



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

AMANDA DE AZEVEDO ARAUJO

**O CONTRATO PRELIMINAR E A NATUREZA JURÍDICA DOS PROTOCOLOS NAS
OPERAÇÕES DE FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO**

Recife/PE

2019

AMANDA DE AZEVEDO ARAUJO

**O CONTRATO PRELIMINAR E A NATUREZA JURÍDICA DOS PROTOCOLOS NAS
OPERAÇÕES DE FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO**

Monografia apresentada como Trabalho de
Conclusão de Curso de Direito vinculado ao
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Pernambuco.

Orientador: Dr. Sérgio Torres

Recife/PE

2019

Autor: Amanda de Azevedo Araujo

Título:

Monografia para obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

BANCA EXAMINADORA

Prof.

Prof.

Prof.

RESUMO

O presente trabalho aborda a formação do contrato no direito brasileiro, com ênfase nos chamados contratos preliminares, especialmente aqueles usualmente denominados de “protocolo”, elaborados pela administração de sociedades anteriormente à conclusão das operações societárias de fusão, cisão e incorporação de sociedades. Ao longo do artigo, serão abordados os aspectos principais dos contratos preliminares e verificada a sua compatibilidade com os preceitos e procedimentos estabelecidos pela Lei das Sociedades por Ações, sendo o objetivo do trabalho a própria contraposição dos conceitos e natureza jurídica do contrato preliminar e dos protocolos, bem como as repercussões no âmbito da sua executividade. Além disso, é debatida a viabilidade da execução coativa dos protocolos em face da própria Lei das Sociedades por Ações.

Palavras-chave: contratos; contratos preliminares; operações societárias; protocolo; cisão; fusão; incorporação.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	3
2. FORMAÇÃO DO CONTRATO E OS CONTRATOS PRELIMINARES.....	5
2.1. Processo de formação de contrato.....	5
2.2. Os contratos preliminares.....	8
2.3. Responsabilidades pré-contratual e contratual.....	10
3. PROTOCOLO E JUSTIFICATIVA NAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS.....	15
3.1. Conceito de Protocolo e Justificativa.....	15
3.2. O Protocolo nas operações de fusão, cisão e incorporação.....	17
4. CONFLITO LEGISLATIVO ENTRE OS CONTRATOS PRELIMINARES E O PROTOCOLO.....	19
4.1. Natureza jurídica do protocolo.....	19
4.2. Execução coativa do protocolo.....	22
4.3. Impossibilidade de conferir ao protocolo natureza de contrato preliminar em razão de conflito com a Lei das Sociedades por Ações.....	23
4.4. Perdas e danos em caso de ruptura de protocolo.....	27
5. CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS.....	31

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é evidenciar e contrapor o Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações no tocante à natureza jurídica do protocolo celebrado nas operações de fusão, cisão e incorporação. A partir da análise das normas gerais a respeito dos contratos preliminares, estabelecidas nos artigos 462 a 466 do Código Civil, e das normas específicas para operações de cisão, fusão e incorporação, é possível verificar que a Lei das Sociedades por Ações confere ao protocolo eficácia diversa àquela estabelecida pela norma geral para os contratos preliminares.

A formação do contrato inicia-se a partir das tratativas entre as partes interessadas na realização do negócio jurídico. São as chamadas negociações preliminares. Nessa etapa das negociações, as partes não se vinculam e não se obrigam a celebrar nenhum tipo de contrato definitivo, apenas acordam os termos gerais de cada etapa da operação.

Os documentos preliminares não envolvem, a princípio, compromissos ou obrigações para os interessados, tendo como objetivo pautar a fase de negociações preliminares e definir conveniências e interesses das partes.

Nesse contexto, um dos documentos preliminares mais importantes na operação é apresentação da proposta não vinculante (*non binding offer - NBO*), pelo meio do qual a parte interessada na operação envia a outra parte as suas intenções copiladas em um documento constando preço, estruturação da operação.

Passado o momento preliminar das negociações, inicia-se a fase vinculante: a elaboração do pré-contrato ou contrato preliminar. Os contratos preliminares, segundo o art. 464 do Código Civil, possuem força vinculante. Ou seja, em hipótese de desistência de celebração do contrato definitivo, a legislação autoriza a sua execução forçada.

Pois bem. A discussão acerca dos contratos preliminares toma outra forma em se tratando dos documentos preliminares celebrados nas operações de fusão, incorporação e cisão regidos para a Lei das Sociedades por Ações (Lei Federal nº 6.404/1976).

Os protocolos e justificativas são documentos obrigatórios, previstos na Lei das SA, que tem por finalidade a junção de todos os elementos finais das negociações e as justificativas da realização da operação para que sejam deliberados e aprovados em assembleia geral da sociedade.

Nesse sentido, existe embate doutrinário quanto a natureza jurídica dos referidos protocolos, vez que estes possuem elementos próprios de contratos preliminares, mas, por outro lado, são documentos celebrados antes mesmo da deliberação em assembleia geral, o que, por parte da doutrina, descaracteriza a obrigação vinculante dos contratos preliminares uma vez que a sociedade, legalmente, não pode realizar operações societárias de fusão, incorporação e cisão, sem a deliberação em assembleia com *quórum* qualificado de aprovação.

A discussão acalora-se no momento em que os referidos protocolos são considerados contratos preliminares pela maior parte da doutrina, o que leva a crer que os dispositivos que tratam deste tipo contratual no código civil, devem ser analogicamente aplicados aos protocolos e justificativas das operações de cisão, fusão e incorporação.

Por outro lado, parte da doutrina entende que o protocolo seria, em verdade, proposta não vinculante e deliberativa de provável operação de fusão, incorporação e cisão, que deverá ser discutida e aprovada ou não pela assembleia geral de sócios, mas que a não aprovação em assembleia não acarretaria ônus para a sociedade, por tratar-se de mera proposta.

O objetivo deste estudo é analisar a natureza jurídica do protocolo nas operações societárias, bem como demonstrar os contrapontos existentes na legislação e evidenciar a necessidade de compatibilização destes no tocante ao referido instrumento, vez que a justiça brasileira carece de decisões, precedentes e jurisprudência sobre o tema.

A ideia do trabalho surgiu a partir da atuação prática da autora, que convive com os processos de formação dos contratos no âmbito das operações de combinação de negócios. Nesse sentido, foi ponderado como entender a possibilidade de supressão da expressão de vontade do órgão deliberativo supremo das sociedades mediante a execução coativa dos protocolos de cisão, fusão e incorporação.

2. A FORMAÇÃO DO CONTRATO E OS CONTRATOS PRELIMINARES

2.1. Processo de formação do contrato

Os contratos são negócios jurídicos bilaterais, consubstanciados na expressão de vontade das partes que se submetem ao próprio negócio jurídico. Nos termos do artigo 104 do Código Civil, para que tenha validade, o contrato deve cumprir com três requisitos, subjetivos e objetivos: a capacidade das partes, a licitude e possibilidade do objeto e a forma; bem como respeitar certos princípios contratuais como a boa-fé objetiva e a vontade de contratar (*animus*).

A capacidade, via de regra, em se tratando de contratante pessoa jurídica, pode ser facilmente comprovada mediante atos constitutivos da pessoa jurídica representada ou termos de posse, conforme determina o Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações (Lei Federal nº 6.404/1976). A princípio, não há problema a ser vislumbrado que pudesse macular ou eivar de vícios um contrato firmado por pessoa jurídica representada por Administrador ou Diretor legalmente constituído.

Por outro lado, o objeto deve sempre ser lícito e possível, de forma que não é admissível contratar ato expressamente proibido pela legislação ou que não seja humanamente factíveis. Além disso, em alguns casos, como nos contratos de compra e venda de imóvel, a forma específica do ato de contratação prevista em lei deve ser seguida.

Interessante que a capacidade para contratar pode ser dividida e melhor detalhada. Além da capacidade para a prática de atos da vida civil dos contratantes – o que poderia ser considerada a capacidade civil geral –, que pode ser exercida de forma pessoal ou mediante representação (no caso das pessoas jurídicas), é necessária, também, a legitimação dos contratantes, ou seja, a capacidade especial.¹

A legitimação distingue-se, pois, para que seja atingida a validade de um negócio jurídico, o contratante capaz para atos da vida civil precisa estar legitimado para praticar aquele ato específico, tendo legitimação em relação a certos interesses jurídicos,

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27ª ed. v.3, 2011, p. 248.

sejam esses bens, interesses ou pessoas.² Um exemplo simples da legitimação como elemento da capacidade civil, e da nulidade do negócio jurídico por desatendimento deste elemento, é a venda de bem imóvel por homem ou melhor casado em comunhão universal de bens sem a outorga uxória de seu cônjuge.

A construção de um contrato, contudo, envolve diversos passos que devem ser seguidos pelos contratantes. Apesar de não existir um processo formal e cogente, disciplinado em lei, a ser seguido em todos os casos de contratação, a doutrina possui um processo convencional.

Assim, via de regra, tem-se o início de negociações preliminares, em que as partes contratantes iniciam a informar seus interesses e ventilar a hipótese de celebração de futuro contrato.

As negociações preliminares, as “tratativas”, não têm, necessariamente, a finalidade de celebrar o contrato propriamente dito. É a chamada fase pré-contratual, na qual as partes, em regra, não estão vinculadas a celebração do contrato definitivo.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

As negociações preliminares (*tractatus*, *trattative*, *pour-parlers*) são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Não raro, nos negócios que envolvem interesses complexos, entabula uma pessoa conversações com diversas outras, e somente se encaminha a contratação com aquela que melhores condições oferece. Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam. Há uma distinção bastante precisa entre esta fase, que ainda não é contratual, e a seguinte, em que já existe algo preciso e obrigatório. Não obstante faltar-lhe obrigatoriedade, pode surgir responsabilidade civil para os que participam das negociações preliminares, não no campo da culpa contratual, porém da *aquiliana* [...], somente no caso de um deles induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro, etc. e depois recuar, causando-lhe dano.³

Em um segundo momento, as negociações geralmente são seguidas da elaboração de uma proposta. Nessa fase, não há a formação de um compromisso definitivo, e as condições de negociação podem ser alteradas, ou mesmo uma das partes desistir, sem que haja nenhuma espécie de ônus para ambas as partes.

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27ª ed. v.3, 2011, p. 250.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: vol. III. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37-38

Importante ressaltar que a proposta, cujo instrumento deve prever seu caráter não vinculante, para que exista, é necessário que seja completa, i.e., que apresente os elementos essenciais do contrato cuja celebração se propõe. Assim, se a proposta não indica o preço, ou quantidade, não há proposta, mas mero convite a que se faça proposta

Após a proposta, a parte destinatária – o oblato – formula um aceite. É a partir do aceite que se inicia a formação do contrato, uma vez que as partes, após as tratativas, decidem pela formalização do negociado em um instrumento com consequências jurídicas obrigacionais, mesmo que não patrimoniais.⁴

Após o aceite, muitas vezes, iniciam-se as contratações de acordos: acordos de confidencialidade, memorando de entendimentos, *puntuazioni*, *term-sheets* e *letter of intents*, que formalizam os termos negociados e, por fim, tem-se a celebração dos contratos definitivos.⁵

Esses instrumentos comumente formalizados nessa fase anterior à formação do contrato, não tem potencial de vincular de forma definitiva as partes e, claro, desde que não estejam presentes os elementos essenciais do contrato definitivo, terão apenas o condão de externar o que fora, até então, negociado. Nesse mesmo sentido estabelece Enéas Costa Garcia:

A fase de negociações preliminares, que, dependendo da complexidade do negócio jurídico a ser celebrado no futuro e do número de relações cruzadas e interligadas, exige uma complexa estrutura de documentos e pré-acordos que, embora, sejam formalizados, ainda não podem ser considerados contratos preliminares e, por isso, não tem o condão de vincular as partes durante a fase pré-contratual. Servem, no entanto, para a comprovação de que houve extensa análise preliminar de parte a parte antes da celebração do contrato preliminar ou mesmo do contrato definitivo.⁶

Apesar de na prática os instrumentos pré-contratuais possuírem cláusula que eximam as partes de quaisquer responsabilidades de reparação em caso de desistência, alguns instrumentos pré-contratuais podem ensejar algum tipo de reparação

⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005, p. 11.

⁵ BOTREL, Sergio. **Fusões e Aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Jur, 2017, p. 245.

⁶ GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade Pré e Pós-contratual à Luz da Boa-fé**. São Paulo: Juarez, 2003. p.18.

patrimonial, quando geram verdadeiras expectativas de serem celebrados em definitivo e estas expectativas são abruptamente quebradas, ou até mesmo quando existe cláusula prevendo a reparação em hipótese de quebra do acordo.

Não obstante, mesmo contendo cláusula reparatória, um contrato preliminar jamais poderá ensejar a celebração do contrato definitivo de forma coativa, mesmo havendo cláusula que assim preveja. Isso porque, além de os instrumentos que formalizam as negociações sequer possuírem os requisitos necessários à formação do contrato definitivo, os instrumentos pré-contratuais diferem dos contratos definitivos, no sentido de não possuírem o vínculo definitivo que os contratos preliminares possuem.

Ademais, nem sempre, contudo, a formação de um contrato definitivo perpassa todas as etapas indicadas anteriormente: muitas vezes as propostas são aceitas imediatamente, ou podem ser enviadas anteriormente a negociações. Em alguns casos, especialmente naqueles em que o objeto a ser contrato é mais complexo ou demanda maiores riscos e necessidade de negociação, é comum que as partes assinem um pré-contrato, ou contrato preliminar, em que dispõem os termos até então acordados e se obriguem a firmar contrato definitivo.⁷

Assim, após o encerramento das negociações preliminares, ou seja, da fase pré-contratual, se dá início a fase contratual, pela qual as partes celebram os primeiros instrumentos com força vinculante, a exemplo do contrato preliminar ou pré-contrato e do contrato definitivo.

2.2. Os contratos preliminares

O Art. 462 do Código Civil estabelece que o contrato preliminar deve conter todos os requisitos essenciais do contrato principal, exceto quanto a sua forma, sendo eles: (a) animus (vontade de contratar); (b) Capacidade das partes contratantes; (c) objeto lícito. Quanto à forma a legislação não impõe restrições. Assim, a validade e

⁷ ALEM, Fabio Pedro. **Contrato preliminar**: eficácia nos negócios jurídicos complexos. (Mestrado em Direito). São Paulo. PUC-SP, 2009.

eficácia do contrato preliminar não dependem da observância de forma prescrita para o contrato definitivo.⁸

Segundo Arnaldo Wald, o contrato preliminar “é um contrato autônomo pelo qual uma das partes ou ambas se obrigam a, oportunamente, realizar um contrato definitivo”, prosseguindo para dizer que o contrato preliminar “é o pactum de contrahendo pelo qual assume a obrigação de contratar em certo momento e em determinadas condições, criando o contrato preliminar uma ou várias obrigações de fazer, mesmo quando o contrato definitivo origina obrigações de dar. O dever que incumbe ao pré-contratante é assinar o contrato definitivo, quaisquer que sejam os deveres e direitos deste decorrentes”⁹.

O objeto do contrato preliminar, portanto, é justamente a celebração de contrato definitivo e nele devem estar contemplados todos os requisitos essenciais do contrato definitivo, exceto a sua forma. A ideia é garantir a certeza dos efeitos do contrato definitivo, mas postergá-los para o momento oportuno.

Apesar de não se confundirem, o contrato preliminar e o contrato final ou definitivo estão intrinsecamente ligados, existindo entre eles uma relação que, para Wanderley Fernandes, pode ser entendida como sendo originária e funcional, uma vez que o contrato preliminar surge em função do contrato definitivo e só existe se houver um contrato definitivo em potencial, havendo uma verdadeira conexão genética entre ambos¹⁰.

Ainda cabe ressaltar que o contrato preliminar também não se confunde com as negociações preliminares, uma vez que estas “não envolvem compromissos nem geram obrigação para os interessados [...] ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro”¹¹

⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164.

⁹ WALD, A. **Obrigações e Contratos**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 226-227

¹⁰ FERNANDES, Wanderley. **Contratos Empresariais** - Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. 1ª ed, São Paulo: Ed.Saraiva, 2007, p. 317.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: vol. III. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 81.

Assim, de acordo com o Código Civil, o contrato preliminar gera vínculo jurídico entre as partes e, salvo estipulação expressa em contrário, obriga as partes à conclusão do negócio jurídico principal: a celebração do contrato definitivo.

Com efeito, o Código Civil brasileiro estabeleceu de forma expressa o caráter vinculante dos contratos preliminares. Em seu artigo 463, o legislador estabeleceu que qualquer das partes, diante da inadimplência da outra parte, poderá designar prazo para o cumprimento da obrigação e assinatura do contrato definitivo.

Além disso e para espantar quaisquer dúvidas a respeito do contrato definitivo, o legislador pátrio, no artigo 464 do Código Civil, estabeleceu que será de competência do judiciário sanar a inadimplência da parte e, suprindo a vontade da parte inadimplente, conferir caráter definitivo ao contrato preliminar. Por fim, também é facultado à parte credora considerar o contrato desfeito e solicitar, assim, indenização por perdas e danos.

De forma geral, é importante esclarecer que a legislação brasileira considera o contrato preliminar como verdadeiro negócio jurídico, mediante o qual as partes concordam em exigir a eficácia imediata do contrato definitivo. Presume-se, portanto, a desnecessidade de nova declaração de vontade, pois todos os requisitos necessários à eficácia do contrato, incluindo os requisitos subjetivos de capacidade e consentimento, já foram necessariamente atendidos no contrato preliminar, que deles diretamente depende.

2.3. Responsabilidade pré-contratual e contratual

Ademais, importante ressaltar que, mesmo não sendo celebrado o contrato preliminar, os instrumentos celebrados na fase pré-contratual devem seguir os preceitos da boa-fé objetiva e transparência. Nesse pensar, o rompimento abrupto das negociações preliminares por uma das partes pode trazer a responsabilização da parte responsável por essa ruptura e trazer seu consequente dever de reparar o dano causado à outra parte. Assim entende Orlando Gomes:

O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa “in contrahendo”. Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos, isto é, ao interesse contratual negativo – *negativertrag interes* -, de acordo com a explicação de Ihering. Em síntese: deixando de contratar, age culposamente, o que, até certo ponto, implica reconhecer que, pelo menos em determinadas circunstâncias, as negociações preliminares obrigam. Justificam outros a obrigação de ressarcir os danos, nos limites, evidentemente, do interesse contratual negativo, fazendo apelo à teoria do abuso de direito. Romper caprichosamente as negociações preliminares seria comportamento abusivo que deve sujeitar o agente ao pagamento de indenização. Não se esclarece, porém, qual o direito exercido irregularmente. Sustenta-se, por último, que a obrigação de indenizar decorre do princípio, expresso em alguns sistemas jurídicos, segundo o qual os interessados na celebração de um contrato devem comportar-se de boa-fé, procedendo com lealdade recíproca. Do contrário, sua conduta considera-se culposa. Aplicam-se, conseqüentemente, as regras que disciplinam a culpa extracontratual.¹²

Ademais, Wanderley Fernandes sustenta que o fundamento da responsabilização pré-contratual “é a violação do dever de comportar-se segundo os ditames da boa-fé”.¹³

Importante salientar que é prática comum a celebração de instrumentos pré-contratuais, como forma de tentar “driblar” o efeito vinculante e o dever reparatório conferido ao contrato preliminar.

Nesse sentido, a análise valorativa do instrumento deve ser feita a fim de atestar se há ou não o dever de indenizar em caso de desistência da celebração do contrato definitivo, ou se, na verdade, o instrumento se trata do contrato preliminar propriamente dito, podendo, assim, ser executado de forma coativa.

Assim dispõe voto de Nancy Andrichi preferido em julgado onde discutia-se a existência ou não do dever de indenizar consubstanciado em um instrumento firmado anteriormente à celebração do contrato definitivo, mas não formalmente denominado “contrato preliminar”:

[...] Para que se reconheça que houve má valoração das provas dos autos e que foi celebrado um pré-contrato pelas partes, é preciso ter em consideração que o pré-contrato se caracteriza por um conjunto de atos que demonstrem a intenção inequívoca de negociar, que embora ainda não constituam um contrato formalizado, geram vínculos e, em conseqüência, responsabilidades para ambos

¹² GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 61.

¹³ FERNANDES, Wanderley. **Contratos Empresariais** - Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. 1ª ed, São Paulo: Ed.Saraiva, 2007, p. 255.

os interessados no negócio, isto porque “a proposta de contrato que tem caráter vinculante obriga em princípio o solicitante a contratar. Caso não contrate, o oblato não dispõe, porém, de tutela jurídica específica para que o contrato seja considerado como estabelecido, mas somente de tutela reparatória, de natureza pré-contratual. Na hipótese de não ser mais possível o estabelecimento do contrato e o cumprimento do seu objeto, passarão a incidir também as regras que estabelecem a responsabilidade précontratual pelo não estabelecimento do contrato, as quais irão conceder ao oblato a tutela reparatória.” (Regis Fichtner Pereira, em sua obra “A Responsabilidade Civil Pré-Contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais”, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001 – p. 48). O fundamento da obrigação de indenizar está no dever de conduta imposto às partes de procederem com boa-fé. Saliente-se que o princípio da boa-fé objetiva, sempre esteve implícito no ordenamento jurídico, e agora está expresso no CC/02 por causa da sua relevância nas relações 25 Ibidem, p. 270. 27 interpessoais. Por isso, comprovada a culpa, em decorrência da má-fé, caracterizada por não cumprir o que havia sido acordado na fase précontratual, surge o dever de indenizar os danos advindos do descumprimento.¹⁴

Apesar de ter sido voto vencido à época do julgamento, o entendimento da Ministra resta consolidado no sentido de que, não obstante o instrumento não seja expressamente nomeado como “contrato preliminar”, é o seu conteúdo que determina a existência ou não de um pré-contrato e o dever ou não de indenizar.

Além disso, também deve ser avaliado a boa-fé contratual, ou seja: se uma das partes gera expectativas reais da celebração iminente do contrato definitivo e sem justa motivação rompe as tratativas, deve haver a reparação à parte que saiu prejudicada na relação em virtude da ruptura das negociações de forma desmotivada.

Nesse sentido, os tribunais brasileiros vêm adequando os casos práticos à legislação e dando soluções específicas que abrangem, a execução coativa do contrato preliminar ou a condenação à parte inadimplente de indenização por perdas e danos. Adiante veja-se precedente que, em face de contrato preliminar, determinou a execução coativa da prestação da parte inadimplente:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA – ASSINATURA DE TERMO DE ADESÃO – CONTRATO PRELIMINAR – CARÁTER OBRIGACIONAL – POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO COATIVA – ARTIGOS 463 E SEQUINTE – RECURSO PROVIDO. O contrato de adesão se encaixa perfeitamente à definição de contrato preliminar, uma vez que o apelado se compromete a pagar à apelante valor expressamente previsto, autorizando a execução dos serviços necessários para a pavimentação asfáltica, pré-estabelecendo suas obrigações recíprocas para contrato futuro. Considerando-se o caráter obrigacional do contrato

¹⁴ RESP 49.564 – SP, 3ª T., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 17-02-2005 (itálico do original).

preliminar, torna-se possível sua execução coativa, nos termos dos artigos 463 e seguintes do Código Civil. (TJ-MS - APL: 08108680320148120002 MS 0810868-03.2014.8.12.0002, Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Data de Julgamento: 16/09/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/09/2015)

De forma diversa, também é possível a condenação a indenização por perdas e danos:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CONTRATO PRELIMINAR OU PRÉ-CONTRATO - EFEITOS JURÍDICOS - PESSOA JURÍDICA - PERDAS E DANOS - DANO MORAL - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. Desde que instrumento de manifestação de vontade das partes contratantes, o contrato preliminar, ou pré-contrato, ou promessa de contrato, que tenha como objeto a criação da obrigação de contrair, através de contrato principal ou definitivo, é negócio jurídico e como tal deve ser tratado. Os danos materiais, consubstanciados no pedido de indenização por lucros cessantes devem ser efetivamente comprovados, uma vez que indeciso o dano efetivo. A não-efetivação do contrato definitivo, por si só, não enseja a reparação de danos morais, especialmente, quando amparada em cláusula que desobriga a contratante de realizar tal contrato. V.v. A pessoa jurídica pode ser vítima também de dano moral, considerados esses como violadores da sua honra objetiva, fazendo a autora jus à indenização pleiteada. Para fixação dos danos morais devem ser levados em conta os critérios da equidade e moderação, considerando-se, ainda, o caráter repressivo e pedagógico da reparação. (Relatora) (TJ-MG 100240438894430011 MG 1.0024.04.388944-3/001(1), Relator: HILDA TEIXEIRA DA COSTA, Data de Julgamento: 03/05/2007, Data de Publicação: 25/05/2007)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS. REQUERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PREPARO EFETUADO. PRECLUSÃO LÓGICA. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. AJUSTE DE CONTRATO PRELIMINAR. DESISTÊNCIA IMOTIVADA DO NEGÓCIO PRINCIPAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PARTE INADIMPLENTE. 1. A incompatibilidade entre o requerimento de gratuidade de justiça deduzido pela apelante em suas razões recursais e sua conduta de recolher o valor do preparo evidencia a configuração da preclusão lógica, o que recomenda o indeferimento do pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. 2. Ficou caracterizado o descumprimento das obrigações contratuais por parte da apelante, que, embora tenha se obrigado por força do contrato preliminar a efetuar a compra e venda do imóvel indicado, acabou por desistir imotivadamente do negócio principal. 3. Em virtude da resolução da avença, a parte inadimplente deve ser responsabilizada pelo ressarcimento das despesas contratuais suportadas pela inocente como forma de conduzir as contratantes ao status quo ante, inclusive com a indenização pelos gastos efetuados a título de comissão de corretagem. 4. Apelação não provida. (TJ-DF - APC: 20140111021795, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 04/03/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/03/2015).

Nesse sentido, o dever de indenizar ou até mesmo de executar o contrato preliminar coativamente é tema pacificado na jurisprudência e tipificado na legislação pátria. Não obstante, o dever de indenizar nas negociações preliminares deverá ser

analisado de forma singular, uma vez que depende da demonstração da ruptura de expectativas reais de concretização do negócio jurídico, evidenciando a quebra da boa-fé objetiva contratual.

Por fim, vale esclarecer que os contratos preliminares são disciplinados no código civil, que rege todos os contratos empresariais, desde aqueles celebrados por sociedades limitadas até aqueles celebrados por sociedades anônimas.

Não obstante, existe controvérsia legislativa acerca da natureza jurídica dos documentos celebrados nas operações societárias de sociedades anônimas, regidas pela Lei das Sociedades por Ações, no sentido em que o código civil confere a estes documentos as prerrogativas dos contratos preliminares, enquanto que a Lei das Sociedades por Ações (Lei Federal 6.404/1976) dispõe de forma inversa, conforme será estudado a seguir.

3. PROTOCOLO E JUSTIFICATIVA NAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS.

3.1. Conceito de Protocolo e Justificativa

A operação de fusão é o negócio jurídico por meio da qual duas ou mais sociedades unem-se, para formar uma nova sociedade sucessora de todos os direitos e obrigações das sociedades anteriores. Após a operação de fusão, as sociedades anteriores extinguem-se e os seus patrimônios líquidos são versados para a constituição do capital social da nova sociedade.

Por sua vez, a operação de cisão acarreta a realocação do patrimônio de uma determinada sociedade para outra. Assim, uma cisão pode implicar a criação de uma nova sociedade para incorporação da parcela do patrimônio destacada, pode implicar a criação de duas – ou mais – novas sociedades com extinção da sociedade cindida, ou, ainda, pode simplesmente implicar o destacamento de parcela do patrimônio de uma sociedade para incorporação por outra sociedade já existente.

Por fim, a incorporação de sociedades é a operação pela qual uma sociedade absorve outra sociedade, passando a sociedade incorporada a integrar a sociedade incorporadora, que a sucedera em todos os seus direitos e obrigações. Nesta operação, os sócios ou acionistas da incorporadora recebem, em substituição às quotas ou ações da sociedade incorporada, quotas ou ações da sociedade incorporadora.

Existem dois documentos comuns a todas as operações de fusão, cisão ou incorporação: o protocolo e a justificativa (ou justificação). Ambos os documentos são imprescindíveis às operações de fusão e cisão, conforme estabelecem os artigos 224 e 225 da Lei das Sociedades por Ações, *in verbis*:

Protocolo

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Justificação

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;

III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;

IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Nesse sentido, estes documentos tratam-se, em realidade, de contratos firmados preliminarmente pela administração ou diretoria das sociedades envolvidas na respectiva operação societária e contêm as bases gerais do negócio, com seus elementos essenciais e descrições específicas, bem como a justificativa da opção da administração pelo fechamento da respectiva operação.

O protocolo é o documento, por excelência, que formaliza todos os termos negociados pela administração das sociedades envolvidas no negócio. A Lei das Sociedades por Ações não é taxativa ao tratar do protocolo e faculta aos contratantes, liberdade para negociar cláusulas que extrapolam aquelas obrigatórias, as quais são incluídas por delimitar, justamente, os elementos essenciais do protocolo.

As cláusulas obrigatórias, pois, são (i) o número, espécie e classe das ações (quando sociedades anônimas) que serão atribuídas aos sócios cujos direitos se extinguirão e os critérios para sua determinação, (ii) os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio (no caso de cisão), (iii) os critérios de avaliação do

patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores, (iv) a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra, (v) o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte da operação, (vi) o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação, e (vii) todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

A justificativa, por sua vez, é a simples exposição dos motivadores do negócio que devem ser demonstrados pela administração. Ela deve conter, obrigatoriamente, (i) os motivos e fins da operação, e o interesse da sociedade em sua realização, (ii) as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação de seus direitos, se prevista, (iii) a composição, após a operação, segundo espécie e classes das ações do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às quais se deverão extinguir, e (iv) o valor do reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

3.2.O Protocolo nas operações de fusão, cisão e incorporação.

A Lei das Sociedades por Ações¹⁵ é clara ao indicar o processo que deve ser seguido pelas sociedades para contratação de uma operação de fusão, cisão ou incorporação. As negociações são iniciadas pelos administradores ou diretores das

¹⁵ Art. 227. [...] § 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão. § 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

Art. 228. [...]§ 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão os sócios ou acionistas das sociedades para uma assembleia-geral, que deles tomará conhecimento e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade, vedado aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte.

Art. 220. [...]§ 2º Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembleia-geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os números do artigo 224; a assembleia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembleia de constituição da nova companhia.

sociedades que devem firmar o protocolo, com todos as cláusulas obrigatórias indicadas anteriormente, e, na sequência, apresentá-lo aos órgãos de deliberação suprema (assembleia geral ou reunião de sócios) das sociedades. O conceito de protocolo não apresenta grandes dificuldades, sendo definido como:

[...] o documento, elaborado e firmado pelos órgãos de administração, ou pelos sócios das sociedades interessadas na operação, que contém todas as condições do negócio de incorporação, fusão ou cisão com incorporação (art. 224), e é submetido aos órgãos sociais competentes para formar o negócio.¹⁶

Assim, o protocolo, é um documento onde os administradores ou diretores de ambas as sociedades participantes da operação autorizam as respectivas sociedades a formalizarem o instrumento, ou seja, faz as vezes de um contrato preliminar o qual, segundo o código civil, é instrumento que prevê a celebração do contrato definitivo.

Apenas após a apresentação a assembleia geral ou reunião de sócios, e a consequente aprovação do protocolo, com análise da justificativa, é que a operação de fusão, cisão e incorporação pode ser concluída, com assinatura dos documentos definitivos e constituição, liquidação ou segregação de patrimônio das sociedades afetadas.

Nesse interim, pode-se notar que o protocolo e justificativa, apesar de ser instrumento que abrange as características do negócio à ser celebrado em definitivo, é documento deliberado pelos diretores ou administradores, e não pela totalidade dos acionistas ou sócios, a depender do caso.

Ora, apenas após a análise da administração das sociedades é que a totalidade dos acionistas ou sócios, em, respectivamente, assembleia geral ou reunião dos sócios, se reúnem para deliberar acerca do protocolo aprovado.

É nesse contexto que se indaga: pode um contrato assinado apenas pelos administradores da sociedade, em que aprova a celebração de um contrato futuro, ou seja, possui o formato de um contrato preliminar, vincular a sociedade à sua celebração, antes mesmo da reunião de todos os sócios para deliberá-lo?

¹⁶ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Incorporação, Fusão e Cisão. In: BULHÕES PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo (coordenadores). **Direito das Companhias**: volume II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 1755.

4. CONFLITO LEGISLATIVO ENTRE OS CONTRATOS PRELIMINARES E O PROTOCOLO.

4.1. Natureza jurídica do protocolo

A doutrina não é uníssona quanto à natureza jurídica do protocolo preliminar às operações de fusão, cisão e incorporação de sociedades. Enquanto alguns estudiosos do direito societário entendem que o protocolo é uma *proposta de deliberação*, parte conclui que o protocolo é um verdadeiro *contrato preliminar*.

Inicialmente, a maior parte da doutrina, a exemplo de Modesto Carvalhosa e Sergio Botrel, enquadra o protocolo como contrato preliminar. Nesse sentido:

Em que pese os argumentos da corrente que enxerga no contrato uma proposta de deliberação serem legítimos, a sua inserção na categoria jurídica contrato preliminar parece mais adequada. Isso porque no protocolo estão presentes todos os elementos do negócio jurídico a ser celebrado (fusão, incorporação ou cisão), exceto a forma. Afinal, a aprovação dos termos do protocolo por meio de deliberação da assembleia geral é a formalidade exigida para que a contratação assuma caráter definitivo.¹⁷

Nesse pensar, o protocolo incorpora, por força da Lei das Sociedades por Ações, todas as condições essenciais do contrato principal de cisão, fusão ou incorporação. Os termos ali pactuados, portanto, têm efeito direto e autônomo, constituindo o protocolo um negócio jurídico típico, embora sem efeitos no que tange à sua execução, pois vinculados à manifestação de vontade da própria sociedade¹⁸.

Pois bem. A tese acolhida por Botrel, assim como por Carvalhosa, no sentido de que o protocolo seria o contrato preliminar propriamente dito, abordam duas variáveis importantes, presentes nos contratos preliminares previstos no código civil: (i) a presença dos elementos essenciais à celebração do contrato definitivo; e (ii) a finalidade da propositura do protocolo, qual seja, a própria deliberação em assembleia geral para aprovação e formalização do contrato definitivo.

¹⁷ BOTREL, Sergio. **Fusões e Aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Jur, 2017, p. 91.

¹⁸ CARVALHOSA, Modesto de Barros. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: 4º volume - Tomo I e II - 4ª edições. Editora Saraiva: São Paulo, 2002, p. 238.

Enxergando sob está ótica, os argumentos defendidos por essa parte da doutrina, fariam sentido, se não levássemos em considerações os efeitos do contrato preliminar no mundo jurídico: a execução coativa.

A problemática, que será abordada em tópico específico mais adiante, consiste em conferir força executiva a uma decisão tomada pelos administradores da sociedade.

Cumpre salientar, ainda, que segundo o nosso código civil brasileiro, no seu art. 1.061, o administrador sequer necessita ser sócio da sociedade, o que poderia acarretar, por exemplo, na formulação de um documento que vincula toda a sociedade por administradores que sequer são sócios da sociedade.

Ademais, ainda existe a problemática no sentido de que a Lei das Sociedades por Ações restringem a aprovação de operações societárias ao quórum qualificado de 75% (setenta e cinco por cento), o que esbarra, agora, em conflito legislativo.

Ou seja, ao considerarmos o protocolo um contrato preliminar *stricto sensu*, atribuímos aos órgãos de administração ou aos sócios das sociedades interessadas, os poderes acerca da contratação - ainda que preliminar - de tão importantes transações, capazes estas que são de causar profundas alterações nas sociedades envolvidas.

É nesse sentido que Bulhões Pedreira defende que o protocolo é apenas uma “proposta de deliberação”. Para o autor:

Uma vez aprovado pela Assembleia Geral de uma das sociedades, o protocolo passa a ter natureza de proposta de contrato à outra ou às demais sociedades que deverão ser partes do negócio, aplicando-se as normas do Código Civil sobre a formação dos contratos (arts. 427 a 435): (a) se a outra sociedade não aprova o protocolo, a proposta é recusada e o contrato não se forma; (b) a aprovação por outra sociedade com modificações importará nova proposta, e o contrato apenas se formará se esta for aceita pelas demais sociedades.¹⁹

¹⁹ LAMY FILHO, Alfredo. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das Companhias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1270.

Nessa mesma linha, destaca-se Muniz: "Assim, no caso de uma sociedade anônima, o protocolo teria a natureza de uma proposta da administração, que descreveria a operação contemplada com detalhes."²⁰

Inclusive, para retratar que a ideia de conferir caráter vinculante à decisão tomada pelo órgão administrativo é tão extrema, até mesmo Botrel, defensor da tese, se contradiz, ao conceituar o protocolo como um “contrato preliminar de eficácia parcial e duplamente condicional”, quando na prática, esse entendimento corrobora ainda mais com a ideia de o protocolo ser uma verdadeira proposta não vinculante, por meio da qual as partes poderiam não aprovar os termos do instrumento em assembleia geral sem que isso gere a prerrogativa do direito de executar coativamente o protocolo, *in verbis*:

Nesse contexto, o protocolo deve ser concebido como um contrato preliminar de eficácia parcial e duplamente condicional (condição suspensiva e resolutiva). Enquanto não aprovado pelo órgão social competente, a assinatura do protocolo não formaliza o negócio societário em caráter definitivo, pois uma vez rejeitada a contratação pela assembleia geral o contrato preliminar firmado se resolve. A aprovação, com alterações, deverá ser compreendida como causa de resolução do contrato, fazendo surgir uma proposta de contrato (CC, art.427) para a outra sociedade (ou outras sociedades, se mais duas estiverem envolvidas no negócio).²¹

Nesse sentido, podemos perceber que existe uma clara confusão de conceitos nos argumentos de Botrel, uma vez que este condiciona a existência ou não do contrato preliminar à aprovação perante a assembleia geral e determina que a aprovação com ressalvas acarreta na formação de proposta, ideia, inclusive, similar à Bulhões.

Assim, o protocolo não pode ser considerado um pré-contrato, vez que a sociedade só poderá se obrigar - com relação à Fusão, Incorporação ou Cisão - após a deliberação assemblear. Nesta linha, por ser o protocolo um instrumento firmado pelos órgãos de administração ou pelos acionistas da sociedade, até que sejam realizadas as

²⁰ MUNIZ, Ian de Porto Alegre. **Fusões e Aquisições** - Aspectos Fiscais e Societários. 2ª ed. Quartier Latin: São Paulo, 2011, p. 138.

²¹ BOTREL, Sergio. **Fusões e Aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Jur, 2017, p. 92.

assembleias necessárias, não há contrato preliminar, mas sim mera proposta de deliberação.²²

A consequência dessa interpretação é a prorrogação da aplicação das normas do Código Civil referentes à formação dos contratos. Para estes estudiosos, inclusive, a aprovação do protocolo em assembleia geral ou reunião de sócios seria responsável por desencadear todo o processo, com proposta, eventualmente contraproposta, aceite, acordos e contratos preliminares e, por fim, os contratos definitivos.

4.2. Execução coativa do protocolo

Os argumentos que defendem que o protocolo seria contrato preliminar, acabam por conferir à administração o poder de operacionalizar verdadeiras transformações da sociedade, sem que haja a deliberação de todos os sócios nesse sentido.

Isso acontece porque, a grande consequência de enquadrarmos o protocolo na natureza de contrato preliminar, é a concessão de força executiva ao instrumento celebrado, em regra, pelos administradores ou diretores das sociedades.

Ora, o contrato preliminar, por excelência, é negócio jurídico que obriga as partes à celebração do negócio definitivo. Quando inexistente cláusula de arrependimento, o contrato preliminar poderá ser executado por qualquer das partes.

Assim, segundo o art. 464 do Código Civil, “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.”.

Ademais, outra característica peculiar do instituto ora estudado é a bilateralidade e pluralidade. Como bem diz Carvalhosa "A bilateralidade do protocolo decorre do fato de uma sociedade ser credora de outra, no tocante à formulação do laudo

²² CARVALHOSA, Modesto de Barros. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: 4º volume - Tomo I e II - 4ª edições. Editora Saraiva: São Paulo, 2002, p. 1758.

de avaliação e à manifestação dos sócios, através da assembléia geral ou do contrato social."²³

Por sua vez, a questão da pluralidade vem à tona quando pensamos nos efeitos do descumprimento do instrumento. Neste sentido, caberá execução coativa de fazer para obrigar a sociedade a apreciar a proposta? A resposta deve ser negativa, já que "não cabe execução específica em face da natureza plurilateral do negócio que o protocolo enseja, marcada pela confluência de vontades."²⁴

Em hipótese de ser admitida outra posição, haveria claro desrespeito à vontade da sociedade pactuante. Afinal, um negócio como o tratado pressupõe a existência de um objetivo uniforme entre as partes envolvidas. Assim, o não cumprimento do pactuado dará margem ao ressarcimento por perdas e danos que sofrer a outra sociedade. Contudo, é preciso alertar que a não aceitação da proposta de fusão, incorporação ou cisão por parte da assembleia geral jamais dará margem ao ressarcimento, vez que a recusa acaba por ser possibilidade inerente à própria natureza negocial.

Diante do exposto, é equivocado o argumento de que o protocolo deve ser considerado um contrato preliminar *stricto sensu*, vez que mediante esta interpretação, o protocolo poderia ser executado coativamente sem ser anteriormente submetido à apreciação dos órgãos máximos das sociedades.

Em hipótese de conferir o status de contrato preliminar ao protocolo, este deveria ser feito com diversas ressalvas e limitações, a exemplo de não necessitar que contenha todos os elementos do contrato definitivo, bem como não conferir a eficácia vinculante.

4.3. Impossibilidade de conferir ao protocolo natureza de contrato preliminar em razão de conflito com a Lei das Sociedades por Ações

²³ CARVALHOSA, Modesto de Barros. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: 4º volume - Tomo I e II - 4ª edições. Editora Saraiva: São Paulo, 2002, p. 240.

²⁴ CARVALHOSA, Modesto de Barros. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: 4º volume - Tomo I e II - 4ª edições. Editora Saraiva: São Paulo, 2002, p. 240.

O procedimento das operações e contratações de fusão, cisão e incorporação é definido expressamente na legislação específica. A aprovação do negócio jurídico definitivo é expressamente de competência privativa da assembleia geral de acionistas, com quórum representativo a mais da metade do capital social da companhia, ou reunião de sócios, com quórum representativo a setenta e cinco por cento do capital social da sociedade.

Nesse sentido, a Lei das Sociedades por Ações, que regula as operações nas sociedades anônimas, no seu art. 122, VIII, confere à assembleia geral a competência privativa para deliberar acerca da fusão, incorporação e cisão da Companhia.

Ocorre que, por mais que firmado pelas sociedades, mediante representação de seus administradores ou diretores, com capacidade civil, o protocolo carece de aprovação pelos órgãos supremos de deliberação da sociedade.

Ou seja, apesar de possuírem capacidade e legitimidade para celebrar o protocolo, os administradores das sociedades não têm competência para deliberar a aprovação do contrato definitivo, o que macularia de vício formal a transformação do protocolo em contrato definitivo, uma vez que as partes que celebraram o primeiro são partes incompetentes para celebrar o segundo.

A assinatura do protocolo pelos administradores ou diretores de uma determinada sociedade é um ato da administração ordinária, executado de acordo com as normas da Lei das Sociedades por Ações, mas que possui, por força da própria lei específica, eficácia parcial e duplamente condicional, resolutiva e suspensiva.

Nesse sentido, conclui de forma sensata, o autor Bulhões, ao lecionar que:

Somente a Assembleia Geral tem, portanto, competência para deliberar sobre esses negócios, e a assinatura do protocolo pelos órgãos da sociedade ou por seus acionistas não vincula a companhia a um desses negócios, nem cria para ela a obrigação de contratá-lo: o protocolo tem a natureza de proposta à Assembleia Geral de deliberação de formar o negócio.²⁵

²⁵ LAMY FILHO, Alfredo. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das Companhias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1271.

Diante do exposto, resta evidente que conforme prevê a Lei das Sociedades por Ações, as operações societárias que envolvem fusões, cisões e incorporações apenas podem ser realizadas mediante deliberação da Assembleia Geral, e conferir eficácia ainda que preliminar ao protocolo firmado entre administradores ou diretores das sociedades, vai contra à própria legislação.

O que se defende, nessa monografia, não é a impossibilidade da celebração do protocolo pelos órgãos de administração, mas sim a impossibilidade de concessão de status de contrato preliminar a um instrumento que legislativamente não pode possuir essa natureza.

Apesar de possuir elementos que conferem semelhança do protocolo a um contrato preliminar, a exemplo da presença dos elementos essenciais, e o objetivo do protocolo que é a própria celebração do instrumento definitivo, existem barreiras legislativas que impedem que o protocolo adquira as prerrogativas de um contrato preliminar, conforme já exposto.

O protocolo não pode possuir o caráter vinculante do contrato preliminar simplesmente por haver disposição na Lei das Sociedades por Ações que não permite a celebração de instrumento que formalize as operações de fusão, cisão e incorporação por meio que não seja a deliberação em Assembleia Geral, inclusive com *quórum* qualificado.

É nesse sentido que o protocolo deve ser interpretado como uma verdadeira proposta deliberativa, ou seja, declaração de vontade das partes que assinam o documento, mas que não devem vincular à sociedade a aprovação da operação.

Não obstante, importante posicionar-se no sentido de que, apesar de possuir natureza deliberativa, a assembleia geral não possui natureza negocial, tendo em vista que essa competência é privativa dos órgãos de administração. Assim, em se tratando de protocolo proposto pelo órgão de administração, deve haver a observância das disposições ali mencionadas.

Segundo Carvalhosa, o protocolo não poderia ser alterado através da deliberação em Assembleia Geral, a não ser por meio de nova rodada de negociações conduzida pelos órgãos administrativos competentes, sob pena de invasão de invasão das atribuições e poderes conferidos aos órgãos de administração. Segundo o mesmo,

o protocolo constitui documento técnico e de natureza negocial e obrigacional, de atribuição dos administradores, não podendo a assembleia geral sobrepor-se àquela competência legal, devendo haver nova rodada de negociações em caso de alterações do protocolo, conforme dispõe:

Pergunta-se, a propósito, se, estando presente a unanimidade dos sócios das companhias envolvidas, a alteração e retificação não seria válida e eficaz. Mesmo nesse caso o impedimento persiste, pois o protocolo constitui documento técnico (avaliação) e obrigacional, de atribuição dos administradores, não podendo a assembleia geral sobrepor-se àquela competência legal (art. 139).²⁶

De forma diversa, Bulhões entende que o do art. 224 deve ser interpretado de forma extensiva, ao prever que o protocolo deverá ser firmado pelos órgãos de administração ou pelos sócios das sociedades interessadas. Ou seja, a Lei das Sociedades por Ações permite que o protocolo possa ser elaborado tanto pelos órgãos administrativos, como por todos os acionistas ou sócios das sociedades, bem como ambos os órgãos podem promover as suas alterações.

Apesar de seguir o pensamento de Bulhões em boa parte do presente trabalho, peço vênica para concordar, apenas nesse sentido, com pensamento de Carvalhosa, na medida em que a sociedade não poder alterar em qualquer situação o disposto no protocolo celebrado pelos órgãos de administração.

Acredito que a assembleia não pode sobrepor-se aos órgãos administrativos, conforme dispõe o art. 139 da Lei das Sociedades por Ações²⁷, mas também não devem se submeter, tendo em vista que a deliberação final é de competência do órgão máximo da sociedade.

Ou seja, caso não aceita a proposta do protocolo, esta deve ser reformulada pelo órgão de administração, até chegar-se a um consenso e, finalmente, a assinatura do contrato definitivo. O que a assembleia geral não pode fazer é impor alterações aos órgãos competentes pelas tratativas negociais, sob pena de invasão legislativa.

²⁶ CARVALHOSA, Modesto de Barros. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: 4º volume - Tomo I e II - 4ª edições. Editora Saraiva: São Paulo, 2002, p. 242.

²⁷ Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.

4.4. Perdas e danos em caso de ruptura de protocolo.

Após definir o protocolo como proposta deliberativa, importante lembrar que esse tipo de instrumento tem característica de negociação preliminar e, conforme já analisado, existe a responsabilidade pré-contratual pautada na boa-fé objetiva e transparência entre as partes.

Nesse sentido, em havendo ruptura de expectativas reais criadas na realização do negócio, a não celebração do contrato definitivo poderá, a depender do caso concreto, gerar o ônus de indenizar. Assim, apesar de não ser possível obrigar as partes à celebrarem o contrato definitivo, pode haver a condenação à reparação de danos, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*:

Responsabilidade civil pré-contratual. Princípio da boa-fé objetiva e do interesse contratual negativo. Em princípio, as negociações preliminares não vinculam as partes. Entretanto, o período das tratativas deve ser norteado pelo princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual as partes que estão em vias de contratar devem agir com lealdade recíproca. Violado tal princípio, surge o dever de indenizar, fundado, também, no princípio do interesse contratual negativo, isto é, na frustração da fundada esperança de vir a contratar em razão da conduta culposa de uma das partes. Indenização restrita ao real montante suportado: não cabe o ressarcimento como se o contrato estivesse validamente formado. Indenização já coberta pela comercialização indevida do produto. A utilização indevida da marca, com a comercialização dos CD's, antes de firmado o contrato, gera também direito à indenização. Sentença de procedência parcial da pretensão autoral e da reconvencional, a ser mantida. Negado provimento a ambos os recursos (0001997-50.1999.8.19.0001 (2002.001.04878), DES. CELIA MELIGA PESSOA, Julgamento: 11/06/2002, 12ª CÂMARA CIVEL 96 IR. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 85-116, jul.-set. 2012).

Alternativa interessante encontrada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em caso que discutia a existência de um contrato preliminar de fusão – em que, contudo, a inadimplência se deu por motivos diversos aos ora debatidos – é a utilização da previsão do artigo 465, optando a parte credora pelas perdas e danos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROMESSA DE FUSÃO CELEBRADA ENTRE UNIDADES HOSPITALARES. COMPROMISSO FRUSTRADO POR CULPA DO HOSPITAL DEMANDADO. RESSARCIMENTO PELOS INVESTIMENTOS REALIZADOS NA INSTALAÇÃO DE COMPLEXO HOSPITALAR. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE CONVÊNIO COM PLANO DE SAÚDE. ABALO À IMAGEM DO HOSPITAL DEMANDANTE.

DANOS EMERGENTES, LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS DEMONSTRADOS. DANO MORAL DEVIDAMENTE ARBITRADO PELO JUÍZO A QUO. INSUBSISTÊNCIA DA PERÍCIA QUANTO À VALORAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS. NECESSIDADE DO QUANTUM SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO FORA DOS LIMITES DO ART. 20, § 3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA EQUIDADE. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DO HOSPITAL DEMANDADO. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO DOS ADVOGADOS DO DEMANDANTE. 1. Tem natureza de contrato preliminar o acordo em que as partes se comprometem a efetivar fusão entre as duas empresas, mediante o qual convencionaram deveres e obrigações e definiram medidas inerentes ao processo que culminaria com a assinatura do contrato definitivo. 2. Demonstrados os prejuízos advindos dos investimentos e das despesas efetivadas para a concretização do processo de fusão, correta é a condenação da parte demanda ao pagamento de indenização pelos danos materiais, decorrentes da frustração do projeto a que deu causa. 3. Apesar de procedente a indenização por danos materiais, há que ser reformada a sentença quanto ao seu respectivo valor, ante a insubsistência do laudo pericial que apurou os danos emergentes por simples dedução e deixou de apurar os lucros cessantes ocorridos no período indicado na inicial. 4. Diante da necessidade de conhecimento técnico contábil para a definição do real valor dos danos emergentes e dos lucros cessantes e constatada a insubsistência da perícia judicial, o respectivo quantum deve ser apurado em liquidação de sentença. 5. O mero descumprimento contratual não é suficiente para a configuração do dano moral. Contudo, o caso dos autos revela circunstâncias outras que ultrapassam a esfera do simples inadimplemento, de modo a atingir valores ligados à imagem e à credibilidade do hospital demandante. 6. Tem-se como possível a fixação de honorários sucumbenciais pelos critérios da equidade e da razoabilidade, a fim de adequá-los a uma quantia que represente a justa remuneração, evitando valores irrisórios e/ou exorbitantes. Majoração que se aplica, contudo, por sobre este entendimento. 7. Conhecimento e provimento parcial do recurso interposto pelo hospital demandado, reformando a sentença na parte em que fixou os valores dos danos emergentes e dos lucros cessantes, cujo quantum deverá ser apurado em liquidação de sentença. 8. Conhecimento e parcial provimento do recurso interposto pelos advogados do hospital demandante, tão somente para majorar os honorários sucumbenciais de 2% para 5% do valor atualizado da condenação. (TJ-RN - AC: 82292 RN 2010.008229-2, Relator: Juiz Artur Cortez Bonifácio (Convocado), Data de Julgamento: 03/05/2011, 1ª Câmara Cível).

Por fim, importante novamente ressaltar que, na eventual hipótese de conferência de caráter preliminar ao protocolo, o judiciário concederia efeito definitivo a contrato que, por força de lei, necessita de manifestação de vontade da totalidade dos acionistas ou sócios por meio de assembleia geral ou reunião de sócios.

Assim, a melhor solução seria conferir ao protocolo a natureza jurídica de proposta deliberativa e, em caso de quebra de expectativa gerada à outra parte, converter a obrigação em perdas e danos.

5. CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro considera o contrato preliminar como verdadeiro negócio jurídico, mediante o qual as partes se obrigam à celebração do contrato definitivo. Com efeito, a própria legislação prevê que a parte lesada poderá exigir o adimplemento pela outra parte, conferindo-lhe prazo para a celebração do contrato definitivo, o qual, caso não cumprido, poderá ter sua celebração suprimida pelo judiciário que poderá declarar caráter definitivo ao contrato preliminar.

O protocolo e justificativa, por sua vez, são instrumentos que apesar de possuir semelhanças com os contratos preliminares, quais sejam: possuir todos os elementos do contrato definitivo, com exceção da forma, e ter a finalidade de celebração do futuro contrato em definitivo, não pode ser considerado pré-contrato.

Isso porque, estes instrumentos são celebrados, em regra, pelos órgãos de administração das sociedades e, nas contratações específicas de operações de fusão, cisão e incorporação, o protocolo é regido pela lei específica que regula a matéria e a ele, neste caso, é prevista competência exclusiva da assembleia geral para promover a formalização das operações societárias que envolvam transformações da sociedade.

Ou seja, a concessão de efeitos similares aos contratos preliminares fere a própria Lei das Sociedades por Ações, uma vez que caso conferíssemos efeitos vinculantes a um instrumento que sequer pode ser definitivamente celebrado pelos órgãos da administração.

Os administradores, apesar de terem legitimidade para celebrar o protocolo, não têm competência para formalizar o contrato definitivo, motivo pelo qual existe, inclusive, ausência de elemento essencial para sua celebração.

Logo, é difícil visualizar a possibilidade de execução coativa de um contrato preliminar cuja própria lei específica impõe caráter não vinculante. A conclusão de uma operação de cisão, fusão e incorporação depende de expressão de vontade dos órgãos deliberativos que, a princípio, não está suprida pela representação legal das sociedades por seus Administradores ou Diretores.

Assim, deve-se entender a natureza jurídica do protocolo como mera proposta deliberativa dos órgãos de administração. Ou seja, a administração ou diretoria

tem a competência de formular o protocolo, mas sob o formato de proposta à assembleia geral, a qual possui total liberdade de aceitar ou não o proposto, não havendo quaisquer vinculações à proposta inicial formulada pelo órgão administrativo.

Entretanto, a assembleia geral não teria a competência de envolver-se nas tratativas negociais do protocolo, podendo apenas aceitar, negar e até opinar acerca de possíveis alterações, mas cabe ao órgão administrativo acolher ou não as sugestões do órgão deliberativo.

Ao fim, o contrato definitivo só poderia ser finalmente celebrado quando ambos os órgãos, a assembleia geral e a administração da sociedade, entrassem em comum acordo, mesmo que isso signifique a formulação de diversas propostas, até 1 (uma) ser aceita e transformada em contrato definitivo.

Importante destacar que após a deliberação em assembleia geral, não há mais o que se falar em desistência, visto que uma vez deliberada a realização da fusão, cisão ou incorporação, a operação torna-se definitiva e deve ser formalizada, se não na própria assembleia geral que a deliberou, em momento posterior determinado na mesma ata.

Por fim, temos que a alternativa pela rescisão do contrato e indenização por perdas e danos, é uma opção interessante para enquadrar e conciliar o Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações.

REFERÊNCIAS

ALEM, Fabio Pedro. **Contrato preliminar**: eficácia nos negócios jurídicos complexos. (Mestrado em Direito). São Paulo. PUC-SP, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp127043.pdf>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 0810868-03.2014.8.12.0002, Relator: Odemilson Roberto Castro Fassa. Seção de 16/09/2015. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262256973/apelacao-apl-8108680320148120002-ms-0810868-0320148120002?ref=serp>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação nº 1.0024.04.388944-3/001, Relatora: Hilda Teixeira da Costa. Seção de 03/05/2007. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5919573/100240438894430011-mg-1002404388944-3-001-1?ref=serp>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação nº 20140111021795, Relator: J. J. Costa Carvalho. Seção de 04/03/2015. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311092326/apelacao-civel-apc-20140111021795?ref=serp>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação nº 2010.008229-2, Relator: Arthur Cortez Bonifácio. Seção de 03/05/2011. Disponível em: <http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

BOTREL, Sergio. **Fusões e Aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDOSO, Avanildo João da Silva. Teoria Geral dos Contratos. In: **Revista Realizada pelo Prof. Anivaldo João da Silva Cardoso**, 2007. Disponível em: http://www.robertexto.com/archivo2/geral_dos_contratos.htm. Acesso em 28 de junho de 2019.

CARVALHOSA, Modesto de Barros. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 4º volume - Tomo I e II - 4ª edições. Editora Saraiva: São Paulo, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático Geral dos Contratos**. volume I. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27ª ed. v.3, 2011

FERNANDES, Wanderley. **Contratos Empresariais - Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade Pré e Pós-contratual à Luz da Boa-fé**. São Paulo: Juarez, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LAMY FILHO, Alfredo. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MUNIZ, Ian de Porto Alegre. **Fusões e Aquisições - Aspectos Fiscais e Societários**. 2ª ed. Quartier Latin: São Paulo, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: vol. III**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEIXEIRA, Tarcísio. Contrato Preliminar Empresarial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, Sao Paulo, vol. 101, p. 699 – 743, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67723/70331/>. Acesso em 28 de junho de 2019.

WALD, A. **Obrigações e Contratos**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações**. São Paulo: Ed. Juarez, 2005.