

Contrato preliminar nas operações de compra e venda de participação societária: possibilidade de alteração das disposições ajustadas no contrato preliminar no contrato definitivo

As operações M&A (*merge and acquisitions*) congregam diversos formatos de negócios jurídicos que são recorrentes no dia a dia empresarial, dentre elas: a compra e venda de participação societária, a fusão de duas empresas, a cisão de uma determinada empresa, incorporação de ações etc. Dessas operações, a compra de participação societária é uma das mais recorrentes [se não for a mais] na prática empresarial.

Ainda que o ato desse tipo de compra e venda possa parecer simples – *alguém alienando sua participação societária (ações/cotas) em troca de dinheiro* –, a concretização desse negócio, sob o aspecto jurídico, tende a ser mais complexo, especialmente por ser uma operação que pode ser multifacetada. A realização de contrato preliminar é algo que corrobora para que a compra e venda de participação societária seja uma operação complexa e instigante, haja vista que, nessas situações, costuma aparecer na forma de ofertas vinculantes, que por sua vez não vai tratar das disposições da venda em si, mas irá gerar um compromisso para ambas as partes posteriormente realizarem a efetivamente o negócio.

O contrato preliminar, também chamado de *pactum de contrahendo*, é uma convenção em que seu principal objeto é a realização de um contrato definitivo. No caso de compra e venda de participação societária, o contrato preliminar, geralmente,

O contrato preliminar, promessa de contrato ou ainda *pactum de contrahendo*, portanto, é neste caso um meio termo entre as negociações/tratativas e o contrato definitivo. Meio termo, pois, não é de interesse das partes realizar o negócio de imediato, pois pode haver questões que merecem maior detalhamento.

Esse tipo de contrato está positivado entre os artigos 462 e 466 do código civil (“CC/02”) e, conforme dispõe o 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 para que o efetive**”. Ou seja, é possível que haja execução específica do seu cumprimento.

Nesse sentido, a causa do contrato preliminar, conforme ensinamentos de Alcides Tomasetti Júnior, “está em assegurar as respectivas partes a introdução diferida, ou a conformação básica, do regramento de seus interesses, acerca de determinado objeto, mediante um

segundo contrato (definitivo), cujo dever de conclusão, ou de complementação e conclusão, está vinculativamente previsto no primeiro.”¹ (destaque no original)

Com isso, pode surgir uma dúvida: as partes ao celebrarem o contrato preliminar para uma futura compra de x% de ações de uma determinada sociedade ficarão obrigadas a realizar o contrato definitivo nos exatos termos do que previa o acordo preliminar? A resposta é não.

Isso porque, o contrato preliminar, apesar de “amarrar” as partes para um contrato futuro, não tira delas a autonomia de poderem modificarem esse contrato prévio, ou até, realizarem um contrato definitivo substancialmente diferente daquilo que ajustaram no início. Claro, desde que com a mútua concordância.

Para dar mais cor a essa explicação, selecionamos um acórdão recente do STJ para realizarmos um breve estudo. Trata-se do julgamento do Resp. 2054411/DF, julgado em 03.10.2023 pela 3ª turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Moura Ribeiro em que, no contexto de uma operação de M&A, foi decidido que o contrato definitivo pode ter disposições diferentes daquilo que previa o contrato preliminar.

Para tanto, este singelo estudo será dividido em três momentos: **i)** breve abordagem teórica do instituto do contrato preliminar; **ii)** análise do Resp. 205441/DF; e a **iii)** conclusão.

i) DO CONTRATO PRELIMINAR – Breve abordagem teórica

O contrato preliminar consiste em uma estipulação de dever de concluir um contrato posterior. Apesar disso, vale salientar que o dever de concluir um contrato, conforme ensina Pontes de Miranda, *“pode resultar de negócio jurídico, de lei ou de decisão judicial. O que se chama pré-contrato não é necessariamente contrato, porque pode haver promessa unilateral de contratar”*.²

Na vida prática (especialmente nas operações societárias), o contrato preliminar tende a aparecer na forma de um negócio jurídico bilateral, tendo as partes a possibilidade de escolherem previamente quais serão as cláusulas que deverão compor o contrato definitivo, e por haver nesse pré-contrato o *“consentimento, e o objeto perfeitamente identificáveis e valoráveis juridicamente”*, defende Bulgarelli, *“que [o contrato preliminar] não se confunde com as negociações preliminares (ou tratativas) que não criam obrigações para as partes, sendo meras discussões ou avaliações que antecedem a conclusão efetiva do contrato.”*³

¹ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Execução do contrato preliminar. 1982. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 10

² MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXXVIII. Direito das obrigações: negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto, Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte especial; 38) p. 519.

³ BULGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p. 114

O fato de haver possibilidade para que as partes estipulem determinados quesitos do contrato definitivo na avença preliminar, dá a este também um nome de “contrato normativo”.⁴ Um dos principais motivos para considera-lo assim é que o contrato preliminar tem, como ponto central, função preparatória para o negócio definitivo futuro, conferindo, inclusive, mais segurança às partes contratantes, na medida que se houver desistência posterior, poderá corresponder a descumprimento contratual.⁵ Sendo assim, a “*compreensão do contrato preliminar como um modelo ou como uma estrutura contratual especial para a formação de outros contratos, aproxima esta figura dos contratos normativos*.”⁶

Nesse sentido, observamos que o contrato preliminar, especialmente no que concerne as operações de compra e venda de participação societária, são instrumentos de pavimentação para a efetiva compra e venda, seja porque falta informações e documentos necessários, falta consentimento ou autorização de terceiros (como o CADE, p. ex), inexistência atual da coisa (operações de compra e venda que demandam de uma estrutura societária ainda não existente), como também pela “*complexidade da operação econômica, por exemplo, a aquisição de estabelecimento comercial, que exige a verificação de dados, balanços, inventários, avaliações de estoque etc.*”⁷

De acordo com Fabio Pedro Alem, há duas modalidades de contratos preliminares, o *unilateral* e o *bilateral*. No unilateral o direito de se exigir o cumprimento é reservado exclusivamente a uma das partes.⁸ De acordo com o autor, “*O exemplo mais tradicional desse tipo de contrato preliminar diz respeito ao direito de preferência e, também, à opção de compra ou de venda de determinado bem.*”⁹ Por exemplo, a cláusula de direito de preferência que é inserida no contrato de compra e venda estipulando que o vendedor do bem possa readquirir o que está vendendo, é classificada como contrato preliminar unilateral.

Ainda assim, “*o contrato definitivo somente se formará quando houver a declaração de vontade do outro contratante, no futuro. Logo, o contrato preliminar é regulamente celebrado e contém as vontades de todos os contratantes, mas seu objeto – o contrato definitivo – somente se formará quando o outro contratante (do contrato preliminar) vier a declarar a sua vontade de celebrá-lo.*”¹⁰

⁴ BULGARELLI, Waldirio. ob. cit. p. 114

⁵ FERREIRA NETO, Ermiro. Funções e efeitos do contrato normativo no Direito Civil brasileiro. 2021. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-16092022-103847. Acesso em: 2024-01-29. p. 143

⁶ FERREIRA NETO, Ermiro. ob. cit. p. 144

⁷ ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade pela ruptura das negociações. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 25

⁸ ALEM, Fabio P. Contrato preliminar: níveis de eficácia. – São Paulo: Almedina, 2018. p. 53

⁹ ALEM, Fabio P. ob. cit. pp. 53-54

¹⁰ ALEM, Fabio P. ob. cit. p. 55

Caso o beneficiário desse contrato preliminar unilateral não exerça o seu direito no prazo estipulado, essa opção ficará sem efeito. É o que ensina o art. 466 do CC/02 – “*Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.*”

Nesse sentido, vale apontar que o contrato de opção de compra de ações é um exemplo de contrato preliminar, pois dá o direito, de natureza obrigacional, aos contratantes para adquirirem ações novas emitidas pela companhia. A opção, como ensina Modesto Carvalhosa, “*constitui promessa de alienação, seja por subscrição de ações novas, seja por venda de ações anteriormente emitidas. Trata-se de uma obrigação de fazer, cujo conteúdo é prestar uma declaração de vontade.*”¹¹

Agora, quanto ao contrato preliminar bilateral, ambas as partes assumem a obrigação de realizar um posterior contrato e o direito de exigir um do outro o cumprimento dessa obrigação é dada para as duas partes, em toda a sua extensão e efeitos.¹²

Em ambos os casos será possível contar com a execução específica do pré-contrato para que se realize o negócio jurídico definitivo, contudo, de formas diferentes.¹³ Para o primeiro caso, contrato preliminar unilateral, o detentor do direito de exercício de opção, por exemplo, é quem poderá exigir da companhia o cumprimento da alienação das ações, pois será uma condição suspensiva potestativa em favor do credor (quem pode exercer o direito).¹⁴ Para o segundo, o direito de cobrar a execução específica será de ambas as partes.

Para esses casos, a execução específica poderá ser tanto via cumprimento de sentença,¹⁵ ação monitória¹⁶ ou via ação de execução de título extrajudicial,¹⁷ caso o contrato preliminar seja um título executivo extrajudicial.¹⁸

¹¹ Carvalhosa, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 3º volume: artigos 138 a 205. – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 578

¹² Alem, Fabio P. ob. cit. pp. 55-56

¹³ Quanto a execução específica do cumprimento do pré-contrato vale lembrar as antigas disposições que existiam no CPC de 1973 até o ano de 2005. Nesse antigo diploma legal era previsto no seu art. 639 que “*aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado*”. Além disso, previa-se no art. 641 daquele diploma que “*condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.*”

¹⁴ Nesse sentido: Condição meramente potestativa no Direito brasileiro. Migalhas. 2023. <https://www.migalhas.com.br/depeso/380774/condicao-meramente-potestativa-no-direito-brasileiro>. Acesso em 26.02.2023

¹⁵ CPC. Art. 536, § 4º.

¹⁶ CPC. Art. 700, inc. III e Art. 701

¹⁷ CPC. Arts. 814, 815 e 821.

¹⁸ CPC. Art. 784

Outro ponto importante é quanto a formação do contrato preliminar que é disposto no art. 462 do CC/02 que diz que “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.”

Chamamos a atenção nesse artigo de lei para o termo “requisitos essenciais”. O que se depreende da doutrina é que há uma sugestão de que “as mesmas exigências legais, requisitos e características do contrato definitivo devem estar presentes no contrato preliminar”.¹⁹ Fabio Pedro Alem ressalta que “quanto à forma, a legislação não impõe restrições, mas na prática, caso o contrato definitivo tenha forma prescrita em lei, o contrato preliminar deve segui-la para que tenha validade efetiva entre as partes e também perante terceiros, quando for o caso.”²⁰

Apesar disso, vale frisar a lição de Cristiano de Sousa Zanetti ao comentar o referido art. 462, em que afirma que “**não há exigência de forma para o contrato preliminar. Sua validade, portanto, não está condicionada à observância da exigência eventualmente prevista para o contrato definitivo, ressalvada, evidentemente, a existência de norma específica para o contrato preliminar em questão.**”²¹ (destacamos)

Ainda sobre a forma do contrato preliminar e seu impacto no contrato definitivo, vale a lição de Alcides Tomasetti Júnior quando menciona a questão da *causa solvendi*, isto é, quando o contrato definitivo tem sua causa pressuposta no pré-contrato. Essa teoria aponta que um contrato definitivo que necessita de causa (pré-contrato), quando não a tem, acarreta-lhe sanção de nulidade.²² Entretanto, o referido autor chama atenção para os devidos cuidados quanto a sua aplicação, de modo que a nulidade do contrato definitivo só ocorre se houver uma nulidade no pré-contrato e este contrato preliminar seja especificamente mencionado no acordo definitivo.²³

Com isso, temos que os contratos preliminares são negócios jurídicos bilaterais cuja a “*função econômico-social, pode ser tanto o asseguramento da introdução diferida quanto a conformação básica do regramento de seus interesses acerca do determinado objeto, por meio de um segundo contrato – i.e., o definitivo.*”²⁴ Ainda, são considerados “elementos particulares do contrato preliminar todos aqueles que [...] tenham pertinência direta a primeira contratação e pertinência reflexa ao contrato projetado”.²⁵

¹⁹ Lôbo, Paulo. Direito Civil: Contratos v. 3. – 9. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. Versão PDF. p. 46

²⁰ Alem, Fabio P. ob. cit. p. 63

²¹ Nanni, Giovanni Ettore. coord. Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 609

²² TOMASETTI JUNIOR, Alcides. ob. cit. p. 11

²³ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. ob. cit. p. 13

²⁴ COSTA, Fernanda Mynarski Martins. Execução diferida nos contratos de M&A. – São Paulo: Almedina, 2022. p. 101.

²⁵ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. ob. cit. p. 21

Todavia, como aponta Cristiano Zanetti

Nada obsta, porém, que o contrato preliminar contenha todos os elementos do contrato definitivo. Nesse caso, aliás, a conclusão do negócio definitivo se afigura mais como adimplemento que como negócio jurídico.²⁶

Os contratos preliminares, em suma, podem ser unilaterais, em que apenas uma das partes terá o direito de exigir o cumprimento da obrigação futura, na figura de credora, ou bilateral, em que ambas as partes podem exigir o cumprimento da obrigação, qual seja, o contrato definitivo. Não há forma necessária para que se estabeleça a validade e eficácia do contrato preliminar, exceto pelo que prevê o art. 104 do CC/02.²⁷

Dito isso, sigamos para a análise do julgamento do Resp. 205441/DF que tratou sobre a possibilidade de as partes convencionarem diferente daquilo que haviam previamente acordado em um contrato preliminar.

ii) CASO PRÁTICO: Abordagem do Resp. 205441/DF

ii.a) Contexto

A discussão jurídica que resultou no REsp. 205441/DF foi a realização de um contrato preliminar, na forma de proposta de venda de um restaurante, contudo, o objeto desse pré-contrato foi alterado quando da realização do contrato definitivo.

A proposta contava com a ML Alimentação e Diversões S.A (“ML” ou “Vendedora”) vendendo seu restaurante (“Restaurante”) para a empresa Finançaír Fomento Mercantil Ltda (“Finançaír”) e Marcelo Tomé (“Marcelo”) em 09.11.2016. Nessa proposta foi sido estabelecido que os compradores seriam os responsáveis pelo passivo tributário e trabalhista do restaurante, já existentes a época ou que viessem a ser apurados posteriormente. Conforme é reprisado no acórdão do STJ, a cláusula desse contrato preliminar dizia que:

A ML e seus acionistas controladores têm a intenção de vender o Restaurante Piantella, nas condições em que se encontram os seus ativos tangíveis e intangíveis, mediante a assunção pelos compradores da totalidade do passivo tributário e trabalhista, já existente ou a ser apurado, de modo que não sejam eles onerados com qualquer responsabilidade após a venda.

Em contrapartida à assunção desse passivo pelos compradores, receberão eles todo o ativo da ML sem o pagamento de qualquer compensação pecuniária. (destacamos)

²⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A conservação dos contratos nulos por defeito de forma. – São Paulo: Almedina. 2013. p. 91

²⁷ Código Civil. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Contudo, o contrato definitivo, celebrado em 22.11.2016, não tratou especificamente da venda do restaurante, mas sim das ações da ML. No caso, os seus acionistas, Antônio Carlos (“Antônio”), Leão – Participação e Administração de Bens Ltda (“Leão Ltda”) e o Espólio de Eraldo Moreira (“Espólio”), venderam suas ações para a Finançair e para Marcelo. Além disso, estipulou-se que a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas seriam de responsabilidade dos vendedores das ações, veja:

4.3. Responsabilidade pelas obrigações trabalhistas da ML. OS VENDEDORES serão os únicos e exclusivos responsáveis por todas as obrigações e débitos da ML de natureza trabalhista, bem como por qualquer ação judicial e/ou processo administrativo e/ou cobrança de natureza trabalhista (incluindo condenações eventualmente daí decorrentes) que se refiram a vínculos trabalhistas até a data de assinatura deste Contrato, observada a cláusula 4.3.1, abaixo. A partir da assinatura deste Contrato, os COMPRADORES serão os únicos e exclusivos responsáveis por essas obrigações, caso a ML venha a não honrar seus compromissos.

4.3.1. Obrigação de reembolso. As Demandas de natureza trabalhista existentes ou que venham a ser ajuizados depois da celebração deste Contrato para reivindicar valores relativos a período anterior à assinatura deste Contrato (cujo pagamento é de responsabilidade dos VENDEDORES) serão respondidas pela ML, até o trânsito em julgado de sentença ou acórdão (inclusive das que homologarem eventuais acordos), ficando a ML responsável pelo pagamento, para reembolso pelos VENDEDORES, em até 30 (trinta) dias da comunicação que lhe fizerem os COMPRADORES.

Depois disso, a ML teve arcar com débitos trabalhistas do Restaurante relativos até o período de 22.11.2016 e, por conta disso, ingressou com uma execução de título extrajudicial contra os antigos acionistas Antônio e Leão Ltda. A ML cedeu seu crédito discutido nessa execução para um terceiro, Elton Silva (“Elton”), que continuou no polo ativo da execução.

Nos embargos à execução apresentado pelos executados, Antônio e Leão Ltda, alegaram que “*nos termos da oferta de venda inicial, estariam os compradores, e não os vendedores, obrigados ao pagamento do passivo tributário e trabalhista*”.

Na **sentença** o juiz entendeu que **deveria prevalecer o acordo ajustado na oferta** e não no contrato definitivo. **O Tribunal de Justiça do Distrito Federal** (“TJDF”) modificou a sentença sob o fundamento de que **devem prevalecer as disposições do contrato definitivo** em virtude de que este último contrato estaria substituindo as declarações e condições do preliminar, bem como essa mudança teria respaldo na autonomia da vontade. Ou seja, Antônio e Leão Ltda deveriam pagar os valores dos débitos trabalhistas até a data estipulada no contrato.

Dessa decisão, Antônio e Leão Ltda recorreram ao STJ sustentando a tese de que “uma vez aceita a proposta, as obrigações nela indicadas deveriam ser obrigatoriamente observadas, a despeito do que estipulado posteriormente no instrumento contratual assinado pelas partes”, e que a falta de observância a esse ponto seria uma ofensa aos artigos 421²⁸, 427²⁹, 428, inciso I³⁰ e 463, todos do CC/02.

ii.b) Decisão do STJ

O relator desse caso foi o Ministro Moura Ribeiro e votou negando provimento ao Resp. Ele foi acompanhado de forma unânime pelos ministros presentes da 3ª turma, com exceção do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que estava ausente.

O voto do relator teve como pilar a *autonomia da vontade das partes*, pois as partes escolheram alterar as disposições contratuais da proposta (contrato preliminar) no contrato definitivo, conforme a liberdade de contratar bem como disporem livremente sobre as disposições do último contrato.

Basicamente, o acórdão abordou 2 pontos interessantes e pertinentes para discussão: os termos da proposta (contrato preliminar) não continham os elementos nucleares do contrato definitivo e, na esteira do que decidiu o tribunal de origem, a liberdade contratual das partes permite que elas revoguem, modifiquem ou substitua ajustes anteriores, seja em contrato preliminar ou em contrato definitivo.

Quanto ao primeiro ponto, o relator ressaltou que, muito embora os recorrentes tenham alegado que as avenças do contrato preliminar deveriam prevalecer frente ao contrato definitivo, o que foi efetivamente realizado divergia da proposta feita inicialmente. Com isso, “se a tese jurídica defendida [pelos recorrentes] é a de que a proposta deveria prevalecer sobre o contrato definitivo, eles deveriam, por coerência, perseguir a eficácia da proposta em sua integralidade, e não por capítulos”, ou seja, “deveriam pedir, por exemplo, que a compra e venda recaísse sobre o próprio estabelecimento comercial, e não sobre as ações da ML”.

Como foram as partes negociantes que em comum acordo mudaram o objeto do contrato, de venda de estabelecimento para venda de ações, esse queixume posterior seria nada mais do que um exemplo de comportamento contraditório.

Quanto ao art. 463 do CC/02 – que prevê que “**desde que não conste cláusula de arrependimento no contrato preliminar, qualquer das partes terá o direito de exigir a**

²⁸ Código Civil. Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

²⁹ Código Civil. Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

³⁰ Código Civil. Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante.

celebração do contrato definitivo” – a interpretação dada a esse dispositivo pelo relator foi de que esse artigo

autoriza um dos contratantes a exigir do outro a formalização do negócio definitivo com observância do que estipulado no acordo preliminar. Referida exigência apenas se apresenta, por óbvio, quando houver inércia ou recusa na celebração do contrato definitivo. O dispositivo em comento não impede que as partes, por ocasião da celebração do negócio definitivo, de comum acordo, suplantem acordos anteriores e disponham em sentido diverso do que inicialmente planejado, até porque isso seria contrário ao princípio da liberdade contratual.

Sendo assim, “se a norma confere aos contratantes uma prerrogativa, é porque não lhes impõe, como parece intuitivo, o exercício dessa mesma prerrogativa”. E com isso, **nas palavras do relator**

o dispositivo assinalado não obriga a parte interessada a exigir da outra que formalize o contrato definitivo nos mesmos moldes do ajuste preliminar. Tampouco impede que os negociantes, por oportunidade da celebração do contrato definitivo, estabeleçam, de comum acordo, deveres e obrigações diversos daqueles originariamente intentados

Quanto ao segundo ponto, liberdade contratual/autonomia da vontade das partes, o relator entendeu que o ato jurídico praticado pelas partes, quando se pauta nessa autonomia, tem o poder de criar, extinguir ou modificar relações jurídicas, logo, “*nada mais natural do que admitir que ele pode incidir sobre uma relação jurídica criada por outro negócio jurídico anterior, modificando seus contornos para liberar as partes das obrigações assumidas anteriormente ou impor-lhes novos compromissos.*”

Essa autonomia das partes foi usada justamente para modificar todos os ajustes realizados no contrato preliminar, na medida que a cláusula 9.2 do contrato definitivo previa que todas as condições, promessas, declarações, contratos e acordos verbais ou escritos anteriores sobre a avença discutida seriam substituídos por este novo.

Com isso, a conclusão do acórdão foi que a proposta de compra e venda não continha os elementos nucleares do contrato definitivo, que os recorrentes tiveram comportamento contraditório ao pleitearem apenas parte da execução do contrato preliminar e que o contrato preliminar perdeu eficácia quando as partes acordaram em realizar um contrato posterior totalmente diferente do primeiro.

iii) Conclusão

Todo o acórdão nos pareceu coerente na maior parte, na medida que o julgador explorou com precisão um dos princípios norteadores das relações privadas: autonomia da vontade das

partes de estipularem o que bem convir a elas, isso se aplicada em conjunto com a boa-fé objetiva, na medida que não serão aceitos comportamentos contraditórios posteriores.

Frisamos que, a interpretação dada pelo relator ao art. 463 do CC/02, dizendo que o credor da obrigação estipulada no contrato preliminar tem uma prerrogativa e não uma imposição, nos parece certa, mas deve ser lida com cautela.

Cautela, pois, a prerrogativa será sempre a do credor da obrigação, que, é claro, fica muito mais fácil de visualizar quando se tratar de contrato preliminar unilateral, pois o credor do direito a ser exercido é apenas um, e não do devedor da obrigação.

Por exemplo: no contrato de opção de compra de ações, onde geralmente um funcionário – após a realização de algumas pré-determinadas condições – tem o direito de exercer o seu direito de compra das ações. A referida prerrogativa/faculdade que é apenas do funcionário, pois ele é a parte que supostamente teria o direito de fazer valer a opção (contrato preliminar). A empresa, por outro lado, havendo o efetivo direito do exercício de opção, só restará cumprir a obrigação, sobre pena de execução forçada ou conversão em perdas em danos, conforme arts. 815 e 816 do CPC.

No caso de ser um contrato preliminar bilateral a realização do negócio definitivo só será prerrogativa/faculdade se ambas as partes estiverem em comum acordo de estipular negócio diferente do que foi previamente acordado ou não seguirem com o acordo. Do contrário, àquele que inadimpliu poderá ser executado e/ou indenizar o outro.

Desse modo, uma operação de M&A que tenha sido negociada preliminarmente como uma compra e venda de ações, se ambas as partes quiserem, poderão realizar definitivamente uma operação de incorporação de ações, reaproveitando, ou não, o que for possível do pré-contrato.