesse caso, não há condição suspensiva no sentido técnico, mas sim a existência de restrição jurídica imposta ao elemento do consentimento, necessário para a existência do contrato.³⁶¹

Observe-se que a Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404/1976, no seu artigo 122, VIII, prevê que a fusão é matéria de competência privativa da Assembleia Geral. Dessa forma, tem-se que nos casos de fusão o documento assinado pelos administradores não terá o elemento do consentimento até que ocorra a aprovação pela Assembleia Geral, constituindo o consentimento um ato que requer a anuência desse órgão para tal operação. O objetivo da

³⁶¹ O mesmo se verifica nos casos de venda de ascendente para descendente aos quais a lei impõe restrições ao consentimento. O art. 496 do Código Civil determina que é anulável a referida venda no caso de não haver o consentimento dos demais descendentes e do cônjuge. Este pode ser posterior, mediante a confirmação do ato. Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 163

deliberação é ratificar as negociações conduzidas pelos diretores da companhia, os quais, embora a presentem, não têm legitimidade para obrigar a companhia naquela transação, fato que normalmente é da ciência da compradora desde o início das negociações. De modo a compreender esse fenômeno, utiliza-se o conceito de ato administrativo complexo, na medida que se tem um concurso de vontades conectadas de forma que exprimem uma volição de vontade, aquela necessária para a constituição e a eficácia do contrato.³⁶² Há a manifestação de vontade tanto dos administradores, como da Assembleia Geral, suficientes para o consentimento da companhia. A conexão entre essa pluralidade de vontades é jurídica, uma vez que a partir da união de todas as vontades extrai-se uma volição juridicamente relevante, necessária para a geração de efeitos do contrato.

Já nos casos de aquisição de uma companhia, quer de ativos ou de ações, os poderes dos diretores para firmar documentos nesse sentido, tanto para venda como para compra, dependerão das disposições do Estatuto Social da companhia, o qual poderá ou não exigir deliberação do Conselho de Administração ou da Assembleia Geral para tanto. Nessas hipóteses, quando os diretores assinam um documento preliminar e estabelecem que a manifestação de determinado órgão da companhia é condição para que o documento surta efeitos, trata-se de condição suspensiva, já que a sua exigência é fruto da vontade das partes e não de elemento externo necessário para a formação do contrato estipulado por lei ou pelo estatuto social.

O segundo caso em que os efeitos do documento se sujeitam à vontade de apenas uma das partes é aquele em que eles dependem da conclusão de uma *due diligence* que seja satisfatória à compradora. A ocorrência do evento fica, então, totalmente sujeita a um elemento subjetivo da outra parte. A carta de intenções firmada no Caso ADM continha condição expressa de que “a aquisição ficará sujeita à verificação satisfatória de todos os dados por ADM” e foi justamente tal verificação que motivou a redução do preço negociado entre as partes e a consequente ruptura das negociações.

Veja-se que, em ambos os casos citados, em que a aprovação da transação depende de órgão da companhia ou da satisfação de uma das partes, a condição caracteriza-se como uma condição potestativa. Como se analisará em seguida, a validade dessa condição dependerá do grau da potestatividade para o seu implemento.³⁶³

³⁶² LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 235-236.

³⁶³ Francisco Amaral, ao tratar das espécies de condição, as classifica: quanto à participação da vontade, em condições potestativas, mistas e casuais; quanto à possibilidade (possíveis e impossíveis); quanto à licitude do evento (lícitas ou ilícitas); quanto ao modo de atuação (suspensivas e resolutivas); quanto à dependência da verificação ou não do evento

Ainda no âmbito das condições que dependem da vontade das partes, mas agora daquelas cuja implementação se sujeita à de ambas, encontram-se aquelas que dependem de um contrato futuro firmado entre elas.

Conforme se verificou da análise dos casos realizada anteriormente, muitos dos documentos preliminares contêm uma referência a um contrato futuro (*subject to contract*). Dependendo da forma como foi redigida essa cláusula e das circunstâncias do caso, essa disposição pode ser considerada uma condição suspensiva contida em um contrato, uma mera expressão de desejo das partes acerca da forma como a transação estará contida em um documento preliminar e até, como se referiu no item acima, ser igualada à estipulação que nega efeitos ao documento. Essa questão só será resolvida mediante a análise da linguagem utilizada se ela deixar clara a intenção das partes, e através das circunstâncias envolvendo o caso.³⁶⁴

Na Inglaterra,³⁶⁵ em geral, a previsão expressa no documento preliminar de que ele está “sujeito a um contrato futuro” nega efeito vinculativo ao documento, garantindo às partes que ele não será considerado um contrato vinculante.³⁶⁶ No Direito norte-americano, conforme já se referiu, a autonomia das partes para determinar os exatos efeitos de um documento preliminar até existe, mas é mais limitada do que no Direito inglês, sendo que a análise levará em consideração, de forma similar à cláusula de *no legal effects*, as circunstâncias e os fatos de cada caso.³⁶⁷ Portanto, essa cláusula, em regra, não é suficiente para, isoladamente, definir os efeitos de um documento preliminar, mas ela é reconhecida e

(positivas ou negativas). Ver AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 89.

³⁶⁴ Ressalta-se que, em regra, tribunais norte-americanos partem de duas premissas ao determinar o peso que se dará à referência expressa a um contrato futuro para determinar a vinculatividade de um documento preliminar. Se a referência a um contrato futuro for uma condição para a eficácia dos termos acordados no documento preliminar (condição suspensiva para que o documento gere efeitos), nenhum contrato existirá até que a referida condição ocorra. Por outro lado, se há mera referência ao contrato futuro, nos casos em que for evidente que o contrato futuro conterá substancialmente os mesmos termos do documento preliminar, a intenção das partes em firmar um contrato futuro não torna, de forma inevitável, os documentos preliminares meras negociações.

³⁶⁵ Lake e Draetta mencionam que em casos excepcionais essa linguagem pode ser superada se os fatos mostrarem que ela foi utilizada em um contexto excepcional, mas que são poucos os casos em que isso ocorreu. LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2. ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 71.

³⁶⁶ Ver FURMSTON, Michael. Letters of Intent. In: BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin. *Contract formation and parties*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 17- 36. e LAKE, R. B. Letters of intent: a comparative examination under English, U.S., French, and West German law. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 18, p. 331-354, 1984, p. 336.

³⁶⁷ Corroborar esse entendimento a *Section §27 do American Restatement*, o qual foi utilizado na decisão do Caso Field, estabelecendo que as circunstâncias são determinantes para definir se um documento escrito, o qual contenha o consenso das partes sobre um tema, trata-se de um contrato vinculativo ou revela-se, apenas, como meras negociações preliminares, ainda que haja uma referência expressa das partes sobre um futuro *written memorial*. *Section §2*: "Manifestations of assent that are in themselves sufficient to conclude a contract will not be prevented from so operating by the fact that the parties also manifest an intention to prepare and adopt a written memorial thereof; but the circumstances may show that the agreements are preliminary negotiations."

levada em consideração pelos julgadores na análise dos casos envolvendo a matéria, diminuindo as chances de vinculação futura.

Verifica-se que os casos da *common law* acima citados, considerados vinculantes, continham referência a um contrato futuro. Os casos Cyanamid e Field continham expressamente nos respectivos documentos preliminares previsões nesse sentido.³⁶⁸ Não obstante, a intenção das partes constatada mediante a análise dos fatos e de determinadas circunstâncias se sobrepôs à vontade declarada delas, conduzindo as decisões à sua vinculatividade.³⁶⁹

No Direito brasileiro, como já se registrou, a referida previsão seria interpretada como uma condição suspensiva para a concretização do negócio ou como uma declaração das partes referente a um evento futuro, mas sem características e efeitos de condições. Seria apenas uma declaração de natureza informativa, em que as partes informam que um contrato futuro seria firmado. A definição de sua natureza dependerá da forma como ela foi incluída no documento.

A carta de intenções firmada no Caso ADM continha a seguinte cláusula: “A aquisição ficará sujeita à negociação de um contrato definitivo entre as partes”. Ela foi referida na decisão como uma condição, sendo que a data de fechamento do negócio constante no documento foi entendida como mera “previsão”, sujeita ao preenchimento de todas as condições. No entanto, a decisão não analisa se o documento constituía um contrato com condições suspensivas, tratando-o como um documento firmado na fase de “proposta não formalizada”.

Veja-se também a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que envolvia uma carta de intenções para o início de negociações para a realização de um evento internacional de boxe, em que havia a referência a um contrato futuro.³⁷⁰ O julgador considerou o referido

³⁶⁸ No mesmo sentido, no caso *Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries* (248 A.2d 625 (1968)), que envolvia a negociação fracassada de fusão de duas companhias, o documento preliminar continha linguagem clara de que as partes não tinham a intenção de se vincular até que fosse firmado o contrato futuro. Entretanto, ao analisar um pedido de *summary judgement*, a Suprema Corte de Delaware entendeu que, apesar da referida linguagem, havia evidências suficientes de que as partes tinham a intenção de se vincular e que isso determinaria se existia um contrato vinculativo ou não. A linguagem contida no documento era a seguinte: "Itek and CAI shall make every reasonable effort to agree upon and have prepared as quickly as possible a contract providing for the foregoing purchase by Itek and sale by CAI, subject to the approval of CAI stockholders, embodying the above terms and such other terms and conditions as the parties shall agree upon. If the parties fail to agree upon and execute such a contract they shall be under no further obligation to one another".

³⁶⁹ No caso *Penzzoil*, o documento preliminar assinado não continha uma cláusula expressa que o sujeitava à assinatura de um contrato futuro, que teria que ser negociado, mas o *press release* sim. Em contrapartida, no caso *Reprosystem*, em que as circunstâncias eram muito similares, em que pese a cláusula estivesse presente no *press release*, a este fato foi dado um peso menor e, nesse contexto, reconhecida a não vinculatividade entre as partes (Lake e Draetta, p. 105-106).

³⁷⁰ São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação n.º 0080296-83.2012.8.26.0100, 2.ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator José Joaquim dos Santos, julgado em 31/03/2015.

documento não vinculante, baseando-se, principalmente, no fato de o documento referir que as partes estavam em fase de tratativas e que seria assinado um contrato no prazo de 30 dias.

Outro exemplo de um fato futuro que depende de um acordo entre as partes e que é muito utilizado nas operações de fusões e aquisições é aquele que subordina a venda e compra de uma sociedade à contratação do atual acionista controlador ou de um executivo da sociedade vendedora pela compradora. Os efeitos dos documentos dependem, nesse sentido, do sucesso de uma nova negociação entre as partes sobre um tema específico. Se esse fato futuro configura uma condição suspensiva no sentido técnico ou uma mera disposição que integra o negócio, deve ser analisado no caso concreto. Dois dos casos da *common law* previamente analisados – Caso Mid-Continent e Caso Chromalloy – tinham essa referência: dependiam exclusivamente de um acordo futuro de vontades entre as partes.

Quanto às condições em que a ocorrência depende parcialmente da vontade das partes, destacam-se aquelas em que a implementação necessita de ato da parte em conjunto com terceiro. O caso típico é aquele em que os efeitos estão subordinados a um contrato futuro que deve ser firmado por uma das partes com terceiro, estranho à relação principal, normalmente um contrato de financiamento, ou à aquisição de um terceiro essencial para o sucesso da transação. Veja-se o Caso Chromalloy, em que, ainda durante as negociações, a Universal, sociedade vendedora, adquiriu um terceiro para facilitar a formação da *joint venture* com a Chromalloy.

Por fim, tem-se o terceiro tipo de condições, cujo implemento não está sujeito à vontade das partes, dependendo de um terceiro ou do acaso. Alguns exemplos são os documentos preliminares em que os seus efeitos estão sujeitos a um tipo de autorização governamental, como de uma agência de *antitrust* ou ingresso de investimento estrangeiro.

No caso de necessidade de autorização governamental, como ocorre com as fusões e aquisições que dependem de aprovação prévia do CADE, tem-se que a eficácia do contrato depende de ato administrativo. Observe-se, no entanto, que, caso o CADE proíba a realização da operação, isto ocorrerá porque a sua eficácia ultrapassaria as partes e atingiria a coletividade, prejudicando-a economicamente.³⁷¹

Nos documentos firmados em que uma das partes é vinculada, direta ou indiretamente, ao Governo, quer por meio de participação estatal na sua composição acionária, quer por ser

³⁷¹ Gerson Luiz Carlos Branco, ao tratar do assunto, utilizou a expressão “eficácia econômica”. A eficácia jurídica, a qual obriga e gera direitos entre as partes, é proibida pelo CADE em razão dos efeitos externos contrários à ordem econômica por ela provocados, na seara da eficácia econômica. Ver BRANCO, Gerson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de Código Comercial, Lisboa, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 849-887, 2015, p. 881.

representante do Governo, a independência de condição em relação às partes pode ser questionada, embora a autonomia de ministérios, agências e empresas estatais deva existir.³⁷² Por outro lado, nos casos em que não há qualquer ligação, a condição não depende das partes.

Embora o implemento da condição dependa de terceiro, note-se que as diligências necessárias para que isso ocorra sujeitam-se, ainda que de forma indireta, a uma das partes (*e.g.* uma delas fica encarregada de solicitar a aprovação governamental, o que inclui a apresentação de toda a documentação necessária). Por esse motivo é possível afirmar que existe um dever de diligência dessa parte, de modo que o implemento da condição não seja prejudicado por sua negligência, sob pena de esta responder pelos prejuízos que causar. Assim, há uma obrigação de meio e não de resultado; a parte deve agir com diligência no que lhe cabe, mas não tem a obrigação de obter a aprovação governamental. Ela só pode ser responsabilizada se não cumpriu com a sua obrigação da forma como deveria.

2.4.2.2. Consequências jurídicas

Descritas as possíveis condições presentes nos documentos preliminares, cabe agora compreender quais as questões jurídicas pertinentes a esse tema.

A questão da condição suspensiva interessa sob dois aspectos. Primeiro sob o ponto de vista da validade da própria condição e, segundo, com relação aos efeitos que um contrato com condição suspensiva pode ter antes que a condição tenha sido implementada, uma vez que constitui um direito expectativo.

A dúvida sobre a validade da condição suspensiva nos documentos preliminares emerge nos casos em que se trata de condição que depende da vontade de uma das partes. Esse tipo de condição caracteriza-se por ser potestativa, podendo, dependendo do grau de discricionariedade concedida à parte, ser considerada nula. Nos exemplos referidos acima, uma das partes teria o comando para implementar a condição, seja pela aprovação da transação pelo seu próprio órgão (conselho ou assembleia), seja pela sua satisfação com a *due diligence*.

No âmbito da *common law*, em uma condição sujeita à total discricionariedade de uma promessa, não há *consideration*.³⁷³ No entanto, a ausência da contrapartida pode ser superada se houver um critério, um *standard*, previsto no contrato ou na prática comercial, que possa

³⁷² Draetta, Ugo; LAKE, Ralph. Letters of intent and precontractual liability. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, London, n. 7, p. 835-868, 1993, p. 861.

³⁷³ BLUM, A. Brian. *Contracts*. 4.ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 536.

ser utilizado para se definir e delimitar, por exemplo, de forma mais objetiva e subjetiva a "satisfação" da parte. Assim, ainda que o documento mencione apenas de forma genérica que a diligência deveria ser satisfatória à compradora, tal disposição ainda assim pode ser válida, em prol da conservação do negócio jurídico, desde que se busquem os critérios objetivos utilizados em transações similares para definir o que constitui um resultado satisfatório. Sabe-se que uma grande preocupação da compradora, em um caso de aquisição de outra sociedade, diz respeito ao passivo oculto da vendedora, uma vez que aquela passará a responder por ele. Desse modo, entende-se que o reconhecimento de tal passivo por empresa especializada que conduziu a *due diligence*, aliada ao contexto fático (se no ato de assinatura do contrato a vendedora já tinha assinalado esse fato para a compradora ou se esta já tinha ciência), constitui elemento objetivo para se determinar o cumprimento da condição.

No Direito brasileiro, o artigo 122³⁷⁴ do Código Civil proíbe as condições que sujeitem o efeito ao puro arbítrio de uma das partes. Note-se que, para ser proibida, a condição deve ser puramente potestativa e não simplesmente potestativa. A condição deve estar de forma exclusiva ao arbítrio de apenas uma das partes e que o seu poder deve ser equivalente a “verdadeiro poder de resolução ou revogação”.³⁷⁵ Diferentemente do que ocorre nas chamadas condições simplesmente potestativas, cujo poder de implementação não está exclusivamente na discricionariedade daquele que se obrigou.

A razão da nulidade de tal condição é justamente a ausência de vinculatividade por parte daquele que detém o poder de implementar ou não a condição, uma vez que, na verdade, ele não se obrigou, não se vinculando no ato de assinatura. A contraparte, por outro lado, obrigou-se e aguarda a decisão da outra parte de se vincular ou não, traduzida na ocorrência da condição que está sob o seu exclusivo comando.

Dentro desse conceito, questiona-se se as condições unilaterais apresentadas anteriormente são válidas. Em um primeiro olhar, é possível afirmar que tanto a aprovação da venda pelo próprio órgão da companhia como a satisfação da compradora a partir do resultado da *due diligence* são condições sujeitas ao arbítrio de uma das partes. Mas elas seriam “de puro alvedrio” e de “puro capricho” da vendedora e da compradora, respectivamente?

Pois bem, sabe-se que os conselheiros da companhia, ao deliberarem sobre qualquer matéria, estão obrigados por lei a agirem no interesse da companhia, devendo, portanto, votar

³⁷⁴ Código Civil. Art. 122, *in verbis*: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes”.

³⁷⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 90 e p. 476.

de acordo com suas convicções, desde que respeitados os seus deveres fiduciários.³⁷⁶ Nesse sentido, ao deliberar matéria que constituísse verdadeira condição suspensiva (e não ato constitutivo do contrato), como a venda de ativos objeto de contrato de compra e venda sujeito à tal deliberação, esta deverá ocorrer de forma justificada e não por puro capricho dos conselheiros da companhia vendedora, uma vez que estes deverão ser capazes de justificar o seu voto, de forma a demonstrar que estão agindo no melhor interesse da companhia e de forma diligente. Assim, entende-se que a aprovação da operação por órgão da companhia não constituiu condição puramente potestativa, já que os administradores e acionistas deverão agir no interesse da companhia, de forma justificável.

Vale, no entanto, chamar a atenção ao ânimo da parte que impõe tal condição, uma vez que tal aprovação pode ser utilizada como uma tática de negociação e não apenas como um genuíno cumprimento de regras societárias.³⁷⁷ A parte que depende de aprovação para se vincular negociará os termos da operação e assinará o documento, mas não estará obrigada. Por vezes, os diretores que negociam o acordo estão autorizados dentro de determinados parâmetros para negociar, mas submetem ao Conselho ou à Assembleia de Acionistas para uma revisão do que já foi negociado, após o esgotamento das estratégias de negociação da outra parte e de seus *deal breakers*. Assim, a parte a quem compete o cumprimento dessa condição poderá reabrir as negociações em condição vantajosa, bastando, para tanto, que o seu respectivo Conselho ou Assembleia de Acionistas não aprove os termos do documento preliminar, hipótese na qual a condição não é implementada e, portanto, a declaração de vontade não gera efeitos.

Já em relação à condição subordinada à satisfação da compradora com determinado fato, como a *due diligence*, conforme se mencionou acima, ela, para não ser considerada nula, deve ser delimitada. A mera “satisfação” da compradora, de forma totalmente subjetiva, poderia ser considerada puramente potestativa.

Discussão semelhante é travada no caso da venda a contento, prevista no artigo 509³⁷⁸ do Código Civil. Há autorização expressa na lei permitindo que o contrato de compra e venda

³⁷⁶ Aos administradores de uma companhia, a Lei 6.404/1976 impõe deveres fiduciários (que se constituem em padrões de conduta), quais sejam, o dever de diligência (previsto no art. 153), pelo qual os administradores devem adotar os procedimentos adequados no curso da atividade empresarial, o dever de lealdade (previsto no art. 155), pelo qual os administradores devem buscar sempre em primeiro lugar o interesse da companhia e o dever de informar (previsto no art. 157), pelo qual os administradores devem informar ao público investidor alterações relevantes nos negócios da companhia, bem como certas informações pessoais.

³⁷⁷ LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 212.

³⁷⁸ Código Civil. Art. 509, *in verbis*: “A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado”.

seja subordinado ao agrado do comprador com a coisa. Os efeitos da venda dependem da satisfação do comprador com a coisa, conforme suas preferências, configurando a potestividade. A aceitação do comprador é personalíssima, dependendo apenas de seu julgamento.³⁷⁹ A questão discutida na doutrina³⁸⁰ é se essa potestividade seria pura, sendo admitida como uma exceção por assim prescrever a lei,³⁸¹ ou simplesmente potestativa. A maioria da doutrina adota esta última alternativa, pois a condição depende de fato de a coisa agradar o comprador e não do seu arbítrio exclusivo.³⁸²

No caso da satisfação com a *due diligence*, o mesmo argumento pode ser utilizado. A operação não está sujeita ao mero arbítrio da compradora e sim do fato de ela estar ou não satisfeita com a diligência. Nesse mesmo sentido é a análise de potestividade de Pontes de Miranda³⁸³ ao apreciar a expressão análoga “se me parecer razoável”. O autor argui que deve ser verificado se “no razoável há de haver apreciação objetiva que impurifique a potestividade”.

Ademais, podem-se fixar elementos objetivos que definam o que é a “satisfação”, saindo do âmbito subjetivo e do “mero capricho” para entrar no âmbito objetivo. Nesse caso, a situação se assemelha à venda sujeita a prova, prevista no artigo 510³⁸⁴ do Código Civil, pela qual a recusa só é permitida se a coisa não atender aos requisitos de qualidades descritos pelo vendedor. Assim, se for prevista, por exemplo, como condição suspensiva a verificação de que o passivo da companhia é no máximo x, a constatação de que é x+1 é suficiente para que a condição não seja alcançada.

No Caso ADM, em que o resultado da *due diligence* foi responsável pela alteração do preço que a compradora estava disposta a pagar, infelizmente a questão da subjetividade não foi levantada, limitando-se o julgador a referir que diligência havia sido insatisfatória, o que autorizava a ADM a rever o preço, já que não havia proibição nesse sentido no documento preliminar.

No que diz respeito ao problema dos efeitos do contrato enquanto a condição suspensiva não tiver sido implementada, é importante, primeiro, compreender a situação

³⁷⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*: das várias espécies de contrato, da compra e venda, do compromisso de compra e venda. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. VII, p. 290.

³⁸⁰ Ver GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 258.

³⁸¹ Nesse sentido, ver MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: Direito das obrigações. 2ª parte. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

³⁸² Nesse sentido ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 186; BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN Editora, 2003, t. III, p. 97-98.

³⁸³ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. V, 2012, p. 217.

³⁸⁴ Código Civil. Art. 510, *in verbis*: “Também a venda sujeita a prova presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina”.

jurídica desse documento. Do ponto de vista dos três planos sob os quais devem ser analisados os negócios jurídicos, tem-se que um contrato com condição suspensiva existe e é válido, mas, nos termos da condição, ainda não produz efeitos. Por consequência, caso a condição nunca seja implementada, aquele negócio não ingressa no plano da eficácia. Os negociadores utilizam as condições justamente para se assegurarem de que, caso o evento previsto não ocorra, eles não estarão obrigados a concluir a transação, uma vez que o documento não produzirá efeitos. Assim, as condições são utilizadas como uma forma de as partes “escaparem” das obrigações.³⁸⁵ Note-se, no entanto, que, ainda que o documento não produza efeitos, ele existiu, e essa existência pode ter efeitos indiretos, justamente pelo reconhecimento de um direito expectativo.

Voltando-se para o caso prático de condição suspensiva de aprovação do Conselho de Administração da vendedora, há algum efeito para a vendedora e a compradora até que a referida aprovação ocorra? Enquanto os efeitos manifestados como queridos³⁸⁶ estão suspensos, há algum efeito? Parece redundante, mas esse é um dos aspectos tratados por Francisco Amaral, ao estudar a irretroatividade da condição suspensiva, a qual se consubstancia justamente na vontade declarada das partes de sujeitar os efeitos do negócio à ocorrência de evento futuro, ou seja, sua vontade só produzirá efeitos quando do implemento da condição e não quando da declaração de vontade. Assim, o credor condicional tem tão somente um direito expectativo, o qual pode ou não ser atingido. Até que isso ocorra, os efeitos diretamente visados, próprios do negócio realizado, não são produzidos. Mas há alguma proteção ao direito expectativo por parte do credor? O comprador que aguarda a deliberação do Conselho de Administração da vendedora conta com alguma proteção quanto ao seu direito condicional de adquirir o seu controle?

Pois bem, a conclusão do referido autor é de que, a despeito de o Direito brasileiro ter optado pela irretroatividade da condição suspensiva³⁸⁷ (os efeitos queridos só ocorrem quando do implemento da condição), ele protege o direito expectativo do credor ao limitar os atos de disposição relacionados ao objeto sujeito à condição, pelo que se depreende da redação do

³⁸⁵ BLUM, A. Brian. *Contracts*. 4 ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 533.

³⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48.

³⁸⁷ O autor, mediante análise dos sistemas que adotam a retroatividade, como o francês, e dos que não adotam, como o alemão, bem como a revisão da opinião doutrinária sobre o tema, conclui que o Direito brasileiro não adota o princípio da retroatividade, mas o admite nos casos em que for possível (como nas obrigações de dar) e assim convencionado pelas partes ou ainda nos casos em que a lei assim o determine. Ao comentar o texto do então art. 122 do Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 126, o autor afirma que a sua existência corrobora justamente a tese da irretroatividade, uma vez que, caso se admitisse a retroatividade, o referido artigo seria desnecessário.

artigo 126³⁸⁸ do Código Civil, conforme já mencionado.³⁸⁹ Assim, no caso de documento preliminar com condição suspensiva, como o utilizado no Caso Penzzoil, em que se entendeu, mediante interpretação do documento em conjunto com o *press release*, que havia uma condição suspensiva, qual seja, a aprovação pelo Conselho, se o Direito brasileiro fosse aplicável ao caso, o ato de alienação do controle para terceiro pela Getty Oil, configuraria um ato nulo. Isso ocorreria porque se estaria dispondo de um direito expectativo protegido pela legislação, qual seja, o direito condicional de a Penzzoil adquirir o controle da Getty Oil.

Há de se observar que, em muitos casos, o problema que se enfrenta é de identificação sobre a verificação de uma condição suspensiva ou não. A ausência de um texto claro no documento preliminar provoca dúvidas se se trata de contrato com condição suspensiva ou de documento preliminar em que há mera referência a um evento futuro e incerto, mas não uma expressa subordinação aos seus efeitos, como ocorre frequentemente quando se dispõe acerca de um contrato futuro. A conclusão de qual sorte de documento se trata vai influenciar diretamente nas consequências tanto da ocorrência do evento como da proteção do direito expectativo do credor.

Se for concluído que se trata de um contrato com condição suspensiva, uma vez ocorrido o evento condicionante, o contrato passa a gerar os efeitos queridos, e as partes devem cumprir com as obrigações e deveres ali previstos. Até que isso ocorra, o direito expectativo encontra-se protegido. Por outro lado, se for concluído que se trata de documento preliminar com disposições acerca de eventos futuros, não há vinculação jurídica contratual, mas somente vinculação obrigacional, a qual varia conforme o grau de contato dos indivíduos e reforça os deveres de proteção.

2.4.3. Cláusulas que determinam que as partes negociem de acordo com a boa-fé e envidem os melhores esforços (*best efforts*)

Além das cláusulas que sujeitam determinadas operações a condições e à formalização de instrumentos futuros e daquelas que excluem, expressamente, os efeitos do documento ou a responsabilidade das partes em determinadas situações, identifica-se em alguns documentos

³⁸⁸ Código Civil. Art. 126, *in verbis*: “Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis”.

³⁸⁹ Nesse sentido é o entendimento de Antônio Junqueira de Azevedo ao analisar os fatores de eficácia. Uma das espécies diz respeito aos fatores de atribuição da eficácia geral, pelos quais um ato sob condição suspensiva, embora não produza os efeitos diretamente visados, pode ser objeto de medidas cautelares. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

preliminares uma cláusula que impõe uma obrigação às partes de negociar de boa-fé ou, ainda, de envidar os melhores esforços para concluir o contrato final, as quais se concebeu chamar de *best efforts*, *best endeavours*, *meilleurs efforts* e *beste Kräfte*.

Nos países que adotam a *common law*, não há, em geral, obrigação expressa de agir de boa-fé no período das tratativas,³⁹⁰ diferente dos países da *civil law*. Por esse motivo, os efeitos de tal cláusula são muito discutidos, já que ela pode dar margem a diversas interpretações. Algumas vezes os documentos que contêm essa obrigação são referidos como *agreements to negotiate*, os quais são firmados apenas para declarar que as partes estão negociando, uma das principais finalidades dos documentos preliminares, conforme mencionado anteriormente.

A inclusão da obrigação de negociar de boa-fé de forma expressa no documento preliminar e o reconhecimento de sua validade e eficácia podem facilitar que a parte prejudicada pela ruptura das negociações, decorrente de ato eivado de má-fé, seja reparada. Não obstante, é importante referir que, no Direito inglês, essa cláusula não gera qualquer efeito,³⁹¹ enquanto que no Direito norte-americano o entendimento acerca de seus efeitos é contraditório. Há casos em que os julgadores se negaram a reconhecer a cláusula de boa-fé por ser muito vaga e indefinida.³⁹² No caso *Reprosystem*, conquanto tenha sido reconhecida a cláusula contida no documento nesse sentido, foi aplicado o método tradicional do *all or nothing*.

O reconhecimento dessa obrigação pode constituir uma saída para o método do *all or nothing*, criando uma solução intermediária, em que, independente de o documento preliminar ser considerado vinculante ou não, é possível apoiar-se na falta de boa-fé para reparar a parte prejudicada.

Quanto à obrigação de envidar os melhores esforços, tanto na *common law* como na *civil law*, ela é, em tese, reconhecida. Contudo, nos países de *common law*, onde se acredita

³⁹⁰ Nesse sentido, ver FURMSTON, Michael. Letters of Intent. In: BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin. *Contract formation and parties*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 17- 36, p. 19; LAKE, R. B. Letters of intent: a comparative examination under English, U.S., French, and West German law. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 18, p. 331–354, 1984. Ademais, veja-se que, em relação à *common law* norte-americana, a boa-fé está expressamente prevista no *Uniform Commercial Code*, assim como no *American Restatement*, mas sua aplicação se restringe à fase contratual.

³⁹¹ Nesse sentido, ver COHEN, Nili. Pre-contractual duties: two freedoms and the contract to negotiate. In: BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel. *Good faith and fault in contract law*. New York: Oxford, 1997. p. 25-56, p. 56 e PEEL, Edwin. Agreements to negotiate in good faith. In: BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin. *Contract formation and parties*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 37-60. O caso *Walford v. Miles*, analisado por Edwin Peel, reflete o entendimento do Direito inglês sobre o assunto. Nesse caso, os julgadores referiram que um *agreement to negotiate* não pode ser executado, por ausência de *certainty*. O acordo verbal firmado limitava-se a estipular que as partes negociariam de boa-fé, o que é não é reconhecido pelo Direito inglês.

³⁹² LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989, p. 128.

que a expressão tenha se originado,³⁹³ a jurisprudência mostra que as interpretações judiciais variam e que há poucos casos discutindo especificamente o assunto, principalmente dentro do contexto dos documentos preliminares.³⁹⁴

Pode-se afirmar que agir ou envidar os melhores esforços significa tomar atitudes de forma diligente visando a um objetivo; no caso de um contrato preliminar, pode significar tomar todas as medidas necessárias e razoáveis para que o contrato final seja firmado.

Em artigo publicado sobre o tema,³⁹⁵ no qual é exposta a forma a cláusula de melhores esforços foi interpretada em precedentes da *common law*, conclui-se que a sua situação é tão confusa e a incerteza sobre seus efeitos tão grande que deve ser questionado o motivo pelo qual as partes ainda a utilizam. No mesmo sentido é a conclusão do Grupo de Trabalho.³⁹⁶ A doutrina e a jurisprudência, inclusive, já interpretaram a cláusula de melhores esforços como uma forma de reforçar a boa-fé, tão somente, como um dever mais forte que o da boa-fé,³⁹⁷ como um “standard of diligence insurance”,³⁹⁸ como uma forma de maximizar os benefícios de ambas as partes e como um dever fiduciário.

Um método sugerido e utilizado na jurisprudência norte-americana para definir o grau de diligência exigido em determinada circunstância é perguntar-se como uma pessoa razoável ou um homem médio agiria naquelas circunstâncias se fosse para alcançar uma vantagem para

³⁹³ FONTAINE, Marcel. Best efforts, reasonable care, due diligence et règles de l’art dans les contrats internationaux. *International Business Law Journal*, p. 983-1027, 1998, p. 1006.

³⁹⁴ LAKE, Ralph B.; DRAETTA, Ugo. Op. cit., p. 129. No Direito inglês, as cláusulas de *best endeavours* podem ser executáveis desde que elas tenham um objetivo específico (e.g. melhores esforços para criar um sistema de software), o que não se verifica em uma obrigação de melhores esforços para negociar. Nesse sentido, ver PEEL, op. cit.

³⁹⁵ PARK, Rob. Putting the “best” in best efforts. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, p. 705-729, 2006.

³⁹⁶ Sobre o assunto, ver FONTAINE, Marcel. Op. cit. Nesse artigo, com base nas pesquisas do Grupo de Trabalho, Marcel Fontaine apresenta as diversas concepções e interpretações da cláusula de melhores esforços nos Direitos inglês e norte-americano. Quanto ao primeiro, os juízes ingleses têm expressado dificuldade para defini-la. Vejam-se as seguintes declarações: “I ask myself could anything be less specific or more uncertain? There is absolutely no criterion by which ‘best endeavours’ and practicality are to be judged” e “Perhaps the words ‘best endeavours’ in a statute or contract mean something different from doing all that can reasonably be expected - although I cannot think what the difference might be”. Tais declarações referem-se aos casos *Bower v. Banton Investments Ltd.* (1972) 3 All ER 349, p. 355 e *Overseas Buyers Ltd. v. Granadex SA* (1980), 2 Lloyd’s Rep. 608, respectivamente, apud FONTAINE, op. cit., p. 1.006. No entanto, há decisões que a conceituam. No contexto de uma aquisição, foi dito que “best endeavours are something less than efforts which go beyond the bounds of reason, but are considerably more than casual and intermittent activities. There must be at least the doing of all that reasonable persons reasonably could do in the circumstances” em *Pips (Leisure Productions) Ltd v. Walton* (1980) 43 P & CR 415. Quanto às definições do Direito norte-americano, elas são identificadas em algumas decisões e há trabalhos doutrinários que abordam o tema, mas não há unanimidade sobre a sua definição. Ver LONG, Lawrence S. Best efforts as diligence insurance: in defence of a <Profit “Uber Alles”>, *Columbia Law Review*, v. 86, 1986; FARNSWORTH, E. Allan. On trying to keep one’s promises: the duty of best efforts in contract law. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 46, 1984; Ch. J.Goetz et R.E. Scott. Principles of relational contracts, 67 *Virginia Law Rev.* (1981).

³⁹⁷ FARNSWORTH, op. cit., p. 8. O autor aduz que a obrigação de melhores esforços é mais clara e definida do que a da boa-fé. Ao diferenciar os conceitos sob o ponto de vista de uma relação contratual, Farnsworth observa que a boa-fé é imposta a todas as partes, por força de lei, enquanto que a obrigação de melhores esforços é imposta apenas àqueles que a assumem.

³⁹⁸ Esse conceito limita o dever de melhores esforços à maximização de seu lucro naquele contrato. Por exemplo, em um contrato de distribuição, o distribuidor sujeito a tal dever teria apenas que maximizar o seu próprio lucro obtido com as vendas do contratante. Ver PARK, Rob. Op. cit., p. 710.

o seu próprio benefício.³⁹⁹ Assim, no caso de uma obrigação de envidar os melhores esforços para obter uma autorização governamental, por exemplo, far-se-ia o exercício de imaginar a forma como agiria e as medidas que seriam tomadas por uma pessoa normal na tentativa de obter tal autorização em operação societária que apenas a beneficiasse.

A doutrina brasileira, pelo escasso material sobre o assunto, demonstra pouco interesse pela matéria, possivelmente por entender que a cláusula de melhores esforços é inócua no sistema jurídico brasileiro ou que ela não passa de uma forma de expressão da boa-fé objetiva. De fato, a cláusula de melhores esforços é regida pela boa-fé e dela proveniente. Ela não apenas reforça o dever de boa-fé, como o direciona.

Silvio de Salvo Venosa escreveu brevíssimas considerações sobre o tema,⁴⁰⁰ afirmando que a referida cláusula “nada acresce ou modifica” em um contrato regido pelas leis brasileiras e que ela sequer pode ser considerada uma obrigação, devendo ser vista como uma disposição não contratual, limitada à natureza ética e moral. Admite, no entanto, que, eventualmente, tal cláusula poderia ter alguma eficácia quando do exame sistemático do contrato, concluindo que a inclusão de cláusula de boa-fé de forma expressa nos contratos é “absolutamente inútil”.

Por outro lado, Gustavo Tepedino⁴⁰¹ apresenta uma visão mais tolerante em relação à aceitação de tal cláusula pelo Direito brasileiro. Ele defende que ela terá utilidade quando vista sob a perspectiva hermenêutica do sistema romano-germânico, cujo principal efeito será o de invocar o princípio da boa-fé objetiva. O referido autor manifestou-se sobre o tema em razão de consulta doutrinária solicitada a solução de uma disputa societária. O caso submetido ao autor, de forma sintética, envolvia uma opção de venda de ações (*put option*) outorgada em duas cartas emitidas em favor do titular do direito de venda, companhia Y, por uma companhia X, e tinha como objeto ações de uma sociedade resultante de uma fusão entre duas sociedades, das quais X e Y detinham participação direta ou indireta em, pelo menos, uma delas. As opções outorgadas à Y constituem direito sujeito a evento futuro e incerto. Verificase que na carta que outorga a segunda opção, X e outras sociedades do grupo se comprometeram a envidar os melhores esforços para adquirir as ações de Y.

³⁹⁹ FARNSWORTH, E. Allan. On trying to keep one's promises: the duty of best efforts in contract law. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburg, v. 46, 1984, p. 9.

⁴⁰⁰ Artigo publicado no website Migalhas em 12 de janeiro de 2003, com o título “A cláusula de melhores esforços nos contratos”. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI936,91041-A+clausula+de+melhores+esforços+nos+contratos>>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

⁴⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual. In: *Soluções Práticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 151, nov. 2011.

Para que a cláusula de melhores esforços não fosse considerada ilícita, por ser puramente potestativa, Tepedino, mediante um esforço interpretativo que considera o contexto em que foi outorgada a opção, a assemelha a uma condição. Essa condição, tendo em vista a lógica finalística do negócio jurídico, seria que a opção não representasse ao comprador excessiva onerosidade. Em outras palavras, o comprador somente poderia sujeitar-se à obrigação de adquirir as ações se isso fosse possível sem um esforço descomunal, justamente no limite dos seus melhores esforços. Nesse sentido, a cláusula de melhores esforços passaria a representar uma condição mista, uma vez que dependeria parcialmente da vontade do comprador e parcialmente do sucesso econômico da companhia. Se assim não fosse interpretada, a referida cláusula dependeria exclusivamente da vontade do comprador e seria, portanto, nula.

Assim, o autor entende que, uma vez formulada pelas partes e tendo em vista o princípio da conservação do negócio jurídico, deve-se interpretá-la de acordo com a sua finalidade, considerando o contexto do negócio. Nesse caso, o objetivo das partes ao incluir tal condição seria repartir o risco do negócio que, caso este não obtivesse uma boa saúde financeira, a compradora poderia ser obrigada a adquirir ações da companhia.

A cláusula de melhores esforços pode ser entendida como um desdobramento dos deveres anexos à boa-fé, como o dever de diligência, e poderia até se argumentar que ela seria desnecessária, como fez Silvio de Salvo Venosa. No entanto, parece que a inclusão de tal obrigação a delimita e a reforça. Quanto mais clara a obrigação contratual, melhor. Assim, o ideal seria que fosse incluído no documento o que significa melhores esforços, quais as atitudes necessárias que devem ser tomadas por aquele que tem tal obrigação.

Nos documentos preliminares essas cláusulas são utilizadas para qualificar um dever de ambas as partes ou de apenas uma delas.

No primeiro caso, têm-se aquelas que estipulam que as partes envidarão os melhores esforços, em conjunto, para negociar e firmar um contrato final. Essa forma de agir poderia ser definida ao se estabelecerem reuniões periódicas para discutir o contrato futuro, quem iria redigir a minuta do contrato e o prazo que cada uma delas teria para fazer alterações. As partes cumprirão com a obrigação ao comparecer nas reuniões, dar andamento na minuta e cumprir os prazos estipulados. Note-se, contudo, que de nada adianta o cumprimento de tais comportamentos objetivos se não houver o ânimo de negociar o contrato. Pode ocorrer, assim

como ocorre na renegociação de um contrato decorrente de cláusula *hardship*,⁴⁰² que uma delas se recuse a negociar ou o faz de forma desleal. Nesta última hipótese, a parte negociará o contrato com uma atitude contrária à boa-fé, fazendo exigências irrazoáveis, utilizando de artimanhas e gerando impasses com o objetivo único de frustrar a negociação.

Já no segundo caso, encontram-se aquelas estipulações em que uma das partes envidará os melhores esforços para obter um financiamento ou uma autorização governamental. Uma forma de se delimitar a primeira seria prevendo-se as instituições financeiras junto às quais a parte deveria solicitar financiamento, as garantias que ela deveria oferecer e o prazo que ela teria para obtê-lo. Já para a segunda, poderia ser previsto o prazo em que o pedido deveria ser protocolado e eventuais solicitações atendidas e se deveria ser enviado alguém pessoalmente ao local. Aquele que não atender as especificações e não cumprir com os prazos não terá agido com os melhores esforços. Da mesma forma que no caso anterior, não são admitidas artimanhas e protelações para justificar a impossibilidade de alcançar o objetivo.

É claro que não se tem a intenção de esgotar as possibilidades e descrever de forma detalhada todas as ações das partes, mas a delimitação e objetivação do comportamento caracterizado como “melhores esforços” auxiliará em uma interpretação futura do documento.

Portanto, a inclusão de um dever de negociar de boa-fé, bem como a cláusula de melhores esforços em um documento preliminar reforça o dever de boa-fé já existente na fase das tratativas. No caso desta última, a sua definição, mediante a descrição do comportamento que deve ser conduzido pela parte que deve observá-la, possibilitará que a intenção das partes ao incluí-la seja mais bem compreendida.

2.4.4. Cláusulas de exoneração de responsabilidade (*no liability*)

Na fase das tratativas, muitas vezes os negociadores, procuram reforçar a liberdade de não contratar ao liberar as partes de reparar quaisquer danos sofridos no caso de rompimento das negociações. Isso ocorre mediante a inserção no documento preliminar de uma cláusula que estabelece que a ruptura da negociação não acarretará a responsabilidade de quaisquer das partes,⁴⁰³ chamada de cláusula de exoneração, cláusula de irresponsabilidade ou cláusula de

⁴⁰² MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem de Mediação*, São Paulo, v. 25, p. 11-39, abr-jun 2010.

⁴⁰³ Faz-se necessário um esclarecimento acerca da linguagem utilizada. Optou-se por seguir a nomenclatura utilizada recentemente por Wanderley Fernandes. O autor, ao escolhê-la, justifica sua decisão. Embora Antônio Junqueira de Azevedo,

não indenizar. O objetivo é estabelecer um ambiente negocial em que as partes tenham segurança acerca dos seus riscos em relação à negociação, servindo como instrumento de alocação de risco, ao lado do preço e das condições do negócio.

As cláusulas de exoneração de responsabilidade são estudadas ao lado das cláusulas de limitação de responsabilidade. Em regra, pode-se afirmar que consequência da primeira é a liberação integral do dever de indenizar, enquanto que, da segunda, essa liberação é apenas parcial.

A cláusula de exoneração de responsabilidade é, em regra, admitida no Direito brasileiro, conforme entendimento da doutrina,⁴⁰⁴ embora não haja previsão expressa no Código Civil. Todavia, essa cláusula não é vista com muita simpatia por nosso Direito,⁴⁰⁵ mas, mesmo assim, ela é admitida com fundamento na autonomia privada e na liberdade contratual, desde que respeitados certos limites, os quais serão abordados adiante. Assim, as partes podem utilizar esse instrumento contratual para distribuir os riscos do negócio, limitando-os de acordo com a sua conveniência.

Um dos institutos presentes no Direito brasileiro que é utilizado como argumento em favor da validade e da eficácia da cláusula de exoneração de responsabilidade é o da cláusula penal.⁴⁰⁶ Trata-se de um dispositivo contratual que permite a prefixação dos danos, no caso de inexecução da obrigação, chamada de cláusula penal compensatória, ou no caso do seu retardamento, chamada de cláusula penal moratória. Embora tal instituto seja diverso da exoneração de responsabilidade e possua suas próprias características, há uma identidade em

Sérgio Cavalieri Filho e Paulo de Tarso Vieira Sanseverino criticam expressões que se refiram à exoneração, exclusão ou limitação de responsabilidade, uma vez que a cláusula não afasta o dever de indenizar e não exime a responsabilidade, mas sim a indenização, a reparação do dano, o autor entende que qualquer exoneração ou limitação no valor da indenização interfere, por consequência, na aplicação da própria responsabilidade. Em relação ao tema ora tratado, entende-se que a cláusula é utilizada com o objetivo de cuidar da licitude dos atos ocorridos na fase pré-contratual, em especial no caso de rompimento das negociações. Assim, a exoneração abstrai a ilicitude do ato, permitindo que as partes rompam as negociações e, excluindo, por consequência, a responsabilidade das partes e eventual pagamento de indenização. Ver FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33. Sérgio Cavalieri e Paulo de Tarso Vieira Sanseverino entendem que a nomenclatura adequada é a “cláusula de não indenizar”. Ver CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 514-515 e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 348.

⁴⁰⁴Nesse sentido é o entendimento de José de Aguiar Dias, seguido por Antonio Junqueira de Azevedo e Sérgio Cavalieri e, mais recentemente, por Wanderley Fernandes. Ver DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. O autor cita a obra Cluzel, *Essai sur les clauses d'irresponsabilité*, Paris, 1913; AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. In: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 198-207; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit.; FERNANDES, Wanderley. Op. cit.

⁴⁰⁵ Conforme afirma Cavalieri. Ver CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 522.

⁴⁰⁶ Ana Prata rejeita esse argumento, pois entende que as diferenças estruturais e funcionais dos institutos impedem que a validade da cláusula penal seja utilizada para sustentar a cláusula de exoneração de responsabilidade. Ver PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

seus efeitos, qual seja, a limitação do valor de reparação de danos.⁴⁰⁷ Ao limitar o dano, ela funciona, assim como a cláusula de exoneração ou limitação de responsabilidade, como instrumento de alocação de risco e de segurança jurídica. Se o valor fixado for maior que o dano, o risco está sendo alocado para o devedor; se for menor, para o credor.⁴⁰⁸ Da mesma forma ocorre com a exoneração da responsabilidade: se há exoneração, o risco do credor da obrigação aumenta. Pode-se afirmar que a cláusula de exoneração é a exageração da cláusula penal, possuindo ambas finalidade comum de suprimir a incerteza, o arbítrio e a imprecisão na liquidação de danos.⁴⁰⁹

A cláusula de exoneração de responsabilidade pode ser definida como uma convenção em que há a renúncia à ação de perdas e danos de eventual credor da obrigação de indenizar.⁴¹⁰ De forma mais abrangente, as cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade são “convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização”.⁴¹¹ Observe-se que a sua definição está sempre ligada à ideia de convenção entre as partes que pressupõe uma eventual obrigação futura de indenizar, constituindo uma renúncia prévia à indenização.⁴¹² Além disso, em regra, ela é vista como uma cláusula acessória de um contrato.

No entanto, parte da doutrina admite que a cláusula de exoneração de responsabilidade pode ter origem não contratual, mediante ato isolado ou declaração unilateral, hipóteses nas quais a estipulação não configura cláusula acessória de um contrato.⁴¹³ A convenção pode tanto estar contida em um contrato como em um contexto em que a responsabilidade possa ser

⁴⁰⁷ Veja-se o que prevê a primeira parte do parágrafo único do art. 416 do Código Civil: “Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado.”

⁴⁰⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.140.

⁴⁰⁹ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. O autor cita a obra de Cluzel, *Essai sur les clauses d'irresponsabilité*, Paris, 1913, p. 17.

⁴¹⁰ Este conceito foi escolhido por José de Aguiar Dias, o qual, após percorrer algumas definições, elegeu a de Félix Cluzel (citando a sua obra *Essai sur les clauses d'irresponsabilité*, Paris, 1913) como a mais adequada. *Ibidem*.

⁴¹¹ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112-113.

⁴¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cláusula cruzada de não-indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. In: *Estudos e Pareces de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 198-207, p. 204.

⁴¹³ Esse é o entendimento de José de Aguiar Dias e Wanderley Fernandes. Nesse sentido DIAS, op. cit.; FERNANDES, op. cit., p. 110. Note-se que, conforme refere Cavalieri, José de Aguiar Dias mudou de posicionamento ao longo dos anos, sendo que antes da obra em que trata exclusivamente da cláusula de não indenizar, havia firmado entendimento que não admitia tal estipulação no campo da responsabilidade extracontratual. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino e Sérgio Cavalieri apresentam entendimento contrário, não admitindo a convenção de não indenizar no caso de responsabilidade extracontratual. Para Sérgio Cavalieri, a ausência de um contrato entre as partes impossibilita que elas acordem sobre a reparação de danos. Nessa linha de pensamento, a cláusula de exoneração de responsabilidade não seria admitida nos documentos preliminares, pressupondo-se que a natureza da responsabilidade por sua ruptura seja extracontratual. Ver CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 516-517 e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 350.

convencionada pelas partes envolvidas, ainda que se trate de responsabilidade aquiliana. Um exemplo que pode ser citado é justamente o do documento preliminar, no qual se regula a indenização antes da relação propriamente contratual.⁴¹⁴ Quando houver a convenção acerca da responsabilidade, sempre haverá uma relação preexistente, seja ela contratual ou não. Essa relação pode se dar, portanto, também na fase das tratativas, quando os negociadores optam por eliminar qualquer sorte de responsabilidade, inclusive no caso de ruptura unilateral das negociações.

Quanto aos limites impostos à cláusula de exoneração – os quais devem ser respeitados, conforme acima mencionado – os autores apontam, em geral, para o mesmo sentido. Identificam-se restrições legais específicas, como ocorre com as relações de consumo regidas pelo Código de Defesa do Consumidor⁴¹⁵ e com o contrato de transporte regido pelo Código Civil.⁴¹⁶ Além delas, há ainda os limites de ordem pública, dolo ou culpa grave e do elemento essencial do contrato.

Veja-se que a convenção que elimina a responsabilidade não pode interferir ou lesar a ordem pública. As obrigações objeto de tal acordo de vontade devem ser legalmente possíveis de ser modificadas e convencionadas pelos particulares, devendo corresponder, portanto, a interesse disponível. A expressão ordem pública se refere, de forma genérica, aos princípios e regras relativos aos valores sociais.⁴¹⁷ A integridade física da pessoa humana é um dos limites que normalmente se impõe à cláusula de exoneração de responsabilidade, constituindo proteção à norma de ordem pública.

Ademais, o comportamento malicioso de uma das partes com o objetivo de causar prejuízos a outra não pode ser contemplado pelo benefício da não responsabilização, motivo pelo qual o dolo e a culpa grave também representam barreiras à cláusula de exoneração. Deve-se observar a distinção entre o dolo e a mera inexecução intencional do contrato.⁴¹⁸ No primeiro, é identificada uma intenção deliberada da parte que descumpre o contrato de gerar

⁴¹⁴ Wanderley Fernandes cita os memorandos de entendimentos como exemplo.

⁴¹⁵ O Código de Defesa do Consumidor afasta a utilização desta cláusula nos seus arts. 25 e 51. Veja-se o texto do art. 25: É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. Art. 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Sobre o assunto, ver SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 351-353.

⁴¹⁶ Código Civil. Art. 734, *in verbis*: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Ver também Súmula nº 161 do STF: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

⁴¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴¹⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

um efeito nocivo à outra, o que não se verifica no simples não cumprimento do contrato, o qual pode ser consequência do arrependimento ou da rescisão unilateral do contrato. Apesar dessa distinção, esta última hipótese também não pode servir de fundamento para exoneração de responsabilidade, em razão da função econômico-social da relação obrigacional estabelecida mediante o contrato. O fundamento para justificar a limitação de casos de dolo não se encontra apenas em fatores morais e na preocupação de preservar a essência da obrigação, mas nesta função econômico-social de proteção ao crédito, a qual seria prejudicada pela inexecução voluntária. A confiança gerada pelas promessas realizadas em todo ciclo relacional que é desencadeado por uma relação contratual poderia ser abalada caso se permitisse a exoneração no caso de inexecução intencional.

No que tange ao último aspecto de limitação, aquele vinculado à obrigação principal, entende-se que é nula a cláusula que isente de responsabilidade aquele que inadimplir a obrigação principal. No entanto, os autores discordam sobre o tema. Para aqueles que defendem a sua nulidade, admitir tal convenção tornaria o negócio jurídico abusivo, uma vez que configuraria condição puramente potestativa, já que o contratante cumpriria a obrigação essencial do negócio apenas se quisesse.⁴¹⁹ Por outro lado, quem entende por sua validade⁴²⁰ argumenta que o inadimplemento da obrigação principal é justamente o tipo de descumprimento contratual que as cláusulas de exoneração ou limitação de responsabilidade pretendem cuidar, exceto nos casos de dolo e culpa grave. Nessa linha de entendimento, o seu objetivo, assim como aquele das cláusulas penais compensatórias que não admitem ressarcimento de danos excedentes, é conferir segurança e previsibilidade às partes quanto à liquidação de danos. Assim, não haveria fundamento legal para tal limitação, sendo que a validade da cláusula que exonera ou limita a responsabilidade e, por consequência, reparação de danos no caso de violação da obrigação principal deve ser analisada caso a caso, podendo ser utilizada como fundamento para interpretação.

Conclui-se, portanto, que no Brasil as cláusulas de exoneração de responsabilidade são válidas, desde que respeitados certos limites. No que tange aos documentos preliminares, seguindo-se o entendimento da maioria da doutrina, pelo qual a convenção prescinde de um contrato, é possível afirmar que quando estiver contida em documento não vinculante, ela será válida, contanto que respeitados os limites acima expostos.

⁴¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. In: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 198-207, p. 201.

⁴²⁰ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 254.

Nesse sentido, questiona-se se os danos gerados pela ruptura de negociações podem ser objeto da convenção de exoneração em um documento preliminar. Veja-se que na fase das tratativas seu comportamento já sofre restrições decorrentes da boa-fé objetiva, a qual não pode ser objeto de disposição. Assim, entende-se que tal convenção poderá excluir a responsabilidade e, por consequência, a indenização devida no caso de ruptura das negociações, mas não em relação àquele que o fez de má-fé. É o caso daquele que negocia com outrem com o fim específico de “distrá-lo” do mercado de fusões e aquisições; nessa hipótese, ainda que as partes tenham convencionado a exoneração das responsabilidades, esta não terá validade na medida em que for provado que um dos negociadores nunca teve a intenção de concluir o negócio.

Em relação à *common law*, basta afirmar que, assim como ocorre no Brasil, a cláusula, chamada de *no liability* ou *limitation of liability*, é aceita, mas apresenta limitações de validade similares às expostas acima, embora tratadas com linguagem diversa.⁴²¹ O Grupo de Trabalho, ao comentar as cláusulas de exoneração de responsabilidade, afirma que a sua validade e eficácia são geralmente admitidas, mas sujeitas às particularidades de cada sistema legal.⁴²² Há menção, no entanto, ao reconhecimento geral de sua inadmissibilidade no caso de ruptura fraudulenta da negociação.

Infelizmente, da análise dos casos referidos, não se observa um exame específico da validade da cláusula de exoneração, tampouco a sua utilização como fundamento para uma não indenização. O que se percebe é a referência a essa cláusula como um dos elementos levados em consideração no exame da vinculatividade do documento. Portanto, a intenção das partes de eliminar a indenização corrobora na análise da vinculação do documento.

O Caso Chromalloy continha cláusula expressa que excluía a responsabilidade das partes nos seguintes termos:

Neither party shall have any liability nor in any way be committed to the other on account of the proposed transaction unless a definitive Agreement is executed [...], and thereafter any liability shall be only under the terms of the definitive Agreement.

⁴²¹ Conclusão apresentada por FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393. Ver nesse sentido SCHIMDT, Johanna. *Les lettres d'intention*, *Int'l Bus L. J.*, p. 257-270, 2002, p. 261. A autora segue o mesmo entendimento ao ressaltar que a convenção pode ser considerada nula por ser contra as regras de ordem pública.

⁴²² FONTAINE, M.; LY, F. de. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 43.

Nesse caso, os julgadores examinaram diversos fatores da relação das partes e do próprio documento para concluir que ele não era vinculante, sendo que a vontade expressa de também excluir a responsabilidade contribuiu para tal conclusão.⁴²³

Outro caso da *common law* norte-americana em que cláusula similar estava envolvida é o chamado *Dunhill Securities Corp. v. Microthermal Applications, Inc.*⁴²⁴ Este envolvia uma carta de intenções firmada entre uma companhia que fazia uma oferta pública de ações e um terceiro que atuaria como o principal subscritor de tais ações, em um preço acordado. O documento continha referência expressa acerca da natureza não vinculante do documento, bem como da ausência de responsabilidade das partes:

Since this instrument consists only of an expression of our mutual intent, it is expressly understood that no liability or obligation of any nature whatsoever is intended to be created as between any of the parties hereto.

O subscritor, após esforços conjuntos das partes para concluir a oferta, desistiu de atuar como subscritor, tendo em vista a descoberta de procedimentos administrativos contra a ofertante junto à SEC. Em decorrência dessa desistência, a companhia houve por ajuizar uma ação judicial por quebra de contrato contra o subscritor, a qual foi julgada improcedente pela corte de Nova Iorque, fundamentando sua decisão tanto na clara linguagem contida no documento, como no fato de que aquele tipo de documento era comum no ramo de ofertas públicas. Trata-se de um caso largamente citado pela doutrina norte-americana para afirmar o reconhecimento de que um *gentlemen agreement* é “no-law”.⁴²⁵ Nesse caso foi reconhecido que o documento não gerava efeitos e, por consequência, a disposição de que as partes não poderiam ser responsabilizadas reforçou essa disposição.⁴²⁶

Já no caso brasileiro Caso Eversystems, encontra-se cláusula de exoneração específica em relação à indenização decorrente da desistência do negócio, estipulando que caso esta ocorresse, em qualquer fase da negociação, não haveria o dever de indenizar. Porém, esta foi, aparentemente, ignorada pelos julgadores. Embora a potencial compradora, a qual rompeu de forma injustificada as negociações, não tenha sido condenada ao pagamento de indenização, a decisão não se baseou na referida convenção, e sim no fato de não ter sido comprovado dano. Infere-se que, caso houvesse dano, ela teria sido condenada a indenizar. Lembre-se que, nesse

⁴²³ Observe-se trecho da decisão: “In light of all the written disclaimers of contractual liability which were made, any reliance on the existence of a joint venture agreement was unreasonable.”

⁴²⁴ 308 F. Supp. 195 (S.D.N.Y 1969).

⁴²⁵ BERNSTEIN, H.; ZEKOLL, J. The gentleman’s agreement in legal theory and in modern practice: United States. *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, v. 26, n. 1990, p. 87–110, 1998, p. 98.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 98.

caso, o documento foi considerado vinculante e, por consequência, constatado que a convenção estava contida em um verdadeiro contrato e não em mero documento preliminar.

Por conseguinte, tem-se que a cláusula de exoneração de responsabilidade é aceita pelo sistema jurídico brasileiro para tratar de responsabilidade contratual,⁴²⁷ mas há divergência quando se trata de responsabilidade extracontratual. O escasso número de casos envolvendo documentos preliminares que incluem tal convenção prejudica o desenvolvimento de jurisprudência sobre o tema, sendo que, quando identificado, os julgadores tendem a se centrar na questão da vinculatidade, ignorando a cláusula de exoneração de responsabilidade, deixando de examinar sua validade.

⁴²⁷ Veja-se que ao citar os princípios aplicáveis aos documentos preliminares para evitar dúvidas futuras, Marilda Rosado de Sá cita expressamente a exoneração de responsabilidade, ao lado de uma redação clara, da negociação de boa-fé, da confidencialidade e da liberdade de contratar. Ver RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas de negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino. (Org.). *Contratos Internacionais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 251-282.

CONCLUSÃO

Não há dúvida de que os documentos preliminares constituem uma etapa incontestável nas operações de fusões e aquisições. A compreensão de seus efeitos jurídicos é de extrema relevância, uma vez que, conforme se demonstrou, exercem importante papel para determinar a natureza da relação existente entre as partes.

A análise desses documentos inicia-se com a identificação do momento do período pré-contratual em que eles foram firmados e da intensidade da relação das partes.

Viu-se que durante a fase das tratativas as partes devem, necessariamente, agir sob os preceitos da boa-fé. Isso significa que deveres como o de informação, de omissão e de segredo devem ser observados, sob pena de a parte que não atentar para eles vir a responder por eventuais danos. As negociações que ocorrem nesse momento do processo contratual se realizam sob a premissa de que qualquer uma das partes pode rompê-las, com base na liberdade de não contratar. A intensificação dessas negociações, que poderá ser verificada inclusive pela assinatura de um documento preliminar, pode limitar essa liberdade.

Ao realizar-se a comparação dos documentos preliminares com figuras jurídicas afins que são socialmente (e algumas legalmente) típicas, foi possível trazer os elementos que os diferenciam. A proposta, por exemplo, situa-se em um segundo momento do período pré-contratual, produzindo necessariamente efeitos de vinculabilidade ou vinculatividade, ao passo que o contrato constitui vínculo contratual que, normalmente, se pretende evitar ao firmar um documento preliminar. O mesmo se pode afirmar sobre o contrato preliminar, o qual, embora muitas vezes confundido com o documento preliminar, por ter algumas características semelhantes (como dar segurança às partes e ser de caráter provisório), constitui documento definitivo que gera efeitos jurídicos contratuais entre as partes.

As figuras da carta-conforto e da minuta, conforme se demonstrou, não contam uma regulação legal específica, assim como os documentos preliminares, mas têm finalidades distintas das desses instrumentos. A primeira, dentre as diversas formas que pode tomar, tem como objetivo principal propiciar segurança à instituição financeira acerca da capacidade de pagamento de terceiro, para que a este seja concedido crédito. Já a segunda constitui o projeto do contrato que será firmado, com todos os seus elementos.

Uma vez identificado o grau do dever de boa-fé incidente na relação e não se tratando de nenhuma das figuras mencionadas, ele deve ser enquadrado na definição que se propôs no presente estudo, a qual concebeu o documento preliminar como um instrumento que contém

um acordo de vontades, composto por declarações não negociais (atos jurídicos em sentido estrito), as quais poderão gerar efeitos obrigacionais de graduação variada.

A definição proposta centrou-se no “acordo de vontades”, já que as partes de forma voluntária resolvem firmá-lo, assim como na possibilidade de geração de efeitos obrigacionais de graduação variada. Dessarte, não se individualizou um único efeito que sempre será gerado por esses documentos, tampouco se afirmou que isso sempre ocorrerá, devido à diversidade de formas que eles podem tomar.

As declarações não negociais contidas no documento geram, em princípio, apenas efeitos indiretos, quais sejam, os deveres de proteção pautados na boa-fé. Essas declarações não são vistas socialmente como destinadas a gerar efeitos jurídicos diretos. Ora, como se ponderou ao longo do presente trabalho, as partes que os firmam acreditam que eles não geram efeitos jurídicos. E, de fato, eles não geram efeitos jurídicos diretos, não constituindo um vínculo contratual. Contudo, eles podem gerar certos efeitos, ainda que indiretos, os quais não serão necessariamente os efeitos queridos pelas partes, por estarem, muitas vezes, fora do alcance da vontade delas, pois se aplicam à relação por força jurídica.

Caso seja identificado que o documento apresenta uma das duas finalidades apontadas como socialmente típicas – o registro das negociações e dos pontos já negociados –, os efeitos do documento já serão conhecidos. As partes terão a obrigação de negociar de boa-fé e de respeitar os pontos já negociados no contrato a ser firmado, respectivamente.

A análise dos efeitos do documento preliminar é concluída ao se verificar a validade e os efeitos das cláusulas nele incluídas. Como se mostrou, muitas são alvo de discussões, tanto pelo seu próprio conteúdo como pelo fato de se encontrarem em um documento preliminar.

A cláusula que estipula que o próprio documento não gerará efeitos jurídicos é controversa, uma vez que, embora esteja respaldada pela autonomia da vontade, é limitada pelos demais fatores que envolvem a relação. Viu-se que tal estipulação não será o fator determinante na decisão da vinculatividade contratual de um documento. Já as cláusulas que impõem condições, como se viu, normalmente tornam o documento preliminar um contrato firmado sob condição suspensiva.

As cláusulas que determinam que as partes negociem de boa-fé, por sua vez, podem ser úteis, na medida em que objetivem esse dever, exemplificando-o e restringindo-o. O mesmo se pode dizer da cláusula de “melhores esforços”, a qual, embora parte da doutrina entenda que se confunda com a boa-fé, nada acrescentando, também pode ser objeto de delimitação pelas partes, ao descreverem qual o comportamento que constitui melhores esforços.

Quanto à cláusula de exoneração de responsabilidade, embora existam divergências, pode-se afirmar que ela é válida nos documentos preliminares. Se respeitados os limites anteriormente referidos, em princípio, ela isentará o pagamento de indenização por parte lesada, desde que não seja identificada a má-fé.

Mostrou-se também haver um fator adicional que contribui para a dificuldade no trato dos documentos preliminares, que são as obrigações autônomas usualmente neles inseridas por mera conveniência das partes. Nesse particular, tratou-se daquelas que são muito frequentes – confidencialidade, exclusividade e divisão de despesas –, as quais ainda podem tomar infundáveis formas.

Como se demonstrou da análise dos casos, na hipótese de rompimento das negociações, usualmente uma das partes, para obter indenização, argumenta que o documento preliminar tratava-se, na verdade, de um contrato. Os tribunais acabam chegando à conclusão de que o instrumento criava vínculo contratual ou não, mediante o exame do comportamento das partes. Entendeu-se, nesse sentido, que a discussão deve centrar-se na figura do abuso de direito e que para haver responsabilidade pela ruptura das negociações deve ser identificada a confiança legítima na conclusão do negócio, o recesso injustificado e o dano.

Assim, chega-se à conclusão de que a vinculatividade do documento preliminar deve ser analisada sob o aspecto do grau de relação entre as partes e do seu conteúdo.

O relacionamento das partes, conforme foi amplamente demonstrado na análise dos casos, tanto na *common law* como no Brasil, centra-se no comportamento dos negociadores, o qual pode levar a uma conclusão diversa daquela que se chegaria ao analisar, tão somente, o conteúdo do documento. Os atos das partes têm papel extremamente relevante, pois não apenas auxiliarão na verificação da natureza do documento, como na verificação de se as partes observaram os deveres de proteção.

Algumas vezes, o comportamento e o conteúdo caminham no mesmo sentido, outras vezes não; qual deles controlará a solução para uma disputa dependerá de uma análise do caso concreto.

O conteúdo auxiliará, em um primeiro momento, na conclusão se se trata realmente de um documento preliminar ou de um contrato. Caso esteja se tratando de um instrumento preparatório, as cláusulas escolhidas pelos negociadores deverão ser analisadas, sob o ponto de vista de sua validade e de seus efeitos naquele tipo de documento. O conteúdo determinará também a tipicidade do documento. Caso sejam identificadas algumas das finalidades típicas, o registro das negociações ou dos pontos já negociados, podem-se aplicar imediatamente os efeitos típicos de cada uma dessas finalidades.

Portanto, tem-se que a identificação da natureza do documento é crucial para se individualizar os efeitos que dele vão decorrer. Ele pode não criar vínculo jurídico, criar um vínculo jurídico obrigacional, o qual terá eficácia de vinculação das partes aos deveres de proteção, independente de tais efeitos serem os almejados por elas (já que se trata de efeitos indiretos), ou pode até criar vínculo jurídico contratual, caso em que não se estará tratando de documento preparatório, e sim de verdadeiro contrato.

Diante do cenário exposto ao longo do presente trabalho, tem-se que a melhor ferramenta disponível para os negociadores contra a incerteza infiltrada nos documentos preliminares é uma redação clara, acompanhada de um comportamento consistente com ela.

Para se alcançar a redação clara, sugere-se a preambular exposição do contexto em que se firma o documento, situando-o exatamente na fase negocial em que as partes se encontram. É muito comum a utilização dos chamados “considerandos” para tal tarefa, expondo-se as motivações de cada parte para firmar o documento e alguns fatos preliminares ocorridos anteriormente. Em regra, os “considerandos” não fazem parte do documento, pois são preambulares, mas podem ser utilizados para interpretá-lo já que auxiliam na compreensão do contexto em que foi firmado.

Após o preâmbulo, entende-se que deve constar a disposição objetiva da intenção das partes em firmar o documento, culminando com a redação das cláusulas que o regerão. Estas devem ser bem redigidas, delimitando-se e descrevendo-se os deveres ambíguos, como o dever de negociar de boa-fé e de envidar os melhores esforços para determinado objetivo, atentando para deixar de fora as obrigações autônomas, que devem ser firmadas em instrumento próprio. Alternativamente, pode-se separar no próprio documento preliminar, de forma inequívoca, as obrigações vinculantes das não vinculantes. A referência expressa à vinculação de certas cláusulas e vice-versa é um excelente instrumento para registrar a intenção das partes.

Por fim, cabe sugerir a atualização dos documentos preliminares na medida em que a negociação se desenrole. Como foi possível visualizar ao longo do presente trabalho, entre o momento de assinatura do documento e a ruptura das negociações, muitas vezes há um longo lapso temporal. Nesse período a atitude das partes demonstra que suas intenções podem ter mudado, por motivações diversas, decorrentes de fatores externos ou internos e até de informações obtidas com a *due diligence*. A assinatura de um aditivo ao documento preliminar, ou até de um novo documento que o substitua, quando a situação e intenção são modificadas, é ideal para evitar conflitos futuros.

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. Le contrat individuel et sa definition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 327-350, Avril-Juin 1988.
- _____; DELFINO, Rossella. *Il contratto nel common law inglese*. 2.ed. Padova: Cedam, 1997.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio e alienação e garantia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ANDRADE, Fabio Siebeneichler. Causa e “consideration”, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 276-284, 1991.
- ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ATIYAH, P. S. *An introduction to the law of contracts*. 5.ed. Oxford: Clarendon, 1995.
- _____. *Promise, morals and law*. Oxford: Clarendon Press, 1981.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato, da compra e venda, do compromisso de compra e venda*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. VII.
- _____. *Contratos inominados ou atípicos*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- _____. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 87, p. 78-87, 1992.
- _____. A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. In: *Estudos e Pareces de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173-183.
- _____. Cláusula cruzada de não-indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. In: *Estudos e Pareces de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 198-207.
- _____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: *Estudos e Pareces de*

Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 148-158.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, tese no concurso para a cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, 1986.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Advocacia nas negociações internacionais, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, São Paulo, v. 5, p. 791, fev. 2012.

_____. *Dos contratos internacionais: uma visão prática e teórica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Formação do contrato internacional, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, São Paulo, v. 5, p. 807, fev. 2012.

BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n.769, p. 28-47, 1999.

_____. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BEBCHUK, Lucian; BEN-SHAHAR, Omri. A. Pre-contractual reliance. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 30, p. 423-457, 2001.

BEN-SHAHAR, Omri. Pre-closing liability. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 77, n. 4, 2010.

BENSON, Peter. The unity of contract law. In: BENSON, Peter (Org.). *The theory of contract law: new essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 118-205.

BERNSTEIN, H.; ZEKOLL, J. The gentleman's agreement in legal theory and in modern practice: United States. *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, v. 26, n. 1990, p. 87-110, 1998.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamonds industry. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 21, p. 115, 1992.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN Editora, 2003, t. I, III.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BLUM, A. Brian. *Contracts*. 4.ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. Noções gerais sobre as cartas ou protocolos de intenção. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 27, p. 293, jul. 2006.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Alterações no regime da execução das obrigações decorrentes

do compromisso de compra e venda. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 23, p. 14-22, 2011.

_____. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de Código Comercial, Lisboa, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 849-887, 2015.

_____. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUECHLER, G. B. The recognition of preliminary agreements in negotiated corporate acquisitions: an empirical analysis of the disagreement process. *Creighton Law Review*, Omaha, v. 22, p. 573–610, 1989.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. In: *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 25-49.

CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CARDENAS, Johathan. Deal jumping in cross-border merger & acquisition negotiations: a comparative analysis of pre-contractual liability under French, German, United Kingdom and United States law, *NYU Journal of Law & Business*, New York, v.9, p. 941-975, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COHEN, Nili. Pre-contractual duties: two freedoms and the contract to negotiate. In: BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel. *Good faith and fault in contract law*. New York: Oxford, 1997. p. 25-56.

COLLINS, Hugh. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. In: *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 1-24.

COMPARATO, Fabio Konder. *Novos ensaios e pareceres de Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CÔTÉ, R. Les gentlemen's agreements à l'ère technologique. *McGill Law Journal*, Montreal, v. 34, p. 336–353, 1989.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. *Obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Principes fondamentaux de la responsabilit  civile en Droit Brésilien et Comparé* (cours fait à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Saint Maur), Porto Alegre, 1988, datilografado.

CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais: cláusulas típicas*. Campinas: Millennium Editora, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de n o indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

DRAETTA, Ugo. Precontractual documents in merger or acquisition negotiations: an overview of the international practice. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Chapel Hill, v.16, p. 45-68, 1991.

_____; LAKE, Ralph. Letters of intent and precontractual liability. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, London, n. 7, p. 835-868, 1993.

EISEMANN, Pierre Michel. Le gentlemen's agreement comme source du Droit international, *Journal du Droit International (Clunet)*, p. 326-348, 1979.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no Direito Civil*. S o Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FANDINO, Mariana Bernal. El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium. *Rev. Colombia Derecho Int*, Bogotá (Colombia), n. 13, p. 291-321, novembro 2008.

FARNSWORTH, E. Allan. On trying to keep one's promises: the duty of best efforts in contract law. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburg, v. 46, 1984.

_____. Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, New York, v. 87, n. 2, p. 217-293, March 1987.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a viola o positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: *Conversa sobre Autonomia Privada*, Canela. Cadernos do IEC, Canela, v. 6, 2015, p. 21-33.

_____. *Reciprocidade e Contrato*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exonera o e de limita o de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato Preliminar: segurança de contratar. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*.

2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283-342.

FLETCHER, George; SHEPPARD, Steve. *American Law in a Global Context*. New York: Oxford, 2005.

FONTAINE, Marcel. Best efforts, reasonable care, due diligence et règles de l'art dans les contrats internationaux. *International Business Law Journal*, p. 983-1027, 1998.

_____.; LY, F. de. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006.

_____. Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux. *International Business Law Journal*, v. 3, 1991.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

FRADERA, Véra Jacob de. A influência do Direito francês no Direito brasileiro atual. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.); et. *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudo em homenagem à Jacqueline Morand-Deville*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 268-278.

_____. A recepção do conceito de gentlemen agreement pelo Direito brasileiro, uma das transformações do direito das obrigações? In: MOTA, Maurício Mota; KLOH, Gustavo (Org.). *Transformações contemporâneas do Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 577-593.

_____. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.136, p. 169-180, out./dez. 1997.

FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2012.

FULLER, Lon L.; EISENBERG, Melvin Aron. *Basic Contract Law*. 8.ed. New York: Thomson/West, 2006.

FURMSTON, Michael. Letters of Intent. In: BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin. *Contract formation and parties*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 17- 36.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 7.ed. Saint Paul: West Group, 1999.

GAUGHAN, Patrick A. *Mergers, acquisitions, and corporal restructurings*. 4.ed. New Jersey: John, Wiley & Son, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

_____. *Transformações gerais do Direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

HOGG, Martin. *Promises and contract law: comparative perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HOLMES, Wendell H. The freedom not to contract. *Tulane Law Review*, v. 60, p. 751-798, 1985-1986.

IUDÍCIBUS, Sérgio; et al. *Manual de contabilidade societária*. São Paulo: Atlas, 2010.

JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JUNIOR, Eduardo Santos. Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato. *ROA*, ano 57, p. 566-604, 1997.

LAKE, Ralph B. Letters of intent: a comparative examination under English, U.S., French, and West German law. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 18, p. 331-354, 1984.

_____; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents*. 2.ed. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1989.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante. *Revista de Direito Bancária e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 13, p. 207-216, jul-set 2001.

_____. Protocolo de intenções sem força obrigatória. In: *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004. p. 401-410.

LEVASSEUR, Alain A. *Le contrat en droit américain*. Paris: Dalloz, 1996.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

LONG, Lawrence S. Best efforts as diligence insurance: in defence of a <Profit "Uber Alles">, *Columbia Law Review*, v. 86, 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, t. I.

LUPION, Ricardo Garcia. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem de Mediação*, São Paulo, v. 25, p. 11-39, abr-jun 2010.

_____. A noção de contrato na história dos pactos. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito: (Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 497-513.

_____. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, Porto Alegre, ano XVI, março 1989.

_____. As cartas de intenção no processo formativo de contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.10, p. 39-55, 1994.

_____. *Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro*, 31 de março de 2004. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro>> Acesso em: 15 de outubro de 2015.

MAYNARD, Therese H. *Mergers and acquisitions: cases, materials, and problems*. New York: Aspen Publishers, 2005.

MELLO, Vera Helena de. *Manual de Direito Comercial*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, Campinas: Bookseller, 2000, v. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*. 2ª parte. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOSS, Giuditta Cordero. The function of letters of intent and their recognition in modern legal systems. In: SCHULZE, Reiner. *New features in contract law*. Sellier European Law Publishres, 2007. p. 139-159.

NORONHA, André Navarro. *As cartas de conforto*. COIMBRA: Coimbra Editora, 2005.

PARGENDLER, Mariana. *Evolução do Direito societário: lições do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PARK, Rob. Putting the “best” in best efforts. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, p. 705-729, 2006.

PEEL, Edwin. Agreements to negotiate in good faith. In BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin. *Contract formation and parties*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 37-60.

PÉLOQUIN, Louis; ASSIÉ, Christopher K. Le lettre d’intention. *Revue Juridique Thémis*, Montréal, v. 40, p. 175-204, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I, II e V.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2011.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas de negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino. (Org.). *Contratos Internacionais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 251-282.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Estrutura clássica e moderna da obrigação. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). *Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 285-314.

_____. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990.

_____. Les lettres d'intention, *International Business Law Journal*, p. 257-270, 2002.

_____. Preliminary agreements in international negotiation. *Houston Journal of International Law*, Houston, v. 6, p. 37-62, 1983.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Precontractual liability and preliminary agreements. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 120, n. 3, p. 661-707, January 2007.

SHEINMAN, Hanoch. *Promises and agreements: philosophical essays*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STRAUB, Thomas; CAVALIER, Georges. Comparing civil law and common law systems for mergers and acquisitions: an economic analysis. *US-China Law Review*, New York, v. 7, n.

2, feb. 2010.

TEEVEN, Kevin M. *A history of the anglo-americano common law of contract*. Westport: Greenwood Press, 1990.

TEMKIN, H. L. When does the “fat lady” sing?: an analysis of “agreements in principle” in corporate acquisitions. *Fordham Law Review*, New York, v. 55, p. 125–171, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual. In: *Soluções Práticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 151, nov. 2011.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação ente contratantes e terceiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *A cláusula de melhores esforços nos contratos*. 12 de janeiro de 2003, Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI936,91041-A+clausula+de+melhores+esforços+nos+contratos>>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 126, p. 31-36, 2003.

WITEK, Keith E. Drafting a more predictable letter of intent: reducing risk and uncertainty in a risky and uncertain transaction. *Texas Intellectual Property Law Journal*, Houston, v. 9, p. 185-229, 2001.

WOLF, Lutz-Christian. *The law of cross-border business transactions: principles, concepts and skills*. Netherlands: Wolters Kluwers, 2013.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZANETTI, Robson. *Da promessa de fato de terceiro*. Disponível no website: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1594>. Acesso em 31 de agosto de 2015.