

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

MORGANA SUCOLOTTI PANOSSO

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL POR OMISSÃO DOLOSA
NA REALIZAÇÃO DA *DUE DILIGENCE* SOCIETÁRIA

Porto Alegre

2013.

MORGANA SUCOLOTTI PANOSSO

**RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL POR OMISSÃO DOLOSA
NA REALIZAÇÃO DA *DUE DILIGENCE* SOCIETÁRIA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. Luis Renato Ferreira da Silva, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Porto Alegre

2013

MORGANA SUCOLOTTI PANOSSO

**RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL POR OMISSÃO DOLOSA
NA REALIZAÇÃO DA *DUE DILIGENCE* SOCIETÁRIA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. Luis Renato Ferreira da Silva, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Aprovado em 17 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Luis Renato Ferreira Da Silva

Professor Gerson Luiz Carlos Branco

Professor Bruno Miragem

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Luis Renato Ferreira da Silva, pelo incentivo, pela confiança e pelo comprometimento. E também a todos os grandes professores com quem tive a oportunidade de ter aulas ao longo da faculdade.

Agradeço à minha mãe, ao meu pai e ao meu irmão, pelo amor, pela parceria, pela força e pelo apoio de sempre. Sem vocês, nada faria sentido.

Agradeço aos amigos que a faculdade me proporcionou que, além de colegas, passaram a ser companheiros de vida. Ainda, agradeço aos amigos e parceiros de TCC Isabelle Bueno, Marcio Furtado, Renata Schimitt e Guilherme Bledow pelas dicas e conversas e pela parceria.

Agradeço à equipe do Societário do escritório Souto Correa Advogados, pelas tantas lições que me proporcionaram e pelo incentivo constante.

Por fim, agradeço a Deus, por tudo.

One never knows until a question is asked as to its importance, and there are hundreds of other questions to ask.

Gordon Bing.

RESUMO

O presente trabalho consiste em uma reflexão sobre a problemática atual da Responsabilidade Pré-contratual, abordando especificamente a omissão dolosa na realização da *due diligence* societária, através de uma combinação de temas profundamente relevantes ao Direito Contratual. A economia globalizada transformou o mundo dos negócios tal como se conhecia, e a tendência das empresas é estender suas atividades a mercados mais amplos a cada dia que passa, movendo-se nesse contexto por razões econômicas e empresariais que demandam novos procedimentos pré-negociais. Na busca por minimizar os riscos atrelados a essas novas operações de mercado, somado à ausência de uma resposta eficaz dos órgãos normativos a essa nova realidade, movimenta-se a sociedade civil, procurando alternativas para atuar de forma mais eficiente e rápida. Dentre elas encontra-se o procedimento de *due diligence*. O dever de informar nesse procedimento de *due diligence* tem origem na noção de boa fé objetiva, cuja quebra, muitas vezes vinculada à omissão dolosa, pode dar ensejo à responsabilidade pré-contratual.

Palavras-chave: Responsabilidade Pré-Contratual. Boa Fé Objetiva. Tratativas. *Due Diligence*. Omissão Dolosa. Dever de Informar.

ABSTRACT

This coursework consists of a reflection on current issues of pre-contractual liability, specifically addressing intentional omission on the achievement of corporate due diligence, through a combination of themes deeply relevant to contract law. The globalized economy has transformed the business world as it was known, and the inclination of companies is to extend its activities to broader markets continuously, moving in this context for economic and business reasons that require new pre contractual procedures. With the aim of minimizing the risks linked to the new market operations, added to the absence of an effective response from regulatory agencies to this new reality, moves the society, looking for alternatives to act more efficiently and quickly. Among them is the due diligence procedure. The duty to inform in due diligence is originated in the notion of objective good faith, whose breaking, often linked to intentional omission, can give rise to pre-contractual liability.

Key-words: Pre-Contractual Liability. Objective Good Faith. Business Dealings. *Due Diligence*. Intentional Omission. Duty to Inform.

SUMÁRIO

Introdução	8
I Procedimentos Pré-contratuais	10
1 O período pré-negocial	11
1.1 A proteção do período pré-contratual no Direito Brasileiro	11
1.2 Formas de “intercâmbio” pré-contratual	13
1.2.1 Tratativas vs. Proposta	15
1.2.2 Tratativas vs. Pré-contrato	17
1.2.3 Memorandos de Entendimento e Cartas de Intenção	18
2 Due diligence	21
2.1 Visão geral: funções e objetivos	23
2.2 O dever de informar na realização da <i>due diligence</i>	27
2.3 A proteção jurídica do período de negociações preliminares societárias	30
2.3.1 Proteção Legal	32
2.3.2 Proteção Contratual	33
II Fundamentos da Responsabilidade na <i>Due Diligence</i>	35
3 A Responsabilidade Pré-contratual	37
4 Dolo	39
4.1 Erro x Dolo	41
4.2 Omissão Dolosa	41
4.3 Do dano e da indenização	43
5 A Responsabilidade Pré-Contratual decorrente de Omissão Dolosa na Realização de <i>Due Diligence</i> Societária	46
5.1 A repercussão da omissão dolosa da decisão de livre contratar	47
5.2 Remédios	49
5.2.1 Da anulação do negócio realizado mediante omissão dolosa	51
5.2.2 Indenização	52
6 Conclusões	54
7 Referências Bibliográficas	56

1 Introdução

Esse trabalho tem como objetivo explorar um tema tratado ainda de forma tímida no Brasil: a responsabilidade pré-contratual, especificamente aquela por omissão dolosa na realização da *due diligence* societária, um de seus campos férteis.

Com a industrialização e modernização da sociedade, com maior força a partir do século XX, as operações societárias, principalmente, começaram a crescer de forma significativa, seja na forma de fusões, aquisições, cisões, dentre outras. Em face desse contexto, originou-se a necessidade de as empresas se aconselharem com profissionais diversos, seja da área de auditoria, seja da advocacia, seja da economia/administração, crescendo proporcionalmente à demanda. A obtenção de informações sobre a empresa alvo, de compra de ações, por exemplo, ou alvo de compra por si só, era extremamente relevante para evitar futuros inconvenientes e/ou surpresas desagradáveis, bem como gastos desnecessários. Eis que surge a figura da *due diligence*.

Porém, a *due diligence*, tal qual como a conhecemos atualmente, como destaca Dinir Salvador Rios da Rocha:

[...] tem seu embrião no Securities Exchange Act, lei promulgada nos Estados Unidos da América em 1934. Tal ato previa que aqueles que ofertassem a compra de ações no mercado de capitais seriam responsabilizados pela inexatidão ou falsidade nas informações que prestassem.” (ROCHA, 2012, p. 47)

Assim, o mercado de capitais foi o substrato que gerou a *due diligence* na forma em que se adota nesse trabalho, porém com sua aplicação voltada a operações societárias.

Nessa trajetória, é possível vislumbrar a importância da *due diligence*, procedimento pré-contratual amplamente utilizado atualmente na fase de negociações societárias. É isso para que se possa ver com maior clareza os deveres existentes entre as partes, como o de agir com boa fé, para a conclusão de um negócio que corresponda ao que as partes pretendiam quando iniciaram as negociações.

É importante ressaltar as dificuldades encontradas em analisar um procedimento, e seus desdobramentos, que ainda vem sendo implementado no mercado brasileiro.

A expansão desenfreada das empresas no mercado internacional e nacional, conforme referido acima, exige serviço adequado e eficiente. Tal serviço é representado pela *due diligence*, a fim de que se possa oferecer e confirmar maiores oportunidades de negócios às partes contratantes, tudo visando a menores riscos na negociação.

Motivado pela maior abertura na entrada do capital externo, pela inserção do Brasil no mercado global, pela redução das reservas de mercado, pela modernização institucional e os grandes problemas nos processos sucessórios das empresas familiares, bem como o número de negócios, muitas transações/fusões/aquisições empresariais vêm se intensificando. Com isso, a utilização do procedimento da *due diligence* segue aumentando expressivamente, exigindo melhores detalhamentos na sua operacionalização.

Os mecanismos de aquisições/fusões/incorporações/cisões, entre outros, são utilizados no mercado atual tanto para sua conquista, como produtividade, competitividade e redução de custos. A informação proporcionada pela *due diligence*, portanto, pode se tornar a mola mestra do sucesso desses processos negociais, demonstrando riscos efetivos, potenciais e, principalmente, evitáveis.

A motivação principal desse trabalho, portanto, é a de combinar temas de extrema relevância para o mundo moderno e dinâmico da atualidade - a *due diligence* e a responsabilidade pré-contratual -, mundo este em que as informações têm peso de ouro, e suas formas de obtenção também, para que possam ser fechados negócios lucrativos e em conformidade com a boa fé objetiva.

Assim, o objetivo desse trabalho, como já referido, é refletir e ponderar sobre o debate atual da questão da responsabilidade pré-contratual por omissão dolosa durante a realização da *due diligence* societária, as mudanças de concepções a partir de um novo modelo de responsabilidade, com novos instrumentos e sob um arcabouço jurídico inovador.

Com isso, passa-se, primeiramente, a analisar os diversos procedimentos pré-contratuais e o período pré-negocial em si, para depois nos atermos à *due diligence* e o dever de informação neste procedimento, bem como a responsabilidade pré-contratual neste caso.

I Procedimentos Pré-contratuais

Nas relações jurídicas, com destaque às empresariais, a manifestação de vontade dos interessados em negociar e todo o complexo projeto de elaboração, formalização e conclusão do contrato, é ponto principal para avaliar o ato gerador de responsabilidade pré-contratual. Assim, há incidência de direitos e deveres anexos a serem seguidos pelas partes.

O período antes da formação do contrato pode compreender diversos procedimentos que, justamente por antecederem o contrato, são chamados de pré-contratuais. Nesse período, também chamado de negociações preliminares¹, podem ser verificadas várias manifestações da exteriorização da vontade de contratar pelas partes. Exemplos dessas manifestações são os memorandos de entendimento, as cartas de intenções, rascunhos de contratos, e as mais simples discussões e troca de ideias sobre um possível contrato.

Nesse período, justamente pela exteriorização de vontades, começam a surgir expectativas de ambas as partes contratantes no sentido da conclusão do contrato que está em fase preliminar de negociação. A disciplina jurídica dessa fase é, na verdade, uma ampliação da proteção dos contraentes, tendo em vista que “*as expectativas e os danos não se restringem a um momento específico da relação.*” (USTÁRROZ, 2010. Pg. 52).

Assim surge a responsabilidade pré-contratual, destinada a regular esse período de tratativas em que pode não haver relação contratual ainda, porém já há obrigação de conduta conforme a boa fé² e, por consequência, a possibilidade de dano em razão da não observância de deveres anexos. Conforme preleciona Judith Martins-Costa, o período pré-contratual “*é o do ‘ainda-não-contrato’, o da inexistência, ainda, de vinculação contratual, o espaço do ‘trato’.* Por isso não ocorre vinculação contratual, mas pode haver – se reunidas certas condições – vinculação obrigacional.” (1999, p. 481)

Passa-se, então, a examinar mais detidamente a fase de tratativas ou período pré-negocial.

¹ Antônio Chaves cuida do tema das negociações preliminares de forma própria. (1959, p. 55-98).

² A boa fé de que trataremos neste estudo é a enunciada por Judith Martins-Costa. (1999, p. 410-427).

1 O período pré-negocial

A complexidade dos negócios de hoje tem gerado o prolongamento na fase das tratativas dos contratos, o que traz como consequência o aumento da importância dos procedimentos negociais preliminares.

No direito brasileiro, a base de todo relacionamento pré e contratual é o princípio da boa fé objetiva, configurando-se como responsável aquele que, por ação ou omissão, frustra o contrato a ser realizado, seja pela quebra dos deveres de lealdade, probidade, seja pelo dever de informação pela conduta de uma das partes.

Juridicamente, a fase pré-contratual caracteriza-se no momento em que as partes iniciam as negociações do que virá a ser o contrato de forma efetiva, podendo ser provada por meio de cartas de intenção, memorandos de entendimento, rascunhos ou minutas do contrato, entre outros. O ponto fundamental é que cada uma das partes conduza as negociações de acordo com os ditames da probidade, da lealdade e da seriedade de propósitos.

Como regra geral, a fase pré-contratual, e os documentos e instrumentos que nela nascem, serve de guia ao que efetivamente irá integrar o contrato propriamente dito.

Nessas tratativas, os contratantes devem planejar, refletir e utilizar as palavras empenhadas com veracidade, lealdade e probidade, evitando frustrar as expectativas geradas em torno da negociação, pelo empenho e confiança depositados na relação obrigacional.

Será analisado especificamente, então, como esse período tem sido retratado pelo Direito Brasileiro.

1.1 A proteção do período pré-contratual no Direito Brasileiro

Nem sempre o período pré-contratual foi objeto de estudo do Direito, quanto mais objeto de proteção. Nas últimas décadas, percebeu-se que a relação jurídica obrigacional deveria contemplar e reconhecer deveres de conduta dos contratantes, desde o início das tratativas

negociais, até posteriormente ao adimplemento das prestações/obrigações que se refiram ao objeto contratual (USTÁRROZ, 2010). O fenômeno é recente de forma geral, especialmente no Direito Brasileiro.

A realidade social e contratual brasileira de hoje está permeada pelo conceito de justiça contratual, boa fé objetiva, princípios materializados especialmente pela entrada em vigor do novo Código Civil de 2002, que de certa forma relativizam a autonomia de vontade do Direito Brasileiro. O objetivo é contribuir para que, em situações concretas, se busque soluções justas pela aplicação de Princípios e Cláusulas Gerais, como a boa fé.

Partindo-se da ideia de que a relação obrigacional se dá na forma de um processo³, as negociações preliminares compõem a fase inicial do *iter* obrigacional, e justamente pela possibilidade de existência de vínculo e de deveres nessa fase é que se fala em responsabilidade pré-contratual.

Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo defende a ideia de que o contrato é um processo,

“[...] que vai, desde a fase pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/adimplemento do contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, [...]”. (AZEVEDO, 2004, p. 175)

Se no Direito brasileiro o sistema adotado admite que “*na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido*” (COUTO E SILVA, 2006, p. 52), então as expectativas geradas na fase de negociações, isto é, pré-contratual, são fruto dessa inclinação natural ao adimplemento do que está sendo negociado.

Pontes de Miranda, ao tratar sobre o tema da responsabilidade no período pré-contratual, define *culpa in contrahendo* como “*tôda infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo.*”. (PONTES DE MIRANDA, 1962, pg. 320-321)

³ Assim entende Clóvis do Couto e Silva: “*Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos.*” (2006, p. 17)

Antônio Chaves, inclinado a um conceito mais ligado ao consentimento dado para o início das negociações e a culpa decorrente de seu abandono, afirma que quando o indivíduo “*sem qualquer motivo justificado, por leviandade, por má-fé, por culpa, deixa de retribuir, retirando-se das negociações iniciadas, é justo que responda pelos prejuízos que venha a ocasionar.*” (1959, p. 57)

A noção de boa-fé objetiva utilizada como fundamento para o surgimento da responsabilidade pré-contratual utilizada neste trabalho é aquela exarada pela Professora Judith Martins-Costa, qual seja, como “*regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.*” (1999, p. 412)

Nesse sentido já doutrinava Pontes de Miranda, ao dizer que “*todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações de confiança, e não só relações morais.*” (1962, p. 321), sendo a quebra desses deveres o fundamento da responsabilidade pré-contratual.

Quanto à responsabilização de uma das partes na fase de negociações preliminares, é necessária a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Por mais que seja delicada a demonstração do nexo e do próprio dano nesses casos, o julgador não poderá se furtar de reconhecer o direito de restituição ou ressarcimento da parte que teve prejuízos por confiar na conclusão do contrato. Assim leciona Antonio Chaves:

Mesmo considerando apenas aqueles casos em que nenhuma cláusula tenha sido estipulada pelos pré-contratantes no sentido de regular ou restringir a responsabilidade pela retirada das negociações, não poderá o juiz deixar de reconhecer o eventual direito a uma indenização. (1959, p. 159)

Passa-se a ver, agora, algumas das possíveis formas de “intercâmbio” pré-contratual, isto é, como as partes contraentes, na fase de tratativas, podem interagir.

1.2 Formas de “intercâmbio” pré-contratual

As partes que se propõem a entrar em negociação a respeito de um possível e futuro contrato podem escolher qual ou quais os procedimentos pré-contratuais que irão adotar dentro de um universo cada vez mais amplo de opções.

Os contraentes podem optar por um modelo no qual o contrato será construído conjuntamente. Nesse caso, em geral há uma pesquisa de possíveis contratantes antes mesmo da aproximação para iniciar as tratativas, que podem ser chamados de “empresas-alvo” ou então “sujeitos-alvo”. Após essa pesquisa de mercado, o negócio que parecer interessante e vantajoso aproximará os possíveis contraentes, que iniciarão uma troca de ideias sobre seus interesses.

Se as ideias se conjugarem, então os contraentes iniciarão várias discussões acerca de um futuro contrato, todas pautadas pela intenção de formarem uma vontade una de tal modo a possibilitarem a redação das cláusulas de um contrato. Nesse momento, são apresentadas as condições de cada uma das partes para que seja possibilitado o negócio.

Se as partes seguirem ajustando interesses com o intuito de fechar o negócio, serão formulados rascunhos e minutas do futuro contrato, obviamente permeados de discussões sobre cada cláusula inserida no instrumento.

Nesse caminho, e dependendo da complexidade do negócio jurídico em questão, podem ser elaborados memorandos de entendimento, cartas de intenção, inclusive serem realizadas *due diligences*, que serão analisados detidamente nesse trabalho, além de outros mecanismos, como acordos de confidencialidade, acordos de exclusividade, entre outros.

Os acordos de exclusividade são realizados, em geral, para dar segurança a uma das partes ou a ambas em operações que demandam um longo período de negociações, Especialmente em relação ao interesse do investidor, “*it allows the buyer time to carry out the required due diligence and to finalise negotiations without having to worry that the seller may just be using the buyer as a “stalking horse” to try to attract higher offers from elsewhere*”. (STILTON, 2011, p. 29)

Já os acordos de confidencialidade são mecanismos que visam a garantir o sigilo das informações prestadas nas tratativas, seja dentro de outros procedimentos, como a *due diligence*, seja nas singelas discussões em que há um *disclosure* de informações relevantes da empresa.

Também é uma forma de “intercâmbio” contratual, ou simplesmente procedimento adotado na fase de tratativas, o chamado *term sheet*, ou seja, um “*instrumento por meio do qual as partes simplesmente obrigam-se a negociar de boa-fé um negócio futuro, sem estarem, porém, obrigadas a realizá-lo.*” (NUNES, 2012, p. 82).

Andrew Stilton lista, quanto a esses procedimentos, um possível e comum caminho a ser percorrido pelos contratantes, principalmente em operações societárias:

- Buyer entering into a confidentiality agreement;
- Provision of information to the buyer in order to enable them to make an offer;
- Agree deal in principle and sign heads of terms and perhaps grant buyer exclusivity;
- Buyer to carry out due diligence;
- Negotiate and complete the sale and purchase agreement. (2011, p. 23)

Como o próprio nome diz, “intercâmbio” nada mais é do que uma troca, que tem um momento especial e propício para ocorrer entre os contraentes: o período das negociações ou pré-contratual. É o momento de troca de ideias, informações, intenções, interesses, enfim, tudo que irá levar à formação do contrato entre as partes, ou não.

É com esses procedimentos de “troca” que a parte poderá tomar a decisão de contratar, ou não, ciente das condições do negócio, do seu objeto, e das intenções do contraente. Também é por meio dessas formas de “intercâmbio” que o negociante pode analisar se o preço do negócio está justo, se seus custos estão de acordo com suas vantagens, isto é, se o negócio realiza os fins almejados.

É fundamental, nessa esteira, tecer algumas importantes diferenciações, sendo a principal delas, na linha desse trabalho, aquela que trata da proposta no âmbito das tratativas. É o que se passa a examinar no próximo tópico.

1.2.1 Tratativas vs. proposta

Na celebração de contratos, muitas vezes há um longo caminho que é necessário percorrer até que a proposta seja aceita, que correspondem às tratativas, fase de negociações preliminares. Nela há a manifestação de vontade das partes, suas intenções, dúvidas, execução de alguns atos preparatórios, especialmente nos contratos que envolvam valores expressivos.

Nesse aspecto, é necessária a distinção entre tratativas ou negociações preliminares e a proposta: são figuras jurídicas diversas, apesar de estarem próximas no *iter* negocial.

Não é simples, todavia, determinar quando se trata de um e de outro, porque “*o período de formação dos contratos ‘não oferece sinal homogêneo’ e a sua tutela jurídica encontra-se polarizada por interesses por vezes em conflito*”. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 483)

É preciso esclarecer, porém, que as tratativas, ou atos preparatórios, têm figura jurídica própria e diversa da proposta.

Conforme afirma Antônio Chaves, “*enquanto a proposta e a aceitação são elementos necessários para a formação do contrato, os atos preparatórios tendem a formular a proposta ou a facilitar a aceitação e não são necessários nem estão diretamente conexos ao contrato.*” (1959, p. 65)

A proposta é um elemento formativo necessário à configuração do contrato. É o primeiro ato formal considerado vinculante em termos contratuais, eis que forma, juntamente com a aceitação, a relação contratual. Enquanto isso, as tratativas são apenas uma fase que pode levar, ou não, à formação de uma proposta em si.

Pode-se ir além dessa questão, destacando-se que a vontade em cada uma das figuras em questão é diversa, porque no momento em que a parte inicia as tratativas sua vontade é de, se as condições e informações obtidas nesse período forem de seu interesse, concluir um contrato. Ressalte-se que nesse caso o contrato é uma possibilidade ainda. Já ao formular uma proposta, a vontade da parte é claramente a de concluir o contrato naquelas condições.

A proposta deve ser “*completa, isto é, regular todos os pontos que formarão o conteúdo do futuro contrato, condição a que também a contraproposta deve submeter-se [...]*.” (CHAVES, 1959, p. 67). Por outro lado, não há uma correspondente obrigação nas tratativas, que podem ocorrer de diversas formas, conforme já exposto.

A proposta é um negócio jurídico unilateral⁴ receptício, conforme afirma Judith Martins-Costa, que ainda pondera a respeito do tema:

A proposta, para assim se qualificar, deve ser firme, séria e completa, indicando todos os elementos essenciais para a formação do negócio, bem delimitando o objeto, o preço se for o caso, as condições do futuro negócio. (1999, p. 481)

⁴ Marcos Bernardes de Mello define negócio jurídico unilateral da seguinte forma: “*O negócio existe por si. Mesmo naquelas espécies cuja função é compor negócio jurídico bilateral, como na oferta (=proposta) e na aceitação, há apenas negócio jurídico unilateral até que se bilaterize.*” (2013, p. 245-246)

Um julgamento paradigmático para essa diferenciação é o do Recurso Extraordinário 88.716, do ano de 1979, interposto em face dos Supermercados Pão de Açúcar, cuja resolução se baseou em estabelecer se no caso em questão tinham sido entabuladas tratativas ou um contrato preliminar ou definitivo. Afirmou-se, nesse julgado, o caráter não vinculatório das tratativas, diferentemente dos contratos (preliminar ou definitivo). Discutiu-se, ainda, se nas tratativas são discutidos elementos essenciais do contrato, ou somente acessórios, e o que isso significava: contrato ou “punctação”, concluindo que isso dependeria da vontade das partes no sentido do que deveria ser acordado. Se as partes concordarem sobre alguns pontos importantes na fase de tratativas isso não significa estar formado um contrato, concluído somente por vontade das partes e quando houver acordo sobre todas as cláusulas, isto é, quando formalizado através de uma proposta realizada por uma parte e aceita pela outra em sua totalidade.⁵

Com essa diferenciação não se pretende afirmar que as tratativas não têm relação direta com o contrato. No entanto, ao contrário da proposta, as negociações preliminares, ou tratativas, apesar de influenciarem ou mesmo determinarem grande parte do conteúdo do futuro contrato, não vinculam da mesma forma, nem constituem a mesma figura jurídica nesse *iter* negocial.

1.2.2 Tratativas vs. Pré-contrato

Outro instituto muito confundido com a fase pré-contratual é o chamado pré-contrato, e por isso mister também se faz a diferenciação dessas duas figuras jurídicas.

Enquanto nos chamados pré-contratos existe uma vinculação jurídica, nas negociações preliminares não há, em que pese poder haver, vínculo obrigacional. O convencionado no pré-contrato é justamente a realização de um contrato definitivo, existindo, portanto, um consentimento determinado em um sentido – o de formação do futuro contrato. Por outro lado, nas tratativas ou negociações, a vontade é puramente a de negociar, estando ainda em formação a manifestação de vontade no sentido de contratar. (CHAVES, 1959)

Assim, o pré-contrato não se confunde com nenhum dos procedimentos pré-contratuais entabulados pelas partes, como as cartas de intenção, os memorandos de entendimentos ou

⁵ STF, RE 88.716 - Rio de Janeiro, Segunda Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 11/09/1979.

mesmo as minutas de contrato, pois tem caráter nitidamente contratual, e não pré-contratual ou extracontratual. Até mesmo em termos de consequências jurídicas pode-se distinguir o pré-contrato das tratativas, pois a responsabilidade decorrente de retirada arbitrária ou descumprimento de deveres anexos no pré-contrato é contratual, enquanto que nas negociações é pré-contratual. (SOARES, 2000)

Destaca-se, então, que nos pré-contratos já houve bilaterização das vontades, pois já firmada a obrigação de contratar – realizar o contrato definitivo –, enquanto que nas tratativas há somente acordo de vontades no sentido de negociar, e não de contratar efetivamente.

Daí porque o Código Civil, em Seção própria, do artigo 462 a 466, define e cuida do pré-contrato como contrato preliminar, cuja conclusão dá direito a qualquer uma das partes de exigir a celebração do contrato definitivo⁶.

Passa-se, agora, à análise de dois procedimentos pré-contratuais de grande importância no mundo negocial.

1.2.3 Memorandos de Entendimento e Cartas de Intenção

Como visto anteriormente, existem diversos procedimentos pré-contratuais, porém neste momento serão salientados dois dos principais instrumentos utilizados para a entabulação das negociações no âmbito societário: as cartas de intenção e os memorandos de entendimento.

As cartas de intenções, também chamadas de *letter of intention* ou *heads of agreement*, são consideradas por muitos autores como o ponto de partida para o início da *due diligence*. (ROCHA, 2012, p. 57)

Geralmente as cartas de intenções servem para fixar os pontos já acordados em algum momento das tratativas, podendo até estabelecer um prazo para que as negociações se concluam ou ainda os pontos essenciais ao futuro contrato. (BASSO, 1999)

⁶ “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.” (BRASIL, 2002)

Conforme a complexidade do contrato ou da operação em negociação, cresce a relevância da carta de intenções, justamente para fixar alguns pontos e de certa forma organizar o que já foi estabelecido pelas partes. Pode-se dizer, então, que elas balizam as negociações em andamento.

Não se pode deixar de mencionar que, além de tudo, as cartas de intenções servem à fortificação do vínculo obrigacional entre as partes no sentido de agirem em conformidade com os usos do tráfico e a boa fé. (BASSO, 1999)

As cartas de intenções também podem prever em seu conteúdo um acordo/pacto de exclusividade em relação ao objeto do contrato ou da operação em negociação. (BASSO, 1999)

Apesar da proximidade dos institutos, as cartas de intenções não se confundem com os pré-contratos ou contratos preliminares, já que servem somente de baliza às negociações, e não têm vinculação jurídica como os pré-contratos.

Já os memorandos de entendimento, também chamados de *memorandum of understanding*, contêm o registro do pacto estabelecido em relação ao início das negociações, como uma espécie de registro. Apesar de ser uma figura muito próxima às cartas de intenções, *term sheets*, entre outros, a doutrina aponta algumas distinções.

Os memorandos de entendimento, assim como as demais formas de “intercâmbio” pré-contratual, não vinculam juridicamente as partes. No entanto, servem muito bem para evitar futuros mal entendidos entre as partes, como, por exemplo, a alegação por uma das partes de que na verdade não tinha entrado em negociações com a outra acerca de tal objeto. Os memorandos são extremamente utilizados, portanto, para se evitar futuros constrangimentos e o início de negociações com uma parte que não pretende levá-las com seriedade. (STILTON, 2011)

Além disso, e nesse sentido, Andrew Stilton, ao tratar dos memorandos de entendimento, afirma que:

[...] it reduces the risk of wasting professional and other time and expense in working towards formalizing a deal which has never actually been agreed between the parties and reduces the risk of incurring abortive time and expense if there is a fundamental issue which cannot be resolved and prevents the transaction from proceeding. (2011, p. 27)

Em outras palavras, pode-se afirmar que os memorandos de entendimento “cortam os negócios infrutíferos pela raiz”.

A forma em que serão redigidos os memorandos varia conforme a complexidade do negócio e de acordo com a relação existente entre os negociantes: podem ser concisos e simples, ou então exaustivamente detalhistas e complexos. (STILTON, 2011) O fato é que, independente da forma, os memorandos de entendimento são como um filtro que excluem grande parte das chances de se iniciarem negociações fadadas ao fracasso.

Após o exame das formas de “intercâmbio” pré-contratual, segue-se a análise da *due diligence*, procedimento foco deste trabalho.

2 Due Diligence

Historicamente remonta ao direito romano o dever de diligência, pelo conceito *diligentia quam suis rebus* (ROCHA, 2012, p. 46), referindo-se à diligência de um cidadão no ato de gerenciar suas coisas, o que foi sendo incorporado ao repertório de decisões jurídicas desde então.

Transposto para os países da *common law*, tal conceito é hoje designado comumente nos Estados Unidos da América como *due diligence*, desde a promulgação do *Securities Exchange Act*, de 1934, que tinha como foco responsabilizar aqueles que ofertassem a compra de ações no mercado através de informações inexatas ou falsas. Assim, a *due diligence* foi especialmente inserida no universo empresarial para que fossem conhecidos os ofertantes de ações no mercado, e também como uma maneira de dar transparência ao comércio de ações. (ROCHA, 2012) A partir dessas práticas a *due diligence* foi adquirindo as características atuais.

Esse Ato norte-americano foi editado sob o impacto mundial da quebra da Bolsa de Nova Iorque de 1929. Nele constava que conselheiros e diretores de uma companhia aberta, emissora de títulos e valores mobiliários, assim como terceiros por eles envolvidos em ofertas públicas, seriam responsáveis por suas declarações e informações relativas à companhia, quando registradas perante a SEC (Comissão de Valores Mobiliários norte-americana). (LEÃO, 2012)

Porém, a *due diligence* nos termos atuais nem sempre tem seus contornos delimitados de forma tão simples como antigamente. Tal problemática é devida, principalmente, à crescente complexidade dos contratos.

A expressão anglo-saxã *due diligence*, ao ser literalmente traduzida para a língua portuguesa, tem seu significado como devida diligência ou cautela. (SALDANHA, 2009)

A *due diligence* normalmente é realizada no período anterior à assinatura do contrato, e tem fundamental importância para que o mesmo seja celebrado de forma a atender as expectativas dos contraentes, conforme explicita Gordon Bing:

Due diligence is normally conducted during the period after reaching a preliminary agreement and before signing a binding contract. It is also essential preparation for private placement memorandums and documents involving the issuance of securities. The final contract's terms may be modified or terminated depending upon the results of the due diligence. The duration of the period for due diligence is usually negotiated by the parties and constitutes a critical factor

in planning and organizing the program. An investor wants to know everything possible about the business and particularly significant problems or defects, but is limited by personnel, cost, time and other constraints. (2008, p.1)

A extensão da *due diligence* dependerá do contrato em questão, especialmente do seu objeto. Por ser um procedimento preliminar ao contrato, tem caráter preventivo, isto é, a análise de diversas informações de interesse ao negócio a ser realizado podem influenciar no desfecho das negociações.

Assim, pode-se dizer que, especialmente na Teoria dos Contratos, o dever de diligência vem sendo aplicado de maneira a se tornar um importante mecanismo de prevenção inteligente e essencial, tanto em investimentos quanto em aquisição de empresas.

A *due diligence* é um procedimento pré-contratual muito utilizado para avaliar uma empresa alvo de alguma operação societária, seja fusão, aquisição, cisão, ou incorporação. Essa pessoa jurídica, ao ser avaliada dessa forma, poderá mostrar uma administração fora dos parâmetros organizacionais mínimos. (LEÃO, 2012)

Existem diversos tipos de *due diligence*, para cada caso específico de negociação. No entanto, diante de qualquer negociação, é importante avaliar a situação do objeto do contrato, como por exemplo, uma empresa. Caso não se realize esse procedimento, os efeitos negativos poderão ser maiores que a expectativa de lucro e os demais efeitos positivos da operação.

Assim, é mister observar a forma como a *due diligence* é realizada, de maneira a abarcar todas as áreas da empresa, principalmente as áreas contábil e jurídica. (LEÃO, 2012)

As áreas que, em geral, são englobadas pela *due diligence* são a societária, a tributária, a trabalhista, a imobiliária, a ambiental, a previdenciária, entre outras. Após a análise conjunta dessas áreas, o investidor terá um “*background*” para realizar o negócio, sejam operações de fusão e aquisição, reorganizações societárias, ou outros contratos.

Para os investidores e empresários que pretendam concluir operações societárias ou outros tipos de contratos é recomendado, então, que busquem o auxílio de profissionais especializados em cada área a ser pesquisada da empresa objeto de avaliação, como auditores, consultores e advogados. Esses profissionais em geral possuem uma equipe organizada e direcionada à realização de *due diligences* ou auditorias nas empresas alvo de alguma operação societária. Assim, já tem um “faro negocial”, a fim de “*evitar possíveis e futuros passivos, vislumbrando ativos e avaliando o investimento*”. (ROCHA, 2012, p. 39)

Nesse contexto, a ferramenta negocial da *due diligence* configura-se serviço que melhora a qualidade de informações para os empresários tomarem suas decisões nos negócios, pois através da *due diligence* eles cercam-se de informações que os ajudam a fazer a melhor escolha, evitando, assim, os maus negócios.

Desse modo, a fase pré-contratual, com a *due diligence*, passa a representar uma garantia ao contratante, eis que permite negociar o preço da empresa, identificar problemas a serem resolvidos após a efetiva concretização do negócio, exigir maiores garantias no negócio, assim como avaliar se são justas as condições e o preço do objeto negociado.

Passa-se, então, a analisar as funções e os objetivos mais específicos da *due diligence*.

2.1 Visão geral: funções e objetivos

A *due diligence* pode apresentar-se como um procedimento pré-contratual ou contratual. No primeiro caso, como nominado anteriormente, configura-se numa forma de “intercâmbio” pré-contratual, cuja definição foi dada de maneira certa por Andrew Stilton, que afirma ser a *due diligence* o processo através do qual o investidor obtém informações acerca do objeto alvo do negócio, como seus passivos, seus bens, entre outros, antes de assinar um contrato vinculante.⁷

O momento ideal de sua realização é a fase que antecede ao contrato, porque assim atinge sua finalidade de influenciar na conclusão do negócio. Pode, inclusive, alterar cláusulas ou ainda levar à desistência antes mesmo da vinculação das partes.

Como regra, a *due diligence* começa formalmente na carta de intenções e se estende até a entrega do relatório final. (ROCHA, 2012)

Releva destacar que esse estudo trata somente da *due diligence* em sua utilização pré-contratual. Nesse sentido, um conceito que não pode ser deixado de lado é o de Dinir Salvador Rios da Rocha, que afirma ser a *due diligence*:

[...] um método utilizado para analisar o negócio e as partes que dele fazem parte com o intuito de se prevenir diante de possíveis e futuras contingências advindas daquela transação, bem como aferir o valor daquele negócio e das empresas que nele estão inseridas. (2012, p. 49)

É importante frisar também que a *due diligence* “nasce e se desenvolve com fundamento da redução de riscos e prejuízos futuros oriundos da tal assimetria de informações,

⁷“*Due diligence is the process by which the buyer and their professional and other advisers will investigate the target business and its assets and liabilities before entering into a legally binding sale and purchase agreement.*” (2011, p. 53)

buscando-se o lucro de forma alicerçada e segura.”. (ROCHA, 2012, p. 45) A *due diligence* tem, pois, uma função instrumental.

Pela existência de uma grande assimetria de informações entre as partes e os próprios investidores no mercado quando do início das negociações, a parte que possui menos informações terá de incorrer nos chamados custos de transação: custos para obter informações que podem ser valiosas para a conclusão do negócio. Através da *due diligence* é que a maioria dessas informações são obtidas e, por isso, diz-se que a *due diligence* está inclusa no rol de custos pré-contratuais, porém com a função de reduzir os riscos futuros e proporcionar a busca de lucro seguro. (ROCHA, 2012)

O procedimento da *due diligence* contempla um vasto rol de objetivos e envolve diversas atividades: analisar documentos, coletar informações, consultar certidões emitidas por órgãos governamentais ou não governamentais, investigar possíveis processos judiciais e administrativos que envolvam a empresa em questão ou a pessoa com quem se negocia, pesquisar a regularidade da empresa perante a Junta Comercial, obter informações sobre a legalidade da ou das patentes da empresa, e também obter informações sobre contratos precedentes da empresa com outros negociantes. Ainda dá conta de obter dados e informações sobre sua solvabilidade perante os credores, às garantias reais e pessoais, como é o comportamento concorrencial da empresa, dentre outras.

A *due diligence*, como todos os demais procedimentos pré-contratuais, deve estar imbuída da boa fé objetiva, pela qual as partes têm de assumir uma conduta de lealdade em relação à outra parte ao expor as informações essenciais sobre o objeto das negociações em andamento.

Como dito anteriormente, as partes devem acordar alguns pontos relativamente ao procedimento da *due diligence*: como esta vai se desenvolver, como serão as reuniões da equipe com a empresa-alvo do negócio, como serão realizadas as pesquisas, de que forma serão entregues os documentos, entre outros pontos não menos relevantes. Somente assim será desenvolvido um estudo eficiente sobre as questões principais da empresa, objeto do negócio.

Pode-se dividir a *due diligence* em etapas, como bem adotou Dinir Salvador Rios da Rocha:

[...] (i) declaração de intenção de compra, (ii) envio de check list (termo que designa a lista de documentos solicitados pela outra parte que julga necessários para a realização da *due diligence*), (iii) fornecimento/obtenção das informações, (iv) consolidação das informações, e (v) confecção e entrega do relatório final. (ROCHA, 2012, p. 56-47)

Na primeira etapa, em geral há um acordo preliminar, que pode ser, e em geral é, uma carta de intenções, na qual já se deixa estabelecido como serão realizados os demais

procedimentos pré-contratuais, incluída aí a *due diligence*. O acordo de confidencialidade pode ser firmado nesse momento também.

Na segunda etapa, é preparado um documento chamado de “*check list*”, na qual estão listadas as informações que a empresa alvo do negócio deve disponibilizar ao investidor que estará promovendo a *due diligence*.

Na terceira etapa, inicia de fato a *due diligence*, porque é quando ocorrem as pesquisas e coleta das informações mais relevantes, através de diversos meios, desde a coleta na própria empresa-alvo até em órgãos públicos.

Na quarta etapa, as informações são consolidadas e armazenadas aquelas que realmente serão utilizadas para a preparação do relatório final da *due diligence*, conforme solicitado pelo investidor.

Na quinta etapa, por fim, será preparado e analisado o relatório final da *due diligence*, sendo esse o momento que poderá influenciar nos rumos da negociação.

A *due diligence* só começa, então, depois de já acordados alguns pontos entre as partes, quando então o investidor já tem algumas informações sobre a outra parte, as quais irão somar os dados obtidos com a realização da *due diligence*.⁸

Releva destacar que, nesses negócios de compra e venda de ações ou compra e venda de uma empresa, está presente, de certa forma, o princípio *caveat emptor* (ou *let the buyer beware*)⁹. Pode-se dizer que esse princípio é o que leva os investidores a realizarem tantos procedimentos pré-contratuais, como a *due diligence*. Significa que eles têm de realizar seus contratos e negócios em geral com o máximo de informações sobre o objeto do contrato que eles mesmos possam obter.

Além da *due diligence*, o investidor também deve se “proteger” de outras formas antes de vincular-se por um contrato, cercando-se de garantias para que possa estar seguro, no caso de a própria *due diligence* revelar algum aspecto que possa mudar as condições do negócio, ou mesmo fazer com que este não seja realizado. Essas garantias podem ser acordos que preveem indenização ou então retenção de adiantamentos para cobrir gastos já realizados, como bem leciona Andrew Stilton:

⁸ “Organized and systematic due diligence usually commences after the conclusion of some preliminary agreement or in the preparation of documents for the issuance of securities. At this point, the investor will possess a substantial amount of information relative to the seller, and the first step is to accumulate this data.” (BING, 2008, p. 7)

⁹ “The principle of caveat emptor (let the buyer beware) will apply to most aspects of the sale and purchase of a business, whether that transaction proceeds by way of a sale and purchase of shares or a sale and purchase of assets.” (STILTON, 2011, p. 53)

A buyer should therefore regard warranties and indemnities as very much a fall-back position and should instead carry out as much investigation as possible into what they are buying before entering into a legally binding sale and purchase agreement: in that way, if a major issue does come to light before then, the buyer will have the opportunity to negotiate a specific indemnity or retention to cover the issue, may be able to negotiate a price reduction which takes account of it or, as a last resort, may walk away from the deal altogether. (2011, p. 53)

Iniciada a *due diligence*, duas questões revelam-se de extrema importância, apesar da aparente simplicidade, conforme Andrew Stilton: “*who owns the business, and what is the capital structure of the business?*” (STILTON, 2011, p. 17). A maioria das empresas envolvidas em grandes transações ou contratos tem estrutura societária complexa, podendo ser compostas por Conselhos Consultivos ou Conselhos de Administração, sócias estrangeiras, entre outros fatores que requerem uma análise mais profunda.

Assim, identificar a forma como é administrada a empresa é essencial para avaliar a composição dos quadros administrativos, bem como a qualidade da estrutura da empresa¹⁰.

Dentre alguns aspectos importantes a serem verificados pela *due diligence* no âmbito societário, pode-se destacar como de maior importância:

[...] (i) histórico da sociedade; (ii) estrutura corporativa e o contrato social/estatuto social; (iii) auditores e contadores; (iv) livros societários; (v) valores mobiliários emitidos; (vi) acordo de quotista/acordo de acionistas; (vii) lucros, reservas e dividendos; (viii) estrutura administrativa, dentre outros. (QUATTRINI, 2012, p. 142)

No que diz respeito à contabilidade da empresa, é preciso checar: os balanços; os contratos com fornecedores, com clientes e com instituições financeiras; o faturamento da empresa; suas despesas e projeções de gastos. Porém, é de extrema relevância a análise das vendas atuais da empresa, bem como dos relatórios de pedidos, pois assim é possível a avaliação do futuro da empresa, isto é, a estimativa de crescimento e/ou declínio.¹¹

Já no âmbito jurídico, a *due diligence* deve mapear a estrutura jurídica da sociedade, identificar processos judiciais e administrativos em que a empresa está envolvida (como parte), e os possíveis passivos decorrentes de tais processos. E, ainda, projetar as possibilidades de minimização desses passivos. (LEÃO, 2012)

¹⁰ “*The composition and quality of the seller’s management should be under continuous study and evaluation during the due diligence investigation.*” (BING, 2008, p. 25)

¹¹ “*Financial reports record history, but actual present sales, backlogs of unfilled orders, estimates of growth, or declines of products and services are the best indications of the future.*” (BING, 2008, p. 31)

Conforme o exposto acima enquanto visão geral, a *due diligence* é procedimento de extrema importância antes da conclusão da operação societária a ser realizada pelo investidor. (LEÃO, 2012) Assim, suas funções e objetivos podem ter extensão variável conforme os interesses do investidor e o objeto do negócio, a fim de viabilizar a negociação. No entanto, os principais aspectos, segundo a *praxis* negocial, foram abordados nesse tópico.

No próximo item, será abordado o dever de informar, especificamente na realização da *due diligence* societária.

2.2 O dever de informar na realização da *due diligence* societária

Mostra-se de extrema relevância o dever de informar na *due diligence* societária – que corresponde à maioria das *due diligences* -, em razão de que interfere diretamente na avaliação do valor atribuído a todo o objeto da transação negocial. O resultado das negociações preliminares depende da fidedignidade das informações prestadas ao longo da *due diligence*.

Por esse dever de informação no período negocial é conferida ao investidor uma certa segurança na realização do negócio, permitindo melhor avaliação do conteúdo das cláusulas contratuais e das formas de resolução do contrato.

Nas operações societárias, o dever de informar significa obter o maior número de informações no que se refere especialmente à quantificação de ativos e passivos da sociedade objeto da operação, para fins de adequação do preço do negócio, bem como à identificação de possíveis riscos da transação, e como estes riscos serão mitigados pelas cláusulas contratuais. (ROCHA, 2012)

Nesse contexto, importante destacar que a *due diligence* societária contempla as duas partes da relação negocial. Por um lado, o investidor deverá designar uma equipe responsável pelo programa e organização do procedimento de maneira a atender seus interesses. Os documentos obtidos deverão ser identificados, selecionados e armazenados pela equipe, para fins de avaliar sua real importância para a realização do negócio. De outro lado, ao vendedor compete, além de disponibilizar tais documentos e quaisquer dados solicitados pelo investidor, selecionar e notificar o investidor das informações que entender serem essenciais ao seu conhecimento. Conforme Gordon Bing,

Investor personnel will plan and manage the entire program, decide who will participate, identify data and documents to be obtained, accumulate and store the information, and evaluate the business. The seller must select and notify those in the organization responsible for meeting with investor representatives and obtaining whatever information or documents are requested. (BING, 2008, p. 2)

No entanto, não se pode olvidar a presença de certo antagonismo de interesses existente na realização da *due diligence*, uma vez que o interesse de quem está realizando a *due diligence* é de obter o maior número de informações sobre a empresa auditada, e o desta é resguardar sua situação. (LEÃO, 2012) Isso porque existe uma preocupação da empresa que fornece as informações sobre como elas serão utilizadas pela outra parte caso o negócio não se realize. (BING, 2008)

O constrangimento da empresa objeto da *due diligence* em fornecer determinadas informações sobre seu negócio à outra parte com quem negocia pode ser sanado ou minimizado por meio dos chamados acordos de confidencialidade, já vistos anteriormente. Por esses acordos, as partes disciplinam o fluxo de documentos e informações e restringem seu uso previamente ou no curso da *due diligence*.

Por meio dos compromissos de confidencialidade, o investidor e requisitante das informações terá acesso exclusivo a informações e dados da empresa alvo da *due diligence*, não podendo transmiti-los a outras empresas ou interessados¹².

A maioria das informações necessárias à realização do negócio é obtida diretamente junto à própria administração da empresa-alvo da *due diligence*. Porém, caso o investidor entenda necessário, outras informações poderão ser obtidas junto a órgãos públicos, especialmente. O custo da *due diligence* pode evitar gastos futuros desnecessários resultantes de falta de planejamento por parte do investidor. (BING, 2008)

Ressalte-se que, mesmo observado o dever de informar por parte da empresa-alvo da *due diligence*, o investidor deve estar atento a possíveis práticas de mercado

¹² “Em havendo a concordância na realização da *due diligence*, “possível vendedor possibilita o acesso exclusivo ao comprador, ficando tais informações e documentos restritos ao conhecimento único e exclusivo das partes envolvidas, devendo a equipe que realizará as análises de tais documentos firmarem acordos de confidencialidade para que tais informações não sejam transmitidas para concorrentes ou outros interessados”. (LEÃO, 2012)

anticoncorrenciais daquela, eis que poderão estar evidentes no conjunto de informações prestadas¹³.

Quanto à existência de processos judiciais e administrativos em que a empresa-alvo da *due diligence* esteja envolvida, o dever de informar é fundamental em razão do impacto que tais demandas poderão gerar na decisão de efetivar a transação ou não. (BING, 2008)

Em relação às questões ambientais que envolvem a empresa objeto da *due diligence*, cuja regularidade é exigida pelos órgãos administrativos, devem ser identificados e quantificados os possíveis danos gerados pela atividade empresarial. A diligência da empresa-alvo da *due diligence* nesses casos é fundamental por duas razões: i) evitar que os possíveis danos ambientais possam impedir ou prejudicar as atividades futuras da empresa; e ii) que esses possíveis danos não inviabilizem a transação societária. (BING, 2008)

A transparência e a correção dos dados informados pela empresa na *due diligence*, que envolve a apresentação de todos os débitos, o total do montante devido pela empresa e as formas de renegociação de dívidas, além dos balancetes e relatórios financeiros, são igualmente importantes para a eficiência da *due diligence*. (BING, 2008) Além disso, e não menos importante, é o estudo/análise e a apresentação do planejamento tributário da empresa, tendo em vista que o investidor deve ter a possibilidade de avaliar o seu impacto no negócio a ser adquirido. (BING, 2008)

As informações advindas do procedimento da *due diligence* também devem abranger os bens tangíveis da empresa, bem como seus devidos registros e valores estimados. Registre-se que os imóveis alugados ou de propriedade da empresa devem ser analisados detalhadamente, eis que seus valores ou seus passivos podem surpreender o investidor. (BING, 2008) Nesse sentido, avaliações do valor dos imóveis, realizadas por profissionais competentes, podem servir ao estudo detido desses bens. Porém, deve-se atentar sempre para a atualidade da avaliação e seu propósito inicial. (BING, 2008)

Ainda, os passivos da empresa devem ser identificados a partir dos balancetes, demonstrativos gerenciais e relatórios financeiros, tendo a devida cautela com aqueles

¹³ “During the study of competitors, investors should be alert to any evidence or suspicion of noncompetitive or collusive activity with competitors.” (BING, 2008, p. 43)

possivelmente não contabilizados¹⁴.

No caso de a transação societária envolver somente a compra de alguns bens ou ações da empresa, aquisição parcial, então o cuidado na prestação de informações deve ser redobrado quanto à especificação do que está contido no objeto da transação. Nesse aspecto, Gordon Bing preleciona:

If the due diligence investigation is intended as a prelude to an acquisition or merger, it is appropriate to look for assets and/or liabilities that should or can be excluded from the transaction. If the transaction is to be structured as an “asset deal” in which shares are not purchased but selected assets, liabilities, and the going business are acquired, then identification of precisely what is being acquired takes on added importance. (BING, 2008, p. 187)

Com todos os dados reunidos e formalizados no relatório da *due diligence*, o investidor terá a possibilidade de identificar possíveis obstáculos para a realização da operação societária pretendida, bem como medidas que devem ser adotadas para a viabilização do negócio. (ROCHA, 2012)

Portanto, essas informações reunidas são necessárias para a conclusão do futuro contrato e podem ser relacionadas diretamente com (a) *o dever de conselho e o dever de recomendação*, (b) *o dever de esclarecimento*, (c) *o dever de verdade*, (d) *o dever de comunicação*. (PORTINHO, 2007, p. 10) Atendidos a todos esses deveres, então as expectativas geradas corresponderão à realidade da maneira mais próxima possível.

Abordado o dever de informar, passa-se à análise da proteção jurídica deste período de tratativas de negociações societárias.

2.3 A proteção jurídica do período de negociações preliminares societárias

As considerações referentes a esse item do trabalho conduzem a uma rápida análise evolutiva das relações contratuais societárias, na qual é possível visualizar um *deslocamento*

¹⁴ “A study of liabilities involves identifying and understanding all liabilities reflected on the balance sheet plus a search for those not recorded.” (BING, 2008, p. 159)

do eixo de análise do “tempo do contrato”. (USTÁRROZ, 2010, p. 51) Tanto a mudança de pensamento doutrinário, como a alteração da legislação civil em 2002 alargou o *iter* negocial, passando a considerar a fase pré-contratual como objeto de proteção jurídica.

Nesse contexto, releva destacar o crescimento em importância das teorias do erro, da coação, do dolo, do estado de perigo e de outros defeitos do negócio jurídico que podem ser identificados não somente na execução do contrato, mas sim em toda a relação contratual. (USTÁRROZ, 2010)

Fortalecida essa ideia de que o contrato é uma relação obrigacional dinâmica – verdadeiramente um processo (COUTO E SILVA, 2006) ou sucessão de “tempos” (AZEVEDO, 2004) -, que não se resume à sua fase de execução, houve uma evolução natural no sentido de estender a proteção jurídica dos contraentes a todo o *iter* obrigacional, *ou seja, desde a aproximação negocial até mesmo após o adimplemento.* (USTÁRROZ, 2010, p. 53)

Assim, a tutela jurídica das relações contratuais passou a prever a responsabilização da parte causadora dos danos a partir das negociações preliminares até mesmo após a extinção do contrato. (USTÁRROZ, 2010)

A responsabilização da parte que causou prejuízos à outra, durante o período de negociações nas transações societárias, é calcada nos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva e pela própria confiança depositada naquela relação contratual. Assim, leciona Daniel Ustárróz:

Brotam da exigência de segurança; ordinariamente, a partir da incidência do princípio da boa-fé objetiva; supletivamente, da própria vontade exteriorizada. Exemplos dessa concepção são encontrados: sigilo acerca das informações recebidas em razão do negócio, informação de riscos descobertos após a celebração do pacto, negociações promíscuas com terceiros concorrentes, dever de informar o parceiro sobre alguma circunstância que poderá implicar a invalidade do negócio, de cientificar prontamente o *alter* da desistência, prestar informações verdadeiras e completas, não permitir que o sujeito incorra em erro, zelar pelo patrimônio alheio, agir de acordo com o padrão do mercado etc. (2010, p. 54)

A tutela do período pré-negocial tem como objetivo, então, proteger as partes que se propõem a iniciar transações societárias, em geral complexas, de injustos prejuízos em que possam vir a incorrer. Essa garantia visa, então, a atender duas finalidades principais: o cumprimento das legítimas expectativas das partes; e evitar a falta de cautela dos contratantes¹⁵.

¹⁵ “A tutela prevista no ordenamento, nesse passo, será destinada a evitar a ocorrência de injusto prejuízo a um dos negociantes, através da imposição de mandamentos de conduta aos próprios participantes, com o fim específico de garantir que as justas expectativas produzidas no outro não restem frustradas em virtude da falta de cautela alheia.” (USTÁRROZ, 2010, p. 63)

Para que as negociações societárias se desenvolvam de forma séria e proba, conforme visto, todas as fases da relação contratual devem se desenvolver sob o manto da boa-fé objetiva. É a chamada proteção da confiança dos contratantes que reclama um objetivo claro de tutela, a fim de evitar danos que não teria sofrido a parte caso não tivesse acreditado na conclusão do negócio. (USTÁRROZ, 2010)

Ressalte-se que a responsabilidade pré-negocial se amolda à teoria da responsabilidade extracontratual, visto que não é necessária a presença de um ilícito para sua configuração, tampouco de vinculação contratual. (MARTINS-COSTA, 2008)

No caso das operações societárias mais usuais, como a fusão e a aquisição, nas quais uma sociedade ou indivíduo adquire participação societária em outra sociedade ou grupo societário (HORTA, 2012), o sucesso da *due diligence* minimiza consideravelmente a possibilidade de as partes terem de recorrer ao Judiciário para dirimir conflitos gerados nessa fase¹⁶.

No entanto, nos casos em que os conflitos não puderem ser evitados ao longo da fase pré-negocial, as partes podem contar tanto com a proteção legal quanto a proteção contratual, que serão tratadas a seguir.

2.3.1 Proteção Legal

A proteção legal do período pré-negocial nas tratativas societárias é aquela conferida pela legislação civil, especialmente a partir do Código Civil de 2002. A regra geral é a liberdade de contratar, porém existem ressalvas na lei justamente para proteger os contratantes (USTÁRROZ, 2010), como a função social do contrato e o dever de agir conforme a boa fé.

O dispositivo legal que melhor representa a proteção dos contratantes em fase de negociações preliminares é o art. 422, do Código Civil¹⁷, pois impõe às partes o dever de agir em conformidade com a boa-fé nas suas relações contratuais. Nesse sentido, Judith Martins-Costa afirma:

¹⁶ “Pode-se afirmar com total certeza que, quão maior for a preocupação em obter as informações completas e detalhadas no procedimento da *due diligence*, menores serão as preocupações com relação à eventual responsabilização dos envolvidos nestes processos, e maior certeza da realização do negócio terá o empreendedor ou então, eventual contenção de contingências em relação a atividade empresarial exercida.” (LEÃO, 2012)

¹⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL, 2002)

A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva. (1999, p. 394)

A boa fé objetiva cria deveres anexos ou secundários ao longo das negociações, que são o fundamento da responsabilidade pré-contratual, como visto anteriormente. São esses deveres – de informar, de esclarecer, de sigilo, de proteção, entre outros - que irão proteger legalmente os contratantes, tendo em vista que estão contidos no Código Civil através do princípio da boa fé. (USTÁRROZ, 2010)

Especificamente em relação ao comportamento doloso das partes no momento que antecede ao contrato, o art. 147, do Código Civil contém proteção à parte que for prejudicada pelo silêncio intencional da outra a respeito de fato ou qualidade do objeto do negócio que ensejaria a sua não realização. A omissão dolosa, nesse aspecto, será objeto de estudo mais detalhado do próximo capítulo.

Mesmo com a existência da proteção legal vista acima, as partes ainda podem e, muitas vezes se cercam de proteções contratuais, como pactos e acordos, de modo a possuírem maiores garantias diante das negociações. Como exemplo dessa prática, Andrew Stilton traça um paralelo com a *common Law*:

Although the common law does give some protection in such circumstances, it is almost universal practice for sellers to insist upon a formal confidentiality or non-disclosure agreement before entering into any negotiations with a prospective buyer and before providing any information of a confidential nature. (2011, p. 11)

Essas formas contratuais de proteção às partes são extremamente comuns no universo das negociações societárias, conforme será visto no próximo tópico.

2.3.2 Proteção Contratual

A proteção contratual do período de negociações societárias é fruto das próprias práticas negociais e surge como resultado da autonomia da vontade das partes envolvidas nas tratativas.

As formas mais comuns de proteção contratual são os acordos ou pactos de exclusividade, os acordos de confidencialidade, bem como as cláusulas que preveem indenização e/ou multa para determinados comportamentos das partes.

A adoção de instrumentos contratuais de proteção pode evitar muitas contingências e conflitos no âmbito do Judiciário e, por consequência, ser uma solução mais econômica e rápida ao investidor. (LEÃO, 2012)

Os acordos ou pactos de exclusividade são celebrados, como regra, por iniciativa da administração da empresa ou negócio objeto do futuro contrato, para que não incorra em gastos e despesas sem uma garantia ajustada formalmente. É o que afirma Andrew Stilton ao tratar do tema:

The consideration for the seller entering into an exclusivity agreement is generally stated to be the buyer's incurring professional fees and other costs, charges and expenses in connection with the proposed acquisition. (2011, p. 53)

Por sua vez, os acordos de confidencialidade têm o intuito de restringir o uso das informações da empresa-alvo objeto de *disclosure* por parte do investidor. São uma forma de garantir a seriedade das negociações e evitar que informações sigilosas da empresa sejam repassadas a outras empresas ou investidores. Esses acordos preveem, para tanto, multas em caso de violação do acordado. (BING, 2008)

A *due diligence*, em si mesma, é uma forma de proteção contratual, pois revela ao investidor informações sobre a empresa que permitem a avaliação do negócio em suas reais condições. É um procedimento que evita também gastos desnecessários, caso sejam descobertos fatores que impossibilitem a continuação das negociações. (BING, 2008)

As partes podem sempre, dentro de cada instrumento utilizado no período pré-contratual para reduzir a termo suas intenções, incluir cláusulas protetivas, prevendo multas e/ou indenizações, com o objetivo de coibir práticas abusivas e em desconformidade com a boa-fé. Nesses casos, o conteúdo das cláusulas certamente será objeto de muitas discussões, já que interfere diretamente nas consequências das negociações.

Em síntese, existem diversas formas de proteção contratuais, tantas quantas as partes puderem acordar até o momento do *signing* (assinatura do contrato) (HORTA, 2012, p. 234) - quando então é concluído o negócio -, já que se tratam de garantias oriundas da autonomia da vontade das partes.

II Fundamentos da Responsabilidade Pré-Contratual na *Due Diligence*

Caso a proteção dispensada pela lei ou prevista contratualmente aos contratantes em fase pré-contratual não sejam o bastante para evitar ou remediar o dano causado por uma das partes à outra nesta fase, então o contratante lesado poderá utilizar-se do instituto da responsabilidade pré-contratual.

A responsabilidade pré-contratual foi analisada pela primeira vez de forma mais pormenorizada por Rudolf Von Jhering, na obra “*Culpa in Contrahendo*: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição”, publicada em 1860. O conceito de responsabilidade pré-contratual de Jhering estava diretamente ligado à culpa, dividida em culpa extracontratual, aquela proveniente das tratativas, e a culpa contratual, que é originada na esfera dos contratos.

O próprio Jhering foca sua teoria na chamada *diligentia* contratual, oriunda de seus conceitos de culpa mencionados acima, conforme trecho abaixo:

O imperativo da *diligentia* contratual vale, tal como para relações contratuais formadas, também para relações contratuais em formação, uma sua violação fundamenta aqui, como ali, a acção contratual de indemnização. (2008, p. 32)

Outros autores entendem, como já mencionado, que a responsabilidade pré-contratual teria como nascedouro o preceito romano *diligentia quam suis rebus* (diligência de um cidadão em gerenciar suas coisas). (ROCHA, 2012, p. 46) Isso porque, mesmo naquela época, era adequado que o comerciante agisse com toda a diligência em seus negócios, para então, em caso de conflito, servir como meio de defesa.

A responsabilidade pré-contratual, no Direito Brasileiro, pode ser inserida dentro do gênero da responsabilidade extracontratual, junto com as demais espécies aquiliana ou delitual, objetiva extracontratual. É caracterizada pelo momento em que é produzido o dano a ser imputado ao agente causador, qual seja, o das negociações preliminares, e também pela violação do dever de proteção negocial. (MARTINS-COSTA, 2008)

A responsabilidade pré-contratual surge quando violados deveres anexos ou instrumentais, diretamente ligados ao dever geral de boa-fé e lealdade ao longo das negociações preliminares. São os chamados deveres de cooperação, não contradição, correção, informação

e esclarecimento, que integram o *standard* de conduta determinado pela boa-fé objetiva. (MARTINS-COSTA, 1999)

A quebra da legítima confiança da outra parte contratante é que gera a frustração das negociações e, por consequência, à responsabilização de quem a ocasionou.

Nesse sentido, tem especial importância ao nosso estudo o dever de informar, pois descumprir este dever, além de cometer ilícito, aquele que omite informações essenciais à realização do negócio. A omissão dolosa enseja, portanto, à responsabilização daquele que induziu intencionalmente a contraparte a erro para formação de sua manifestação de vontade negocial.

3 A Responsabilidade Pré-Contratual

A responsabilidade civil pré-contratual, mesmo não tendo previsão legal específica, está presente nas discussões jurídicas, principalmente doutrinárias, em razão do impacto que pode causar nas relações obrigacionais. Tem a ver com a seriedade nas negociações preliminares, e serve como fator gerador de confiança entre as partes.

Existem diversas teorias sobre os fundamentos da responsabilidade pré-contratual, como a teoria da base contratual pura; a teoria do enriquecimento ilícito; teoria baseada na declaração unilateral de vontade; teoria baseada na noção de abuso de direito; teorias baseadas nas noções de boa-fé, de equidade, dos usos do comércio; teorias baseadas na culpa e no dolo, entre outras; adotaremos, porém, a teoria que encontra na noção de boa-fé objetiva o fundamento para a responsabilidade pré-contratual.¹⁸

¹⁸ Explica Antonio Chaves as teorias sobre os fundamentos da responsabilidade pré-contratual: “a) teoria da base contratual pura. (...) De acordo com os seus partidários, uma vez que, iniciando as negociações para a formação de um contrato, as partes se encontram unidas por uma relação jurídica que as obriga a manterem relações recíprocas, o dever de indenizar deverá reger-se por normas contratuais. (...) esclarecem não ser possível deixar de levar em conta a finalidade das convenções, a situação prática em que se colocam as partes, a circunstância de que é justamente por ocasião da conclusão do contrato que ficarão determinadas as responsabilidades. (...) B) Teorias de base contratual especial ou quase contratual. Teoria do enriquecimento ilícito. (...) Considera a oferta para contratar não apenas um convite para realizar o contrato que as partes interessadas têm em mente, mas também para executar certos atos, para desenvolver determinada atividade, sem os quais não seria possível alcançar-se o objetivo visado por ambas as partes, que consiste justamente na formação do contrato, (...). O que se propõe é certamente a conclusão de um contrato, embora se tenha a consciência de que a oferta pode constituir o ponto de partida para que quem a recebe execute certas despesas. (...) A teoria alcança também as perdas decorrentes da não realização de outros contratos ou de outras operações, devido à confiança depositada na conclusão daquêle que estava em curso. (...) D) Teorias baseadas na noção de declaração unilateral de vontade. (...) depois de afirmarem existir uma convenção tácita entre as partes no que diz respeito à necessidade de manter a proposta durante o termo usual para refletir e responder, acrescentam um elemento novo, ao afirmarem que o autor da oferta, tendo embora o direito de retirar-se, salvo durante o prazo de opção concedido à outra parte, deve ser considerado como vinculado desde o momento em que manifestou a sua vontade unilateral de obrigar-se, e conseqüentemente, antes mesmo que o destinatário dessa proposição venha a conhecê-la e ainda que não use sua faculdade de retratação. E) Teorias baseadas na responsabilidade resultante de culpa ou de dolo devidamente verificados. Entendem os defensores do primeiro ponto de vista que, não havendo convenção expressa ou tácita entre os interessados, a responsabilidade só poderá fundamentar-se no conceito de culpa. (...) Os autores que, como BEKKER, observa GIRAULT, fundamentam o direito à indenização na ideia de dolo contratual, argumentam haver dolo por parte do policitante em retirar sua oferta, numa época em que isso não pode mais ocorrer sem prejuízo para a outra parte, que só avançou por essa forma na confiança de que a proposição seria mantida. É todavia somente a partir do momento em que o contrato se forma que o policitante compromete-se e torna-se responsável pelo seu dolo. (...) F) Teoria baseada na noção de abuso de direito. (...) Acredita-se de boa mente que o exercício de um direito não poderia dar origem a uma responsabilidade delitual; quem usa uma prerrogativa jurídica não se expõe a cometer um delito. Parece que a

Configura-se a responsabilidade pré-contratual, então, nesse complexo processo formativo contratual se um dos contratantes, sem justo motivo, interrompe ou abandona, de forma arbitrária, a negociação, comportando-se de maneira desleal e em desconformidade com a boa fé. Ainda, aquele que silencia intencionalmente informações essenciais à formação da manifestação da vontade negocial, age em desconformidade com a boa-fé objetiva, além de praticar ilícito, ensejando também a responsabilidade pré-contratual.

A responsabilidade pré-contratual fundamenta-se, portanto, no dever de agir conforme a boa fé e em todos os deveres instrumentais decorrentes deste princípio. Nesse contexto está diretamente inserida a conduta dolosa, contrária ao Direito e aos usos do tráfico, sendo ilícito ensejador de responsabilidade pré e contratual. É o que passaremos a analisar a seguir.

utilização de uma via legal não poderia ser culposa: o que é lícito, pela própria definição, não pode tender ao delito, isto é, ao ilícito. (...) G) Teorias baseadas nas noções de boa-fé, de equidade, dos usos do comércio. (...) Trata-se, afinal de contas, observa GASTON MARIN, não de culpa resultante de execução de obrigações, mas do dever legal de não enganar a confiança necessária à manutenção das relações sociais, ou, como quer DE RUGGIERO, da observância de um dever de lealdade recíproca (boa fé), que domina tanto o desenvolvimento das negociações como a formação dos contratos. (1959, p. 108-149)

4 Dolo

Inicialmente é importante conceituar o que venha a ser dolo, o que o configura, as suas principais formas de manifestação, e como ele influencia na manifestação de vontade na fase pré-contratual.

Conforme define Pontes de Miranda, dolo, “*causa de não-validade dos atos jurídicos, é o ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente se induz, se mantém, ou se confirma outrem em representação errônea.*”. (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 326) Desse conceito se extrai a principal divisão do dolo para esse trabalho: positivo e negativo. Assim, o dolo pode se dar por uma ação – positivo – ou por uma omissão – negativo.

No contexto dos vícios de consentimento, o dolo não deixa de ser uma forma de erro, só que induzido, e que leva a uma *divergência entre os motivos nos quais embasado o ato e destino dado a coisa, ou ao direito.* (MARTINS-COSTA, 2008) Assim, uma das partes contratantes manifestou vontade em um sentido somente em razão do erro a que a outra parte a induziu.

Para que o dolo seja configurado deve ter por objeto um fato ou uma qualidade cuja informação se faz necessária para as negociações, e mesmo assim o agente não a fornece ou a presta de forma errônea de forma intencional. O propósito da conduta dolosa é o de induzir a contraparte a erro para que manifeste sua vontade de acordo com tal (falta de) informação. Por outro lado, não é necessário para configuração do dolo que a parte obtenha para si ou pra outrem vantagem econômica. (PONTES DE MIRANDA, 1983)

De forma alguma o dolo pode ser presumido, assim como nos demais vícios de consentimento, eis que se trata de ilícito que gera sérias consequências no campo da responsabilidade civil. Deve ser, pois, devidamente comprovado por aquele que o alega. (SILVA, 2008)

Importante destacar que o Código Civil de 1916 já admitia a divisão do dolo em acidental e essencial, ou *dolus acidens* e *dolus causam dans*. O primeiro é aquele em que a vontade teria se manifestado, ou então teria se realizado o negócio jurídico, porém de outra maneira, e o segundo é aquele em que a vontade não teria se manifestado, ou então o negócio não teria se realizado. (PONTES DE MARIANDA, 1962) Atualmente essa divisão se extrai da oposição

ente o artigo 145 e o artigo 146 do Código Civil, quando o primeiro afirma a anulabilidade em caso de dolo como causa do negócio jurídico e o segundo traz a expressão dolo accidental. O dolo accidental, portanto, incide sobre aspectos secundários do negócio jurídico em questão, enquanto que o essencial incide sobre aspectos determinantes do negócio. (SILVA, 2008)

Para que seja possível a responsabilização do agente, o dolo e seus reflexos devem persistir no tempo, e não serem passíveis de remediação espontânea¹⁹. O fato ou qualidade dolosamente informados de maneira equivocada, inexata ou falsa, ou ainda dolosamente omitidos, deviam ser comunicados à parte que foi ludibriada de forma verdadeira. A partir da quebra do dever de informar os elementos essenciais ao futuro negócio jurídico é que se configura o dolo.

Nesse sentido, alguns autores, como Humberto Theodoro Jr. entendem que o dolo é resultado de uma violação do dever de informar, decorrente da boa fé objetiva. Porém, outros autores, como Luis Renato Ferreira da Silva, entendem que o dolo não passa pelo exame da boa fé objetiva, já que a má fé referida como existente na conduta dolosa é contraposto da boa fé subjetiva, e não objetiva. (SILVA, 2008)

Ainda, o dolo pode recair sobre uma parte das negociações, ou de seus elementos, porém só será possível fazer uma divisão entre o que foi afetado pela conduta dolosa e o que não seria se possível afirmar-se que as demais cláusulas do contrato ou que parte do negócio teriam se concretizado da mesma forma, independente do dolo. Assim, pode ser que o dolo influencie somente parte da manifestação de vontade do sujeito enganado, e então essa parte subsistiria, mesmo que anuladas as demais. (PONTES DE MIRANDA, 1983)

Além de causa de anulabilidade do negócio jurídico, o dolo também configura ato ilícito. (SILVA, 2008) E a partir dessas duas “configurações”, o dolo poderá ter diferentes consequências, o que será visto em tópico apartado.

Porém, antes de se passar à análise dos efeitos do dolo na fase pré-contratual, isto é, da formação da manifestação da vontade negocial, faz-se necessário distinguir dolo de outro importante defeito do negócio jurídico: o erro.

¹⁹ “Há de ser fato que persista após o ato jurídico (...). A qualidade há de ser comunicada sempre que, se o fôsse, a outra pessoa não praticaria o ato, ou o praticaria com outras cláusulas ou minorações de preços.” (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 334)

4.1 Dolo x Erro

Nesse ponto, importante lembrar Pontes de Miranda, que afirmava que *quem engana sem saber que está a enganar, não procede com dolo* (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 329), isto porque está, na verdade, levando a pessoa a erro em sua manifestação de vontade, porém sem intenção.

Pode-se dizer, então, que o dolo vai além do erro, porque o provoca, o reforça ou então simplesmente deixa que ocorra ou persista. (PONTES DE MIRANDA, 1983) Todo dolo é um erro induzido, mas nem todo erro é ocasionado por dolo, daí serem figuras jurídicas diversas.

Luis Renato Ferreira da Silva explica:

Enquanto no erro a falsa percepção da realidade ocorre espontaneamente, no dolo, o negócio é feito porque há um ardil, um artifício que leva o contratante a declarar a vontade de forma diversa da que faria, caso não houvesse o agir malicioso do outro contratante. (SILVA, 2008, P. 515)

No dolo, conforme exposto anteriormente, há um exame de subjetividade que não é realizado na apreciação do erro, em que se insere o comportamento de má-fé, contraposto à boa-fé subjetiva. (SILVA, 2008)

Assim, pode-se afirmar que o erro ocorre espontaneamente na fase de tratativas, isto é, a parte que levou à outra a erro não tem a intenção de o fazê-lo. Por outro lado, quando há dolo, a parte intencionalmente induz a outra em erro para que a vontade seja formada para atender seus interesses e fazer com que a outra parte acredite que está atendendo aos dela também.

Feita a diferenciação, passa-se a examinar, então, o dolo em sua forma especialmente interessante a esse trabalho: a omissiva.

4.2 Omissão dolosa

A forma omissiva do dolo é aquela também chamada de dolo negativo, em que uma das partes deixa de fazer ou informar algo relevante ao futuro negócio jurídico e induz à outra, com sua falta de diligência proposital, a uma manifestação de vontade determinada pela conduta dolosa e em desacordo com a realidade.

Essa forma omissiva está prevista no artigo 147, do Código Civil, que destaca se tratar de silêncio intencional sobre fato ou qualidade ignorado pela outra parte, sendo este a causa do futuro negócio (SILVA, 2008), conforme transcrição abaixo:

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado. (BRASIL, 2002)

A omissão será dolosa quando for oriunda de um dever prévio de informação, resultante da boa-fé objetiva e dos chamados usos do tráfico. Assim, o contratante estará deixando de cumprir um dever, ou então abstendo-se de prestar uma informação verídica. (PONTES DE MIRANDA, 1983) Assim, em caso de omissão dolosa há sempre descumprimento de um dever de agir, isto é, positivo, para a configuração da ilicitude e posterior responsabilização.

Nesse sentido, Jorge Ferreira Sinde Monteiro preleciona:

Por outras palavras, para a própria doutrina tradicional sempre a ilicitude, no caso de omissões, pressupõe a violação de um dever (de agir). E foi justamente no intuito de delimitar as situações em que existe um tal dever, para além das hipóteses em que este resulta da lei ou de um contrato, que, historicamente, nasceu e se desenvolveu a teoria dos deveres de segurança no tráfico. (MONTEIRO, 1989, p. 307-308)

Ainda, Pontes de Miranda entende que basta o silêncio consciente para configuração do dolo omissivo, em caso de dever de informar. (PONTES DE MIRANDA, 1983) Nesse sentido, a parte contratante deve esclarecer de forma completa e verdadeira todos os pontos essenciais ao negócio em questão, de modo a não violar o artigo 186 do Código Civil. (SILVA, 2008)

Cumprido reiterar, portanto, a natureza dupla da omissão dolosa, seja na fase pré-contratual ou demais fases do *iter* obrigacional: tem caráter de ato ilícito, pois que remonta ao artigo 186 do Código Civil, em que por omissão dolosa ou culposa uma parte é prejudicada

ou sofre dano; e de outra banda é descumprimento de dever de informar oriundo da boa-fé objetiva e dos usos do tráfico.

Um ponto bastante discutido na doutrina selecionada é a necessidade de configuração de dano para a concretização das consequências da omissão dolosa, isto é, a indenização ou reparação por perdas e danos. Dentre outros elementos, é o que se passará a examinar a seguir.

4.3 Do dano e da indenização

A omissão dolosa ocorrida na fase pré-contratual, que gera um reflexo na manifestação de vontade da parte arditosamente enganada, causando dano ou alguma espécie de prejuízo a ela, gera responsabilidade civil. Muitos autores questionam a necessidade de dano para a configuração da responsabilização do agente do dolo, conforme afirmado anteriormente, porém entendemos ser necessária sua devida comprovação. Também deve ser demonstrado o nexo de causalidade para com o agente, para que então haja responsabilização e, assim, reparação das perdas e danos através de indenização.

Além do aspecto da ilicitude a ser comprovado, também é necessária a demonstração de que, à fase em que se encontravam as negociações, já havia na parte enganada a legítima expectativa, ou legítima confiança, de que o contrato seria concluído de acordo com os ditames da boa-fé objetiva. Dessa forma, a parte ludibriada não esperava ser indenizada, mas sim que o contrato futuro fosse válido e eficaz de acordo com suas expectativas. (MARTINS-COSTA, 1999)

Por sua vez, a conduta dolosa que não gera prejuízos ou quaisquer danos é classificada como *dolus bonus* ou então dolo tolerado, porque, dessa forma, não gera a pretensão anulatória do negócio jurídico nem indenizatória. Nesses casos, o artigo 186 do Código Civil não incide, pois não configurado ato ilícito, e então a parte não tem, salvo rara exceção, direito à indenização. (SILVA, 2008)

Vale lembrar, no entanto, que não somente o silêncio intencional pode gerar danos: a informação prestada com inexatidão ou em desacordo com a boa-fé também, tendo em vista o dever de prestar informações verdadeiras. Nesses casos há um limite muito tênue entre o que foi omitido e o que foi informado de maneira inexata intencionalmente, porém nos dois casos, caso comprovado o dano, o agente será devidamente responsabilizado. (MARTINS-COSTA, 2008)

Os danos resultantes da conduta dolosa podem ser concretizados ainda na fase pré-contratual ou então gerarem efeitos somente quando já concluído o negócio ou operação. Se descobertas ainda na fase de tratativas informações que levaram uma das partes a realizar despesas desnecessárias ou então que não existiriam caso tivesse a verdadeira noção dos fatos ou elementos negociais, então haverá pretensão indenizatória em favor da parte que foi prejudicada em razão dos artifícios dolosos utilizados pela outra parte. Ainda, se, posteriormente à conclusão do contrato forem descobertos elementos que geram a total ineficácia do negócio jurídico, há responsabilização por *culpa in contrahendo* e possivelmente a anulação do negócio. (PONTES DE MIRANDA, 1962)

Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, datada de 23 de julho de 2013:

APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO PERMUTA. IMÓVEL COM FALTA DE ÁGUA. INDUÇÃO EM ERRO. INDEFERIMENTO DA AJG. DO ERRO NO MOMENTO DA NEGOCIAÇÃO: AS PROVAS PRODUZIDAS SÃO SUFICIENTES PARA O RECONHECIMENTO DE QUE O AUTOR NÃO FOI INFORMADO PELO REQUERIDO ACERCA DA FALTA DE ÁGUA NO LOCAL, O QUE VEIO DEMONSTRADO PELAS TESTEMUNHAS OUVIDAS.

No caso concreto, evidenciado ter o autor sido induzido em erro quando da negociação, restando possível a decretação de nulidade da permuta e conseqüente reintegração do autor na posse do imóvel.

O silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, uma vez que sem ela o negócio não se teria celebrado.

Sentença mantida.²⁰

A indenização a ser prestada no caso de ineficácia total do negócio, em razão da descoberta de omissão dolosa relativa a elementos essenciais do negócio, tratar-se-á de

²⁰ Apelação Cível 70055003362 do TJRS, Décima Nona Câmara Cível, Relator Eduardo João Lima Costa, 23/07/2013: “(...) de acordo com o conjunto probatório dos autos, ficou comprovado que a parte autora suportou danos em razão da permuta realizada com o requerido, diante da insuficiência de informações prestadas, como a falta de água na propriedade rural.”

*indenização do interesse negativo, dano derivado da confiança*²¹. Essa forma de indenização é aquela que não alcança o adimplemento do contrato válido, porque aí se estaria interferindo em demasia na liberdade de contratar da outra parte. Então, para assegurar o princípio da liberdade de contratar, a pretensão indenizatória atende os interesses da parte que sofreu o dano da melhor forma possível, porém sem gerar uma pretensão formadora do contrato.

A questão que se impõe, a partir dessa constatação, é a de estabelecer os limites da indenização: o que ela abrange? Somente os danos sofridos ou também os chamados lucros cessantes? A indenização deve restituir à parte ao estado em que estaria caso não tivesse sua manifestação de vontade influenciada a realizar gastos ou despesas tais, acreditando servirem à realização de sua expectativa de negócio²².

Porém, podem ocorrer situações excepcionais em que a parte tenha perdido ocasião de negócio, a chamada perda de uma chance, e então a indenização poderá abranger o interesse positivo que a parte tinha em ver realizado o negócio e o quanto lucraria com tal operação²³. Por exemplo, em caso de compra e venda de ações de uma empresa, se a parte deixou de vender ações por um preço x , ofertado formalmente, por confiar na realização do negócio com a parte com quem negociava anteriormente, então a indenização poderá englobar esse valor.

Quanto ao dolo acidental, caso comprovado, só obriga a indenização, e não a anulação dos atos até então praticados ou mesmo do negócio jurídico, caso já realizado. Mas, de qualquer modo, se o dano efetivamente ocorreu, haverá pretensão indenizatória por parte do contratante prejudicado, tendo em vista que se a parte tivesse conhecido os elementos de forma verídica, teria agido de forma diversa, não incorrendo nos prejuízos decorrentes do ardil. (PONTES DE MIRANDA, 1983)

²¹ “Nos casos de nulidade, por exemplo, por ilicitude ou por impossibilidade da prestação, se o figurante, que seria devedor, ou outorgante, conhecia ou devia conhecer a causa da nulidade, tem de ressarcir os danos que o credor, ou outorgado sofreu com a decretação da nulidade, se não conheceria, nem teria podido, conforme o uso do tráfico, conhecer a ilicitude ou a impossibilidade da prestação. Trata-se de indenização do interesse negativo, dano derivado da confiança. Não pode a indenização ir além do interesse positivo, isto é, do interesse do outorgado no adimplemento do contrato, se tal contrato fôsse válido.” (PONTES DE MIRANDA, 1962, P. 319)

²² “Seguindo a orientação de RUDOLF VON IHERING, GALVÃO TELES considera que “o lesado tem direito à indenização dos danos negativos, ou seja, os danos que não teria sofrido se não entrasse em negociações ou não celebrasse o contrato nulo ou anulável”. (USTÁRROZ, 2010, p. 79)

²³ “MENEZES CORDEIRO sustenta a ideia de ponderação do “círculo do investimento da confiança”. Tanto mais fundado o “investimento da confiança”, quanto a indenização devida (“tratando-se da confiança, teremos de ver o âmbito desta, designadamente ponderando o círculo do investimento da confiança. Se por via da confiança suscitada, uma parte perdeu uma ocasião de negócio, a indemnização deve abranger o interesse positivo”). (USTÁRROZ, 2010, P. 82-83)

5 A Responsabilidade Pré-Contratual decorrente de Omissão Dolosa na Realização de *Due Diligence* Societária

A partir de uma forma de silogismo, chega-se ao ponto do trabalho em que os dois temas de extrema relevância inicialmente estudados se entrecruzam e resultam na responsabilidade pré-contratual decorrente da omissão dolosa na realização da *due diligence* societária.

Imperioso ressaltar as dificuldades enfrentadas ao se tratar de um tema tão inovador e ao mesmo tempo carente de tratamento da Doutrina brasileira.

Segundo entende Récio Eduardo Capellari, para que seja configurada a responsabilização na fase pré-contratual, e então tomadas as medidas adequadas, é necessária a presença dos seguintes elementos: consentimento, dano, relação de causalidade e inobservância do princípio da boa fé objetiva entre outros específicos, como a confiança na seriedade das tratativas. Contrário a isso, seria proceder, por exemplo, com enganosidade nas informações²⁴.

Na fase pré-contratual, e no caso das operações societárias, o alienante está obrigado a informar ao adquirente a situação da empresa de forma verdadeira e completa, para que este possa formar sua vontade de forma livre de vícios. Por isso que ao longo da realização da *due diligence*, procedimento pré-contratual em que há um *disclosure* das informações da empresa, objeto das negociações, as partes devem agir com muita seriedade para que não sejam

²⁴ Capellari lista os elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil pré-contratual: “A) *Consentimento às negociações*: (...) o consentimento às negociações pode ser expresso ou tácito, ou seja, pode ser também subentendido (como ocorre na maioria dos casos), desde que inequívoco, fato que precisa ser provado. B) *Dano patrimonial*: (...) não há responsabilidade civil onde não existe prejuízo. (...) Ainda é oportuno referir que, para caracterizar o elemento dano, basta que haja um simples interesse violado e que o mesmo seja legítimo, (...). C) *Relação de causalidade*: (...) Serpa Lopes, de forma incomparável, refere que a relação de causalidade consiste na determinação de elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade do sujeito, atentatórios ao direito alheio. É a *imputatio facti*. E a *imputabilidade*, por sua vez, diz respeito a um elemento subjetivo, interno, que se resumiria na *imputatio iuris*. D) *A inobservância do princípio da boa-fé*: (...) Neste item, a boa-fé de que tratamos é exclusivamente a boa-fé objetiva, ou seja, a que diz respeito aos deveres de conduta das partes e não à boa-fé subjetiva, (...). De modo mais concreto, apontam-se aos negociadores certos deveres recíprocos..., através da responsabilidade pré-contratual tutela-se, diretamente, a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza às negociações, segundo a boa-fé.” (1995, p. 34-50)

responsabilizadas por descumprimento do dever de agir em conformidade com a boa fé, tampouco por agir dolosamente. (ANTUNES, 2008)

Apesar de a regra geral ser a da irresponsabilidade no período pré-negocial, os deveres de probidade e informativos, casos descumpridos, ensejarão a responsabilidade daquele que fornecer *informações falsas ou inexatas, ou a omissão do esclarecimento devido ou se não foram dadas informações a respeito das circunstâncias que são de molde a provocar a frustração do fim contratual*. (MARTINS-COSTA, 2008)

Por ação ou por omissão, portanto, podem ser violados os deveres informativos, sendo que ainda pode haver um elemento gerador de ilícito somado à quebra daquele dever: o dolo.

Assim, a responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informar pode estar intimamente conectada ao dolo, tendo em vista que uma das formas de descumprimento do dever informativo é justamente a omissão, que pode ser dolosa, sobre elementos que *seriam impeditivos da validade ou da eficácia do contrato*. (MARTINS-COSTA, 2008)

Todas as medidas tomadas ao longo do período pré-contratual, as chamadas formas de “intercâmbio” pré-negocial, têm como objetivo proteger os contratantes, conforme já enunciado anteriormente, com o fim último de evitar a frustração das expectativas negociais e recorrência à responsabilidade pré-contratual. Assim, apesar de não terem os contratantes, em fase de tratativas, deveres de prestação, têm, sim, deveres de proteção recíproca que, no caso de omissão dolosa na realização da *due diligence*, são quebrados e ensejam a responsabilização do agente causador do dano. (MARTINS-COSTA, 2008)

Um dos pontos centrais relativamente às consequências práticas da omissão dolosa ao longo da *due diligence* é a forma como essa falta de informações irá influenciar a manifestação de vontade do empreendedor no sentido de realizar o negócio ou operação, investindo capital e promovendo gastos, baseado na confiança e boa-fé do outro contratante.

Essas consequências práticas da omissão dolosa no procedimento da *due diligence* são o tema específico do próximo item.

5.1 A repercussão da omissão dolosa da decisão de livre contratar

O propósito da *due diligence* é especialmente disponibilizar o maior número de informações acerca do objeto do negócio, para que o empreendedor tenha então condições de negociar com os dados reais da empresa. Assim, as informações obtidas neste procedimento pré-contratual poderá influenciar o preço a ser pago, as cláusulas e garantias contratuais etc., porém mais importante que alterar as condições do negócio, os resultados obtidos com a *due diligence* poderão determinar a vontade ou não do contratante em concluir o negócio.

Desse modo, considerando esse propósito da *due diligence*, a omissão dolosa, ou dolo negativo configura um silêncio eloquente, porque determinante para a manifestação da vontade negocial última do contratante que está sendo enganado. (PONTES DE MIRANDA, 1983)

Nesse aspecto, importante destacar a existência de uma divergência na Doutrina quanto à interpretação do artigo 145, do Código Civil²⁵, quando fala em *causa* do negócio jurídico. Na verdade, o que a Doutrina fala é que o dolo influencia os *motivos* do contrato (SILVA, 2008), que são as razões que levaram cada uma das partes a iniciarem as negociações, não se confundindo com a causa final do negócio²⁶.

No entanto, conforme afirma Luis Renato Ferreira da Silva, o dolo parece incidir, na verdade, sobre o objeto do negócio, mais precisamente sobre a visão que as partes contratantes têm sobre ele. Sendo o objeto do contrato obtido somente por conta da conduta dolosa, então o negócio poderá ser anulado. Porém, se incidir sobre aspecto secundário do negócio, o chamado dolo accidental, mesmo relacionado ao objeto, não será ensejará a anulação do negócio. (SILVA, 2008)

Esse aspecto da interferência da omissão dolosa no objeto do contrato é de extrema relevância, porque, conforme comprovada sua intensidade ou qualidade, serão adotados diferentes remédios para reparar a parte lesada ou então remover o ilícito.

²⁵ “Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.” (BRASIL, 2002)

²⁶ “(...) os motivos não podem ser confundidos com a causa. Isto porque a diferença que se costuma estabelecer é em relação à proximidade e ao conhecimento das partes, eis que também os motivos são um fim, apenas que mais distanciados e particulares a cada um dos contratantes. O motivo não seria a causa final e sim a causa impulsiva.” (SILVA, 2008, p. 517-518)

Passa-se a analisar os remédios mais comuns utilizados para restituir a parte enganada ao estado anterior ou então reparar os danos por ela sofridos quando em posição de vulnerabilidade, em razão de artifício doloso utilizado pela contraparte.

5.2 Remédios

Quando da realização da *due diligence* societária, e diante da configuração de omissão dolosa, surgem algumas possibilidades de remediar o conflito, ainda não muito exploradas pelo Judiciário brasileiro. No entanto, mostram-se de grande valia àqueles que se colocam em negociações que, por falta de boa fé, restam frustradas.

Diante desse quadro, quando verificada a ocorrência de prejuízos ou danos ao contratante enganado, tal situação pode ensejar a anulação do negócio jurídico, caso já concluído quando da descoberta do ardil. Também pode gerar ação de indenização para reparar os danos, sejam patrimoniais ou morais.

Conforme afirma Judith Martins-Costa, entre os contratantes na fase pré-contratual *não existe apenas uma relação ocasional e fortuita, como a relação que liga as pessoas por conta da ocorrência de um dano derivado de um delito civil imputado a uma delas*. (MARTINS-COSTA, 2008) Existe todo um objetivo comum – de negociar – que aproxima os indivíduos, e por isso no caso de omissão dolosa, os remédios surgem muito mais voltados a reparar a violação do dever de boa fé nas negociações do que em reparar o ilícito.

Ainda, segundo o que preleciona Judith Martins-Costa:

Os deveres de informação, quando violados podem ter, conforme a sua configuração, ou conseqüências invalidantes ou apenas conseqüências indenizatórias, quando o plano da validade não é atacado, mas produziu-se dano em razão de informação equívoca, insuficiente ou deficiente. Em algumas hipóteses se pode cogitar de uma dupla eficácia e, em outras, admite-se uma espécie de convalidação *mais* eficácia indenizatória. (MARTINS-COSTA, 2008)

De se observar que, no direito romano, a conduta dolosa ensejava à *actio doli* contra o agente do ardil, para que a outra parte fosse restituída ao estado anterior ao cometimento do

dolo; e à *exceptio doli*, contra a pretensão de irradiação de efeitos do ato jurídico em favor do agente do dolo²⁷.

Assim, a omissão dolosa nessa fase de tratativas tem um tratamento diferenciado justamente por não só configurar ilícito civil, mas também por violar o dever de agir com boa fé objetiva. Além disso, a conduta dolosa de indução ao erro contrapõe-se à boa fé subjetiva também, levando-se em consideração a má fé contida nessa prática.

Em relação ao agente da omissão dolosa a ser responsabilizado pelos danos causados, nas operações societárias, a identificação/imputação deve observar sua atuação no procedimento negocial. Pode ser diretamente a parte que figuraria no futuro contrato, ou qualquer outra pessoa que a represente, esta incumbida de atuar junto à contraparte nas tratativas, na minuta de cartas de intenção ou memorandos de entendimentos, na realização da *due diligence*, ou mesmo em todos os procedimentos pré-contratuais. (PONTES DE MIRANDA, 1983) Dessa forma, o representante não é entendido como terceiro, cujo dolo repercute de maneira diversa, caso o favorecido tenha, ou não, conhecimento sobre sua prática²⁸.

A responsabilidade civil, nesse caso pré-contratual, como nos demais, deve atender a diversas demandas, como reparar a parte prejudicada, sanar suas perdas, distribuir o suporte dos riscos, prevenir e/ou remediar ilícitos, garantir que as relações se deem conforme a boa fé objetiva, entre tantas outras.

Para cada demanda dessa natureza não existe especificamente uma solução, porém passa-se a analisar os remédios mais aptos a atenderem todas essas demandas. (MARTINS-COSTA, 2008)

²⁷ “No direito romano, contra o dolo a sanção era apenas no plano da eficácia, - o dolo fazia nascer, a favor do enganado, a *exceptio doli*, contra a pretensão que do ato jurídico se irradiasse a favor do enganador, e a *actio doli*, contra o autor do dolo, para o restabelecimento do estado ao tempo da prática do ato. No *bona fidei iudicium*, em vez da *exceptio*, diz-se que cabia a ação, porque o *dolus*, em si, é contrário à boa fé (...), porém não nos parece que se precisasse da *actio*, pois a própria fórmula processual pré-excluía os negócios jurídicos com dolo ou coação (...).” (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 340)

²⁸ “Fundamentalmente, o dolo de terceiro repercutirá de forma diversa sobre o negócio travado conforme o favorecido por ele tenha (ou devesse ter) ou não tenha (nem devesse ter) conhecimento do mesmo. Caso o terceiro aja dolosamente para favorecer uma das partes e esta tenha ciência do agir doloso (ou devesse ter pro contas das circunstâncias negociais ou do seu relacionamento com o terceiro, ou, ainda, por conta da forma como o negócio se realiza) o dolo conduzirá à anulação do negócio.” (SILVA, 2008, p. 522)

5.2.1 Da anulação do negócio realizado mediante omissão dolosa

A anulação do negócio, nesses casos, pode ocorrer quando a omissão dolosa que gerou a manifestação de vontade no sentido negocial é descoberta e comprovada após sua conclusão. Dita anulação pode vir acompanhada de ação indenizatória, ou não, e serve à restituição da parte prejudicada ao *status quo ante*, isto é, caso não tivesse sido ludibriada pelo artifício doloso da contraparte.

Para que a parte prejudicada possa pleitear a anulação do negócio jurídico por omissão dolosa na fase das tratativas - o que a teria induzido a erro para fins de conclusão do negócio - a outra parte deve ter sido o agente do dolo, ou então um terceiro, com o conhecimento da outra parte. (PONTES DE MIRANDA, 1983)

Nesse contexto, releva destacar rapidamente, que Pontes de Miranda diferenciou bem a ação de anulação do negócio jurídico da ação indenizatória:

À ação de anulação basta o fato do dolo, do figurante ou do terceiro; à de indenização, a culpa do demandado e o réu há de ter sido capaz delitualmente (...). A ação de anulação tem, contra o réu, eficácia imediata: os bens, de que a vítima dispôs, voltam. A ação de indenização é só pessoal. (1983, p. 346)

Para fins de pleitear a anulação do negócio jurídico, o representante, seja mandatário ou procurador, seja gestor de negócios, não é terceiro. Logo, não é necessário que a parte figurante no negócio tenha conhecimento de que o seu representante tenha omitido informações dolosamente para concluir o negócio. (PONTES DE MIRANDA, 1983) Portanto, poderá ser demandada a contraparte pela parte prejudicada, mesmo que o autor do dolo tenha sido seu representante, portanto.

Quanto à forma do dolo, somente o essencial gera a pretensão anulatória, tendo em vista que o dolo accidental não atinge a validade do negócio jurídico. Por conta do dolo accidental, este que recai sobre aspectos secundários do negócio, se sabidas as informações de

forma verdadeira, a parte teria realizado a operação de maneira diferente. No entanto, não teria deixado de realizá-la, e por isso não há anulação²⁹.

Ainda de se considerar que, se ambos os contratantes realizaram condutas dolosas ao longo da fase pré-contratual, tendo sido concluído o contrato, nenhum deles poderá requerer a anulação, já que descumpriram ao mesmo tempo deveres informativos derivados da boa fé e cometeram ilícitos. (SILVA, 2008)

Por outro lado, caso o negócio jurídico ainda não tenha sido concluído quando da descoberta da omissão dolosa de uma das partes, porém a parte enganada já tenha incorrido em despesas e gastos unicamente em razão do dolo da outra parte, então haverá somente pretensão indenizatória. Ainda, é possível que a ação de indenização seja cumulada com a de anulação, se já concluído o negócio e comprovados os danos e a impossibilidade de restituição da parte ao estado anterior sem prejuízos.

O item a seguir aborda a questão da indenização nos casos já pontuados anteriormente.

5.2.2 Indenização

Diferentemente do campo da responsabilização extracontratual delitual, em que já haveria uma pretensão indenizatória em razão da ilicitude do dolo (SILVA, 2008), conforme o artigo 186 c/c o artigo 927, do Código Civil, no caso da omissão dolosa na realização da *due diligence*, há um conjunto de fundamentos.

O contato entre as partes com o fim de negociar um contrato, em que há violação do dever de lealdade e boa fé objetiva, já tem o condão de gerar a pretensão indenizatória, independentemente do caráter de ilicitude da omissão dolosa³⁰.

Assim, deve-se ter em mente que a pretensão indenizatória surge de um misto de dispositivos legais, justamente pela natureza híbrida da situação. Assim preleciona Judith Martins-Costa:

²⁹ “O dolo accidental ou incidente (*dolus incidens*) não atinge a validade do ato jurídico, pôsto que possa constituir ato ilícito relativo. O figurante de tal maneira se conduziu que o negócio jurídico se concluiu como êle queria, porém, se o outro figurante soubesse da verdade, o teria concluído com melhores cláusulas.” (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 340)

³⁰ “Se já havia entre ambos um contato mais próximo, cujo escopo era o de, possivelmente, concluir negocio jurídico, o dano então produzido poderá ter como consequência o nascimento da obrigação de indenizar. E este, justamente, o campo operativo da responsabilidade pré-negocial.” (MARTINS-COSTA, 2008)

[...] o instituto é claramente dedutível da combinação entre as regras do art. 389 (que trata da indenização pela inexecução de obrigações, não as restringindo as obrigações *contratuais*); art. 186 (cláusula geral de ilicitude subjetiva); art. 187 (que comina de ilicitude ato manifestamente contrario a boa-fé); art. 422 (impositivo do dever de conduta segundo a boa-fé desde a conclusão do contrato, abrangendo a fase em que *nasce a conclusão*, portanto, a fase das tratativas); e o art. 927 (norma impositiva da obrigação de indenizar, reenviando aos pressupostos dos arts. 186 e 187). (2008)

De se ressaltar que, em caso de cumulação da indenização com a ação anulatória do negócio jurídico, o alcance da indenização, conforme já exposto anteriormente, abrange somente o interesse negativo, porque o interesse positivo é aquele referente à real eficácia do negócio jurídico que se pretende anular. (PONTES DE MIRANDA, 1983)

Assim, em caso de anulação do negócio jurídico e indenização por perdas e danos sofridos pela parte enganada, o objetivo é que a parte lesada retorne ao estado em que se encontraria caso não tivesse celebrado um contrato eivado de vício, frustrado em razão de tal³¹.

Ainda, em fase de negociações preliminares, caso configurada responsabilidade pré-contratual de uma das partes em razão de omissão dolosa, pode a parte lesada pleitear indenização por perda de uma chance (MARTINS-COSTA, 2008), se tiver deixado de realizar negócio com outrem em função da confiança depositada no negócio em questão e, principalmente, cultivada pela outra parte no sentido de induzir em erro.

Assim, cumpre relevar que a obrigação de indenizar, no caso de omissão dolosa na realização da *due diligence*, momento cujo objetivo é o *disclosure* de informações mediante conduta leal e de acordo com a boa-fé objetiva, engloba perdas e danos, desvalorizações patrimoniais, perda de uma chance e até mesmo lucros cessantes, derivados da frustração das negociações. (MARTINS-COSTA, 2008)

³¹ “Se a luz desses parâmetros for configurada a obrigação de indenizar deverá o lesante satisfazer ao lesado o sugestivamente denominado “interesse da confiança”, ou “prejuízo negativo”¹²¹ referente à situação em que o credor se encontraria, se não tivesse celebrado o contrato, ou entrado em negociações que se viram injustamente frustradas¹²² por qualquer dos casos em que pode ocorrer a violação de dever pré-contratual.” (MARTINS-COSTA, 2008)

6 Conclusões

O tema abordado nesse estudo perpassou por um cenário econômico-financeiro que sofreu profundas alterações nos últimos séculos e, principalmente, nos últimos anos, seja em razão do fenômeno da economia sem fronteiras/globalizada, seja pelo perfil ousado das empresas investidoras.

A responsabilidade pré-contratual em si mesma evolui de forma intensa com o fito de proteger de forma mais abrangente aqueles que iniciam um contato mais próximo para desenvolver negociações acerca de um objeto determinado. Isso se deu muito em razão da cada vez maior assimetria de informações entre as partes e a vulnerabilidade de uma delas frente a outra.

Eis que surgem, então, diversos procedimentos pré-contratuais no sentido de evitar a frustração das negociações e proteger o patrimônio dos empreendedores. Uma das principais formas de adversidades nas tratativas é a omissão dolosa de informações para benefício na formação da vontade negocial da outra parte.

O procedimento da *due diligence* visa justamente a evitar ao máximo esses artifícios, através de uma profunda investigação das condições da empresa objeto do negócio, porém muitas vezes o “filtro” da *due diligence* não identifica alguns artifícios dolosos.

Por isso, atualmente é indispensável – diria até requisito mínimo - a realização da *due diligence* se um investidor pretende investir em determinada empresa, obtendo informações eficientes sobre seu investimento, com o objetivo de verificar se aquele aporte não resultará em prejuízo futuro.

Cada vez mais estão presentes na realização destes procedimentos pré-contratuais os escritórios de auditoria, consultoria e advocacia. Isso porque as negociações estão cada vez mais complexas e o empreendedor deve se valer de todo auxílio profissional que puder, já que a fase que antecede à conclusão do contrato é fundamental na determinação dos resultados futuros.

Como a tendência é que as grandes operações societárias – fusões, aquisições, cisões etc. - continuem aumentando, é consequência quase que direta que a realização de procedimentos como a *due diligence* tenham seu campo de atuação expandido, com o fim de evitar que conflitos oriundos de quebra da confiança e da boa-fé e de condutas dolosas sejam o resultado das negociações.

Importante salientar a necessidade de se ampliarem os estudos no tema deste trabalho, no sentido de que ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira. Assim, o objetivo do trabalho de fundir temas tão novos e ao mesmo tempo tão relevantes foi cumprido de acordo com os elementos de estudo disponíveis em termos de responsabilidade pré-contratual nas operações societárias quando da realização do procedimento da *due diligence*.

7 Referências Bibliográficas

- ANTUNES, José Engrácia. *A transmissão da empresa e seu regime jurídico: Enterprise transferring and its legal regulation*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR -, Curitiba, nº 48, p. 39-85, 2008.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BASSO, Maristela . *As cartas de intenção ou contratos de negociação*. Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v. 88, n. 769, p. 28-47, 1999.
- BING, Gordon. *Due diligence : planning, questions, issues*. London: Praeger, 2008.
- BRASIL. Lei 10.046, de 10 de Janeiro de 2002. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 18 de novembro de 2013.
- CAPPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los Límites Del Deber Precontractual de información*. Primera edición. Pamplona: Civitas, 2010.
- HORTA, João Carlos Mascarenhas. *Considerações sobre Operações de Reorganização Societária no Contexto de Transações de Fusões e Aquisições*. In: *Fusões, Aquisições, Reorganizações Societárias e Due Diligence*. Coordenação: Dinir Salvador Rios da Rocha e Larissa Teixeira Quattrini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 231-255.
- JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo: ou indemnização em contraltos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008.
- LEÃO, Leandro. *Due Diligence: Arma eficaz de prevenção jurídica para o empreendedor*. São Paulo, Amorim & Leão Advogados, 2012. Disponível em: <<http://www.amorimassociados.com.br/du-diligence-arma-eficaz-prevencao-juridica-para-empendedor.asp>> Acesso em: 20 de novembro de 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-contratuais de proteção no direito civil brasileiro*. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 867, p. 11-51, 2008.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência, 19ª edição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

NUNES, Marcelo Galiciano. ROCHA, Dinir Salvador Rios da. *Term sheet e contrato de compra e venda de ações ou quotas*. In: *Fusões, Aquisições, Reorganizações Societárias e Due Diligence*. Coordenação: Dinir Salvador Rios da Rocha e Larissa Teixeira Quattrini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71-114.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, Tomo XXXVIII, 2ª edição*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962.

_____. *Tratado de Direito Privado, Tomo IV, 4ª edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

PORTINHO, Dario Paz. *Da responsabilidade civil pré-contratual derivada da violação do dever de informação*. 2007. 119 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito Civil Aplicado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Auditoria Societária*. In: *Direito Societário - Fusões, Aquisições, Reorganizações Societárias e Due Diligence*. Coordenação: Dinir Salvador Rios da Rocha e Larissa Teixeira Quattrini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 141-158.

RIOS DA ROCHA, Dinir Salvador. *Visão Geral de Due Diligence: Breves Aspectos Teóricos e Práticos*. In: *Direito Societário - Fusões, Aquisições, Reorganizações Societárias e Due Diligence*. Coordenação: Dinir Salvador Rios da Rocha e Larissa Teixeira Quattrini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39-68.

SALDANHA, Pedro Mallmann. *Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*. 2009. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Do Dolo*. In: *Teoria Geral do Direito Civil*. Coordenação: RENAN LOTUFO; GIOVANNI ETTORE NANNI. 1ed. V.01. São Paulo: Atlas S/A, 2008. p. 514-529.

SOARES, Lúcio Sintra. *A responsabilidade pré-contratual*. 2000. 51 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito Civil Aplicado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.

STILTON, Andrew. *Sale of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements, Third Edition*. London: Thomson Reuters, 2011.

USTÁRROZ, Daniel. *Temas atuais de direito contratual*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010.