

**Paula A. Forgioni
Arthur Barrionuevo Filho
José Augusto Fontoura Costa
Danilo Rafael da Silva Mergulhão**
COORDENADORES

FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DE EMPRESA

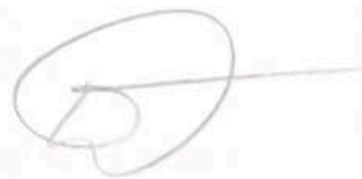
COLABORADORES

Alessandra Forgioni	João Victor de Oliveira Rodrigues
Alexandre Evaristo Pinto	José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins
Ana Thereza Mantovanini Aguiar	Julia Ascoli Gomes Ferreira
André Silva Seabra	Julia Tamer Langen
Arthur de Paula Lopes Almeida	Juliana Rocco Nunes
Arthur Motta Milanezi	Livia Maria de Souza Crepaldi
Bruno Salama	Lóren Cristine Ribeiro Dias
Camila Otani Nishi	Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros
Celso Henrique Cadete de Figueiredo	Luciano Fialho de Pinho
Daniela Maria Rosa Nascimento	Marcello Uriel Kairalla
Danilo Rafael da Silva Mergulhão	Marcelo Godke Veiga
Denny Militello	Marco Aurélio Fernandes Garcia
Eduardo Baptista Viera de Almeida Filho	Maria Beatriz Grella Vieira
Eduardo Palma Pelegrinelli	Maria do Céu Marques Rosado
Felipe Bonsenso Veneziano	Pedro Cordelli Alves
Felipe Lima Matthes	Pedro Pacífico
Felipe Napolitano Marotta	Pedro Rebello Bortolini
Filipe Antônio Marchi Levada	Reinaldo Velloso dos Santos
Francisco de Godoy Bueno	Thais Vieira de Souza Pereira
Gabriela Barrionuevo B. dos Santos	Thiago Spercel
Gabriela Vieira	Victor Gasparoto Mallofré Segarra
Glauco da Rocha	Victória Baruselli Cabral de Melo
Guilherme Franco	Vitor Mendes Costa Pinto
Ivo Bari Ferreira	

JURUÁ
EDITORIAL

Ao amigo Pedro,
 Espero que goste da
 obra.
 Lúcia Vieira

10000
DT. COMERCIAL



FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DE EMPRESA

10000

Visite nossa página na web
www.editorialjurua.com
e-mail: internacional@jurua.net

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Jurua Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

JURUÁ
EDITORIAL

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Tel: +55 (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

ISBN: 978-989-712-609-3

Depósito Legal: 457947/19

Editores: Luiz Augusto de Oliveira Junior
Francine Marie Carvalho de Oliveira

FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DE EMPRESA

Fundamentos econômicos do direito de empresa / coord. Paula A. Forgioni...
[et al.]. – (Derecho penal)
ISBN 978-989-712-609-3

I – FORGIONI, Paula A., 1967-

CDU 347

00044

Paula A. Forgioni
Arthur Barrionuevo Filho
José Augusto Fontoura Costa
Danilo Rafael da Silva Mergulhão
Coordenadores

FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DE EMPRESA

Colaboradores

Alessandra Forgioni	João Victor de Oliveira Rodrigues
Alexandre Evaristo Pinto	José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins
Ana Thereza Mantovanini Aguiar	Julia Ascoli Gomes Ferreira
André Silva Seabra	Julia Tamer Langen
Arthur de Paula Lopes Almeida	Juliana Rocco Nunes
Arthur Motta Milanezi	Livia Maria de Souza Crepaldi
Bruno Salama	Lôren Cristine Ribeiro Dias
Camila Otani Nishi	Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros
Celso Henrique Cadete de Figueiredo	Luciano Fialho de Pinho
Daniela Maria Rosa Nascimento	Marcello Uriel Kairalla
Danilo Rafael da Silva Mergulhão	Marcelo Godke Veiga
Denny Militello	Marco Aurélio Fernandes Garcia
Eduardo Baptista Viera de Almeida Filho	Maria Beatriz Grella Vieira
Eduardo Palma Pelegrinelli	Maria do Céu Marques Rosado
Felipe Bonsenso Veneziano	Pedro Cordelli Alves
Felipe Lima Matthes	Pedro Pacifico
Felipe Napolitano Marotta	Pedro Rebello Bortolomi
Filipe Antônio Marchi Levada	Reinaldo Velloso dos Santos
Francisco de Godoy Bueno	Thais Vieira de Souza Pereira
Gabriela Barrionuevo B. dos Santos	Thiago Spencel
Gabriela Vieira	Victor Gasparotto Mallofré Segarra
Glauro da Rocha	Victoria Baruselli Cabral de Melo
Guilherme Franco	Vitor Mendes Costa Pinto
Ivo Bari Ferreira	

Porto
Editorial Jurua
2019

SUMÁRIO

EXECUÇÃO ESPECÍFICA E PERDAS E DANOS ORIUNDOS DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL À LUZ DOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SPECIFIC PERFORMANCE AND LOSSES AND DAMAGES ARISING FROM CONTRACTUAL BREACHES PURSUANT TO PRECEDENTS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Eduardo Baptista Viera de Almeida Filho / Ivo Bari Ferreira / Felipe Bonsenso Veneziano 21

NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES, PRÉ-CONTRATOS E CONTRATOS PRELIMINARES: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

NEGOTIATIONS AND PRELIMINARY AGREEMENTS: A REVIEW OF COURT DECISIONS

Glauco da Rocha / Luciano Fialho de Pinho / Marcelo Godke Veiga / Thiago Spercel 41

A RELATIVIZAÇÃO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DEVIDO A VIOLAÇÕES À BOA-FÉ OBJETIVA: A VISÃO DOS TRIBUNAIS

THE EXTENUATION OF PACTA SUNT SERVANDA IN COMMERCIAL CONTRACTS DUE TO VIOLATIONS TO THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH: THE PERSPECTIVE OF BRAZILIAN COURTS

Alessandra Forgioni / Guilherme Franco / Julia Ascoli Gomes Ferreira / Pedro Pacífico 69

NULIDADE DOS CONTRATOS PELA ILICITUDE DO OBJETO

VOID CONTRACTS DUE TO ITS ILLEGAL PURPOSE

Eduardo Palma Pelegrinelli / Filipe Antônio Marchi Levada / Pedro Rebello Bortolini / Reinaldo Velloso dos Santos 91

CLÁUSULAS POTESTATIVAS: TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS
POTESTATIVE CLAUSES: RELEVANT COURT RULINGS

Felipe Napolitano Marotta / Marcello Uriel Kairalla / Pedro Cordelli Alves / Victor Gasparoto Mallofré Segarra 113

A UTILIDADE DA DEFINIÇÃO DE “EMPRESA” PARA A JURISPRUDÊNCIA: REFLEXÕES SOBRE JULGADOS DO TJSP E DO STJ
THE UTILITY OF THE DEFINITION OF “COMPANY” FOR THE CASE OF JURISPRUDENCE: REFLECTIONS ON JUDGES OF THE TJSP AND STJ

Alexandre Evaristo Pinto / Ana Thereza Mantovanini Aguiar / Lóren Cristine Ribeiro Dias / Maria Beatriz Grella Vieira 133

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O PODER DA MAIORIA NAS DECISÕES EMPRESARIAIS
JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDING ON THE POWER OF MAJORITY IN BUSINESS DECISIONS

Arthur Motta Milanezi / Bruno Salama / Gabriela Vieira / Maria do Céu Marques Rosado 151

RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: UM PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA
CIVIL LIABILITY OF MANAGERS OF COMMERCIAL COMPANIES: AN OVERVIEW OF CASE LAW

Daniela Maria Rosa Nascimento / Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros .. 191

CLÁUSULAS PENAIIS EM CONTRATOS EMPRESARIAIS: UMA BREVE ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DAS CÂMARAS DE DIREITO EMPRESARIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONTRACTUAL PENALTY EXECUTED WITHIN CORPORATE AGREEMENTS: A BRIEF ANALYSIS OF THE UNDERSTANDING OF THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND THE CHAMBERS OF CORPORATE LAW OF THE COURT OF APPEAL OF THE STATE OF SÃO PAULO

André Silva Seabra / Livia Maria de Souza Crepaldi / Thais Vieira de Souza Pereira..... 213

DISCRIMINAÇÃO EM CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO E FRANQUIA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJSP

DISCRIMINATION WITHIN DISTRIBUTION AND FRANCHISING AGREEMENTS: ANALYSIS OF THE PRECEDENTS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND OF THE SÃO PAULO STATE COURT

Camila Otani Nishi / Julia Tamer Langen / Victória Baruselli Cabral de Melo / Vítor Mendes Costa Pinto 239

RESILIÇÃO UNILATERAL E INVESTIMENTOS: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 473 DO CÓDIGO CIVIL PELA JURISPRUDÊNCIA EMPRESARIAL

UNILATERAL TERMINATION OF CONTRACTS AND INVESTMENTS PAYBACK: ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE ARTICLE 473, SOLE PARAGRAPH, OF BRAZILIAN CIVIL CODE ACCORDING TO THE CORPORATE CASE LAW

Arthur de Paula Lopes Almeida / Denny Militello / Francisco de Godoy Bueno / Juliana Rocco Nunes 265

A REVISÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS – APONTAMENTOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE BUSINESS CONTRACTS REVIEW – NOTES ON THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE STATE OF SÃO PAULO AND THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Danilo Rafael da Silva Mergulhão / Felipe Lima Matthes / João Victor de Oliveira Rodrigues / José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins / Marco Aurélio Fernandes Garcia 287

TEMAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THEMES OF INTELLECTUAL PROPERTY UNDER THE LIGHT OF THE COURT OF JUSTICE OF SÃO PAULO AND THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE'S JURISPRUDENCE

Celso Henrique Cadete de Figueiredo / Gabriela Barrionuevo B. dos Santos 307

ÍNDICE REMISSIVO 337

NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES, PRÉ-CONTRATOS E CONTRATOS PRELIMINARES: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

NEGOTIATIONS AND PRELIMINARY AGREEMENTS: A REVIEW OF COURT DECISIONS

*Glauco da Rocha*¹

*Luciano Fialho de Pinho*²

*Marcelo Godke Veiga*³

*Thiago Spercel*⁴

¹ Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. Advogado em São Paulo.

² Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela *Columbia Law School* (LL.M.) e pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, MBA pelo MIT – *Massachusetts Institute of Technology*. Bacharel em Direito e em Ciências Contábeis pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado em São Paulo.

³ Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito pela *Universiteit van Tilburg*. Mestre em Direito (LL.M.) pela *Columbia Law School*. Mestre em Direito (LL.M.) pela *Universiteit Leiden*. Especialista em Direito dos Contratos pelo *CEU Law School*. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos. Professor do *CEU Law School*, da Fundação Armando Álvares Penteado e do Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. Palestrante do PEC da Fundação Getulio Vargas. Advogado em São Paulo.

⁴ Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela *Columbia Law School* (LL.M.) e pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-graduação em Administração de Empresa pela Fundação Getulio Vargas – FGV/SP. Advogado em São Paulo.

Resumo: Em negócios jurídicos de maior complexidade, como os contratos empresariais, o processo de negociação e formação contratual passa por diversas etapas, socorrendo-se de instrumentos preliminares (ou provisórios). É comum surgir, no curso das negociações, algum instrumento que consolide o acordo parcial entre as partes, e que pode assumir diversas formas e nomenclaturas, com maior ou menor grau de vinculação, criando ou não obrigação contratual entre as partes. Nesse processo negocial, é bastante comum que as partes interrompam suas negociações sem atingir o resultado final e celebrar os contratos definitivos. Isso representaria dizer que não existem consequências jurídicas decorrente de tal processo negocial? Essas consequências se resolvem por execução específica ou por perdas e danos? O presente artigo visa analisar o tratamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito Comercial. Contratos Preliminares. Pré-contratos. Jurisprudência TJSP e STJ.

Abstract: In complex corporate transactions, the process of negotiation and formation of contracts often involves multiple steps, with preliminary (or temporary) agreements. In the course of negotiations, the parties will usually resort to preliminary agreements to memorialize the partial agreement of the parties, and such preliminary agreements may have different formats and nomenclature, binding the parties with different intensity, and may or may not create legal obligations. The parties may interrupt their negotiations during the negotiation process, without completing the transaction and the definitive documentation. Does that mean that there will be no legal consequences to the parties? Will such legal consequences allow for specific performance or result in monetary damages? The present article summarizes the case law from Corporate Law Courts of Appeal in the State of São Paulo, the Superior Court of Justice and the Supreme Court.

Keywords: Commercial Law. Preliminary Contracts. Pre-contracts. Jurisprudence TJSP and STJ.

Sumário: 1. Introdução; 2. Premissas Metodológicas e Mostra; 3. Principais Matérias de Julgados; 3.1. Reembolso de despesas em pré-contratos não vinculantes ou tratativas preliminares; 3.1.1. Análise de decisões; 3.1.2. O contraponto da boa-fé objetiva; 3.2. Inadimplemento dos pré-contratos vinculantes: execução específica *versus* perdas e danos; 3.3. Contratos preliminares e verificação de tendência jurisprudencial; 3.4. Instrumentos pré-contratuais em relações de franquia; 3.4.1. Aná-

lise de Jurisprudência do TJSP; 3.4.2. Análise Jurisprudencial do STJ; 4. Conclusões; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O contrato é a veste jurídica das transações econômicas e o instrumento que viabiliza a troca de riquezas e a atuação dos agentes econômicos⁵. Conforme Messineo nos ensina, o contrato tem função importantíssima, pois é o ponto central de qualquer negócio e é o instrumento que permite a concretização das trocas econômicas, por meio do qual as partes compõem seus interesses⁶. Em negócios jurídicos de maior complexidade, como os contratos empresariais, o processo de negociação e formação contratual passa por diversas etapas, socorrendo-se de instrumentos preliminares (ou provisórios) das mais variadas naturezas, com as mais variadas funções⁷. Assim, conforme explica Tomasetti Jr.⁸, em razão da complexidade do negócio e, sobretudo, da necessidade das partes de se acautelarem, é comum surgir, no curso das negociações, algum instrumento, por ora denominado simplesmente de pré-contrato, que consolide o acordo parcial entre as partes. Este pré-contrato pode assumir diversas formas e nomenclaturas⁹, com maior ou menor grau de vinculação, criando ou não obrigação contratual entre as partes.

⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 11.

⁶ MESSINEO, Francesco. **Doctrina General del Contrato**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1952. p. 34.

⁷ Sobre o período que precede a contratação ressalta Zanetti que “a complexidade crescente dos bens, objeto de troca, dos respectivos mecanismos contratuais e, consequentemente, dos estudos exigidos para se compreenderem os dados fáticos e jurídicos pertinentes tende a prolongar a fase de negociações, notadamente quando se cuida da celebração de negócios jurídicos de maior vulto econômico, como, por exemplo, a aquisição de um imóvel ou de uma empresa” (ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 5).

⁸ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese (Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

⁹ As tratativas preliminares podem se materializar em cartas de intenções, memorandos de entendimentos, indicações de interesses, protocolos de intenções, atas de reunião, *term sheets*, entre outros. Neste artigo, as expressões “pré-contratos” e “contratos preliminares” são utilizados para explicitar conceitos diversos, embora a jurisprudência e, por vezes, a doutrina use as duas denominações para indicar o instituto jurídico disciplinado no art. 462 do Código Civil de 2002. Por “pré-contrato”, entendemos qualquer forma de ajuste escrito entre as partes no curso das negociações, com maior ou menor grau de vinculação, enquanto por “contrato preliminar” entendemos um ato jurídico perfeito e acabado, plenamente vinculante conforme seus termos e condições, por

Nesse processo negocial, é bastante comum que as partes interrompam suas negociações sem atingir o resultado final e celebrar os contratos definitivos. Mas isso representaria dizer que não existem consequências jurídicas decorrente de tal processo negocial? Além disso, e se o resultado de tal processo negocial for o de existir algum tipo de relação contratual (um contrato que pode ser chamado de “preliminar”), que não é exatamente o que as partes vislumbravam de antemão? Os tribunais brasileiros se deparam com tais questionamento e precisam dar respostas adequadas a eles.

Com isso em mente, o foco deste artigo é analisar o tratamento jurisprudencial dos pré-contratos relacionados ao Direito Empresarial¹⁰ à luz de sua função econômica. Nossa intenção é avaliar se existe uma linha ou tendência predominante na jurisprudência sobre os temas aqui abordados e se esta linha atende ao princípio da eficiência econômica.

Este artigo é dividido da seguinte maneira: (i) esta introdução, (ii) premissas metodológicas e amostra, (iii) as principais matérias de julgados analisados ao longo do trabalho, (iv) conclusão e (v) referências.

2 PREMISSAS METODOLÓGICAS E MOSTRA

Realizamos pesquisas nos acervos jurisprudenciais da Câmara Reservada de Direito Empresarial e nas Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal¹¹. Delimitamos nossa busca aos julgados disponibilizados entre 2008 e 2018 (últimos dez anos) e utilizamos diversas combinações de palavras relacionadas ao tema¹². Obtivemos um total de 187 julgados, dos quais 30 foram considerados pertinentes ao nosso estudo. Descartamos decisões que não estão relacionadas ao direito empresarial¹³ e julgados que versam unicamente

meio do qual as partes de comprometem a celebrar um contrato futuro, nos termos do art. 462 do Código Civil de 2002.

¹⁰ Por matéria relacionada ao Direito Empresarial, entendemos demandas envolvendo empresas ou relacionadas à atividade empresarial.

¹¹ Não foram realizadas buscas em Cortes de primeiro grau.

¹² As expressões utilizadas na busca foram: “contrato preliminar”, “promessa de contratar”, “opção de contratar”, “pré-contrato”, “memorando de entendimentos”, “carta de intenções”, “condições precedentes”, “condições suspensivas”, “negociações preliminares”.

¹³ Excluímos, portanto, decisões que versem sobre direito do consumidor e direito civil que não se relacione a questões empresarial, tais como promessa de compra e venda de imóveis e cobertura de planos de saúde, entre outros. Em especial, foram excluídos diversos julgados que tratavam de compromissos de compra e venda de imóveis entre particulares (em que as partes buscavam adjudicação compulsória para formalização da escritura de transferência perante os registros de imóveis).

sobre questões processuais. A limitação imposta ao período e aos tribunais indicados, no entanto, nos fez pensar que algumas decisões importantes e consideradas paradigmáticas seriam excluídas da análise proposta. Destarte, resolvemos incluir algumas decisões que não se enquadravam nos limites propostos, desde que nos parecessem importantes para o estudo aqui proposto.

A partir daí, identificamos três grupos de julgados para análise mais detalhada: (i) pedidos de indenização ou reembolso de despesas por ruptura de negociações preliminares ou pré-contratos não vinculantes; (ii) soluções para o inadimplemento dos pré-contratos vinculantes: execução específica ou perdas e danos e (iii) ruptura de relações pré-contratuais de franquia e capacidade vinculativa de arranjos preliminares e pré-contratuais.

3 PRINCIPAIS MATÉRIAS DE JULGADOS

3.1 Reembolso de Despesas em Pré-Contratos Não Vinculantes ou Tratativas Preliminares

Partimos das premissas que o contrato representa resultado de verdadeiro *processo negocial* e que a função econômica de um pré-contrato poderá variar conforme a etapa de negociação ou de alocação de riscos que ele visa a regular. A formação de um contrato passa por diversas etapas que configuram um *processo de negociação e contratação* que selam, aos poucos, os compromissos assumidos pelas partes em relação a um objetivo comum.

O marco inicial do processo de formação contratual é a *escolha do contratante* por uma das partes, que iniciará um processo de aproximação com a contraparte por meio do envio de correspondência, solicitação de orçamento, consulta de preços ou outro assemelhado. A seguir, começa a *fase preparatória* em que as partes iniciam negociações preliminares, sondagens e estudos, tendo em vista a celebração de contrato futuro, sem que haja, até esse momento, vinculação jurídica entre as partes¹⁴. Isso significa que é dado às partes afastarem-se das tratativas e desistir da formação do contrato sem haver o dever de indenizar a outra parte, *desde* que não tenha havido violação da boa-fé. Nesse caso, não há o direito de exigir o cumprimento da futura convenção, mas, em caso de ausência de boa-fé objetiva, poder-se-á exigir reparação de eventual prejuízo experimentado¹⁵.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 66.

¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 67.

Em decorrência do processo negocial, não é incomum surgir, no curso das negociações, algum instrumento que consolide o acordo parcial entre as partes, especialmente em negócios de maior vulto em que as partes já estejam de acordo em relação a *alguns* pontos, com os demais a serem discutidos. Messineo define o **pré-contrato** como “o documento no qual se fixa por escrito o conteúdo dos pontos essenciais sobre os quais o acordo das partes foi alcançado”¹⁶. O pré-contrato pode assumir diversas formas e nomenclaturas, com maior ou menor grau de vinculação. A existência de uma cláusula de vinculação expressa deixará claro que as partes pretendiam vincular-se. A ausência de tal tipo de cláusula poderá evitar a efetiva vinculação e o pré-contrato não poderá ser visto como substituto do próprio contrato “definitivo”, sempre a depender da própria linguagem utilizada pelas partes. Mas, mesmo que não seja vinculante, desempenhará papel importante na interpretação do contrato, na medida em que poderá provar a intenção das partes ao longo das negociações, mesmo que sem o condão de marcar o início do vínculo jurídico.

Figura 1 – TIPOS DE PRÉ-CONTRATOS E GRAUS DE VINCULAÇÃO¹⁷

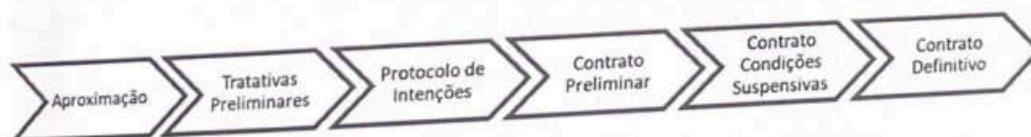


¹⁶ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 311.

¹⁷ Cf. BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais Online* – Thomson Reuter. DTR/1999/525. p. 1. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

As partes poderão, ainda, recorrer a um **contrato preliminar**, por meio do qual se comprometem – ou ao menos uma delas – a celebrar, em momento posterior, um outro contrato, que é chamado de principal¹⁸. Assim, é dado a uma das partes a faculdade de exigir a celebração de pacto em momento futuro¹⁹. Várias podem ser as razões que levam as partes a celebrar um contrato preliminar, como, por exemplo, a impossibilidade de se definir *a priori* todos os aspectos contratuais ou a necessidade de realização de formalidade futura. O contrato preliminar é, portanto, um pacto de execução diferida em sua essência. Tal vínculo permite às partes assegurar uma “conformação básica” no que respeita a seus interesses, nas palavras de Tomasetti Júnior, chegando-se, em momento posterior, “*um segundo contrato (definitivo), cujo dever de conclusão, ou de complementação e conclusão, está vinculativamente previsto no primeiro*”²⁰. Os contratos preliminares contam com regramento específico no Código Civil²¹ e marcam o início do vínculo jurídico entre as partes. Nos casos de contratos preliminares cheios, a melhor solução parece ser a adjudicação compulsória, com execução específica, como se verá adiante. O procedimento comumente adotado pelas partes culmina na assinatura de um contrato definitivo e vinculante entre as partes, como visto na Figura 2 abaixo.

Figura 2 – PROCESSO DE FORMAÇÃO CONTRATUAL



3.1.1 Análise de decisões

A maioria dos julgados analisados entende não caber indenização ou reembolso de despesas em caso de mera ruptura de negociações preliminares ou pré-contratos não vinculantes.

Dos seis julgados analisados das Câmaras Reservada de Direito Empresarial e de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em

¹⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. III. p. 56; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 149-50.

¹⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 149-50

²⁰ TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese (doutorado), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 9.

²¹ Cf. arts. 462 a 466.

todos foi recusada indenização por despesas incorridas por uma das partes na fase de negociações preliminares, nos casos em que não havia instrumento contratual com cláusula de vinculação expressa.

Tal entendimento do Tribunal de Justiça paulista parece atender à função econômica das fases preliminares de negociações e pré-contratos não vinculantes, na medida em que prestigia os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções como forma de garantia da segurança jurídica para os agentes econômicos e para o bom desenvolvimento das transações comerciais, já que previsibilidade jurídica dos negócios é condição importante para a circulação econômica.

Na Apelação 0007345-29.2013.8.26.0562, a autora alegou que, após meses de negociação, a ré desistiu de parceria negocial para exploração de convênios com universidades na Rússia, sem reembolsar as despesas das viagens, o que teria lhe causado prejuízos materiais. Alegou, ainda, que teria deixado de fazer outros negócios por ter se dedicado às tratativas para celebração da parceria negocial, que foi frustrada por culpa exclusiva da ré. Por estas razões, pleiteou indenização que compreenderia o reembolso de despesas, lucros cessantes e danos morais. O relator do caso, Desembargador Carlos Dias Motta, entendeu que existira apenas uma simples negociação preliminar por meio de troca de *e-mails* para especular a viabilidade da referida parceria negocial, o que não tem o condão de vincular a ré e obrigá-la a concretizar o negócio. A autora exerce atividade de risco (que pode levar ou não à concretização seus projetos), razão pela qual deve assumir eventuais gastos decorrentes da frustração da negociação. Nenhum tipo de indenização seria devido.

Na Apelação 1091671-59.2015.8.26.0100, a autora pediu ressarcimento de despesas e valores antecipados a título de direitos autorais em contrato que regulava parceria para coprodução de obra teatral que se frustrou por falta de patrocínio. O relator do caso, Desembargador Augusto Rezende, entendeu que, não havendo previsão contratual expressa sobre repartição e reembolso de despesas, nenhum tipo de indenização seria devido.

Na Apelação 1031479-90.2015.8.26.0576, o relator do caso, Desembargador Hamid Bdine, entendeu que as partes não teriam superado as meras tratativas típicas da fase negocial, e por isso danos materiais ou morais não seriam cabíveis, uma vez que não teria se configurado sequer violação da boa-fé objetiva.

Na Apelação 0080296-83.2012.8.26.0100, o relator Des. José Joaquim dos Santos entendeu que a carta de intenções, sem cláusula de vinculação expressa, não teria o condão de consubstanciar um con-

trato preliminar gerador de direitos, e por isso não haveria obrigação de indenizar.

Na Apelação 0174973-42.2011.8.26.0100, o relator Des. Carlos Alberto Garbi entendeu que, na etapa preliminar de negociação para a constituição de uma *joint venture* entre as partes, em que se promove a *due diligence* de uma parte em outra, não havia obrigação de indenizar pois as partes tinham ciência de que ainda pendiam condições para celebração definitiva da sociedade.

3.1.2 O contraponto da boa-fé objetiva

Em que pese a tendência geral de que as partes precisam atribuir expressamente força vinculante aos seus contratos preliminares para que possam ter suas expectativas de indenização atendidas, encontramos algumas decisões que reconhecem obrigação de indenizar com base no princípio geral de boa-fé na fase pré-contratual de tratativas.

No Recurso Especial 1.367.955/SP, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino o Superior Tribunal de Justiça atribuiu responsabilidade civil pré-contratual por haver expectativa legítima de contratação ainda na fase de negociações preliminares, tendo a ruptura abrupta das tratativas violado o princípio da boa-fé objetiva. Nesse caso, empresa de eventos negociava a realização de evento corporativo por ordem de sociedade com atuação no ramo varejista, negociações essas que estavam em fase avançada, tendo a empresa de eventos antecipado despesas e subcontratado outros prestadores. As partes haviam trocado *e-mails* para discutir orçamentos, realizado visitas técnicas e memoriais descritivos, e a empresa varejista repentinamente cancelou o evento. O relator entendeu que este cancelamento violou o princípio da boa-fé objetiva (padrão ético esperado das partes) e, assim, nasceu o dever de ressarcir os prejuízos por despesas incorridas com base na expectativa de conclusão do negócio.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 1.068.948-6, relatado pelo Desembargador Antônio Ribeiro, decidiu no mesmo sentido. Assim, confirmou a condenação de uma montadora de veículos a indenizar empresa de transporte com quem vinha negociando contrato de prestação de serviços há quase três anos e, abruptamente, interrompeu as negociações. Neste interregno, com plena ciência e anuência da contratante, a prestadora de serviços havia feito vários investimentos para atender à demanda da montadora. O Tribunal reconheceu que, embora as partes não tenham firmado um contrato preliminar de natureza vinculativa, os prejuízos decorrentes da interrupção das negocia-

ções deveriam ser ressarcidos, argumentando que “a boa-fé objetiva e dever de informação, e que devem estar presentes não apenas nos contratos, mas também e principalmente nas relações pré-contratuais, determinavam alguma comunicação específica à autora, ainda que sob compromisso de sigilo, para não ser totalmente surpreendida”.

Ainda sobre o assunto, Desembargador Hamid Bdine, relator na Apelação Cível 0114031-78.2010.8.26.100, explica que, apesar de as partes ainda estarem na fase de tratativas preliminares, a falta de celebração do contrato esperado não terá o condão de desobrigar a parte culpada de indenizar a outra pelo encerramento das tratativas, se houve descumprimento da obrigação de agir objetivamente com boa-fé, com base no art. 422 do Código Civil. No caso em questão, embora não tenha havido violação da boa-fé objetiva porque as partes se desinteressaram mutuamente pela celebração de um contrato, haveria o dever de uma parte restituir a outra a quantia recebida “como forma de restabelecer as partes ao estado anterior das coisas em consequência do desfazimento do negócio”.

Na Apelação Cível 9191408-83.2007.8.26.0000, julgada pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo e relatada pelo Desembargador Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, extrai-se um direcionamento do tipo de conduta adotada que não frustraria a exigência da boa-fé objetiva na fase de negociações preliminares. No caso concreto, além de a carta de intenções celebrada pelas partes expressamente afastar a natureza vinculativa da relação estabelecida, condicionando a conclusão do negócio à aprovação dos órgãos de administração das empresas envolvidas, à uma diligência conclusiva do negócio e à obtenção de autorizações, a conduta da parte através de trocas de missivas e de inequívocas outras manifestações demonstra que houve lealdade na condução das negociações, não gerando qualquer expectativa de que se pudesse inferir responsabilidade pré-contratual. Segundo o relator, apesar de as negociações preliminares não obrigarem as partes a celebrar o contrato definitivo, é necessário que se verifique casuisticamente se os negociantes levaram a cabo as negociações com boa-fé objetiva, que se relaciona aos deveres de lealdade, cuidado, colaboração, confiança, informação, razoabilidade e equidade. No caso em comento, foi estabelecido que a parte que decidiu por não continuar as negociações não havia agido com dolo ou reserva mental, pois sempre esclareceu todos os procedimentos e agiu dentro do estipulado em carta de intenções”.

Importante destacar que não é qualquer negociação interrompida que enseja indenização por violação da boa-fé objetiva. É preciso haver (i) (a) confiança concreta objetiva, com (b) legítima expectativa na realização de um negócio futuro; (ii) gastos ou investimentos incorridos

por uma das partes, com a anuência e concordância da outra parte²²; e (iii) rompimento injustificado de tal confiança. A esse respeito destaca-se o caso envolvendo a Companhia Cica e plantadores de tomate no Rio Grande do Sul, em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que a Companhia Cica havia agido de má-fé e violado legítima expectativa nos pequenos agricultores ao distribuir sementes de tomate e depois recusar-se a adquirir a safra de tomates por eles produzida, havendo a necessidade de reparar os danos causados (Apelações Cíveis 591.027.818; 591.028.725; 591.028.741 e 591.028.790).

3.2 Inadimplemento dos Pré-Contratos Vinculantes: Execução Específica *Versus* Perdas e Danos

O pré-contrato de natureza vinculativa ou contrato preliminar produz efeitos, conforme visto, desde que apurados todos os requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil Brasileiro), independente do contrato principal, que lhe é objeto, e cuja outorga constitui a fase de execução. Assim, embora os requisitos essenciais do contrato definitivo devam estar presentes no contrato preliminar, este possui autonomia funcional e jurídica. Autonomia funcional porque tem uma função própria e distinta do contrato definitivo. Na medida em que procura assegurar a celebração de um contrato futuro e definitivo que, por questões de conveniência, não pode ser ajustado naquele momento, o contrato preliminar exerce o papel de gerar segurança para a conclusão de um negócio, reduzindo substancialmente os custos de transação²³.

O contrato preliminar também possui uma autonomia jurídica em face do contrato definitivo porque produz efeitos que independem deste. O contrato preliminar cria obrigação de fazer que tem como objeto a celebração de um contrato definitivo. Confirma esta autonomia do contrato preliminar o tratamento que lhe deu o Código Civil Brasileiro de 2002 ao prever duas soluções em caso de inadimplemento da obrigação de fazer: ou a parte que descumpre a obrigação é compelida a executar o

²² Sobre este quesito, vale o entendimento da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 0200890-97.2010.8.26.0100-SP, relatado pelo Desembargador Hamid Bdine, no sentido de que mesmo havendo violação da boa-fé objetiva em negociações preliminares, não há indenização quando se busca reparação de interesses positivos, ou seja, ressarcimento correspondente ao aumento que o patrimônio do credor teria experimentado se o contrato tivesse sido cumprido.

²³ V., neste sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2, p. 99-103.

contrato especificamente buscando a produção de todos os efeitos almejados no pré-contrato, ou ela é condenada ao pagamento de indenização decorrente dos danos em cumprir a obrigação de natureza preliminar²⁴.

O tratamento dado pelo Código Civil de 2002 para remediar o inadimplemento do contrato preliminar, embora omissivo no Código Civil de 1916, já encontrava respaldo na doutrina e na jurisprudência, que recorriam a outros dispositivos da legislação, em especial o Código de Processo Civil, para endereçar as soluções hoje recepcionadas pelo Código Civil.

Nesse sentido, vale citar o “Caso Disco”, verdadeiro julgado paradigmático decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 1979²⁵, em que se discutiu a natureza jurídica do acordo feito entre as partes e as soluções disponíveis em caso de descumprimento, inclusive a sua execução específica. Este caso tem grande importância pois confronta três correntes doutrinárias que tratam dos requisitos necessários para que um instrumento seja considerado um contrato preliminar, e não uma mera tratativa. De forma sintética, as três correntes citadas tratavam do assunto da seguinte forma: (1) um contrato pode ser considerado preliminar se todos os elementos (essenciais e acidentais) do contrato definitivo estiverem presentes; (2) um contrato será preliminar se todos os elementos essenciais estiverem presentes, podendo as partes discutir os acidentais no contrato definitivo; e (3) um contrato será preliminar se as partes acordarem quanto aos elementos essenciais, podendo o juiz determinar o regramento contratual restante.

Em 1974, os acionistas majoritários, possuidores de 97% das ações da Distribuidora de Comestíveis Discos S.A., concordaram em vender à Sociedade Comercial Supermercados Pão de Açúcar S.A., a totalidade das ações que possuíam num documento intitulado “Contrato Preliminar para a Compra e Venda de Ações”, no qual estipularam o prazo de 30 dias para averiguações e ajustes de preço (conforme critérios estabelecidos no contrato). Na mesma data, o Pão de Açúcar depositou para os acionistas vendedores determinada quantia, como princípio de

²⁴ “Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra parte que o efetive. (...) Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação. Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos”.

²⁵ Recurso Extraordinário 88.716-RJ, Rel. Min. Moreira Alves.

pagamento, contra a entrega de uma nota promissória do mesmo valor. As negociações do contrato definitivo se frustraram, e o Pão de Açúcar propôs uma ação de adjudicação compulsória contra os acionistas. Fundamentalmente, o autor pretendia obter sentença judicial que lhe adjudicasse as ações, transferindo-as, no livro próprio, para seu nome. Tal pretensão foi contestada pelos acionistas, os quais, para tanto, juntaram parecer de Orlando Gomes, no qual sustentou que o contrato celebrado entre as partes não se enquadrava no tipo jurídico de contrato preliminar, mas sim num acordo parcial e provisório, cuja força vinculante ainda dependeria da negociação de pontos relevantes. Também houve parecer de Pontes de Miranda, que entendeu que o termo “condições” do art. 191 do Código Comercial deveria ser entendido “cláusulas”, e por isso o contrato preliminar deveria ser completo para justificar a adjudicação compulsória.

Em primeiro grau, a ação de adjudicação compulsória foi julgada improcedente, mas em segundo grau o entendimento foi diferente, determinando o cumprimento do “contrato preliminar”. Em sede de Recurso Extraordinário, o STF entendeu, por maioria, que estava ausente um dos pressupostos da ação de adjudicação compulsória, pois o instrumento em que se fundava a ação não constituiu contrato preliminar, mas meras tratativas preliminares que não continham todos os elementos essenciais do contrato. Conforme o relator Min. Moreira Alves,

“tratando-se de obrigação fundada em contrato preliminar, é indispensável, para acolher-se a pretensão do credor, que aquele negócio jurídico contenha todos os elementos do definitivo: ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas apenas fazer desnecessária, por meio de sentença, a declaração de vontade que, incidindo sobre cláusulas e condições já estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo.” (grifo nosso)

Em outras palavras, o contrato preliminar deveria conter todos os elementos do contrato definitivo, não havendo espaço para acordos residuais. Havendo acordos residuais a serem negociados o contrato preliminar estaria afetado no plano da existência e deixaria, portanto, de ser classificado como contrato, entrando na categoria de tratativa preliminar apenas. No caso concreto, o instrumento firmado pelas partes foi considerado apenas uma tratativa preliminar, pois vários pontos da negociação ainda estariam em aberto.

Posteriormente, ao comentar o caso Disco, Comparato (1979)²⁶ criticou a decisão do STF e elencou argumentos a favor da exequibilidade do contrato preliminar naquele caso, dizendo que: (i) seus pontos essenciais

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder, Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário. *Revista Forense*, 1979, a. 75, v. 266, abr./maio.

já estariam fixados, sendo que os pontos em aberto seriam facilmente determináveis conforme padrões objetivos e práticas do comércio; (ii) já havia sido feito o pagamento de parte considerável do preço, o que demonstraria inequivocamente a intenção das partes em contratar; e (iii) a função econômica do contrato preliminar é tornar obrigatória a contratação, de forma que as partes sabem que existem pontos em aberto e ainda assim desejam se obrigar a contratar, assumindo o risco de não chegarem a entendimentos desses pontos; e (iv) erros quanto ao preço ou avaliação poderiam ser resolvidas por ação *quantum minoris*.

Na mesma linha, Tomasetti Jr. defendeu posição diversa da adotada no caso Disco, alinhando-se com a doutrina que defendia a existência de um contrato preliminar desde que as partes acordassem quanto aos seus elementos essenciais, cabendo ao juiz determinar o regramento contratual pendente. Ao criticar a decisão do caso Disco, Tomasetti Jr. ressalta que "não teria qualquer sentido dizer-se que o contrato preliminar constitui um tipo contratual autônomo. A área da autonomia privada que concerne à contratação preliminar, mormente em seu limite mínimo, tem como indeclinável pressuposto (negativo) a vontade dos figurantes de não dar vida a um contrato definitivo"²⁷. E explica ainda que,

*"muitas vezes se tornam imprecisas as fronteiras ente o contrato preliminar e outras relações jurídicas preparatórias (...) A identificação, em termos precisos, desta base, para se saber se existe, no caso concreto, contrato preliminar, e não, um outro negócio, ou negócio algum, somente se pode apurar na dinâmica dos fatos; aqui, a qualificação in iure do negócio depende estritamente do material específico submetido do diagnóstico do operador jurídico"*²⁸.

Segundo Tomasetti Jr., a preliminaridade do contrato pode ser graduada justamente com base na regulação de conteúdo que ele faz do segundo contrato (definitivo), podendo haver três tipos de gradação: (i) o contrato preliminar com **termo máximo de programação contratual** (identidade de conteúdo), que será existente e vinculante e terá eficácia plena, permitindo adjudicação compulsória e execução específica. Nesses casos, o contrato definitivo é apenas um ato devido, e não um outro negócio jurídico; (ii) o contrato preliminar com **termo médio de programação contratual**, em que algo falta do conteúdo do contrato definitivo que não depende ou pode prescindir de declarações inovativas das partes, pois

²⁷ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese (doutorado), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 9.

²⁸ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese (doutorado), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 33.

todos os pontos negociais já foram enfrentados, cabendo ao julgador apenas suprir apenas pontos técnicos ou objetivos, de natureza não negocial, determináveis com padrões objetivos de mercado; e (iii) o contrato preliminar com *termo mínimo de programação contratual*, que existe e vale pois tem os requisitos essenciais do contrato definitivo, mas subsistem pontos importantes em aberto. Se esses pontos são negociais, o contrato existe, vale, mas não é exequível pois depende de complementação negocial, ou seja, não se admite que o juiz se substitua às partes para definir pontos negociais. No entanto, se esses pontos são técnicos ou objetivos, o juiz “pode servir-se de todos os meios, legais e extra-legais, desde que eticamente legítimos, para apurar (e não para adivinhar) o conteúdo provável dos negócios jurídicos em aberto”²⁹. Esses meios devem incluir os usos e costumes e padrões de mercado que possam ser objetivamente apurados pelo juiz.

Na mesma linha de Tomasetti Jr., Azevedo afirma que o contrato preliminar é um tipo de contrato que, conforme a possibilidade de pre-determinar o conteúdo do contrato definitivo, é uma categoria suscetível de gradação: “há contratos preliminares em que a obrigação de realizar o contrato definitivo é mais forte – surge obrigação de prestar declaração de vontade passível de substituição por sentença – e contratos preliminares com obrigação mais fraca, conversível em perdas e danos”³⁰. Assim, o contrato preliminar pode ter eficácia forte ou fraca conforme o grau de predeterminação do conteúdo do contrato definitivo. Se há diversas cláusulas em aberto, que dependem de acordos posteriores de complementação do conteúdo, então a eficácia será fraca. Apesar disso, o fato do contrato preliminar conter uma obrigação mais fraca não descaracteriza a sua natureza de vinculação. O contrato preliminar, portanto, “será existente, válido e eficaz (eficácia genérica), desde que apresente os ‘requisitos essenciais’ do tipo contratual definitivo”³¹.

Como se nota, o caso Disco enfrentou intenso debate doutrinário e dissidência nos tribunais na sua época, quando era suportado pelo art. 191 do Código Comercial (tratando da compra e venda mercantil), com redação mais rígida, exigindo o acordo de vontades quanto a todas as condições. Nos dias atuais, a posição adotada pelo relator Min. Moreira Alves no caso Disco não encontraria abrigo no art. 462 do Código Civil (que exige o acordo de vontades sobre os “elementos essenciais”, mas não todos) e na melhor

²⁹ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *Execução do Contrato Preliminar*. Tese (doutorado), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 262.

³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 252.

³¹ *Ibidem*, p. 257.

doutrina sobre o tema, de forma que o desfecho do caso Disco provavelmente teria sido outro, na linha de reconhecer a validade e eficácia do contrato preliminar. Desde então, a doutrina brasileira evoluiu para admitir que (i) pontos em aberto que podem ser determináveis por padrões objetivos e práticas de comércio não descaracterizam um contrato como preliminar, desde que presentes os pontos essenciais (COMPARATO); (ii) existem contratos preliminares com uma “programação mínima”, que têm apenas os requisitos essenciais do contrato, mas que dependem de complementação negocial (TOMASETTI); (iii) não se deve confundir a presença dos elementos e requisitos que garantem a existência e validade dos contratos preliminares com os pressupostos indispensáveis para a execução específica do acordo, podendo haver contratos preliminares com eficácia fraca (AZEVEDO) e (iv) a exigência legal dos requisitos e elementos essenciais do contrato definitivo no preliminar afasta a necessidade de um conteúdo completo e coincidente nos dois contratos (preliminar e definitivo) pois os elementos naturais e acidentais não precisam estar presentes (MIRANDA³²).

3.3 Contratos Preliminares e Verificação de Tendência Jurisprudencial

Tal como no Caso Disco, os acórdãos mais recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça tratarão da questão do inadimplemento dos pré-contratos vinculantes depois de ultrapassar a análise da existência ou não, no caso concreto, de efetivo contrato preliminar. Se as partes não ajustaram as condições essenciais para firmar um futuro contrato definitivo, então não se tem um contrato preliminar, mas apenas tratativas que podem ou não gerar o dever de indenizar baseada na violação da boa-fé objetiva. Mas se há contrato preliminar e inadimplemento por uma das partes, não há relutância em se aplicar as soluções previstas nos arts. 462, 463 e 464 do Código Civil Brasileiro para, nesta ordem, se promover a execução específica para conferir caráter definitivo ao contrato preliminar e, não sendo possível a adjudicação em razão da natureza da obrigação, convertê-la em perdas e danos.

Na Apelação Cível 498.581-4/3-00, relatada pelo Desembargador Francisco Loureiro, a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que em execução de contrato preliminar de promessa de cessão de cotas sociais, mediante aporte financeiro em pessoa jurídica, esta deve primeiramente admitir a sócia pleiteante para, em

³² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil. Dos Contratos em Geral (arts. 421 a 485)*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 355.

momento, posterior promover-se a dissolução total ou parcial com apuração de haveres. Esse julgado de 2008, ver-se-á, não reflete a tendência do tribunal nos anos seguintes, visto que desconsiderou a inexistência de *affectio societatis* no cumprimento do contrato preliminar de natureza vinculativa, impondo uma solução ineficiente do ponto de vista jurídico e econômico.

No Agravo de Instrumento 1.173,691-0/5, relatado pelo Desembargador Paulo Ayrosa, a 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, existindo a possibilidade de um documento ser visto como um contrato preliminar, nos termos do art. 462 do Código Civil Brasileiro e, havendo resistência da locadora em firmar o contrato definitivo, tem a locatária o direito de exigir a celebração do definitivo, conforme estatui o art. 463 do Código Civil Brasileiro e de se reconhecer que o contrato de locação estaria em vigor por prazo determinado.

Na Apelação Cível 196.868-4/1, relatada pelo Desembargador Maurício Vidigal, a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que o autor tinha, em princípio, o direito à execução específica para constituição da sociedade entre as partes. Entretanto, no caso concreto, esta hipótese deveria ser afastada e aplicado o pagamento de perdas e danos como solução alternativa. Para o Relator do caso, não se pode obrigar a constituição de uma sociedade. Em caso de inadimplemento, o correto é que se resolva o caso em perdas e danos. Se as partes já se encontram em enorme litigiosidade antes mesmo de se constituir a sociedade, não faz sentido em que se tornem sócias, o que prolongará muito uma disputa que já existe. A execução específica seria prestação jurisdicional possível, mas inconveniente sob a ótica social.

No mesmo sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.192.726-SC, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos. O acórdão recorrido considerou que as obrigações cumpridas, nos termos do contrato preliminar, autorizavam a inclusão da parte no quadro societário da empresa. Entretanto, a ausência de convergência de interesses das partes para se tornarem sócias (o que se demonstra pela litigiosidade emergente) deixa claro não haver *affectio societatis*, verdadeiro elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, o que pode tornar inexecutível o fim social. Assim, decidiu-se pela solução da questão em perdas e danos por entender incabível um provimento jurisdicional que determine o ingresso compulsório de sócio quando ausente a *affectio societatis*.

Na Apelação Cível 9100281-692004.826.0000, de relatoria do Desembargador Antônio Vilenilson, a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente o pedido de perdas e danos por descumprimento do contrato preliminar por entender que não restou provado o prejuízo da parte requerente. Para o Tribunal, as partes celebraram contrato preliminar de natureza vinculativa e que o seu descumprimento ensejaria execução específica ou perdas e danos. Entretanto, não houve pedido de execução específica por parte do autor, que preferiu as perdas e danos. Como não restou demonstrado o prejuízo, o pleito não foi acolhido, embora o Tribunal tenha reconhecido que tanto a execução específica quanto a compensação por perdas e danos são soluções previstas em lei para o inadimplemento dos contratos preliminares.

Na Apelação Cível 0138873-54.2012.8.26.0100, relatada pelo Desembargador Ricardo Negrão, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a natureza jurídica de contrato preliminar em pacto verbal em que o alienante de participação societária aceitou o pagamento de arras. Reconheceu, ainda, que houve descumprimento do contrato por parte do alienante (que estaria obrigado a entregar certos documentos), e que o adquirente do estabelecimento comercial inicialmente quis resolver pela via da execução específica. Entretanto, como a execução específica foi convolada em perdas e danos a pedido do autor da ação e não *ex officio*, o Tribunal aceitou o pedido de indenização por entender que houve culpa por parte dos réus.

Por fim, na Apelação Cível 1001838-49.2014.8.26.0008, de relatoria do Desembargador Roonie Herbert Barros Soares, a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos envolvendo a rescisão de um contrato preliminar, cujo objeto era a contratação definitiva de uma sociedade empresarial entre as partes, entendeu que o contrato preliminar tem como objeto a realização de um contrato definitivo e, nos termos do art. 465 do Código Civil Brasileiro, se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos. As perdas e danos mencionados neste caso referem-se exclusivamente às despesas e prejuízos decorrentes da frustração da realização do negócio principal, que ainda não existia.

Como se percebe da jurisprudência analisada, a existência de elementos suficientes poderá determinar ter ocorrido a celebração de contrato preliminar (vinculante). Em boa parte dos casos, notadamente naqueles em que se observa a necessidade de existência de *affectio societatis*, a solução mais comumente adotada é a resolução em perdas e danos. Somente em casos esporádicos é que os Tribunais exigirão o cumprimento específico das obrigações avençadas nos contratos preliminares.

3.4 Instrumentos Pré-Contratuais em Relações de Franquia

Antes de analisarmos os julgados, cumpre-nos tecer brevíssimos comentários acerca da relação de franquias, cuja linha mestra é um contrato por meio do qual uma das partes (o franqueador) autoriza a outra parte (o franqueado) a explorar os direitos de uso de marca e de distribuição de produtos e/ou serviços em um mercado definido, associado à utilização de sistema gestão de um negócio de sucesso. É um modelo de negócios amplamente utilizado em nosso país e é um meio eficaz para a distribuição de bens e serviços e expansão territorial³³. Pelo contrato de franquias, as partes visam a mitigar e partilhar o risco de cada um com o exercício da atividade. De um lado, o franqueador não necessita inserir novos recursos próprios ou financiados por terceiros para propagar seu negócio, e, de outro, o franqueado investe seus recursos em um negócio já minimamente consolidado, contando com um fundo de comércio já desenvolvido, ampliando suas chances de sucesso³⁴.

O contrato de franquias é regulado pela Lei 8.955, de 15.12.1994 ("Lei 8.955/1994"), e, subsidiariamente, pelo Código Civil Brasileiro. A lei é bastante criticada por não expor os deveres e responsabilidades das partes em maiores detalhes, reservando-se à regulação de deveres e procedimentos atinentes às tratativas preliminares³⁵, o que assumirá especial importância para o estudo realizado neste capítulo.

Em razão disso, não apenas as disposições normativas contidas na Lei 8.955/1994 deverão ser observadas, mas também as cláusulas gerais e princípios estampados no Código Civil, em especial a função social do contrato e a boa-fé-objetiva, no sentido de fomentar a lealdade e cooperação contratual, bem como a divulgação adequada de informações, e evitando condutas abusivas³⁶. No âmbito da fase pré-contratual, o princípio da boa-fé deve ser aplicado juntamente com os arts. 3º e 4º da Lei 8.955/1994, que determinam a divulgação prévia, por meio da circular de oferta de franquias, de informações verdadeiras, completas, atualizadas, claras e que não induzam a erro³⁷. Além disso, o franqueador deve dispo-

³³ FRANZINI, Maria Angela Carobrez; THORNEN, Walter Hugo; FERNANDES, Kellen Silva Moreira. O contrato de franquias sob a égide da Lei 8.955/1994. *Revista de Direito Privado e Processual*, Maringá, n. 4, p. 79-116, 2004, p. 112.

³⁴ ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. Notas sobre o contrato de franquias. *Revista Síntese de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 7, n. 36, p. 110-131, jan./fev. 2014, p. 114.

³⁵ FRANZINI, Maria Angela Carobrez; THORNEN, Walter Hugo; FERNANDES, Kellen Silva Moreira. *Op. cit.*, p. 82.

³⁶ *Ibidem*, p. 82.

³⁷ *Ibidem*, p. 87.

nibilizar, na circular de oferta de franquia, o contrato padrão adotado pelo franqueador, e, se for o caso, o pré-contrato de franquia, sob pena de anulabilidade do contrato definitivo e devolução de valores eventualmente já pagos à franqueadora (art. 7º). A circular de oferta deverá ser entregue ao interessado com antecedência mínima de 10 dias antes de qualquer assinatura de pré-contrato ou contrato de franquia, ou mesmo de pagamento de taxa de filiação (art. 4º).

Vê-se, portanto, que há uma preocupação especial do legislador com a fase preliminar de uma relação de franquia. Assim, a relação de franquia difere-se das fases pré-contratuais de outros negócios, pois ela ocorre de maneira procedimentalizada, com ampla divulgação de informações pela franqueadora ainda durante a fase de tratativas, mediante circular de oferta de franquia, a partir de exigências legais.

Esses dados serão relevantes para a análise dos julgados trazidos a seguir.

3.4.1 Análise de jurisprudência do TJSP

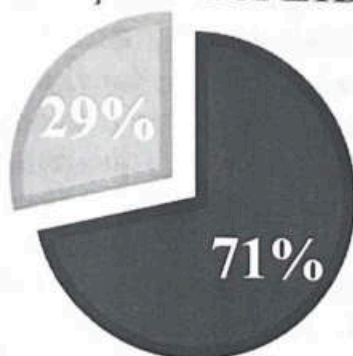
A análise jurisprudencial proposta neste estudo procurou verificar se a celebração de pré-contrato ou de contrato preliminar de franquia leva à efetiva vinculação das partes, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, verificando também as consequências de eventual vinculação. Em nossa pesquisa acerca dos contratos de franquia, também nos mantivemos dentro do limite temporal de dez anos (2008 a 2018). Utilizamos as seguintes expressões durante a busca: “franquia”, “multa”, “resilição”, “despesas”, “indenização”, “pré-contrato”, “contrato preliminar” e “oferta”. Dos 73 acórdãos encontrados nas Câmaras Especializadas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 foram dados como relevantes para a análise jurisprudencial pretendida neste artigo³⁸.

³⁸ Foram selecionados os seguintes julgados: (1) Apelação 0065973-02.2010.8.26.0114, DJe 18.12.2017, Rel. Fábio Tabosa; (2) Apelação 1000813-84.2013.8.26.0606, DJe 17.10.2017, Rel. Cesar Campolini; (3) Apelação 0039202-45.2004.8.26.0001, DJe 04.10.2017, Rel. Francisco Loureiro; (4) Apelação 1006048-27.2015.8.26.0100, DJe 19.09.2016, Rel. Ricardo Negrão; (5) Apelação 0022279-49.2015.8.26.0100, DJe 21.09.2016, Des. Teixeira Leite; (6) Apelação 1026728-04.2013.8.26.0100, DJe 11.05.2016, Rel. Fábio Tabosa; (7) Apelação 0057197-82.2010.8.26.0576, DJe 18.05.2016, Rel. Enio Zuliani; (8) Apelação 0029511-53.2011.8.26.0068, DJe 03.02.2016, Rel. Carlos Alberto Garbi; (9) Apelação 0015426-91.2013.8.26.0068, DJe 31.08.2015, Rel. Campos Mello; (10) Apelação 0214553-79.2011.8.26.0100, DJe 14.08.2014, Rel. Fortes Barbosa; (11) Apelação 0007502-64.2012.8.26.0003, DJe 17.03.2014, Rel. Ricardo Negrão; (12) Apelação 0143375-75.2008.8.26.0100, DJe

Não foram considerados para a pesquisa os julgados que discutiam inadimplemento e rescisão de contratos definitivos de franquia (a grande maioria), nulidade por descumprimento do prazo de entrega da circular de oferta de franquia³⁹ e casos de natureza fiscal, pois destoavam do propósito ora examinado.

Em todos os casos relevantes do Tribunal de Justiça de São Paulo selecionados para os fins deste estudo, discutia-se a existência (ou inexistência) da relação de franquia com base na circular de oferta de franquia, de pré-contrato ou contrato preliminar. Em todas as decisões analisadas, algum ou alguns desses instrumentos estavam presentes, até por ser a circular de oferta de franquia decorrente de exigência legal.

SOLUÇÃO DA LIDE



■ Com base no Pré-Contrato

■ Com base em Culpa ou Elementos Externos

A tendência verificada foi a de reconhecer a relação de franquia com base em circular de oferta (quase sempre entendida como pré-contrato, até porque deve ser acompanhada de minuta do contrato padrão

22.07.2013, Rel. Roberto Mac Cracken; (13) Apelação 0008489-18.2009.8.26.0032, DJe 08.11.2011, Rel. Enio Zuliani; e, (14) Apelação 0202420-39.2010.8.26.0100, DJe 08.11.2011, Rel. Romeu Ricupero.

³⁹ Pois tratavam-se de soluções decorrentes não propriamente da Circular de Oferta ou de contrato preliminar em si, mas sim de um desencadeamento legal. Nesse sentido: "Ainda em relação à fase pré-contratual, a Lei n. 8.955/1994, em seu artigo 4º, diz que esta mesma circular, que constitui o principal instrumento de direito de informação previsto em nossa legislação relativa aos contratos em geral, deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo dez dias antes da assinatura do contrato, pré-contrato ou pagamento, direto ou indireto, de qualquer tipo de taxa ou preço (royalties) pelo franqueado ao franqueador". (FRANZINI, Maria Angela Carobrez; THORNEN, Walter Hugo; FERNANDES, Kellen Silva Moreira. O contrato de franquia sob a égide da Lei 8.955/1994. *Revista de Direito Privado e Processual*, Maringá, n. 4, p. 79-116, 2004, p. 105)

ou pré-contrato de franquia⁴⁰) ou em efetivo pré-contrato ou contrato preliminar de franquia. Pode-se extrair também que em 71% dos casos a relação pré-contratual ou preliminar havida entre as partes foi considerada vinculante e relevante ao ponto de oferecer a solução da lide. De se notar que 29% dos casos não seguiram essa tendência por se tratar de casos em que o não prosseguimento da relação de franquia decorreu de culpa da parte franqueadora, de terceiros ou de ambas as partes, distancian-do-se de disposições indenizatórias previstas em instrumentos pré-contratuais, embora não excluam a relevância do instrumento pré-contratual para a caracterização da relação.

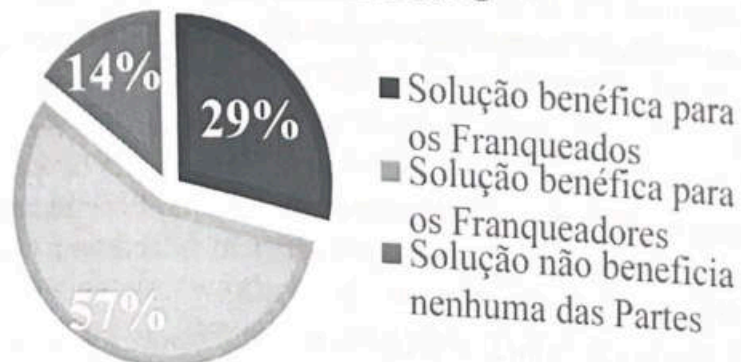
Por outro lado, não foram localizados julgados determinando a execução específica de contratos preliminares de franquia, ou seja, que fosse determinado o prosseguimento da relação entre as partes, ou que uma das partes fosse obrigada a assinar contrato definitivo de franquia.

Em todos os acórdãos selecionados, as partes celebraram um pré-contrato ou contrato preliminar de franquia, ou o franqueado recebia a circular de oferta de franquia (que possui a minuta do contrato padrão ou pré-contrato de franquia), praticando atos posteriores que ensejavam o reconhecimento da relação, tais como o pagamento de taxas de filiação, *royalties* e a realização de investimentos para a implementação da franquia.

Cumpre destacar que 57% dos casos decorreram de ações propostas por franqueados e 43% propostos por franqueadores. Os franqueados buscavam a tutela judicial para receber a devolução de valores pagos, alegando a não assinatura de contratos definitivos, culpa da franqueadora ou de elementos externos e até simples desistência como causas que impossibilitaram a continuação ou aperfeiçoamento da relação; por outro lado, os franqueadores buscavam a tutela judicial para que fossem reconhecidos os valores pagos pelos franqueados no curso da relação de franquia preliminar, ou para que fossem os franqueados condenados a pagar valores devidos em razão de condições previstas no instrumento pré-contratual, tais como taxa de filiação, *royalties* e multa ou cláusula penal, por terem os franqueados dado causa ao encerramento da relação ou por terem simplesmente desistido do seu prosseguimento.

⁴⁰ FRANZINI, Maria Angela Carobrez; THORNEN, Walter Hugo; FERNANDES, Kellen Silva Moreira. O contrato de franquia sob a égide da Lei 8.955/1994. *Revista de Direito Privado e Processual*, Maringá, n. 4, p. 79-116, 2004, p. 104: "Consequentemente, o aspecto vinculante das informações constantes da Circular funciona como uma espécie de pré-contrato. (...) Então, a circular de oferta materializa-se em uma fase pré-contratual".

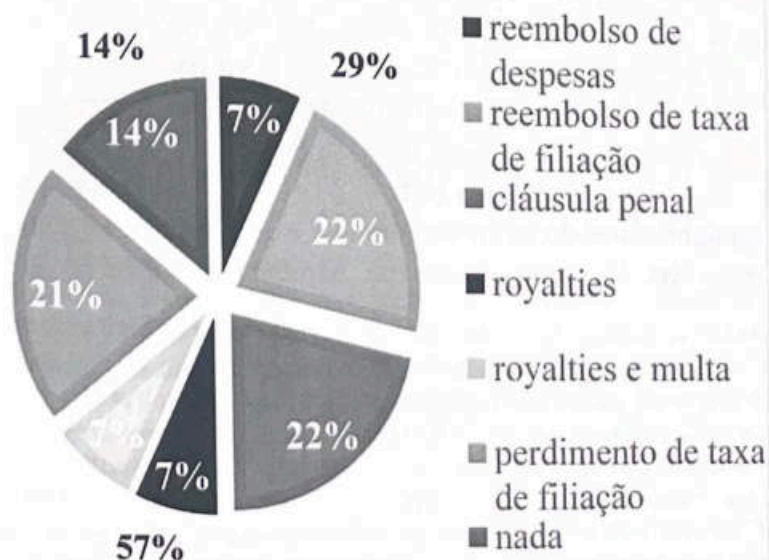
RESULTADO



Com relação ao resultado dos processos, 57% apresentaram uma solução benéfica para os franqueadores, 29% apresentaram solução benéfica para os franqueados e 14% não beneficiaram nenhuma das partes.

Dos 57% dos casos em que as soluções dos processos beneficiaram os franqueadores, 22% terminaram em aplicação de cláusula penal aos franqueados pela desistência ou culpa no não prosseguimento da relação, 21% decidiram que os franqueados perdiam os valores transferidos aos franqueadores a título de taxa de filiação, 7% condenaram os franqueados a pagarem *royalties* pelo período em que perdurou a relação pré-contratual, e 7% condenaram a *royalties* e multa.

TIPOS DE SOLUÇÃO



Das 29% das decisões que beneficiaram os franqueados, 7% determinaram o pagamento de despesas com investimentos realizados para a organização e estabelecimento de condições necessárias para o implemento da franquia, e 22% determinaram o reembolso de taxa de filiação.

Nos demais 14%, devido a advento de termo *ad quem* de vigência de período de relação pré-contratual e de encerramento do negócio por culpa de ambas as partes, a solução não beneficiou ninguém, simplesmente decretando-se o término da relação.

Por conseguinte, a tendência encontrada foi de reconhecer a existência da relação de franquia com base nos instrumentos pré-contratuais pactuados pelas partes, geralmente envolvendo uma circular de oferta de franquia e contratos preliminares de franquia, aplicando-se a solução prevista no ajuste preliminar para promover o desfazimento da relação, aplicando-se, ainda, as sanções previstas no ajuste preliminar, inclusive em casos de simples desistência, ou indenizando-se a parte inocente em caso de culpa da outra parte pelo não prosseguimento da relação.

A doutrina refere que a Lei 8.955/1994 é insuficiente no que tange a mecanismos de indenização para descumprimento de obrigações decorrentes de relações de franquia, tendo as partes que recorrer muitas vezes ao Código Civil para fundamentar seus pleitos indenizatórios⁴¹.

Nada obstante, no que tange a negociações preliminares, a Lei contém previsão que visa à tutela de ambas as partes. No art. 3º estabelece uma série de informações a serem divulgadas com a circular de oferta de franquia (*full disclosure*) por parte dos franqueadores, visando para proteger os franqueados de eventuais erros e vicissitudes da relação contratual⁴². De se notar que as informações devem ser prestadas com ao menos dez dias de antecedência da assinatura de contratos definitivos e pagamentos de taxas e valores (art. 4º), sob pena de o franqueado poder pedir a anulabilidade do contrato e exigir a devolução de quantias que já houver pago (art. 4º, parágrafo único). A mesma solução de anulabilidade

⁴¹ CREUZ, Luís Rodolfo Cruz; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. Indenizações no sistema de franquia empresarial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 95, v. 852, p. 54-84, 2006, p. 68: "Cumpra esclarecer, em primeira mão, que é dupla a legislação aplicável no que diz respeito à indenização nos sistemas de franquia. A Lei 8.955/1994 trata muito pouco da questão das indenizações (arts. 4º e 7º), o que nos leva a aplicar subsidiariamente o Código Civil para preencher as eventuais lacunas".

⁴² *Ibidem*, p. 80.

é aplicável se o franqueador veicular informações falsas na circular de oferta (art. 7º)^{43/44}.

Por outro lado, a Lei 8.955/1994 protege também o franqueador que houver atendido os requisitos legais. Diante dessa situação, o franqueado não poderá alegar descumprimento contratual ou legal do franqueador para pleitear rescisão contratual⁴⁵.

Quando se pretende discutir judicialmente aspectos relacionados às tratativas preliminares em uma relação de franquia, deve-se buscar soluções na circular de oferta de franquia, em pré-contrato ou contrato preliminar de franquia, bem como na Lei 8.955/1994 ou até mesmo em cláusulas gerais e princípios do Código Civil. Neste sentido, a tendência encontrada na jurisprudência das câmaras reservadas do Tribunal de Justiça São Paulo parece estar alinhada com a doutrina e com a legislação pertinente às relações de franquia, geralmente reconhecendo-se que a relação preliminar de franquia tem caráter vinculativo, sancionando a parte que deu causa ao encerramento da relação, por culpa, por desistência ou por ter descumprido o instrumento pré-contratual.

3.4.2 Análise jurisprudencial do STJ

Cumprindo, ainda, analisar os julgados encontrados no Superior Tribunal de Justiça. Lá, os termos originalmente utilizados para a pesquisa feita no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo não deram resultados positivos. Então, a pesquisa foi alterada, utilizando-se termos mais genéricos. Assim foram localizadas 41 decisões monocráticas, das quais 12 tratavam sobre o tema da capacidade vinculativa dos instrumentos pré-contratuais de franquia. Porém, nenhuma das decisões chegou a analisar o mérito da relação pré-contratual. Eventuais sanções em razão de os casos envolverem interpretação de cláusula contratual e/ou reexame de matéria

⁴³ ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. Notas sobre o contrato de franquia. *Revista Síntese de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 7, n. 36, p. 110-131, jan./fev. 2014, p. 123.

⁴⁴ Como se comentou acima, tais situações foram deixadas de fora do escopo da pesquisa jurisprudencial, por se tratarem de decorrência legal, e não propriamente dos pré-contratos. Porém, vale o registro para salientar a preocupação do legislador com essa fase de negociações preliminares entre as partes no que tange à franquia.

⁴⁵ CREUZ, Luís Rodolfo Cruz; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. Indenizações no sistema de franquia empresarial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 95, v. 852, p. 54-84, 2006, p. 81-82.

fática atraíram as Súmulas 07 e 05 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶. Apenas 2 (dois) julgados tangenciaram o tema, em razão de os ministros relatores terem, muito embora aplicado as súmulas referidas acima, se manifestado a respeito da relação preliminar de franquia.

O Agravo em Recurso Especial 1.041.627/PR (2017/0006394-4) trazia discussão em que o franqueado, após três anos do recebimento da carta de oferta de franquia, postulou devolução de taxa inicial de franquia, alegando que a relação de franquia não chegou a ser implementada. O relator, Ministro Moura Ribeiro, ainda que de maneira indireta, fazendo remissão à decisão do tribunal local, reconheceu a existência da relação de franquia e a vinculação do pré-contrato pelo *pacta sunt servanda*, desprovendo o recurso interposto pelo franqueado. De maneira similar, no Recurso Especial 1.656.691/PR (2017/0024040-6), os franqueados pretenderam descaracterizar a relação de franquia por não terem assinado o contrato definitivo, assinando apenas circular de oferta. O relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, entendeu que a circular de oferta já serviria como prova da relação, indeferindo o recurso dos franqueados.

4 CONCLUSÕES

O pré-contrato de natureza vinculativa produz efeitos, conforme visto, desde que apurados todos os requisitos de validade do negócio jurídico. Os contratos preliminares possuem autonomia funcional e jurídica. Autonomia funcional decorre de sua função própria, distinta da do contrato definitivo. Também possui uma autonomia jurídica em face do contrato definitivo porque produz efeitos que independem deste.

Em todos os julgados analisados em que não havia instrumento vinculante (contrato ou pré-contrato), as Câmaras Reservada de Direito Empresarial e de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entenderam não caber indenização ou reembolso de despesas incorridas

⁴⁶ Os casos selecionados foram os seguintes: (1) AgInt no Agravo em Recurso Especial 1.267.641/GO (2018/0067411-9); (2) Agravo em Recurso Especial 1.041.627/PR (2017/0006394-4); (3) Recurso Especial 1.629.870/DF (2016/0259308-4); (4) Agravo em Recurso Especial 884.163/SP (2016/0068496-5); (5) Agravo em Recurso Especial 573.264/DF 687.782/SP (2015/0065478-1); (6) Agravo em Recurso Especial 311.669/SP (2013/0068723-7); (7) Agravo em Recurso Especial 451.110/PR (2013/0410687-3); (8) Agravo em Recurso Especial 234.679/DF (2012/0202413-7); (9) Agravo em Recurso Especial 1.099.528/SP (2017/0102440-7); (10) Recurso Especial 1.656.691/PR (2017/0024040-6); e, (12) Agravo em Recurso Especial 484.676/SP (2014/0048102-5).

na fase de negociações preliminares, quando uma das partes rompia negociações e desistia do negócio. Note-se, entretanto, que há obrigação de agir dentro dos limites da boa-fé objetiva. Quando esta deixa de ser observada, pode nascer obrigação de indenizar.

A existência de elementos suficientes poderá determinar ter ocorrido a celebração de contrato preliminar (vinculante). Em boa parte dos casos, notadamente naqueles em que se observa a necessidade de existência de *affectio societatis*, a solução mais comumente adotada é a resolução em perdas e danos. Somente em casos esporádicos é que os Tribunais exigirão o cumprimento específico das obrigações avençadas nos contratos preliminares.

Já em relação às relações de franquia, pode-se alcançar as seguintes conclusões: (i) instrumentos pré-contratuais ou preliminares, até mesmo pelo que determina a Lei 8.955/1994, são suficientes para caracterizar a relação de franquia, ainda que o contrato definitivo não tenha sido assinado, caso as partes tenham dado prosseguimento à relação (isto é, realizado investimento, pagamento de taxa de filiação, treinamento de pessoal, transferência de *know how*, utilização de marca, produtos e serviços etc.); e (ii) tais instrumentos preliminares possuem caráter vinculativo e têm sido aplicados pela jurisprudência para sancionar a parte infratora ou que desistiu do negócio, com apoio da Lei 8.955/1994 e do Código Civil.

5

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. Notas sobre o contrato de franquia. *Revista Síntese de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 7, n. 36, p. 110-131, jan./fev. 2014.
- BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais Online – Thomson Reuters*. DTR/1999/525. p. 1. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- CREUZ, Luis Rodolfo Cruz; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. Indenizações no sistema de franquia empresarial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 95, v. 852, p. 54-84, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.
- FRANZINI, Maria Angela Carobrez; THORNEN, Walter Hugo; FERNANDES, Kellen Silva Moreira. O contrato de franquia sob a égide da Lei 8.955/1994. *Revista de Direito Privado e Processual*, Maringá, n. 4, p. 79-116, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1952.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III.
- RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.
- TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *Execução do Contrato Preliminar*. Tese (doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

ANEXO I – PRÉ-CONTRATOS

Termos de pesquisa: “despesas”, “indenização”, “negociações preliminares”, “contrato preliminar”, “carta de intenções”, “memorando de entendimentos”.

Período: 2008 a 2018

Amostras: 196 julgados analisados, 20 julgados interessantes

Contrato Preliminar: execução específica ou perdas e danos “Contrato Preliminar”, “Execução específica”, “pré-contrato”, “natureza vinculante”, “perdas e danos”			
Tribunais	Julgados analisados	Julgados pré-selecionados	Julgados selecionados ⁴⁷
TJSP	126	39	6
STJ	23	9	1
STF	1	1	1
TOTAL	150	49	8

Sobre Franquias Período: 2008 a 2018			
Tribunais	Julgados analisados	Julgados selecionados	Termos de pesquisa
TJSP (Câmaras Reservadas)	73	14	“franquia”, “multa”, “despesas”, “indenização”, “pré-contrato”
STJ	41	2	“franquia”, “pré-contrato”, “contrato preliminar”

⁴⁷ Foram retirados dos pré-selecionados aqueles que tratavam da matéria processual, contratos de franquia ou violação de boa-fé em tratativas preliminares.

O contrato é o que torna o mercado possível. Ele é peça-chave para garantir o bom fluxo de relações entre empresas. Os agentes valem-se do contrato para satisfazer suas necessidades econômicas, exigindo dos juristas a compreensão dessa dimensão. Ao mesmo tempo, as orientações jurisprudenciais influenciam sobremaneira as opções concretas abraçadas pelas empresas. Afinal, a partir dos textos legais, é o Poder Judiciário quem determina o que pode e o que não pode ser feito no mercado.

Os estudos empreendidos no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo do São Francisco, sob a tutela da Professora Paula A. Forgioni e dos Professores Arthur Barrionuevo Filho e José Augusto Fontoura Costa, assumiram essa perspectiva, alinhando ferramentas trazidas pela economia, especialmente a institucional, para orientar a análise da jurisprudência sobre contratos empresariais. Especial foco foi dado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ser a corte brasileira que mais lida com embates entre agentes econômicos de relativo porte. Assim, caem por terra mitos como o do juiz intervencionista, que não se contém diante da possibilidade de alterar um contrato, ao menos no campo do direito empresarial.

A metodologia empregada envolveu a análise dos principais acórdãos em cada um dos temas selecionados, destrinchando-os com o ferramental típico da economia institucional. O escopo foi identificar em que medida as decisões judiciais contribuem para o bom fluxo de relações econômicas e, conseqüentemente, para o desenvolvimento nacional.



UTILIZE O LEITOR DE QR CODE DO SEU CELULAR E CONHEÇA NOSSOS OUTROS TÍTULOS.