

Nº 0932

FABIO KONDER COMPARATO  
Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Doutor em Direito da Universidade de Paris

NOVOS  
ENSAIOS E PARECERES  
DE  
DIREITO EMPRESARIAL

FORENSE  
Rio de Janeiro  
1981

## A — Controle Societário

## 1

REFLEXÕES SOBRE AS PROMESSAS DE CESSÃO  
DE CONTROLE SOCIETÁRIO

1. Os negócios de cessão de controle de sociedade vão ocupando, pela sua freqüência e importância, espaço cada vez maior na crônica judiciária. Os profissionais do Direito são, assim, levados a se familiarizar com uma realidade negocial que apresenta aspectos inteiramente novos, em relação à dogmática inveterada, exigindo a reanálise de concepções e instituições jurídicas à luz de exigências econômicas. No curso desse trabalho inventivo ou de adaptação, nem sempre se logram obter soluções harmoniosas.

As reflexões que se seguem focalizam um dos aspectos dessa nova problemática, no campo das promessas de contratar cessão de controle. O raciocínio não se desenvolveu, em minha mente, num espaço puramente lógico de deduções abstratas, a partir de uma hipótese artificial, mas corresponde, antes de tudo, ao esforço de solução de um problema concreto, objeto de litígio judicial.

2. Começo, pois, pela qualificação do conflito de interesses que constituiu objeto desse litígio. Estabeleceu-se ele em torno de um instrumento negocial, denominado pelas partes "contrato preliminar".

Tal expressão representa um conceito genérico, recobrando várias modalidades específicas. Ela designa exatamente o que exprime. Trata-se de um contrato, isto é, de um acordo de von-

tades tendente a constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial; e de um acordo de vontades preliminar, porque referente, sempre, a um contrato definitivo, a ser concluído ulteriormente.

Como modalidades de contrato preliminar, citam-se, entre outros, os contratos normativos ou contratos-tipo, os pactos de preferência e as promessas de contratar.

O chamado contrato normativo, ou *convention-loi* para os franceses, não tem por objeto uma obrigação de contratar, nem muito menos determinada ou determinadas prestações ligadas a uma relação jurídica já criada, mas apenas regras a serem observadas, se e quando forem concluídos futuros contratos, ditos individuais, entre as mesmas ou outras partes. Quando o contrato normativo estipula a redação final de todas ou das mais importantes cláusulas dos contratos individuais, costuma-se falar em contrato-tipo.

Os pactos de preferência distinguem-se das opções, porque nestas já há, perfeito e acabado, um dos elementos do acordo de vontades definitivo, que é a oferta irrevogável de contratar. Basta, ao titular da opção, manifestar a sua vontade concordante no prazo, para que se aperfeiçoe o contrato definitivo. A opção é, pois, um contrato definitivo semicompleto. No pacto de preferência, diferentemente, estipula-se a obrigação, para uma das partes, de fazer, preliminarmente, sua oferta de contrato definitivo à outra, se e quando se decidir pelo contrato definitivo, que não é, por conseguinte, obrigatório. Ademais, a parte beneficiada pela preferência só tem direito a aceitar, prioritariamente, a oferta definitiva em igualdade de condições, o que supõe um concurso de interessados.

Já no contrato preliminar sob a modalidade de promessa de contratar, diferentemente dos demais, as partes se obrigam, efetivamente, a concluir um contrato definitivo.

3. Ora, a primeira verificação que não pode deixar de fazer qualquer observador atento da realidade social é que a utilidade, e mesmo a necessidade prática, dos contratos preliminares aumentam de modo considerável, hodiernamente. Cláusulas-tipo no grande comércio internacional ou no direito coletivo do trabalho

são, sempre mais freqüentemente, acordadas no seio de organismos interprofissionais, quando não são patrocinadas por órgãos públicos no quadro de incentivos econômicos. Multiplicam-se os pactos de preferência, tanto isoladamente quanto no conjunto de convenções do mais variado tipo. As promessas de contratar, cuja escassa ocorrência não justificava, no passado, a edição de nenhuma norma estatal específica, passam a ser objeto de leis e regulamentos administrativos sempre mais complexos e minuciosos.

Quais os fatores sociais responsáveis por essa tendência?

De um lado, a necessidade de standardização dos contratos em série, fruto da produção industrial em massa e do consumo coletivo, como modos de ser típicos da vida em sociedade, numa civilização industrial. Daí o surgimento dos contratos normativos (contratos-tipo ou contratos dirigidos) e da modalidade de conclusão contratual por adesão, figuras inteiramente desconhecidas da era pré-industrial.

Por outro lado, é também responsável por essa tendência à multiplicação de contratos preliminares — já agora dos tipos pacto de preferência e promessa de contratar — a complexidade crescente dos bens ou interesses objeto das prestações contratuais. O que está em jogo não é, apenas, a circulação de coisas simples, ou conjuntos de coisas decomponíveis em elementos simples, mas complexos organizados e em funcionamento, dotados de uma dinâmica própria, como são as unidades empresariais ou os conjuntos de empresas. Aqui, a complexidade não é tão-só dos bens em si, mas também dos titulares de interesse, envolvidos no prosseguimento da exploração empresarial. Uma cessão de controle acionário não é suscetível de afetar apenas acionistas minoritários ou não-controladores, mas também o conjunto dos empregados, os fornecedores, a clientela, o mercado em geral. Pode afetar, igualmente, o Poder Público, seja como Fisco, seja enquanto órgão estatal encarregado da formulação ou do controle da política econômica (Conselho de Desenvolvimento Industrial, Banco Central do Brasil, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, Conselho Administrativo de Defesa Econômica e tantos outros).

No caso que suscitou as presentes reflexões, tinham as partes em vista não um simples trespasse de estabelecimento ou de estabelecimentos isolados (que já representam, em si mesmos, um complexo de bens), mas a cessão global do controle de uma companhia, dedicada à exploração mercantil no setor da distribuição de bens de consumo, por meio de 36 lojas instaladas e em funcionamento. Trata-se, em última análise, da cessão do poder de disposição sobre uma empresa, que é, por definição e essência, uma realidade dinâmica e cambiante, sujeita em sua avaliação econômica não apenas a influências de conjuntura geral, mas a variações quotidianas de mercado.

4. Compreende-se, portanto, que, de modo geral, esse conjunto de fatores tenha acrescido a importância do chamado *procedimento negocial*, tanto na unidade quanto na pluralidade de negócios. No moderno direito contratual, a distinção entre *procedimento* e *relação negocial* assume uma função analítica em tudo semelhante à que intercorre entre processo e procedimento, a qual inaugurou, como sabido, a moderna teoria do direito processual.

O procedimento negocial, enquanto ordenação regular de atos tendentes à criação, modificação ou extinção de uma relação negocial, só era considerado na hipótese de essa relação envolver um só negócio jurídico, mais precisamente, um só contrato. Ainda assim, toda a atenção voltava-se para a troca de proposta e aceitação, no contrato bilateral, notadamente por correspondência, negligenciando-se a fase anterior, das negociações ou tratativas. O alongamento procedimental, em razão da crescente complexidade do objeto dos negócios (de que constitui conspícuo exemplo a cessão de controle empresarial), a par da criação da técnica das chamadas *punctações*, ou acordos progressivos sobre diferentes pontos do negócio a ser celebrado, deu ensejo, outrossim, ao reconhecimento, por via pretoriana, de uma responsabilidade pré-contratual. Os riscos, inerentes às negociações empresariais — de suspensão de créditos, de fortes oscilações de cotação em Bolsa, de violação de segredos profissionais, de represálias mercadológicas dos concorrentes, ou de interfe-

rência dos Poderes Públicos — são de tal ordem, que já se não podem mais ignorar, em termos de responsabilidade civil, as graves conseqüências econômicas de uma ruptura abusiva de negociações.<sup>1</sup>

Por outro lado, a ampliação do procedimento negocial deu-se também, significativamente, na prática contemporânea, pela já referida multiplicação de contratos preliminares. Aqui, saímos da sucessão de atos que se fundem num mesmo contrato (proposta e aceitação, por exemplo), e entramos numa sucessão ordenada de contratos, que se inter-relacionam teleologicamente com uma unidade de escopo, sem perder a sua individualidade à medida em que vão sendo celebrados os contratos definitivos. O contrato normativo não se *resolve* nos contratos individuais, mas permanece em sua individualidade de “quadro contratual” (*Rahmenvertrag*, como dizem os alemães). A promessa de contratar não é elemento integrante do contrato definitivo, não dispensa a troca de consentimentos que forma este último, embora tenha esse fato aparecido, aos juristas que ainda não ingressaram mentalmente na era moderna, como duplicação desnecessária.

5. Mas qual a exata função das promessas de contratar? Para que servem elas, ou, em termos menos vulgares, qual a sua utilidade jurídica? É esta, de fato, a verdadeira questão a se propor, para a compreensão da estrutura técnica desse instituto e da sua diferença específica relativamente aos que se lhe assemelham. A indagação de ordem funcional, como advertira Vivante há meio século,<sup>2</sup> e como reconhece a atual dogmáti-

<sup>1</sup> Cf. Francesco Benatti, *A Responsabilidade Pré-Contratual*, trad. de Adriano Vera Jardim e Miguel Caeiro, Coimbra, Livraria Almedina, 1970; Jean-Christian Serna, *Le Refus de Contracter*, Paris, LGDJ, 1967.

<sup>2</sup> Agli studenti e agli studiosi — le due parole non sono sempre sinonime — che spesso mi chiedono consigli e temi per le loro dissertazioni, io non posso dare per guida che il metodo da me seguito. Non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto che è l'oggetto dei loro studi (...).

É uma slealtà científica, é un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella

ca,<sup>3</sup> constitui a grande orientação metodológica para a compreensão e aperfeiçoamento do sistema jurídico. Os contratos preliminares, em geral, lembrou Messineo,<sup>4</sup> são uma criação da prática negocial, não uma cogitação de gabinete. Os juristas e o próprio legislador deles se ocuparam *a posteriori* e muito tardiamente. Importa, pois, voltar-se sempre para a realidade vital, se se quiser julgar concretamente um conflito de interesses nessa matéria.

As promessas de contratar só podem ter uma função, que singelamente se exprime: tornar obrigatória a contratação, quando as partes não querem ou não podem contratar definitivamente, desde logo.

Importa acentuar que essa função assinala um procedimento negocial necessariamente bifásico: as partes não criam, imediatamente, uma relação definitiva, mas se obrigam a criá-la. A promessa de contratar não equivale a um contrato definitivo, mas tampouco se confunde com qualquer momento das tratativas ou negociações. A *reductio ad unum*, que freqüentemente volta à baila na discussão dogmática, é incompatível com a realidade prática, expressa pela função que as partes emprestam ao negócio.

Se as partes quisessem um contrato definitivo, embora de efeitos protraídos no tempo, poderiam perfeitamente recorrer à estipulação da condição suspensiva ou do termo inicial. Se não o fazem, é porque uma relevante razão de ordem prática as guia nesse comportamento.

6. Que razão é essa?

<sup>3</sup> Cf. Norberto Bobbio, “Dalla Struttura alla Funzione”, *Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milão, Edizioni di Comunità, 1977.

<sup>4</sup> “Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento”, *Enciclopedia del Diritto*, Milão, Giuffrè, 1961.

sua realtà. Se il diritto ha per iscopo di regolare gli effetti di un istituto, è evidente che lo studio pratico della sua natura deve precedere quello del diritto (prefácio à 5.<sup>a</sup> ed. do *Trattato di Diritto Commerciale*, Milão, 1929).

Fundamentalmente, é a falta de precisão sobre todos os elementos do contrato definitivo. Com efeito, se esses elementos todos já são conhecidos e constituem objeto do acordo das partes, a duplicação negocial é perfeitamente inútil: ou se faz, desde já, o contrato definitivo, ou não se faz contrato algum. Daí por que constitui, segundo me parece, evidente paralogismo a posição dos que sustentam que a obrigatoriedade das promessas de contratar depende de um acordo geral sobre todos os elementos do contrato definitivo; como se a multiplicação de promessas de contratar, nos dias que correm, se originasse de uma mania repetitiva ou de curioso vício de tartamudez jurídica.

Atente-se para a necessária ocorrência desses dois fatos: as partes querem, desde logo, vincular-se à celebração de um contrato definitivo, embora ainda não tenha esclarecido ou concordado com todos os pontos desse futuro contrato. É exatamente essa combinação de *obligatoriedade* e de *provisoriidade* que constitui a *ratio essendi* do negócio.<sup>5</sup>

Eis por que é a promessa de contratar o instituto ideal para realizar as cessões de controle acionário. Se, de um lado, os interessados querem vincular-se, rapidamente, à conclusão do negócio, para evitar as especulações e as interferências deletérias ao bom funcionamento da empresa — encurtando, assim, as tratativas, sempre suscetíveis de indébita revelação ao público —, por outro, é freqüentemente impossível chegar-se, em pouco tempo, a fixar contratualmente todos os elementos do negócio, dada a sua extrema complexidade.

As incertezas maiores costumam girar em torno do preço, que é, justamente, um dos *essentialia negotii* na compra e venda. Assim, ainda que as partes decidam não adotar as modernas técnicas complexas de avaliação de um *going concern*, como as dos chamados “modelos de comportamento”,<sup>6</sup> força é reconhecer a indispensabilidade prática da tomada em consideração de certos fatores, de difícil ou impossível mensuração a curto prazo. É o

<sup>5</sup> Cf. Jean Carbonnier, *Droit Civil*, t. IV, 6.<sup>a</sup> ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1969, p. 63.

<sup>6</sup> Cf. Félix Rosenfeld, *L'Évaluation des Actions*, Paris, Dunod, 1976, p. 69 e segs.

caso, por exemplo, da existência de passivos ocultos (as *hidden liabilities*, contra as quais a prática internacional exige garantias efetivas), ou de ativos inexistentes ou sem valor efetivo, não depreciados em balanço. É o caso, também, dos grandes contratos em curso de negociação ou das participações em concorrência pública, cujos resultados podem afetar substancialmente a vida da empresa. Aqui, interessa a ambas as partes vincular-se desde já à futura cessão de controle, mas essa obrigação recíproca costuma permanecer provisoriamente oculta (a fim de não alterar as bases da negociação em curso com terceiros, ou a participação na concorrência pública), além de existir uma incerteza substancial quanto ao valor efetivo do poder de controle, em termos de lucratividade da empresa, antes da solução dos eventos apontados.

Ora, em nosso Direito, o erro quanto ao preço ou valor em relação à qualidade da coisa, objeto da contratação, não é considerado como vício capaz de provocar a anulação do negócio, sobretudo quando as partes são do comércio.<sup>7</sup> Quando muito, dará ensejo, conforme as circunstâncias, a uma ação *quantum minoris* (Código Civil, art. 1.105). Uma razão a mais para que as partes, desejando tornar obrigatória uma cessão de controle acionário em que existe incerteza objetiva quanto ao valor global da empresa, vinculem-se pela promessa de contratar, sem fixar um preço definitivo.

7. Mas como determinar, praticamente, quando há promessa de contratar, ou quando há, apenas, tratativas ou negociações, sem conclusão de contrato?

<sup>7</sup> Cf. Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio, Livraria Francisco Alves Editora, 1976, p. 218-219; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, 3.<sup>a</sup> ed., Rio, Borsoli, § 437, 6.

Em acórdão de 26.3.1974, Dalloz, 1974, Somm. 80, a Câmara Comercial da Corte de Cassação francesa rejeitou uma ação de anulação de cessão de ações por erro substancial, consistente, segundo os autores, no fato de que haviam acreditado adquirir participação em empresa financeiramente em ordem, quando ela estava, de fato, insolvente. O tribunal afirmou que não houve erro quanto às qualidades substanciais da coisa,

Antes de adentrar na tão sofrida discussão do problema em direito comparado, convém, para clareza do debate, relembrar a distinção doutrinária (a que se procede, infelizmente, quase sempre por alusão) entre os três elementos componentes da estrutura de um negócio jurídico: essenciais, naturais e acidentais.

Do caráter de boa fé dos contratos consensuais, em direito romano, entre os quais se incluía a compra e venda, a *jurisprudencia* tirava a conclusão de que o juiz deveria admitir a existência implícita de todas as cláusulas de estilo, que decorreriam *naturalmente* da estrutura do negócio, as quais, num negócio *stricti juris*, haveriam de ser estipuladas (ou seja, expressamente declaradas). A declaração judicial supria, pois, em tal hipótese, a estipulação das partes (*tantum potest officium judicis quantum stipulatio*). A esse respeito, como sentenciou Ulpiano, *si nihil convenit, tunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate* (D. XIX, 1, 11, I).

O jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, como não poderia deixar de ser, apegou-se a essa invocação da *natureza*, que o pensamento jurídico romano herdara da filosofia grega. Os contratos, assim como quaisquer outros entes, têm uma natureza que lhes é própria, cabendo ao intérprete escrutá-la conceitualmente. Daí haver, naturalmente (é o caso de dizer), declarado o Código Napoleão, por evidente influência de Pothier, que “as convenções obrigam não apenas ao que nelas vem expresso, mas também a todas as conseqüências que a equidade, os usos ou a lei atribuem à obrigação, *segundo a sua natureza*” (art. 1.135).<sup>8</sup> Em disposição de sentido análogo, aliás, mandou o nosso Código Comercial que “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé e ao verdadeiro espírito e *natureza do contrato*”, devesse prevalecer “à rigorosa e restrita sig-

<sup>8</sup> Essa justaposição da natureza da obrigação aos “usos”, fundamental em matéria mercantil, faz lembrar a conhecida exclamação de Pascal: “J’ai grand peur que cette nature ne soit elle-même qu’une première coutume, comme la coutume est une seconde nature”.

mas erro quanto ao valor, tão-somente, o que não constitui razão suficiente para a anulação de uma venda.

nificação das palavras” (art. 131, 1). A pandectística alemã do século passado, desenvolvendo *ex abundantia* a idéia germinal que vinha desde os romanos, propôs uma classificação tripartida dos elementos do negócio jurídico: *essentialia*, sem os quais o negócio não pode existir (como a coisa ou o preço, na compra e venda); *naturalia*, que se consideram estipulados salvo cláusula contrária (a garantia contra a evicção, nos contratos comutativos pelos quais se transmite o domínio, a posse ou o uso, por exemplo); *accidentalialia*, que só se consideram pactuados mediante estipulação expressa (*v. g.*, a solvência do cedido, na cessão de crédito).

Explicitada a origem e o alcance dessa *summa divisio*, podem-se entender os termos da discussão doutrinária, em direito comparado.

8. É que os doutrinadores não deixam de mencionar, para ilustração de seu raciocínio a respeito, a posição antagônica do direito alemão, de um lado, e dos direitos austríaco e suíço, de outro.<sup>9</sup> A invocação do § 154 do BGB, quando não se apresenta como prova de conhecimento do idioma alemão para admiração da platéia, carrega sempre consigo o argumento de que a exigência de acordo sobre todos os pontos do contrato definitivo

<sup>9</sup> Em tradução livre: BGB, § 154: “Enquanto as partes não se puseram de acordo sobre todos os pontos de um contrato, os quais, ainda que segundo a declaração de vontade de uma só delas, devem ainda ser objeto de convenção, o contrato, na dúvida, não está concluído. O acordo sobre pontos determinados não se considera vinculante, mesmo que um instrumento tenha sido redigido. Se a documentação do contrato em vista ainda deve ser objeto de acordo, na dúvida o contrato não se considera concluído, enquanto essa documentação não for acordada”.

Código Civil Geral da Áustria, art. 885: “Se o documento formal ainda não foi redigido, mas os pontos principais já foram lançados em instrumento firmado pelas partes, esse texto fundamenta desde logo os direitos e obrigações a respeito do que nele se exprime”.

Código suíço das Obrigações, art. 2.º: “Se as partes concordaram sobre todos os pontos essenciais, o contrato se reputa concluído, ainda que tenha havido reserva sobre os pontos secundários. Na falta de acordo sobre os pontos secundários, o juiz decide, levando em consideração a natureza do negócio.”

não é incompatível com a utilização da promessa de contratar. Ao passo que, nos dois outros sistemas germânicos, basta o acordo sobre os pontos *essenciais* do contrato, para que ele se considere perfeito.

De se notar, de início, que a posição do atual direito alemão parece representar uma autêntica quebra de tradição, na linha do direito germânico. Com efeito, o antigo Código Geral da Prússia (*Allgemeine Landrecht*), de 1794, bem como o revogado Código saxão, continham disposições — as primeiras, talvez sobre a matéria, no direito ocidental — totalmente opostas à do § 154 do atual Código Civil alemão. O Código Geral da Prússia dispunha, com efeito, em seu § 120 (3.<sup>a</sup> Parte, Título V), que “uma punctação firmada pelas duas partes, da qual resulta um acordo recíproco sobre todas as condições essenciais do negócio, tem o mesmo valor que um contrato formal”; acrescentando, porém, que “se faltam à punctação as determinações essenciais ou se as partes se reservaram, expressamente, a discussão de certas condições acessórias, a punctação deve ser considerada como simples tratativa”. O art. 783 do antigo Código saxão dispunha que “o contrato está concluído quando as partes exprimiram suas vontades concordantes sobre os pontos do negócio em questão, os quais, segundo a lei ou a vontade das partes, são essenciais”. De forma mais desenvolvida, estatuiu o art. 827 desse mesmo Código: “Na hipótese da redação provisória dos pontos essenciais de um contrato que deve ser ulteriormente concluído em forma determinada, ou punctação, é preciso admitir, se essa punctação não é uma simples redação de negociações preparatórias, mas constitui um acordo sobre os pontos essenciais do contrato, que ela equivale desde logo, em si e por si, a um contrato obrigatório, e que os pontos acessórios que permaneceram indeterminados devem ser fixados quando o contrato for refeito na forma prevista. Se nenhum acordo sobre os pontos acessórios ocorrer, eles devem ser fixados conforme as prescrições legais sobre a natureza do negócio em questão e, se a lei é silente, segundo o arbítrio do juiz”.

Ademais, do § 154 do BGB os intérpretes estrangeiros — sem dúvida ignorantes dessa tradição germânica — costumam fazer uma leitura mais do que superficial. Dá-se, assim, por suposto justamente o que se deseja demonstrar, isto é, o caráter de ordem pública da citada norma. Ora, parece ter faltado, aos nossos “homens que sabem javanês”, uma meditação menos ligeira sobre essa questão, que é, de fato, essencial. Tal meditação, no entanto, desembocando sobre outra conclusão, nós a encontramos nos civilistas germânicos contemporâneos. Como salientou Karl Larenz,<sup>10</sup> por exemplo, “trata-se, unicamente, de uma regra de interpretação” (*Auslegungsregel*, isto é, acrescento eu, o contrário de uma norma de ordem pública). “As partes podem estipular que o contrato, com o seu conteúdo sobre o qual elas já estão de acordo, seja válido (ou seja, obrigatório), e que a regulação dos pontos secundários ainda em aberto seja deixada para um acordo ulterior”. E Larenz termina por apoiar a opinião de Flume, segundo a qual deve-se admitir que as partes tornaram obrigatório o contrato, quando elas, embora tenham querido deixar os pontos secundários para serem regulados ulteriormente, principiaram a execução do já avençado.

Afinal, a única diferença, juridicamente relevante, entre o direito alemão e os direitos austríaco e suíço, nesse particular, reside no fato de que, à *falta de declaração expressa ou de intenção implícita das partes*, o contrato não se considera perfeito e acabado, no direito alemão, enquanto não houver acordo sobre todos os pontos do seu conteúdo. E essa ressalva, importantíssima, costuma ser omitida na exposição do assunto, em direito comparado.

Verifica-se, pois, a relevância que assume na matéria a vontade dos contratantes, antes e acima de quaisquer formalismos. É o que se colhe, também, da análise de sistemas que não possuem regra legal específica a respeito, como o direito francês.

Analisando as condições para que uma proposta de contratar seja considerada obrigatória, dando nascimento ao con-

<sup>10</sup> *Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Munique, Verlag C. H. Beck, 1967, p. 509.

trato pela simples manifestação de aquiescência do oblato, a doutrina francesa aponta a existência de *indicações suficientes sobre os elementos essenciais do contrato proposto*.<sup>11</sup> Essa “suficiência” das indicações, como firmou a jurisprudência, não corresponde, necessariamente, a uma determinação precisa, mas à simples *determinabilidade dos essentialia negotii*. Como adverte Jean-Luc Aubert, em laureada tese, “si la mention des conditions essentielles est exigée pour la validité de l’offre, il n’en résulte pas que par un certain regain de formalisme, elle doive être rigoureusement précise. Ce qui est certain, et les auteurs en conviennent, c’est que les éléments du contrat futur doivent pouvoir être déterminés à partir des énonciations du contrat”.<sup>12</sup> No tocante ao preço, na compra e venda, como sentenciou a Corte de Cassação, o que se exige, apenas, para o aperfeiçoamento do contrato, é que o preço possa ser determinado pelos elementos que não dependem da vontade de uma das partes, ou da realização de acordos ulteriores.<sup>13</sup>

Em sentido contrário, a vontade das partes pode até “essencializar” elementos que não são indispensáveis à perfeição do contrato.<sup>14</sup> Essa mesma solução, aliás, tem sido dada também pelo Tribunal Federal suíço, em matéria de compra e venda: se as partes declaram indispensável o acordo sobre pontos objetivamente não-essenciais, ou se o juiz se convence de que elas não teriam considerado concluído o negócio sabendo que tais pontos não haviam sido acordados, afasta-se a aplicação do art. 2.º do Código das Obrigações.<sup>15</sup>

Como se percebe, há um largo consenso, em direito comparado, no sentido de que o problema crucial da determinação do momento de perfeição dos contratos seja, ele também, incluído

<sup>11</sup> Cf. Jean-Luc Aubert, *Notions et Rôles de l’Offre et de l’Acceptation dans la Formation du Contrat*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 57 e segs.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 62 e 63.

<sup>13</sup> *Chambre Commerciale*, aresto de 24.3.1965, Dalloz, 1965, p. 474.

<sup>14</sup> Cf. Jean-Luc Aubert, op. cit., p. 264 e segs.

<sup>15</sup> Cit. por Georges Scyboz e Pierre Robert Gilliéron, *Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés*, Lausanne, Ed. Payot, 1972, anotação ao art. 2, 1.ª alínea, do Código das Obrigações.

no vasto campo da autonomia da vontade, que anima toda a matéria negocial. O juiz, afinal, não afronta nunca a vontade dos contratantes, mas explicita-a de acordo com as indicações básicas constantes das próprias estipulações. Não se trata de surpreender as partes com o reconhecimento ou a rejeição de vínculos contratuais, mediante interpretações formais *stricti juris*, mas de aplicar o princípio do *pacta sunt servanda*, com base na mais ampla boa fé.

9. É o que ocorre, também, no direito brasileiro.

Para tomarmos a compra e venda — contrato definitivo que mais se aproxima de uma cessão de controle — tanto em matéria civil, quanto mercantil, o contrato se considera concluído assim que as partes se manifestam de acordo com a coisa e o preço (Código Comercial, art. 191; Código Civil, art. 1.126). No campo comercial, aliás, tal disposição não é isolada ou excepcional, mas representa mera aplicação do princípio geral expresso no art. 126 do Código de 1850: “os contratos mercantis são obrigatórios, tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e os reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária”. Objeto da convenção deve entender-se o bem ou interesse principal, sobre o qual incide a manifestação de vontade: para o comprador a coisa e para o vendedor o preço. A expressão “condições”, no texto do art. 191 do mesmo Código, não se refere a outros bens ou interesses, diversos dos *essentialia negotii*, mas aos próprios elementos do preço e da coisa, objeto principal do sinalagma contratual.

Importa assinalar que ambos esses elementos, na compra e venda, não precisam ser precisos e determinados, bastando a sua determinabilidade. Quanto à coisa, é expresso o Código Comercial em seu art. 192, figurando aí os lucros futuros a título meramente exemplificativo. Quanto ao preço, não são menos expressos os arts. 193 e 194. Houve quem afirmasse que essa fixação posterior do preço só seria admissível na hipótese de arbitragem por terceiro. Patente engano. O art. 194 do Código Comercial não pode ser interpretado isoladamente, em sua literalidade. Não

pode, sobretudo, ser destacado da norma do artigo anterior, a qual, claramente, admite — como regra legal interpretativa da vontade das partes — que elas “se sujeitaram ao que fosse corrente no dia e lugar da entrega”; prevalecendo, à falta de acordo, por ter havido diversidade de preço no mesmo dia e lugar, o termo médio. Em se tratando de coisa sem valor de cotação diária, recorrerá o juiz ao seu valor de mercado; inexistindo mercado para o bem em questão, valerá a estimativa individual de peritos.

Em suma, a exigência de determinação da coisa e do preço, na compra e venda, salvo estipulação expressa das partes a respeito, é manifestamente contrária ao ditado legislativo.

10. Ora, se a autonomia da vontade, dentro do princípio da boa fé contratual e longe de interpretações *stricti juris*, representa a regra da boa razão em matéria de conclusão de contratos definitivos, muito mais o será no tocante aos contratos preliminares. Não só porque estes se inserem numa fase procedimental anterior, mas também porque obedecem, como salientado, a exigências práticas atinentes à complexidade e à impossibilidade de determinação antecipada de todos os elementos do negócio.

Objeto da promessa de contratar não é o adimplemento de prestações típicas de um contrato definitivo (transferência da propriedade da coisa e pagamento do preço na compra e venda, por exemplo), mas a conclusão de *determinado contrato*. Por conseguinte, a certeza e determinação, inerentes ao conteúdo contratual, dizem respeito ao contrato definitivo a concluir, não às prestações que lhe formam o conteúdo. O que invalida a promessa de contratar não é, absolutamente, a indeterminação das prestações do contrato a ser celebrado, mas sim o fato de se deixar a fixação do conteúdo dessas prestações ao arbítrio exclusivo de uma das partes (Código Civil, arts. 115, *in fine*, e 1.125).

11. Por outro lado, uma coisa é saber se uma promessa de contratar é válida e eficaz (e, portanto, obrigatória); outra coisa é saber se ela comporta execução específica. Não se podem mis-

turar ambas as indagações, sob pena de estabelecer, como ocorreu nos sucessivos julgamentos da espécie, lamentável confusão.

Uma promessa de contratar que preencha os pressupostos e requisitos gerais do ato jurídico válido (Código Civil, arts. 82 e 147) é obrigatória, *ainda que não apresente as condições específicas de validade do contrato definitivo*. O seu inadimplemento acarreta, para a parte culpada, responsabilidade por perdas e danos, de acordo com a regra geral do art. 1.056 do Código Civil. Assim, se Tício promete ceder a Caio o controle de uma companhia, sem fixar preço e sem especificar se se trata de controle direto ou indireto, se tal cessão far-se-á por transferência de ações da própria companhia ou de sociedade controladora desta, ou se haverá apenas convenção de voto em acordo de acionistas, essa promessa de contratar é plenamente válida e eficaz, gerando o direito a perdas e danos pelo seu descumprimento, mesmo que a possibilidade de execução específica não venha a ser reconhecida (pela indeterminação da forma de cessão do controle).

Entre nós, essa execução específica é regulada desde o Código de Processo Civil de 1939. No atual Código, os arts. 639 e 640, evidentemente calcados no texto do art. 2.932 do Código Civil italiano de 1942, impõem as seguintes *condiciones juris* para essa execução: a) possibilidade jurídica; b) não exclusão da execução específica pelo título; c) cumprimento da contraprestação, ou oferta real de cumpri-la, quando se tratar de “contrato que tenha por objeto a transferência de propriedade de coisa determinada, ou de outro direito”.

O único requisito que demanda maiores explicações é o primeiro. Trata-se, obviamente, como salientou um comentarista do Código peninsular,<sup>16</sup> de se examinar juridicamente, e não de fato, se o contrato em questão é suscetível de execução específica. Entendo que essa possibilidade jurídica é de duas ordens.

<sup>16</sup> Gian Antonio Micheli, in *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, livro Sexto, *Tutela dei Diritti*, arts. 2.910-2.969, Bolonha, Nicola Zanichelli e Roma, Soc. del Foro Italiano, 2.<sup>a</sup> ed., 1972, p. 191.

Em primeiro lugar, o preenchimento, pela promessa de contratar, dos requisitos de validade de qualquer ato jurídico, o que já foi assinalado. Em segundo lugar — e é esta a diferença específica — a existência das condições de obrigatoriedade do contrato definitivo, o que supõe, como procurei demonstrar acima, a *simples determinabilidade dos seus elementos essenciais*.

12. Resumindo e concluindo, temos que os negócios de cessão de controle, pela sua complexidade e importância, costumam exigir um procedimento negocial mais longo, não podendo as partes determinar, desde logo, todos os seus elementos. Por outro lado, a necessidade de se preservarem os interesses das partes e da empresa, que podem vir a ser afetados pela falta de sigilo, impõe uma solução rápida para as negociações.

Tais exigências, aparentemente contraditórias, são conciliadas com o recurso à técnica das promessas de contratar, que combinam obrigatoriedade e provisoriedade.

Objeto da promessa de contratar não é o adimplemento de prestações típicas de um contrato definitivo, mas a conclusão de determinado contrato. Portanto, a certeza e determinação, inerentes ao conteúdo de qualquer relação contratual obrigatória, dizem respeito ao tipo de contrato definitivo a concluir, não às prestações deste.

Por último, assinale-se que nem toda promessa de contratar obrigatória preenche os requisitos necessários para a sua execução forçada específica, tal como estatuído nos arts. 639 e 640 do Código de Processo Civil. A inexistência dessas condições de admissibilidade de execução específica faz com que o inadimplemento da promessa de contratar se resolva em perdas e danos, de acordo com o princípio geral do art. 1.056 do Código Civil.

## A CESSÃO DE CONTROLE ACIONÁRIO É NEGÓCIO MERCANTIL?

A resposta primeira e quase de instinto à indagação assim formulada parece ser afirmativa. Não é, afinal, a sociedade anônima mercantil pela forma, regendo-se pelas leis e usos do comércio, qualquer que seja o seu objeto social (Lei n.º 6.404, de 1976, art. 2.º, § 1.º)? Não vem o negócio de cessão de controle acionário contemplado expressamente na lei de sociedades por ações?

Essa reação imediata e instintiva à questão proposta revela-se, porém, inaceitável à razão jurídica, após exame mais detido. Pelo menos aqui, não tem aplicação o conselho paradoxal de Talleyrand: *méfiez-vous de la première idée, parce qu'elle est la bonne*.

Afastese, desde logo, qualquer tentação de se enveredar, para a solução do problema proposto, pelos ínvios caminhos que envolvem a impropriamente chamada unificação do direito privado. Não se há de cuidar, aqui, de questões meramente doutrinárias ou de suputações *de iure condendo*. Tem-se que raciocinar e decidir em face do sistema jurídico em vigor, independentemente de um juízo de valor acerca de sua perfectibilidade lógica ou conveniência histórica.

Pode-se, até mesmo, fazer abstração do sistema normativo que se convencionou denominar direito comercial. Com efeito, este compreende, segundo o mais largo consenso doutoral, várias matérias que se não compendiam num só corpo normativo — como sociedades por ações, letras de câmbio e notas promiss-