

## **CONTRATATO DE CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DE QUOTAS. ACORDO DE SÓCIOS. PACTUAÇÃO DE PARCELA VARIÁVEL DO PREÇO CONTRATUAL DENOMINADA EARN OUT. CARACTERÍSTICAS E FUNÇÃO ("CAUSA OBJETIVA") DO EARN OUT**

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 42/2014 | p. 153 - 188 | Jul - Set / 2014  
DTR\2014\15082

### **Judith Martins-costa**

Livre-Docente em Direito Civil pela USP.

**Área do Direito:** Comercial/Empresarial; Arbitragem

### **Sumário:**

Parecer - I.A função econômico-jurídica atribuída à forma de pagamento denominada *earn out* e as condições *in casu* pactuadas - II.O "episódio dumas" não foi de molde a caracterizar a hipótese prevista no art. 5.3. 8. viii do acordo de sócios - III.Da conduta das partes entre 26.08.210 e 06.12.2010 - IV.Da resposta sintética aos quesitos

Contrato de cessão e transferência de quotas. Acordo de sócios. Pactuação de parcela variável do preço contratual denominada *Earn Out*. Características e função ("causa objetiva") do *Earn Out*. Condições estabelecidas ao seu recebimento. Imputação de "conduta irregular" ao sócio administrador, para o fim de destituí-lo do cargo e afastar o seu direito ao recebimento do *Earn Out*. A expressão "conduta irregular", embora semanticamente vaga, não é de preenchimento arbitrário. Exame da regularidade da conduta à luz da praxe comercial seguida no setor ("usos", art. 113 do CC), do princípio da boa-fé (art. 113 do CC) e das circunstâncias do caso, valoradas segundo os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Legitimidade da retorsão imediata. Conduta contratual contraditória, contrária à boa-fé e aos usos. Caracterização do *venire contra factum proprium* e a incidência da *suppressio*; a vedação ao comportamento malicioso e o art. 129 do CC.

Sou honrada com Consulta formulada pelo Colega, Dr. Giovanni Ettore Nanni, em patrocínio de seu cliente, Sr. Serafim Lampião, formulada nos seguintes termos:<sup>1</sup>

"Prezada Professora Judith,

Conforme falamos, na qualidade de advogado de Serafim Lampião, venho, por meio desta, formalizar consulta para elaboração de Parecer Jurídico na arbitragem em curso entre Catuaba S.A. e referido cliente.

O cerne da questão diz respeito à eventual validade e às supostas consequências da destituição de Serafim Lampião da administração da sociedade Catuaba Arroio da Capivara – Ltda. (Catuaba 2), pretendidas por Catuaba com base na Cláusula 3.5.8, (VIII) do Acordo de Sócios, firmado entre as partes após a celebração de Contrato de Cessão e Transferência de Quotas ("Contrato"), por meio do qual Serafim Lampião e o Basil Bazarov cederam parte de suas quotas na Catuaba 2 à Catuaba, de tal forma que esta ficou com 60% (sessenta por cento) das quotas (Quotas Série 1) e Serafim Lampião com 40% (quarenta por cento) (Quotas Série 2).

Para tanto, a fim de direcionar a consulta, formulamos abaixo quesitos a serem considerados por V. Sa. na elaboração de citado Parecer.

1. Qual o conceito de *Earn Out*? A que ele se vincula?
2. A eficácia do pacto do *Earn Out* depende do cumprimento de metas? Estas foram, no caso, atingidas?
3. Em caso positivo, qual o sentido que se pode atribuir à penalidade prevista na Cláusula 3.5.8.2 do Acordo de Sócios, que decreta a perda do direito de Serafim Lampião receber o *Earn Out* em caso de destituição do cargo de Diretor Presidente da Catuaba 2?

4. Aplica-se o art. 187 do CC no caso em comento? Isto é, há ilicitude por abuso do direito no fato de uma parte impedir que a outra usufrua direito pactuado contratualmente?
5. Considerando que a pretensão destituição foi veiculada por Catuaba no 35.º (trigésimo quinto) mês do Período de *Earn Out*, composto por 36 (trinta e seis) meses, sendo então obstada por ato da Catuaba, configura-se, no caso, a hipótese prevista no art. 129 do CC?
6. No item 65 da resposta às alegações iniciais apresentadas por Catuaba foi exposto: "Por conta disso, conforme reconhece o próprio Serafim Lampião, a Catuaba preferiu abrir mão, em um primeiro momento, de algumas de suas prerrogativas decorrentes da falta grave cometida por Serafim Lampião, oferecendo a Serafim Lampião uma saída amistosa da sociedade, assim como Serafim Lampião igualmente desistiu, em um primeiro momento, de pretensões financeiramente relevantes buscadas nesse procedimento arbitral." E no item 67: "Também no espírito de promover uma transação pacífica e não deixar transparecer ao mercado o descontentamento com Serafim Lampião, a Catuaba lhe ofereceu um cargo em um 'conselho de administração' que seria criado tão somente para tal fim (tanto que, com a destituição contenciosa de Serafim Lampião, não foi criado)." Igualmente no item 69: "Ademais, manteriam as partes seu plano inicial de formar uma sociedade para atuar no mercado secundário, passando Serafim Lampião a cuidar, por um certo tempo, exclusivamente desse seguimento (...)." Considerando que a suposta falta grave – ocorrida antes de todos esses fatos narrados – representou, segundo argumenta Catuaba, séria quebra da confiança, questiona-se: a promessa de "abrir mão das prerrogativas decorrentes da falta grave", de confiar um cargo em "Conselho de Administração" a Serafim Lampião e de constituir uma nova sociedade e a posterior conduta contraditória, expedindo a Notificação de 7 de dezembro, é atingida pela proibição de *venire contra factum proprium*?
7. O fato de, no item 73 da mesma manifestação, Catuaba confessar: "não restou à Catuaba outra opção que não desistir de sua estratégia de transição suave e efetivamente lançar mão de sua prerrogativa de destituir Serafim Lampião da administração da Catuaba 2" constitui grave violação da confiança antes criada em Serafim Lampião diante de tantas perspectivas empresariais (que evidentemente envolviam confiança recíproca) ofertadas por Catuaba para atuação conjunta?
8. Mesmo que considerada "falta grave" a decisão adotada por Serafim Lampião em 25.08.2010 respeitadamente à cliente Bianca Castafiore, o fato de a ora Requerida ter deixado fluir mais de três meses entre o fato que agora aponta como "falta grave" e a expedição de Notificação Extrajudicial para iniciar o procedimento de destituição do cargo de administrador teria, *de per se*, consequências jurídicas? Quais?
9. Houve abuso do direito e inobservância da boa-fé objetiva por Catuaba ao pretender a destituição de Serafim Lampião na véspera do término de seu mandato – no 35.º (trigésimo quinto) mês de um período de 36 (trinta e seis) meses – e mais de 2 (dois) anos depois de as metas fixadas para o *Earn Out* terem sido significativamente superadas, gerando altos lucros a Catuaba, detentora de 60% das quotas da Catuaba 2?
10. É possível afirmar que, uma vez abusiva, a destituição pretendida por Catuaba é inválida e não deve gerar efeitos?

Atenciosamente,

Giovanni Ettore Nanni".

O Consulente anexou à Consulta os documentos pertinentes.

Três pontos, fundamentalmente, estruturam a argumentação das Partes relativamente ao tema a ser tratado neste Parecer, quais sejam: a existência, ou não, do direito do Requerente Serafim Lampião ao recebimento da parcela variável denominada "*Earn Out*" atinente à alienação das quotas sociais da empresa Catuaba 2 e dependente do atingimento de metas preestabelecidas; as demais condições apostas no Acordo de Sócios como necessárias ao recebimento da mencionada parcela; e, finalmente, a consideração da eventual gravidade do chamado "episódio Dumas" para o efeito de caracterizar "conduta irregular" capaz de levar à destituição do Requerente do cargo de administrador da sociedade por "falta grave" e ao perdimento da parcela do *Earn Out* menos de um mês da data em que o direito estaria definitivamente consolidado em seu patrimônio.

As perguntas a serem aqui respondidas dependem, conseqüentemente, das respostas às questões de saber: (i) qual a função econômico-jurídica atribuída à forma de pagamento

denominada *Earn Out?* (ii) o “episódio Dumas” foi de molde a caracterizar a hipótese de “conduta irregular” prevista no art. 5.3.8, inc. VIII, do Acordo de Sócios como apta a gerar a destituição do cargo de Diretor e a perda do *Earn Out?* (iii) mesmo se fosse considerado grave o “episódio Dumas”, para o efeito acima indicado, quais seriam as consequências da conduta seguida concreta e comprovadamente pela Requerida Catuaba após 25.08.2010 e até 06.12.2010, referentemente ao Requerente?

A resposta à primeira pergunta é o pano de fundo à análise a ser procedida. A segunda pergunta localiza o foco de nossa atenção no dia 25.08.2010 e a terceira é centrada no período posterior a 25 de agosto.

### **I. A função econômico-jurídica atribuída à forma de pagamento denominada *earn out* e as condições in casu pactuadas**

1. O *Earn Out* é uma forma de pagamento pelo qual parcela do preço de determinado bem é remetida para o futuro, estando sujeita em sua existência e determinação a certas condições previamente estabelecidas pelas partes contratantes, em regra ao cumprimento de metas empresariais e financeiras futuras e predefinidas.<sup>2</sup> Trata-se, muito sinteticamente, de ferramenta comum em aquisições societárias pela qual vendedores e compradores estipulam que a definição cabal do preço da venda dependerá do fato de os vendedores (“donos” da companhia vendida e, portanto, bons conhecedores da empresa do mercado e de suas potencialidades) permanecerem administrando ou coadministrando o negócio por um período de transição. Se, nesse período, a companhia conseguir ou exceder certos resultados, o valor da venda será acrescido, auferindo os vendedores um lucro calculado segundo esses resultados, de modo a permitir uma “definição dinâmica do valor da companhia-alvo, contribuindo para que vendedores e compradores possam convergir na determinação do preço do ativo”.<sup>3</sup> Asseguram-se, assim, os compradores ou cessionários, que a aquisição foi um “bom negócio”, diminuindo-se os riscos para o investidor; os alienantes ou cedentes, por sua vez, recebem proporcionalmente ao rendimento obtido, ambas as partes sendo estimuladas a buscar a melhora no desempenho da companhia.<sup>4</sup>

2. É a necessidade de opor barreira às ações oportunistas e a ínsita carência de colaboração entre alienante e adquirente em vistas de um fim comum (isto é: lograr um negócio de aquisição/alienação rendoso a ambas as partes, diminuindo ou limitando os riscos mútuos) que explica a utilidade ou função econômica da cláusula *Earn Out*.

2.1. Com efeito, esta cláusula é em regra pactuada em operações de aquisição societária em que têm, as partes, “opiniões diversas sobre o valor justo da companhia-alvo e sua performance futura”.<sup>5</sup> Ao fixar o preço, o alienante anuncia lucros futuros de alta monta, mas o adquirente não tem como se assegurar previamente da veracidade desta informação. Combina-se, então, o pagamento de valores discernidos no tempo e na determinação: uma parcela é fixa e paga no momento da conclusão do negócio; outra será paga se os tais lucros foram, efetivamente, alcançados em determinado período, em regra, os antigos sócios permanecendo por este período na administração do negócio.

2.2. A cláusula *Earn Out* funciona, assim, para diminuir a assimetria de informações entre as partes e mitigar o chamado *moral hazard* que, na terminologia da análise econômica do Direito, designa a alteração no comportamento de um agente ao saber que, por alguma razão, não estará integralmente sujeito às consequências de seus atos, tirando proveito de uma informação privada em detrimento da contraparte.<sup>6</sup> De um lado, a manutenção dos antigos sócios na operação do negócio “é uma medida eficaz no sentido de suprir a falta de *expertise* necessária para administrar uma empresa em seu mercado específico, sendo uma boa saída para os investidores que desejam entrar em novos mercados ou mesmo para investidores institucionais”. De outro, quando há uma diferença de avaliação entre o que o valor que o comprador atribui ao negócio e o que o vendedor espera lucrar, um *Earn Out* aproxima estes dois interesses.<sup>7</sup>

2.3. São os comportamentos oportunistas justamente as fontes de grande parte dos problemas envolventes da pactuação de *Earn Out*. Os comentaristas e a jurisprudência da Corte norte-americana de Delaware<sup>8</sup> dão conta de casos de negligente ou dolosa administração (“management”) dos interesses envolvidos no “período de *Earn Out*”; de conflito de interesses e de conflitos resultantes da própria pactuação da cláusula, seja no concernente ao método de cálculo, seja no cumprimento das condições acordadas.<sup>9</sup>

3. Já se vê, só por essas breves pinceladas acerca dos traços peculiares do *Earn Out* qual é a

sua função econômico-social, isto é, a sua causa: permitir que o negócio de aquisição societária atinja, para o adquirente, os fins de rentabilidade e lucro aos quais predisposto, por meio da colaboração do alienante numa fase de transição empresarial previamente demarcada, proporcionando, ao alienante, o justo preço pelas quotas ou ações alienadas e a justa retribuição financeira pelo seu esforço empresarial. É evidente, portanto, que o atingimento de metas é da "essência" da figura. Este é, justamente, o traço que peculiariza esta figura, sem o qual não se pode falar em parcela de *Earn Out*. O alcance das metas é o primordial. Todas as demais cláusulas e condições que as partes podem estipular concernentemente à parcela variável são funcionalmente predispostas a esta causa, como, por exemplo, obrigar o alienante a restar por certo tempo na administração dos negócios (para que possa atingir as metas); ou pactuar certo padrão de diligência (para que as metas sejam atingidas eficazmente, sem problemas). São, a bem dizer, cláusulas acessórias à função que o *Earn Out* está predisposto a desempenhar.

4. Foi justamente o que quiseram as Partes ora em litígio, expressando o Contrato ajustado em 31.10.2007:

"Seção 5. Preço e forma de pagamento das Quotas Série 1

5.1 Preço Fixo. O preço de aquisição das Quotas Série 1 será composto por de uma parcela fixa ("Preço Fixo") e de uma parcela variável ("*Earn Out*").

5.2 Preço Fixo. O Preço Fixo acordado entre as Partes é de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) a serem pagos pelo Cessionário em 6 (seis) parcelas distribuídas da seguinte forma e em valores iguais para Serafim Lampião e Basil Bazarov:

(i) 3 (três) parcelas mensais, iguais e sucessivas, no valor individual de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) cada uma, vencendo-se a primeira na data de fechamento, e as demais, respectivamente, em 30 (trinta) e 60 (sessenta) dias contados da data de fechamento;

(ii) 3 (três) parcelas mensais no valor individual de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), corrigidas pelo IGP-M da data de fechamento até a data de seu pagamento, vencendo-se a primeira no mesmo dia da data de fechamento, no 13.º (décimo terceiro) mês após o mês da data de fechamento, e as seguintes, respectivamente, igualmente no mesmo dia da data de fechamento, no 14.º (décimo quarto) e 15.º (décimo quinto) mês após a data de fechamento.

5.2.1 Eventualmente, os Cedentes, em conjunto e com antecedência de 5 (cinco) dias do respectivo vencimento, poderão informar por escrito ao Cessionário para promover os pagamentos estabelecidos na cláusula 5.2 em importâncias desproporcionais àquelas ali estabelecidas.

5.3 Preço variável. O Cessionário deverá a Serafim Lampião o pagamento do *Earn Out* calculado pela aplicação de uma das seguintes fórmulas, de acordo com o valor do lucro líquido ajustado:

(...)."

5. O item 5.3 do Contrato de Cessão dispunha, então, acerca dos "cenários de rentabilidade" previstos pelas Partes, escalonando-se, segundo tais cenários, o valor da parcela variável do preço contratual, isto é, do *Earn Out*<sup>10</sup> que não seria pago na hipótese de, "eventualmente", o resultado da aplicação de qualquer uma das fórmulas previstas nas cláusulas 5.3.1 e 5.3.2 fosse negativo,<sup>11</sup> não havendo, portanto, "o reembolso de valores recebidos por Serafim Lampião e Basil Bazarov pelo pagamento do preço fixo".

6. Subsequentemente, condicionava-se o direito ao *Earn Out* à inoccorrência de qualquer dos seguintes eventos: (i) à renúncia de Serafim Lampião à administração da Catuaba 2 ou (ii) à sua destituição "por razões previstas no Anexo 5.3.4".<sup>12</sup>

7. As "razões" previstas no mencionado Anexo foram reiteradas em Acordo de Sócios entabulado em 23.01.2008 que, na matéria, estabeleceu:

"3.5.8 Durante o Período de *Earn Out*, Serafim Lampião será destituído do cargo de administrador se ocorrer qualquer uma das seguintes hipóteses:

(i) realização ou participação em transações de intermediação imobiliária sem o devido reflexo jurídico e contábil;

(ii) realização ou participação em operações irregulares tais como definidas nas regras do Coaf;

- (iii) atuação em desacordo com o contrato social e acordo de sócios;
- (iv) desvio de fundos da Catuaba 2;
- (v) participação direta ou indireta em outra sociedade concorrente, em violação ao disposto no acordo de sócios firmado entre as Partes e mencionado na cláusula de não concorrência deste acordo;
- (vi) participação em empresa incorporadora ou prestação de serviço remunerado a incorporadora;
- (vii) participação em empresa que tenha objeto social ou finalidade que não condiz com a moral e boa ética;
- (viii) conduta irregular comprometendo a imagem e relacionamento da Catuaba ou da Sociedade junto aos clientes incorporadores.

3.5.8.1 Essas hipóteses se aplicam à atuação de Serafim Lampião ou de pessoas relacionadas à Catuaba 2, quando aplicável, desde que Serafim Lampião tenha tido conhecimento e não tenha tomado medidas corretivas.

3.5.8.2 Caso seja verificada qualquer uma das hipóteses acima durante o período de *Earn Out*, Serafim Lampião perderá o direito de receber o *Earn Out* previsto no Contrato”.

8. Como se vê das cláusulas supratranscritas, estabeleceu-se um período de *Earn Out* de 36 (trinta e seis) meses; estabeleceram-se, por igual, as metas financeiras buscadas nesse espaço de tempo; e, finalmente, as hipóteses de perda da parcela por razões atinentes à conduta empresarial do administrador (diretor) Serafim Lampião, considerado o mesmo período de 36 meses.

9. Tendo o Requerente alcançado (e até mesmo superado), à frente de Catuaba 2, as metas muito antes de esgotados os 36 (trinta e seis) meses previstos, é justamente o exame da conduta explicitada no supratranscrito inc. viii que está, na presente Arbitragem, sujeita à exame e valoração para determinar se o comportamento foi “irregular” e capaz a conduzir à perda de parcela substancial do valor de alienação da sociedade alienada. Por consequência, na valoração da conduta societária do ora Requerente será preciso conjugar os parâmetros legais de interpretação dos negócios jurídicos (com especial destaque aos “usos do lugar do negócio” e à “boa-fé”, mencionados no art. 113 do CC); os *standards* da razoabilidade e proporcionalidade; e a função econômica típica do *Earn Out*, isto é, a sua causa já antes apontada, tudo devendo ser sopesado na mensuração da apontada “irregularidade” da conduta.

## **II. O “episódio dumas” não foi de molde a caracterizar a hipótese prevista no art. 5.3. 8. viii do acordo de sócios**

10. O alegado motivo determinante da destituição de Serafim Lampião da administração da empresa Catuaba 2 – implicando, por imediato reflexo, na alegada perda do *Earn Out* – foi, nos termos da documentação juntada pela Requerida,<sup>13</sup> o seguinte e específico fato:

“De forma lamentável, em agosto de 2010, V. Sa. agiu em grave prejuízo à imagem e aos interesses da Catuaba 2 perante o cliente Dumas Incorporações S.A, a maior incorporadora do país. Isto porque, V. Sa. dirigiu-se, verbalmente e por escrito, de modo bastante hostil, tendo pronunciado impróprios e palavras ofensivas aos executivos daquela incorporadora.”

11. É esse episódio – e apenas esse episódio, assim definido pela Requerida e recortado temporalmente no dia 25.08.2010 – o único fato a motivar o afastamento da administração e a perda do *Earn Out*, servindo como causa exclusiva à alegada incursão na hipótese contida na alínea viii do item 5.3.8 de Acionistas, por se ter caracterizado, segundo a Requerida, *conduta irregular comprometendo a imagem e relacionamento da Catuaba ou da Sociedade junto aos clientes incorporadores*.

11.1 Leia-se, ainda, na mesma Notificação Extrajudicial:

“Tais motivos que levam à destituição de V. Sa. da administração estão bem delimitados nas hipóteses de faltas *graves* descritas na Cláusula 3.5.8 do Acordo de Sócios, sendo que, para o fim desta Notificação Extrajudicial, interessa aqui ressaltar hipótese do inciso (viii), qual seja, a *conduta irregular, comprometendo a imagem e relacionamento da Catuaba ou Sociedade junto aos clientes incorporadores*”.<sup>14</sup>

12. Assim sendo, nenhum outro fato há de ser tido em conta na valoração da conduta típica apta

a ocasionar a perda do *Earn Out*. Embora outros fatos desabonadores ao Requerente tenham sido, posteriormente, mencionados nas Alegações da Requerida, nenhum deles é referido na Notificação enviada a Serafim Lampião em 07.12.2010 como motivo para a destituição do cargo de diretor e para a privação do *Earn Out*. Portanto, o caso ocorrido em agosto de 2010, respeitadamente à divergência entre Serafim Lampião e a Dumas, será o único episódio considerado para os fins discutidos nessa Arbitragem, qual seja, a caracterização de *conduta irregular* suficiente a fundamentar a justeza do afastamento de Serafim Lampião da administração da sociedade e a consequente perda da parcela denominada *Earn Out*.

13. A expressão "conduta irregular" é semanticamente aberta, por isso não se presta a uma interpretação *in abstracto*, antes carecendo de concreção. É preciso, pois, saber se o fato de Serafim Lampião exigir de seu cliente Dumas que cumprisse com a exclusividade prometida caracterizaria, *de per se*, uma irregularidade grave a ponto de justificar, em bom direito, as gravíssimas consequências patrimoniais e pessoais daí advindas.

14. Como primeiro fator de concreção há de ser invocada a prática do específico segmento de mercado, isto é, a praxe comercial ou os "usos" mencionados no art. 113 do CC.

(i) a conduta de Serafim Lampião ao exigir de Dumas a exclusividade foi concorde com a praxe do mercado ("usos do lugar da contratação", art. 113 do CC).

15. De modo praticamente unânime, vêm os autores sublinhando a relevância, para a formação contratual, das "circunstâncias do caso" em que podem ter papel determinante os usos ou a praxe negocial habitualmente seguida. No Direito Comercial, muito especialmente,<sup>15</sup> os usos têm, além do papel de fonte ("fonte consuetudinária"), inafastável *peso hermenêutico*, aclarando o significado de disposição contratual ou legal, ou de comportamento adotado, sendo seu papel *adjuvandi vel suplendi vel corrigendi*. O que normalmente acontece em determinado setor do mercado (*id quod plerumque accidit*) serve para melhor esclarecer o sentido de alguma declaração negocial ou regra legal, ou de dada conduta, ou para preencher lacuna, ou mesmo para corrigir a letra da lei, em vista de uma disposição estrita que pareça incongruente com as circunstâncias negociais. O que importa registrar é que, num e noutro papel, a prática do mercado atua para conformar, no dizer de Paula Forgioni, esquemas aptos a "permitir maior grau de previsibilidade do comportamento" dos agentes econômicos.<sup>16</sup>

16. Na espécie, refere o Consultente,<sup>17</sup> a praxe seguida no mercado imobiliário local de lançamentos é a de haver exclusividade de vendas concedida por um incorporador a uma imobiliária como contrapartida à "inteligência de mercado"(isto é, à *expertise* sobre a oportunidade e o "formato" do lançamento e seus adendos, como paisagismo, decoração, publicidade) que recebe e que não é remunerada de outra forma. Porém, seguindo-se a mesma praxe, aceita-se que uma imobiliária atenda simultaneamente contas de empresas incorporadoras concorrentes, atuando, concomitantemente, em vários lançamentos imobiliários. Por evidente, podem as partes dispor em contrário. Porém, se nada dispõem, a presunção é a de que a praxe foi, ou há de ser, seguida tal qual.

17. O fato de o Requerente se ter insurgido contra a atitude da Dumas de, dias antes do lançamento do empreendimento Aquila, retirar a exclusividade nas vendas à Catuaba 2 – que havia sido, ademais, negociada entre as partes cinco meses antes –<sup>18</sup> não caracteriza, *de per se*, "conduta irregular". Pelo contrário, estava Serafim Lampião justamente a zelar pelos interesses da sociedade que administrava, ou, ao menos pelo que, naquele momento acreditava, razoavelmente, melhor atender à empresa. É perfeitamente crível, pelo filtro da experiência comum, o argumento desenvolvido nos itens 108 e 115, entre outros, das alegações iniciais do Requerente, no sentido de que, se aceitasse, sem mais, por mera imposição da incorporadora Dumas, voltar atrás na política de "não dividir placa", estaria a Catuaba 2 indo contra a sua própria política empresarial habitualmente seguida e abrindo perigoso precedente, a ser utilizado por outras incorporadoras em futuros negócios.

18. Na avaliação da "conduta irregular" é preciso atentar ao padrão a que estava adstrito o Sr. Serafim Lampião, e esse era o do "administrador ativo e probo"(art. 1.011 do CC). Sabe-se que o dever de diligência profissional em matéria societária é "um conceito extremamente fluido"<sup>19</sup> que, porém, como todos os *standards* jurídicos, tem sua indeterminação cessada diante do caso concreto, pois "a indeterminação do enunciado não representa a indeterminação de sua aplicação".<sup>20</sup> A fim de possibilitar uma adequada concreção do *standard*, a doutrina ressalta os seus aspectos, decompostos nos deveres de qualificação para o exercício do cargo; de bem

administrar, de se informar; de investigar e de vigiar.<sup>21</sup> Interessa, em vista do caso, o dever de bem administrar, pois, evidentemente, uma boa administração excluirá, por antinomia, a "conduta irregular".

18.1. O dever de bem administrar consiste na atuação do administrador visando à consecução do interesse social, atendidos os limites do objeto social.<sup>22</sup> Não há, evidentemente, diz Nelson Eizirik, o dever de tomar decisões que sempre, necessariamente, acarretem um resultado econômico positivo para a sociedade<sup>23</sup> (o que vale, diga-se lateralmente, inclusive para o recebimento do *Earn Out*),<sup>24</sup> sendo importante atentar para o que a Professora Paula Forgioni denomina – ao estudar a racionalidade jurídica do agente econômico – de "estratégias equivocadas".<sup>25</sup>

18.2. O estudo da racionalidade jurídica do agente econômico, ligado à legítima expectativa do comportamento da outra parte e à boa-fé, diz ela, "não nos pode fazer esquecer que os agentes econômicos adotam estratégias equivocadas".<sup>26</sup> Os "erros" que eventualmente vêm a praticar no "torvelinho da tomada de decisões" não apenas são perfeitamente possíveis dentro do sistema como são compatíveis com a lógica da realidade empresarial. E ajunta:

"Nenhuma interpretação jurídica será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, impermeabilizando-o. Não podemos presumir que o agente sempre adota o melhor comportamento possível, mas apenas que *deve agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva*, de acordo com uma racionalidade jurídica que leva em conta as *regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte* considerado o modelo mercadológico (ou usos e costumes, como quer nosso direito positivo)."<sup>27</sup>

18.3. Isto significa dizer que uma decisão estrategicamente equivocada (e que assim se venha a revelar *a posteriori*) não é o mesmo que um "comportamento irregular", ainda que dela resulte algum prejuízo. A "irregularidade" prevista na regra contratual em exame diz respeito a uma conduta que, sendo moral ou juridicamente desvaliosa, comprometa a "imagem" da Catuaba 2 ou da Catuaba junto a clientes incorporadores. Em outras palavras, são dois requisitos conjuntos e convergentes: a conduta irregular capaz de comprometer a imagem das referidas sociedades.

18.4. Assim seria, por exemplo, irregularidade consistente na gestão fraudulenta ou no uso indevido da firma, ou na adoção de conduta contrária às boas práticas do mercado. Ora, consideradas as circunstâncias do momento, não se pode afirmar que o rompimento com a Dumas foi um "erro" praticado por Serafim Lampião como administrador da Catuaba 2. Porém, mesmo que assim o fosse considerado – numa visão distanciada do "torvelinho" e *a posteriori* dos fatos – é certo que tal episódio não significaria uma "irregularidade" do comportamento do administrador: "os maus resultados obtidos pela escolha de determinadas opções na gestão da sociedade não se configuram, necessariamente, como razão para concluir pela inexistência do dever de cuidado e diligência", diz Wald. E ajunta:

"Para a verificação da atuação conforme os critérios legais, isto é, para saber se houve atuação ou omissão diligente e cuidadosa, é imprescindível a análise da situação concreta, para verificar se o administrador tomou as medidas necessárias e no interesse da sociedade, considerando sempre a discricionariedade própria da gestão da sociedade, respeitando-se as escolhas negociais e os riscos a ela inerentes."<sup>28</sup>

19. Não se pode também esquecer que, apresentando o dever de diligência um conteúdo indeterminado, "caberá ao administrador, nos limites do objeto social, e tendo em vista o interesse da companhia, escolher, no exercício do seu poder discricionário, os meios adequados para conduzir os interesses da companhia",<sup>29</sup> sendo as suas obrigações de meio, e não de resultado, como é unanimemente reconhecido. Outro não é o sentido, aliás, da regra *business judgment rule* formulada nos Estados Unidos a partir do julgamento de ações de responsabilidade contra os administradores, pela qual se cria a presunção de terem os administradores agido de forma independente e desinteressada, com boa-fé e acreditando que os seus atos visaram a atender aos melhores interesses da sociedade.<sup>30</sup>

20. Em suma: a "justa causa" não há de ser "qualquer causa", manejada ao alvedrio de quem tem o poder de destituir do cargo. Relembre-se, aliás, que no caso da exclusão de sócio de sociedade por cotas tem o STJ entendido não ser a quebra de *affectio societatis* motivo suficiente para a exclusão do sócio. A falta grave há de ser comprovada judicialmente, tendo expressado o Enunciado 67 do CEJ: "Em razão da exigência de justo motivo, a quebra de *affectio*

*societatis* não é causa suficiente para a exclusão de sócio”.<sup>31</sup> Guardadas as devidas distinções entre as hipóteses de exclusão de sócio e de destituição de sócio administrador, um análogo princípio, todavia, rege a espécie: a “justa causa” – sempre comprovada e sujeita ao contraditório – há de ser aquela que, por culpa do administrador, implica atentado aos interesses da sociedade e violação dos deveres fiduciários, sempre considerando que as obrigações do administrador são de meio, e não de resultado.

21. Já pela compreensão destas circunstâncias seria possível concluir que a única conduta imputada a Serafim Lampião como “falta grave” na Notificação Extrajudicial enviada em 07.12.2010 nada tem de irregular, não podendo servir de pretexto para o perdimento do *Earn Out* a que faz jus. A mesma conclusão é reforçada quando contrastada a conduta seguida em agosto de 2010 pelo Requerente com o cânone hermenêutico da boa-fé, previsto no art. 113 do CC, bem como quando avaliada pelos postulados normativos<sup>32</sup> da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes elementos indicarão que as palavras dirigidas por Serafim Lampião aos executivos da Dumas no dia 25.08.2010, por email, tipificam hipótese de lícita retorsão.

(ii) *A conduta do Requerente avaliada segundo a boa-fé, a razoabilidade e a proporcionalidade: a configuração de lícita retorsão.*

22. Primariamente, o princípio da boa-fé endereça as Partes de um contrato a uma conduta leal, consistindo, como tenho averbado,<sup>33</sup> no direcionamento a um *padrão comportamental* a ser avaliado segundo os usos, a função (“causa”) do negócio e as peculiares “circunstâncias do caso”. Concretamente, há duas dimensões da lealdade a serem examinadas: a devida por Serafim Lampião como administrador, relativamente ao cliente Dumas, hipótese que se entronca com a aplicação dos postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade; e a devida pelo mesmo Serafim Lampião na sua posição como sócio, referentemente aos demais sócios na Catuba 2.

23. Na primeira dimensão da lealdade, ínsita ao dever de agir segundo a boa-fé, é preciso – para averiguar se houve ato de deslealdade relativamente ao cliente-determinar se existia, ou não, um dever de exclusividade relativamente aos lançamentos da Dumas; e se existia, ou não, um dever de avisar o cliente Dumas acerca do lançamento concomitante do imóvel da empresa Carambola.

23.1. Quanto ao primeiro ponto já se viu que esse dever não existia, sendo a praxe no mercado imobiliário local (segundo afirma o Consulente, não sendo, neste ponto, contestado pela Requerida) a inexistência de exclusividade pela corretora à incorporadora.

23.2. O segundo ponto é conseqüente ao primeiro. É curial que, não havendo exclusividade e sendo habituais os lançamentos de empreendimentos de incorporadoras concorrentes, não há, por lógica conseqüência, infração à boa-fé no fato de não informar a uma incorporadora que será feito o lançamento de empreendimento de outra. Haveria o dever de informar se a prática dos lançamentos concorrentes não se caracterizasse, sendo *inusual* e, portanto, capaz de surpreender deslealmente o cliente, sabendo-se que a boa-fé visa coibir (como proteção à legítima expectativa) comportamentos contraditórios que minem, injustificada ou deslealmente, um investimento de confiança legitimamente depositado na conduta alheia.<sup>34</sup> O dever de informar é, como regra, instrumental: informa-se ou para permitir um consentimento informado, ou para advertir sobre riscos, ou para evitar surpresas desleais.<sup>35</sup> Além do mais, efetivamente, Serafim Lampião avisou a Dumas acerca do lançamento concorrente. Foi, aliás, justamente um e-mail enviado a Pompeu Pompilho em 25.08.2010, comunicando-lhe acerca do empreendimento da Carambola o elemento deflagrador da contenda.

24. É preciso, pois, discernir: o que reclamaram os executivos da Dumas no telefonema de 25 de agosto (cuja prova não está nos autos, mas é referida por ambas as Partes) foi o fato do lançamento concorrente da Carambola ou o fato de terem sido avisados apenas três dias antes do lançamento?<sup>36</sup> No primeiro caso a reclamação terá sido injustificada, perante a praxe; no segundo, a reclamação terá sido injustificada perante a ausência do dever de informar.

25. Considerada ainda a relação entre Serafim Lampião e a Dumas, é também preciso verificar se o tratamento verbal dispensado pelo ora Requerente ao então cliente no dia 25.08.2010 caracterizou “conduta irregular”. E a resposta há de ser negativa: a troca de mensagens nos dias 25 e 26 de agosto contendo expressões fortes pode até demonstrar baixa contenção emocional, mas é tida como lícita e regular pelo Ordenamento quando caracteriza o que, no Direito Punitivo, é denominado de *retorsão imediata*.



25.1. Com efeito, o e-mail reiteradamente aludido pela Requerida como causa da "irregularidade" da conduta de Serafim Lampião<sup>37</sup> – e causa suficientemente grave para destituí-lo da administração da empresa e privá-lo do *Earn Out* – nada mais denotado que a figura da retorsão imediata, figura prevista no Código Penal como causa de afastamento da pena, no crime de injúria, quando "o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria" e "no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria" (CP, art. 140, incs. I e II). A atenção às datas e à sequência dos fatos é da maior relevância. O teor da mensagem enviada por Serafim Lampião para Pompeu Pompilho e Petúnia Pias às 23hs55min58' do dia 25 de agosto traduz, pois, um legítimo revide: depois de ter "dado o coração" pelo lançamento do empreendimento da incorporadora, via-se acusado de "sei lá o que" e injustamente privado da exclusividade que era a retribuição pela preparação do próprio lançamento às vendas em que trabalhara por cinco meses!

25.2. Escrevendo sobre a interpretação jurídica, observou Natalino Irti que a palavra, é sempre, *parola impaginata*.<sup>38</sup> O neologismo serve também às ações humanas, que são, por igual "empaginadas", nunca sendo ações soltas de uma determinada situação, estando, ao contrário, demarcadas por um contexto fático e jurídico que lhes confere valor, significação e alcance. Ora, no caso em exame "empaginam" as expressões contidas na parte final do e-mail de 25 de agosto as circunstâncias acima apontadas, quais sejam: o Requerente comunicou, por telefone, aos executivos da Dumas uma conduta lícita sua, qual seja, o fato de estar envolvido no lançamento da incorporadora Carambola. Em resposta, foi acusado verbalmente de praticar "sei lá o que" (fórmula até mesmo delicada que encontrou para não repetir a ofensa recebida). Incontinenti, retorquiu à ofensa lamentando o "desfecho", reafirmando sua conduta leal, ética e séria ("somos leais, éticos e sérios") e revidando: "Vocês não são. Fazer o que?".

26. Na busca pelos critérios de sindicância da apontada "irregularidade" da conduta não se pode dispensar (como reconheceu o STJ no REsp 811690/RR),<sup>39</sup> os postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade que estão coimplicados. O que é irregular é o manifestamente irrazoável (quando não o ilícito), devendo a irregularidade ser apurada conforme o *contexto significativo* (fático e jurídico) da ação impugnada.

27. A compreensão do contexto significativo não deixa dúvidas sobre o fato de o comportamento de Serafim Lampião relativamente ao cliente Dumas não poder ser tido como "irregular", mesmo que escritas no indigitado e-mail palavras fortes, expressas, todavia, em vista do que pareceu ao administrador, naquele momento, ser o melhor interesse da sociedade, é dizer: a manutenção da prática de não "dividir placa" por ocasião dos lançamentos imobiliários. Nenhuma vantagem pessoal para o Requerente daí adveio.

28. Por outro lado, deve a apontada "irregularidade" ser apreciada do ângulo da posição titulada pelo ora Requerente referentemente aos seus sócios na Catuaba 2.

29. Também sob esta perspectiva a conduta do Requerente nada teve de "irregular", em nada desbordando o comportamento segundo a boa-fé: toda a correspondência reproduzida demonstra a transparência, lealdade, confiança – numa palavra, a *affectio societatis* – devidas nos vínculos intrassocietários. Esta é, como bem aponta Fábio Comparato, a expressão maior da *bona fides* como fidelidade e confiança<sup>40</sup> traduzida no dever do sócio para com os demais, "de tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum".<sup>41</sup>

29.1. Note-se, como expressão deste traço por parte do Requerente, exemplificativamente, o e-mail de 25 de agosto, às 18hs29min39', dirigido por Serafim Lampião a Romualdo Petarca e Hugo Lugano, em seguida à discussão com os executivos da Dumas em defesa dos interesses da Catuaba 2: "Caros, Acabei de romper relacionamento com a Dumas. Caso complicado, pode ter consequências".<sup>42</sup> E examine-se o teor dos e-mails de 26 de agosto, endereçados por Serafim Lampião à Dumas com cópia para Romualdo Petarca; e de 27 de agosto, enviados diretamente para Romualdo Petarca e Hugo Lugano, pedindo uma reunião para "conversar" e insistindo – no mesmo dia, às 18hs01min24': "Confiem em mim" (...) "Por favor, vamos nos unir e nos reunir". E, no dia seguinte, o aviso: "O Pompeu Pompilho [executivo da Dumas] está nos chantageando. Não sei como vocês veem o problema. Fico a disposição para conversa sobre o que é melhor fazer neste momento. Não vou responder o email dele (sic). Abs, Serafim Lampião".<sup>43</sup>

29.2. Contudo, comportando-se como se tratasse de "um contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais", a ora Requerida negou-se a conversar, passando a adotar

conduta claramente contraditória e fazendo *tabula rasa* dos postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade ao tachar – como fez em 7 de dezembro – a desavença comercial entre Serafim Lampião e os executivos da Dumas como “conduta irregular” para a gravíssima consequência prevista no Acordo de Sócios.

30. Em suma: a análise até aqui procedida permite concluir que conduta desenvolvida pelo Requerente no “episódio Dumas”, utilizada, pela Requerida, como único motivo para a sua destituição na administração da empresa e como causa da perda do *Earn Out* não caracteriza “conduta irregular”. Esta expressão, embora ampla (“vagueza semântica”) não é de preenchimento arbitrário pelo titular do direito potestativo ao despedimento. É preciso haver correlação entre a irregularidade da conduta, a praxe do específico setor econômico, os parâmetros da boa-fé, da razoabilidade e da proporcionalidade.

31. Na espécie, a correlação não restou demonstrada. Consequentemente, o argumento manejado pela Requerida não legitima a destituição do cargo de administrador – que resta, de fato, ausente de justa causa – e a consequente perda da parcela *Earn Out*. A destituição do cargo de administrador se revela, portanto, como ato arbitrário.

32. Tanto foi o arbítrio que a ora Requerida pretendeu conferir uma interpretação desmedida e desviada – contra o legítimo interesse do Requerente – à eficácia prevista no procedimento previsto para a apuração da “falta grave”.

32.1. Com efeito, o Acordo de Sócios determina, em sua cláusula 3.5.8.3 (e repetindo o que estava no Anexo 5.3.4 ao Contrato) que, “uma vez constatada a ocorrência de qualquer das hipóteses” previstas no item 3.5.8 (entre elas a “conduta irregular”), “a Catuaba deverá notificar Serafim Lampião, por escrito, descrevendo detalhadamente os eventos e apontando a falta”. Uma vez efetuada essa notificação, *in verbis*:

“As Partes terão um prazo de 30 (trinta) dias, diante dos argumentos apresentados por Serafim Lampião, para discutir a questão e chegar a uma solução amigável. Caso não seja possível uma solução amigável, poderá a Catuaba aplicar a regra da destituição, caso mantenha seu entendimento quanto à ocorrência da falta. Os efeitos dessa destituição e o eventual pagamento do *Earn Out* serão decididos por Arbitragem.”

32.2. Ocorre que na mencionada Notificação já é comunicada a Serafim Lampião “a sua imediata destituição da administração da sociedade Catuaba 2” e a perda do direito de receber o *Earn Out* previsto no Contrato. Em outras palavras: fez a Requerida *tabula rasa* do prazo e do direito ao contraditório assegurados pelo próprio Acordo (trinta dias para “discutir a questão e chegar a uma solução amigável”), antecipando e fixando a gravíssima eficácia ali prevista: ao invés de marcar o *dies a quo* para o início da discussão sobre a ocorrência, ou não, da falta e a busca de uma “solução amigável”, o dia 7 de dezembro marcou, na visão da Requerida, já a data da dupla perda, usurpando-se – por ato próprio e unilateral – uma competência que, contratualmente, havia sido deferida para o Tribunal Arbitral, qual seja: determinar os “efeitos da destituição e o eventual pagamento do *Earn Out*”!

32.3. Logrou, assim, a Requerida – irregularmente – antecipar a decisão sobre o merecimento de Serafim Lampião ao recebimento da parcela *Earn Out*, “retirando-lhe”, unilateral e indevidamente, esse direito em exatos 24 (vinte e quatro) dias antes de fluído o prazo de 36 meses do período contratualmente ajustado.

33. A constatação deste fato faz imediatamente recordar uma das mais prestantes funções do princípio da boa-fé no campo das relações empresariais e, notadamente, quando se está em presença de um “contrato relacional” como o Acordo de Sócios acima mencionado:<sup>44</sup> agir como freio às condutas oportunistas, no mais das vezes manifestadas quando do exercício de direitos e poderes ajustados por contrato. É o que resta a examinar.

### **III. Da conduta das partes entre 26.08.210 e 06.12.2010**

34. O Acordo de Sócios configura o que a doutrina vem denominando de “contrato relacional”.<sup>45</sup> Como percebe Paula Forgioni, por buscar-se nos contratos relacionais “a disciplina de questões futuras” e lançar-se “as bases para um futuro comportamento colaborativo, indo além do mero estabelecimento de deveres e obrigações específicos” a boa-fé aí atua para manter um nível de colaboração impeditivo da manifestação dos comportamentos oportunistas disfuncionais à racionalidade econômico-empresarial do contrato concretamente considerado. Desse modo, diz a Professora Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo:

“A consideração da boa-fé como vetor da disciplina dos contratos substitui a lógica oportunista, *advantage-taking*, por outra *colaborativa*, que impele os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum.”<sup>46</sup>

34.1. É que, como averbei de outra feita, a boa-fé direciona a comportamentos que se mostram, em vista da racionalidade do negócio, essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual concretamente considerada e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto, atuando não apenas no plano hermenêutico, mas, verdadeiramente, no plano integrativo do contrato.<sup>47</sup>

35. Pois bem: ao mencionar a figura do *Earn Out*, parágrafos acima, referi a função dessa cláusula, consistente em permitir que o negócio de aquisição societária atinja, para o adquirente, os fins de rentabilidade e lucro aos quais predisposto, por meio da colaboração do alienante numa fase de transição empresarial previamente demarcada, proporcionando, ao alienante, o justo preço pelas quotas ou ações alienadas e a justa retribuição financeira pelo seu esforço empresarial, estando o atingimento das metas *no cerne causal e funcional* da figura. Não há dúvidas, nem sequer é contestado que, para a adquirente Catuaba, a causa da contratação do *Earn Out* viu-se perfeitamente realizada, as metas financeiras perspectivadas quando da aquisição tendo sido atingidas e até mesmo superadas. Falta, agora, realizar a justa contrapartida em favor do alienante Serafim Lampião. Seria de um indisfarçável oportunismo obstá-la por meio de um pretexto, vinte e quatro (24) dias antes de completado o prazo contratualmente ajustado.

35.1. Que a apontada “conduta irregular” tenha sido um *mero pretexto* penso já ter demonstrado, ao enfatizar, precedentemente, qualificar-se a indigitada conduta, juridicamente, como retorsão imediata, e, empresarialmente, no máximo, como um “erro estratégico”, próprio às tomadas de decisão nas tensas e dinâmicas relações travadas no mercado, o que não envolve juízo de desvalor ético-jurídico, como seria se efetivamente praticada “irregularidade”. Contudo, a convicção acerca da regularidade da conduta de Serafim Lampião – e do sentido desviado que lhe foi atribuído pela Requerida em 7 de dezembro, para livrar-se da obrigação de pagar a parcela de *Earn Out* – dimanava, por igual, da conduta seguida pelos envolvidos depois do dia 25.08.2010.

(i) *Dos fatos interpretados segundo a conduta dos envolvidos: a proibição da contraditoriedade desleal, a caracterização do venire contra factum proprium e a incidência da suppressio.*

36. Autorizada doutrina acentua o valor hermenêutico do comportamento posterior das partes principalmente quando esse comportamento consiste em atos de execução contratual. Assim as palavras de Sconamiglio<sup>48</sup> e a pesquisa de Alpa, Fonsi e Resta na jurisprudência italiana, acentuando-se:

“La Suprema Corte rileva appunto che il comportamento delle parti posto in essere dopo la formale conclusione del contratto, in ordine all’interpretazione del contratto stesso, deve sempre essere tenuto in conto dal giudice di merito che si appresta a dare significato al contratto.”<sup>49</sup>

37. Também entre nós é critério tradicional de hermenêutica contratual (isto é: do contrato e da conduta dos contraentes) o comportamento posterior dos envolvidos na relação contratual. Assim afirma Antonio Junqueira de Azevedo, ao escrever: “o comportamento posterior das partes é universalmente reconhecido como uma espécie de ‘interpretação autêntica’ do contrato”.<sup>50</sup> Evidenciando a relevância do comportamento das partes nos atos de execução contratual para revelar a interpretação que foi dada pelos próprios emissores/destinatários das declarações negociais acerca do seu sentido, ou do significado do comportamento das partes, o ilustre Professor paulista coligou esse critério com o da boa-fé objetiva. Em consequência, alcançou a conclusão – a meu ver, acertada – de a mudança de atitude por parte de um dos contraentes, negando ou desdizendo aquilo que o seu comportamento anterior indicara, configurar hipótese de *venire contra factum proprium*, vedado pela boa-fé, o que é aceito também por outros juristas eminentes.<sup>51</sup> Igualmente a jurisprudência<sup>52</sup> acolhe esse cânone, como, exemplificativamente, o TJRS na ApCiv 70008000275, ao decidir, em caso que recorda o ora examinado:

“(…) Não tendo as partes cuidado de regrar situação transitória, relativamente ao interregno situado entre contrato e implemento de condição suspensiva, cumpre observar o comportamento delas, como fator revelador da composição de interesses e respectiva normatização que

terminou por se estabelecer, dando a melhor interpretação possível ao que fora pactuado.”<sup>53</sup>

38. Que o “episódio Dumas” não foi considerado pelos sócios majoritários de BBB2, em agosto de 2010, quando verificado, como ensejador de uma irregularidade de conduta imputável a Serafim Lampião – e de uma irregularidade grave o bastante para fazê-lo perder o cargo e o *Earn Out* – parece, no caso, suficientemente claro e comprovado: embora não tivessem absolutamente apoiado o ora Requerente, e mesmo criticado fortemente a sua atitude, Romualdo Petarca e Hugo Lugano (dirigentes da Catuaba) acederam em fazer uma “transição pacífica e negociada” até o esgotamento do mandato de Serafim Lampião como administrador da Catuaba 2 que, consoante o Contrato de Cessão de Quotas, terminaria em 31.01.2011. Nos meses de setembro, outubro e novembro as partes vinham, como ambas afirmam, negociando uma transição “amistosa”, já que se avizinhava o fim do período de *Earn Out* de Serafim Lampião e este já vinha – mesmo antes de 25 de agosto – se sentindo desgastado e pressionado na sociedade.

38.1. Assim, muito embora a Requerida venha, agora, alegar “conduta irregular” e “quebra de confiança”, o fato, incontroverso é que Serafim Lampião continuou administrando a empresa, entabulando novos negócios<sup>54</sup> e, inclusive, como confessa a Requerida, sendo aventada a sua permanência num Conselho de Administração a ser criado junto à BBB,<sup>55</sup> além de terem cogitado naqueles três meses, de outras soluções que implicavam a permanência da sociedade, tudo a demonstrar a higidez da *affectio societatis* mesmo após o episódio de 25 de agosto, sendo dito pela Recorrida, com todas as letras. “Ademais manteriam as partes seu plano inicial de formar uma sociedade para atuar no mercado secundário, passando Serafim Lampião a cuidar, por um certo tempo, exclusivamente desse segmento”.<sup>56</sup>

39. Curiosamente, porém, a conduta uniforme que se vinha desenvolvendo nos meses de setembro, outubro e novembro modificou-se brusca e imotivadamente no dia 7 de dezembro, só então a Catuaba passando a colorir o acontecido em 25 de agosto com as cores da “conduta irregular”, da “quebra de confiança” e da “falta grave”. Curiosamente, também, só por volta desta ocasião, a Dumas voltou à carga: conquanto seu executivo Romualdo Petarca tenha afirmado em e-mail datado de 25 de agosto, às 19hs36min51’(depois, portanto, de receber o indigitado e-mail de Serafim Lampião apontado como causa da “conduta irregular”) que continuava “acreditando fortemente na parceria com a Catuaba, a qual não será prejudicada com este acontecimento lamentável”,<sup>57</sup> no dia 23.11.2010 o mesmo Romualdo Petarca assinou uma carta à Catuaba afirmando ter o episódio prejudicado “a confiança e parceria de nossa empresa junto ao grupo Catuaba como um todo”. Nesta carta, também firmada por Petúnia Pias comunicava a decisão: “Enquanto o sr. Serafim Lampião permanecer à frente dos negócios da Catuaba em Arroio da Capivara, nossa empresa não trabalhará com a Catuaba em nossos lançamentos nesta região”.<sup>58</sup>

39.1. Também muito curiosamente, só depois de expedida a Notificação de 7 de dezembro, e no dia 25.01.2011 – uma semana antes de Serafim Lampião deixar a administração da sociedade que dirigira com êxito por três anos – é que outra cliente, Lindalva Caçambinhas, relata à Catuaba 2 queixas de supostos atritos com Serafim Lampião.<sup>59</sup>

40. É para fazer frente às condutas oportunistas (que estão no plano do “ser”) que a doutrina retira do princípio da boa-fé (plano do “dever-ser”) o dever de manutenção de uma linha de *conduta uniforme*<sup>60</sup> no desenvolvimento de suas relações contratuais. Esta nada mais traduz que a existência de um “dever de coerência”, pois a contradição, a instabilidade comportamental, a inconstância, afetam um vínculo que o Ordenamento pretende dotar de estabilidade, tendo em conta a força obrigatória do contrato e os princípios da confiança e da segurança jurídica. Assim se pronuncia a jurista francesa Horatia Muir Watt para quem o princípio da coerência em matéria contratual tem a dupla função de atuar como “*un poste avancé de la force obligatoire du contrat*” e um dever “*imposant la stabilité du comportement*”.<sup>61</sup>

40.1. Por isso, tradicionalmente, a contraditoriedade desleal é vedada por meio do princípio (decorrente do mandamento de agir segundo a boa-fé) que coíbe *venire contra factum proprium*.

41. Incorre na proibição do *venire* quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo,<sup>62</sup> de modo que a figura consiste numa *vedação genérica à deslealdade*:<sup>63</sup> o que se

veda é a deslealdade embutida na contradição, quando, pela própria conduta, despertou-se, no *alter* ou em terceiros, a legítima confiança de que a palavra seria mantida ou o comportamento seguido seria observado.<sup>64</sup>

42. Sistematizada no Direito europeu continental por meio de várias figuras e doutrinas<sup>65</sup> tradutoras, ao fim e ao cabo, daquele mesmo antigo princípio formulado no *ius commune*, a proibição da contraditoriedade encontrou na cultura jurídica germânica – que tão forte influência viria a exercer no concernente às funções do princípio da boa-fé objetiva – a noção de *Verwirkung*.<sup>66</sup> Esta criação jurisprudencial é abrangente de várias hipóteses de *venire* e particularizada pelo efeito consistente na *paralisação* do exercício de um direito como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza. Modo geral, a *Verwirkung* ocorre:

“(…) Quando o titular do direito permite que surja e se fortaleça na outra parte a impressão de que não mais exercerá o seu direito. Quando essa impressão é suscitada em virtude de atos ou declarações positivas do titular, a *Verwirkung* representa verdadeira consequência do *comportamento contraditório*. Porém, a simples omissão do titular pode levar a outra parte à convicção de que o titular do direito não mais o fará valer. Não é tanto a duração do tempo que importa – pois, ao contrário da prescrição, não há prazos legais na *Verwirkung* – mas a convicção suscitada na parte contrária, a confiança (*Vertrauen*) em que o direito não mais se exercerá.”<sup>67</sup>

43. Como se vê, o efeito principal é o de levar à perda ou à “paralisação” do direito subjetivo ou de uma pretensão para além dos casos tradicionais de prescrição e decadência, o que foi nomeado pelo jurista português Antonio Menezes Cordeiro por *suppressio*,<sup>68</sup> a saber: uma hipótese de inadmissibilidade do exercício retardado de um direito ou de uma pretensão quando o seu titular, tendo-se mantido injustificadamente inerte por certo tempo (embora tempo inferior ao prazo de decadência ou de prescrição aplicável), criou na contraparte uma legítima expectativa de que já não os exerceria. Nesse caso, admite-se vedar o exercício do direito subjetivo (embora reconhecendo que tal direito *in abstracto* subsista), pois alegar o direito quando se agiu torpe ou deslealmente importa em atentar contra a boa-fé. Como entre nós explicou, há longo tempo, o Professor Lamartine Correa de Oliveira:

“Embora usada por vezes em um sentido mais amplo, a expressão *Verwirkung* é normalmente empregada no sentido restrito de inadmissibilidade do fazer valer pretensão cujo exercício tenha sido deslealmente retardado.”<sup>69</sup>

43.1. Note-se que o comportamento ensejador da invocação da *suppressio* é também contraditório, já que haveria contradição inadmissível entre uma omissão prolongada no exercício do direito – em circunstâncias tais que suscitam a expectativa de que ele não mais seria exercido – e a conduta segundo a boa-fé.

43.2. O tempo de inércia suficiente para ocasionar a *suppressio* é constatável circunstancialmente, cabendo notar que, em diversos campos em que o poder disciplinar ou punitivo é disponível (como o Direito do Trabalho, o Direito de Família e o Societário) vigora o *princípio da imediatidade entre a falta e a punição*: uma vez imputada a alguém a “falta grave” ou “conduta desonrosa”, deve o responsável pela averiguação da conduta e/ou a aplicação da punição agir tão logo cientificado. A tolerância com o faltoso é considerada espécie de perdão tácito.<sup>70</sup>

44. Retornando ao caso, observa-se, conjunta e cumulativamente, (a) a vedação ao *venire contra factum proprium* e, (b) a incidência da *suppressio*:

(a) Ocorre a vedação traduzida no *venire* porque Catuaba incorreu em desleal contradição: após propor-se a uma transição “amistosa”, “branda”, “pacífica”, “mansa”, “honrosa” e “suave”,<sup>71</sup> inclusive propondo-se a criar cargo para Serafim Lampião em Conselho de Administração da empresa e admitir que o ora Requerente cumpriria o seu mandato como administrador até o final do prazo contratualmente estabelecido, repentinamente voltou sobre os seus próprios passos, promovendo uma destituição litigiosa, em nada pacífica, plena de graves consequências patrimoniais e pessoais para o Requerente. E o motivo pelo que o fez não foi relacionado à suposta “falta grave” que teria sido praticada três meses antes: como confessa ao Tribunal Arbitral nos itens 70 a 74 da resposta às alegações iniciais, o real motivo para a destituição do cargo de diretor no dia 7 de dezembro foi uma aventada “mudança de estratégia” do Sr. Serafim Lampião, que se teria recusado a exercer o *Put Option*! Leia-se o que está ali escrito:

“Mas a questão é que, diante dessa postura adotada por Serafim Lampião de se recusar a cumprir o acordado e sair da Catuaba 2 pacificamente inclusive ameaçando a Catuaba de se retirar mediante o ‘call’, não restou à Catuaba outra opção que não desistir de sua estratégia de transição suave e efetivamente lançar mão de sua prerrogativa de destituir Serafim Lampião da administração da Catuaba 2.

Por isso o lapso de três meses entre a deflagração da falta grave e a formalização da destituição de Serafim Lampião (...).”<sup>72</sup>

44.1. Note-se a conjunção causal e explicativa – “por isso” e a relação de causa e efeito entre a nova “postura adotada” (isto é, se recusar a cumprir o acordado em reuniões) e o emprego da “prerrogativa”[sic] de destituição!

44.2. Ora, o certo é que nem o Contrato nem o Acordo de Sócios preveem, como causa à destituição do cargo de administrador e condição da perda do *Earn Out* o fato de “mudança de postura” e “recusa a cumprir o acordado”. Se assim é, a Requerida está usando a hipótese mencionada no inc. viii da Cláusula 3.5.8 do Acordo de Sócios de modo inadmissível, por arbitrário e destituído de motivação apta a tal fim.

(b) incide a *suppressio* porque, mesmo que tivesse Serafim Lampião praticado a alegada “falta grave”(e não a praticou, como se viu), ainda assim a conduta de Catuaba – ao não providenciar imediatamente, ainda em agosto de 2010, a sua destituição do cargo, enviando-lhe com presteza a Notificação que só se lembrou de expedir três meses depois, em 7 de dezembro – importou em paralisação do direito de cortar o pagamento do *Earn Out*. Ainda que o alegado direito existisse, com base na cláusula 3.5.8 do Acordo de Sócios, ainda assim o seu exercício estaria obstado em razão do art. 187 do CC.<sup>73</sup> É que o exercício ao direito de extinguir a parcela, nas circunstâncias do caso, atentaria manifestamente contra a boa-fé e contra a função econômica e social do negócio de *Earn Out*, como já apontei ao relembrar a sua causa.

45. Segundo o mencionado art. 187 é qualificado como ilícito também o ato cometido pelo titular de um direito que, ao exercê-lo, “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Expressa usualmente em outros sistemas jurídicos, bem como na majoritária doutrina pela tradicional fórmula “abuso do direito”, tal ilicitude traduz uma ação ou omissão antijurídicas recobertas por detrás de uma atuação *formalmente* adequada. Isto porque – como é assente na Ciência Jurídica ao menos desde von Jhering – o direito subjetivo é substancialmente funcional, carregando em si mesmo uma valoração ética e um sentido de utilidade que se perdem “se não se tiver em atenção qual o fim do titular que deve realizar – ou contribuir para realizar – com êxito, e o bem que vai ser afetado à realização desse fim”.<sup>74</sup>

46. A figura não se reduz a uma “doutrina civilista”, sendo expressa e reiteradamente admitida pelos nossos tribunais.<sup>75</sup> Em recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, a *suppressio* aparece conectada ao art. 187 como, exemplificativamente, no REsp 1.096.639/DF,<sup>76</sup> em que anotou a Relatora, Min. Nancy Andrighi:

“O art. 187, CC, ao tratar da definição de ato ilícito, reconhece que a violação da boa-fé objetiva pode corresponder ao exercício inadmissível ou abusivo de posições jurídicas. Isto é, a figura do abuso de direito é associada à violação do princípio da boa-fé objetiva e, nessa função, ao invés de criar deveres laterais, a boa-fé restringe o exercício de direitos, para que não se configure a abusividade.

O exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. (...)

Se colocarmos a questão em termos teóricos, constata-se aqui a figura da *suppressio*, regra que se desdobra do princípio maior da boa-fé objetiva e segundo a qual o não exercício de direito por certo prazo pode retirar-lhe a eficácia.”

47. Tanto o *venire contra factum proprium* quanto a *suppressio* caracterizam, pois, hipóteses de ilicitude no modo do exercício das posições jurídicas, na forma do art. 187 do CC. Admite-se que a violação manifesta da regra da boa-fé, ou a disfuncionalidade manifesta relativamente à função econômica e social do negócio pode, em alguns casos específicos, inclusive acarretar invalidade quando se configurar qualquer situação de abuso no exercício do direito, como explicitou Miguel Reale em artigo sobre a boa-fé no Código Civil, *in verbis*:

“Donde se conclui que quando o art. 104 dispõe sobre a validade do negócio jurídico, referindo-

se ao objeto lícito, neste está implícita a sua configuração conforme a boa-fé, devendo ser declarado ilícito todo ou parte do objeto que com ela conflite.”<sup>77</sup>

48. No caso em exame, não se trata de negar validade ao pactuado no Contrato e no Acordo de Sócios, mas de considerar ilícito – e, portanto, “paralisado” – o direito de extinguir o pagamento do *Earn Out*. Mesmo admitindo que tal direito existisse, se praticada efetivamente falta grave, ainda assim seria de admitir que, em certas circunstâncias, o seu exercício deveria considerar-se ilícito. A “paralisação” do exercício deste direito decorreria dos imperativos previstos no Código Civil, nomeadamente a boa-fé – como regra de lealdade e correção – e o resguardo da causa (função econômica e social) da cláusula de *Earn Out*, que estaria a ser, no caso, manifestamente atingida pelo ato da Catuaba.

49. Na espécie, considerado, ainda, o comportamento das Partes, outra vedação, ainda, se ergueria à pretensão da Requerida em ter como extinto o direito de Serafim Lampião ao recebimento da parcela *Earn Out*. Essa barreira é a prevista no art. 129 do CC brasileiro.

(ii) a vedação ao comportamento malicioso: o art. 129 do CC.

50. Podem as condições, como cláusulas que subordinam o efeito de negócio jurídico a evento futuro e incerto, sofrer, em alguma medida, os efeitos do comportamento dos declarantes (ambos, ou algum deles), sem que se configure nem condição potestativa, de um lado, nem comportamento lícito previsto no negócio ou facultado ao agente, de outro. Quando tal ocorre e há comportamento malicioso, este, refletindo-se na situação futura e incerta, pode impedir o implemento da condição ou provocar o seu implemento. Nesses casos incide a regra do art. 129 do CC.<sup>78</sup> Como explicam Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes, o núcleo do dispositivo está na caracterização de um ato voluntário capaz de obstar ou fazer realizar a condição em proveito próprio.<sup>79</sup> Conquanto a incerteza do evento que caracteriza a condição impeça afirmar, com certeza, que a condição se teria implementado não fosse o comportamento malicioso do agente, o que a lei civil faz, em benefício da parte inocente (e prejudicada), é “eliminar a incerteza”.<sup>80</sup>

51. Da brevíssima explanação acima feita é lícito extrair conclusão plena de consequências no caso concreto: como ensina Silvio Rodrigues, se “provocando ou frustrando a condição, um dos contraentes causa prejuízo a outrem, a melhor maneira de repará-lo é se considerar a condição como não ocorrida ou realizada”.<sup>81</sup>

52. É o que ocorre no caso: ao destituir o Requerente do cargo de administrador porque ele, alegadamente, mudara “de postura” e não quisera assinar acordo que estava a ser negociado, utilizando, como mero pretexto para a destituição, fato ocorrido três meses antes, a Requerida pretendeu frustrar a *condição temporal* aposta ao Acordo de Sócios para fins do recebimento do *Earn Out*. Se a condição temporal era mesmo restar na Direção por 36 (trinta e seis) meses – e, para tanto, era necessário, neste período, além de atingir as metas, não incorrer em “conduta irregular –, para não pagar o *Earn Out* depois de se ter beneficiado do atingimento das metas bastava alegar, maliciosamente, que a “falta grave” era a causa da destituição. Mas o real motivo da Notificação de 7 de dezembro foi, de fato – como está dito pela própria Requerida nos itens 73 e 74 antes transcritos – a “mudança de postura” de Serafim Lampião no tocante à negociação acerca de seus haveres, caso se retirasse voluntariamente da sociedade.

53. Aí está expressa conduta deslealmente contraditória da Requerida, forte o suficiente para atrair a eficácia de que trata o art. 129 do CC.

53.1. Neste particular revela-se, ademais – ainda uma vez – a força hermenêutica do princípio da boa-fé que tem conduzido a doutrina mais recente – acertadamente, ao meu modo de ver – a perceber com temperamento o advérbio “maliciosamente” que está no texto do art. 129. A doutrina tradicional limitava a incidência da regra legal apenas às hipóteses de dolo, considerado em seu sentido estrito. No entanto, o acolhimento do princípio no Código Civil onde se aloca também como cânone de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113) tem levado a considerar, como exemplarmente explanam Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes, a dispensabilidade do dolo para a incidência da regra. “A cláusula geral da boa-fé impede que se mantenha este entendimento, já que impõe um comportamento pró-ativo de cooperação (...)”. E arrematam:

“Por tal circunstância, a expressão *maliciosamente*, informada pelo princípio da boa-fé objetiva, adquire novo significado, não já associado ao elemento intencional, mas restrito à culpa (...). O ato de quem obsta a ocorrência da condição deve ser voluntário, para que seja deflagrado o

dispositivo. (...) Ao interferir na relação obrigacional (mediante ato voluntário que lhe seja imputável) no sentido de impedir o implemento da condição que lhe desfavoreceria, age culposamente; e eis o bastante para que o ordenamento considere a condição verificada. A malícia constitui-se, portanto, na interferência voluntária para o fim reprovado pelo ordenamento, sendo dispensável, por isto mesmo, a presença do dolo.”<sup>82</sup>

53.2. No caso, pelo que se infere do relatado pelas Partes e dos documentos a que tive acesso, afigura-se inclusive conduta dolosa, isto é, intencionalmente dirigida a fazer fracassar a condição prevista no Acordo de Sócios para não se pagar o *Earn Out*.

54. Obstada maliciosamente a condição pelo interessado, o efeito é tê-la como verificada. De fato, o Requerente permaneceu como administrador da sociedade até o 36.º (trigésimo sexto) mês, porém, por força da Transação realizada em juízo. Porém, a incidência do art. 129 do CC leva a considerar que a condição (permanência no cargo de administração até o 36.º mês, sendo o dia 31.01.2011 o *terminus ad quem*) realizou-se poucos dias antes de completar-se, cronologicamente, o 36.º mês, sendo implementada, *ex jure*, quando obstada a continuidade da permanência de Serafim Lampião no cargo de diretor. A tentativa de obstaculizar, maliciosamente, a condição referente ao prazo leva a antepor o *terminus ad quem* da aquisição do direito à parcela variável.

55. Posso, assim, com base nesses fundamentos, responder sinteticamente aos quesitos propostos, como segue.

#### **IV. Da resposta sintética aos quesitos**

1. Qual o conceito de *Earn Out*? A que ele se vincula?

R. O *Earn Out* constitui uma forma de pagamento pelo qual parcela do preço de determinado bem é remetida para o futuro, estando sujeita em sua existência e determinação ao cumprimento de metas empresariais e financeiras futuras e predefinidas. Na prática das aquisições societárias, é comum alienantes e adquirentes estipularem que a definição cabal do preço da operação dependerá do fato de os alienantes permanecerem administrando ou coadministrando o negócio por um período de transição. Se, nesse período, a companhia conseguir ou exceder certos resultados (“metas”), o valor da venda ou cessão de ações ou de quotas será acrescido, auferindo os alienantes um lucro calculado segundo esses resultados. Assim, na causa, ou função econômico-social do pacto denominado *Earn Out* está, estruturalmente, o fato do atingimento das metas predeterminadas. Se estas o forem, no “período de transição” estará comprovado que a aquisição foi “um bom negócio” para os adquirentes e o alienante terá direito a receber a parcela variável ajustada em vista, justamente, de tal finalidade. (Vide, supra, itens 1 a 3)

2. A eficácia do pacto do *Earn Out* depende do cumprimento de metas? Estas foram, no caso, atingidas?

R. Sim. O próprio mecanismo do pacto explica essa consequência, sendo estruturado justamente sobre esse objetivo. No caso, a informação do Consultante, não desmentida pela Requerida, é a de que as metas predefinidas foram atingidas, antes mesmo do prazo programado. (Vide item 9).

3. Em caso positivo, qual o sentido que se pode atribuir à penalidade prevista na Cláusula 3.5.8.2 do Acordo de Sócios, que decreta a perda do direito de Serafim Lampião receber o *Earn Out* em caso de destituição do cargo de Diretor Presidente da Catuaba 2?

R. O sentido dessa cláusulas e de todas as demais que se devem ter como acessórias ao pacto de *Earn Out* há de ser encontrado em vista da função antes pontuada: o alcance das metas é o primordial. Todas as demais cláusulas e condições que as partes podem estipular concernentemente à parcela variável são funcionalmente predispostas a esta causa. Vincular-se o recebimento da parcela ao fato de o alienante permanecer na função de Diretor durante o “período de *Earn Out*”, explica-se, funcionalmente, para que possa atingir as metas, empenhando-se o administrador – e não outra pessoa – na sua realização. (Vide item 3, supra).

4. Aplica-se o art. 187 do CC no caso em comento? Isto é, há ilicitude por abuso do direito no fato de uma parte impedir que a outra usufrua direito pactuado contratualmente?

R. Sim. A situação parece-me configurar um exemplo paradigmático de concretização do que o art. 187 visa coibir: o exercício ilícito de poderes e direitos subjetivos. A disfuncionalidade está no exercício contrário à função para a qual fora o direito subjetivo ou o poder jurídico concedido.



No caso, há disfuncionalidade no exercício dos poderes contidos no Acordo de Sócios para ter por extinto, pelos adquirentes, o direito à percepção da parcela variável pelo alienante, porque visa, manifestamente, a impedir que o Consulente usufrua de um direito conquistado pelo atingimento de metas e pela permanência no cargo de Diretor pelo período de mais de 35 (trinta e cinco) dos 36 (trinta e seis) meses previstos no Acordo, tendo sido a permanência obstada, poucos dias antes do atingimento do *terminus ad quem*, por uma alegação de “justa causa” que, razoavelmente, não se sustenta: pode-se perceber a real motivação da Requerida até mesmo no que está expresso na réplica às alegações iniciais. (Vide itens 44 e 44.1)

5. Considerando que a pretensa destituição foi veiculada por Catuaba no 35.º (trigésimo quinto) mês do Período de Earn Out, composto por 36 (trinta e seis) meses, sendo então obstada por ato da Catuaba, configura-se, no caso, a hipótese prevista no art. 129 do CC?

R. Sim. Afigura-se o óbice malicioso ao implemento de condição (permanecer no cargo de Diretor por 36 meses), com o que nasce a eficácia prevista no art. 129 do CC. (Vide itens 49 a 54).

6. No item 65 da Resposta às alegações iniciais apresentadas por Catuaba foi exposto: “Por conta disso, conforme reconhece o próprio Serafim Lampião, a Catuaba preferiu abrir mão, em um primeiro momento, de algumas de suas prerrogativas decorrentes da falta grave cometida por Serafim Lampião, oferecendo a Serafim Lampião uma saída amistosa da sociedade, assim como Serafim Lampião igualmente desistiu, em um primeiro momento, de pretensões financeiramente relevantes buscadas nesse procedimento arbitral.” E no item 67: “Também no espírito de promover uma transação pacífica e não deixar transparecer ao mercado o descontentamento com Serafim Lampião, a Catuaba lhe ofereceu um cargo em um ‘conselho de administração’ que seria criado tão somente para tal fim (tanto que, com a destituição contenciosa de Serafim Lampião, não foi criado).” Igualmente no item 69: “Ademais, manteriam as partes seu plano inicial de formar uma sociedade para atuar no mercado secundário, passando Serafim Lampião a cuidar, por um certo tempo, exclusivamente desse seguimento (...).” Considerando que a suposta falta grave – ocorrida antes de todos esses fatos narrados – representou, segundo argumenta Catuaba, séria quebra da confiança, questiona-se: a promessa de “abrir mão das prerrogativas decorrentes da falta grave”, de confiar um cargo em “Conselho de Administração” a Serafim Lampião e de constituir uma nova sociedade e a posterior conduta contraditória, expedindo a Notificação de 7 de dezembro, é atingida pela proibição de *venire contra factum proprium*?

R. Afigura-se comportamento contraditoriamente desleal por parte da Requerida: ao tomar ciência, pelo Requerente, do episódio de 25 de agosto, não cogitou – ou nada expressou, na ocasião, – relativamente à uma suposta “falta grave”. Pelo contrário, comportou-se de modo a fazer crer, legitimamente, que a sociedade seria mantida e que a saída de Serafim Lampião do cargo de Diretor, no dia 31.01.2011 (tal como previsto no Contrato de Cessão de Quotas e no Acordo de Sócios) seria “mansa e pacífica”, inclusive aventando a criação de outro cargo para o Requerente na estrutura do grupo societário. Repentinamente, porém, voltou sobre seus próprios passos: por divergências quanto ao exercício de *put option*, como confessa na Réplica às alegações iniciais, “recupera” o episódio de 25 de agosto para utilizá-lo como pretexto a uma só então alegada “conduta irregular”, tipificando-a como “falta grave”. Há, portanto, dois comportamentos de um mesmo agente: o primeiro foi indicativo de que o Requerente continuaria na posição de sócio, gerando-lhe, conseqüentemente, uma expectativa legítima sobre o sentido atribuído por Catuaba ao “episódio” de 25 de agosto e sobre a continuidade de sua posição societária; o segundo comportamento, manifestado em 7 de dezembro, é contraditório ao primeiro. A contraditoriedade desleal encontra óbice na vedação ao *venire contra factum proprium*, forma de ilicitude albergada pelo art. 187 do CC. (Vide itens 38 a 42).

7. O fato de, no item 73 da mesma manifestação, Catuaba confessar: “não restou à Catuaba outra opção que não desistir de sua estratégia de transição suave e efetivamente lançar mão de sua prerrogativa de destituir Serafim Lampião da administração da Catuaba 2” constitui grave violação da confiança antes criada em Serafim Lampião diante de tantas perspectivas empresariais (que evidentemente envolviam confiança recíproca) ofertadas por Catuaba para atuação conjunta?

R. Vide resposta ao Quesito anterior.

8. Mesmo que considerada “falta grave” a decisão adotada por Serafim Lampião em 25.08.2010 respeitadamente à cliente Bianca Castafiore, o fato de a ora Requerida ter deixado fluir mais de

três meses entre o fato que agora aponta como “falta grave” e a expedição de Notificação Extrajudicial para iniciar o procedimento de destituição do cargo de administrador teria, *de per se*, consequências jurídicas? Quais?

R. O episódio ocorrido em 25 de agosto não caracteriza “conduta irregular”, como demonstrado nos itens 10 a 19, pelo exame do conteúdo do dever de diligência imputado ao administrador de sociedade. No entanto, mesmo que o fosse, estaria o exercício do direito da Requerida à destituí-lo do cargo paralisado, por força da *suppressio*, como uma das emanções do princípio da boa-fé, na função de limite ao exercício jurídico ilícito, tal qual tem reiteradamente admitido o Superior Tribunal de Justiça. A omissão da Requerida em, tempestivamente, alegar a prática de “falta grave” por parte do Requerente, inaugurando o procedimento previsto no Acordo para a sua apuração, equivaleria (caso tivesse sido praticada efetivamente falta grave) a uma aceitação ou a um perdão tácito (vide itens 43 a 46).

9. Houve abuso do direito e inobservância da boa-fé objetiva por Catuaba ao pretender a destituição de Serafim Lampião na véspera do término de seu mandato – no 35.º (trigésimo quinto) mês de um período de 36 (trinta e seis) meses – e mais de 2 (dois) anos depois de as metas fixadas para o *Earn Out* terem sido significativamente superadas, gerando altos lucros a Catuaba, detentora de 60% das quotas da Catuaba 2?

R. Sim. Vide resposta aos quesitos 5 a 9, supra.

10. É possível afirmar que, uma vez abusiva, a destituição pretendida por Catuaba é inválida e não deve gerar efeitos?

R. Sim. A destituição, tal qual procedida afasta os efeitos contratualmente estipulados no que concerne à destituição do cargo e à perda do *Earn Out*, sendo flagrante a ilicitude. Há invalidade, pois, como se frisou no item 47, o abuso tanto se pode reconduzir a uma nulidade como a um fato gerador de responsabilidade civil. Além do mais na espécie implementou-se a condição temporal para o recebimento do *Earn Out*, na forma do art. 129 do CC, como explicitado nos itens 51 a 54.

De Porto Alegre para São Paulo, em 14 de julho de 2011.

É o meu parecer.

1 Parecer prolatado no ano de 2011, estando o caso presentemente encerrado. O texto foi desidentificado e suprimiram-se alguns elementos fáticos que poderiam levar à identificação do caso. Parecer publicado com a autorização do advogado Consulente.

2 As fórmulas são amplas, apontando-se: “An earn-out can be made for purely financial reasons, or a buyer can be making a bet on the owner’s ability to expand the business.” Nesse sentido: LAGORIO-CHAFKIN, Christine. How to structure an earn-out. Disponível em: [[www.inc.com/guides/earn-out-structuring.html](http://www.inc.com/guides/earn-out-structuring.html)]. Acesso em: 28.08.2014.

3 FREIRE, José Luís de Salles. Cláusula earn-out em aquisições. Disponível em: [[www.capitalaberto.com.br/ler\\_artigo.php?pag=2&sec=56&i=3122](http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=56&i=3122)]. Acesso em: 28.08.2014.

4 Idem.

5 Idem.

6 Idem.

7 Idem. Também: ARAGÃO, Leandro Santos de. Dever de informar e operações de reorganização societária – Procedimento preparatório e as informações assimétricas. In: CASTRO, R. M., ARAGÃO, L. S. *Reorganização societária*. São Paulo, Quartier Latin, 2005. p. 65.

8 Consultei: LYNN, Michael P. A Survey Of Cases Analyzing Earnout Agreements. September 14, 2010. White paper. Disponível em: [[www.lynnllp.com/WhitePapers/WhitePapers.asp](http://www.lynnllp.com/WhitePapers/WhitePapers.asp)]. Acesso em: 28.08.2014.

9 "Earnout agreements have become a source of litigation because often they fail to define the income, expenses, and products on which the earnout amount is calculated. They also can create inherent conflicts of interest that may arise between the buyer and seller. Litigation can also arise when terms in the agreement are poorly defined or the buyer mismanages the business or intentionally undermines the earnout agreement. Leaving these matters to future negotiation to close a deal may solve problems in the short term, but it may also sow the seeds for litigation" (Idem, p. 8).

10 "Como segue: "5.3.1 Se o lucro líquido ajustado for menos ou igual a R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais) será aplicada a fórmula abaixo para o cálculo do Earn Out:  $\text{Earn Out} = x \times 22.500,00 - 8.469.410$ . Onde: LA é o lucro líquido ajustado, limitado ao valor de R\$21 milhões. 5.3.2 Se o Lucro líquido ajustado for superior a R\$ 21.000.000,01 (vinte e um milhões de reais e um centavo) será aplicada a fórmula abaixo para o cálculo do Earn Out:  $\text{Earn Out} = 0,5 \times \text{LA} + 12.530.590,00$ ."

11 "5.3.3 Se, eventualmente, o resultado da aplicação de qualquer uma das fórmulas previstas nas cláusulas 5.3.1 e 5.3.2 for negativo, não haverá reembolso de valores recebidos por Serafim Lampião e Basil Bazarov pelo pagamento do Preço Fixo".

12 Conforme redação da Cláusula 5.3.4 do Contrato de Cessão.

13 Notificação extrajudicial enviada em 07.12.2010 ao Sr. Serafim Lampião pela Catuaba Ltda., por intermédio de seus advogados. (R 15). Documento anexado às alegações iniciais da Requerida.

14 Notificação enviada em 07.12.2010 ao Sr. Serafim Lampião pela Catuaba Ltda, por seus advogados. Destaques no original.

15 V. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 114 e ss.

16 Idem, p. 116.

17 Vide, em especial, itens 87 a 91 das alegações iniciais.

18 Vide, em especial, itens 92 a 109 das alegações iniciais.

19 EIZIRIK, Nelson, et al. *Mercado de capitais. Regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 409.

20 Idem, p. 406.

21 Confira-se: PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. p. 101-131.

22 Idem, p. 107; EIZIRIK, Nelson, et al. *Mercado de capitais. Regime jurídico* cit., p. 413.

23 EIZIRIK, Nelson, et al. *Mercado de capitais. Regime jurídico* cit., p. 413. No mesmo sentido: WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 14, Livro II – Do direito da empresa. Arts. 966 a 1.195, p. 169.

24 A Corte Federal da Califórnia julgou o caso *Lego v. Stratos International, Inc.*, N. C 0203743 JW, 2005 WL 388613 (N.D. Cal. Feb. 16, 2005) decidindo: "(...) court found that the Defendant neither made material misrepresentations, nor breached its fiduciary duty to the acquired company merely because the acquired company failed to reach its financial goals. (Transcrição em: LYNN, Michael P. *A Survey Of Cases Analyzing Earnout Agreements*. September 14, 2010. *White paper* disponível em: [www.lynnllp.com/WhitePapers/White-Papers.asp]. Acesso em: 28.08.2014, p. 2-3.

25 FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 559.

26 Idem, *ibidem*.

27 Idem, p. 562, grifos originais.

28 WALD, Arnaldo. *Comentários ao novo Código Civil cit.*, vol. 14, p. 170.

29 EIZIRIK, Nelson, et al. *Mercado de capitais. Regime jurídico cit.*, p. 418.

30 Idem, p. 417 e ss.; COUTO SILVA, Alexandre. *Responsabilidade dos administradores de S.A. Business judgement rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

31 Enunciado aprovado na 1.<sup>a</sup> Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002.

32 Assim a classificação dogmática proposta por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 88 e ss., explicitando serem os postulados as normas que “estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras” prescrevendo, ao invés de comportamentos, modos *de raciocínio e de argumentação* relativamente a normas que, indiretamente, prescrevem comportamentos.

33 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, t. II. p. 76-77.

34 Idem, p. 92-96.

35 MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: nota para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro, *A evolução do direito no século XXI. Estudos de homenagem ao Professor Arnaldo Wald*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 336-353.

36 Assim refere email de Pompeu Pompilho a Serafim Lampião, datado de 25.08.2010, 19hs-36min51', transcrito pelo Consulente no item 113, p. 30, das alegações iniciais, *in verbis*: “Pra mim (*sic*) é muito bom ver que seus argumentos neste caso são única e exclusivamente que eu não quis conhecer o produto concorrente 03 dias antes dele ser (*sic*) lançado e partir para a ofensa pessoal”. Esta afirmativa deu-se em resposta a email dirigido por Serafim Lampião no mesmo dia 25 de agosto, às 19hs19min, em que esclarecido: “aduzindo, em contrapartida, o Requerente: “Não aceito a acusação de sei lá o que. Vocês sempre souberam que prestamos serviços a outras incorporadoras. Levamos a conhecimento (*sic*) de vocês o lançamento da Carambola no exato momento que (*sic*) soubemos”.

37 Email de Serafim Lampião a Pompeu Pompilho e a Petúnia Pias, datado de 25 de agosto, às 19hs19min, *in verbis*: “Caros Pompeu Pompilho e Petúnia Pias, /Lamentamos este desfecho. Não foi com esse objetivo que começamos o nosso relacionamento. Quase inacreditável. Demos o nosso coração pelo Aquila./ Não aceito a acusação de sei lá o que. Vocês sempre souberam que prestamos serviços a outras incorporadoras. /Levamos a conhecimento de vocês o lançamento da Carambola no exato momento que soubemos./Ainda quisemos mostrar detalhes ontem, mas o Pompeu Pompilho desprezou./ Somos leais, éticos e sérios. Vocês não são. Fazer o que?/ Sucesso no Aquila./ Abraços, Serafim Lampião. Veja-se, ainda, o item 56 da Resposta da Catuaba às Alegações Iniciais de Serafim Lampião em que diz a Requerida”. O principal problema, repita-se, não foi a ocorrência de desencontro comercial entre Serafim Lampião e a Dumas, mas sim a forma de agir de Serafim Lampião diante desse desencontro”.

38 IRTI, Natalino. *Testo e Contesto*. Pádua: Cedam, 1996. p. 1.

39 STJ, REsp 811690/RR, 1.<sup>a</sup> T., j. 18.05.2006, rel. Min. Denise Arruda, DJ 19.06.2006, p. 123, destacando-se, na ementa: Processual civil e administrativo. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais.(...) 3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do CC). 4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. *Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. (...)

(grifei).

40 Assinala Comparato a presença da *affectio societatis*, definida, desde o Direito Romano, como *affectio ou bona fides societatis* porque estruturada em dois elementos, representativos do seu duplo aspecto: a fidelidade e a confiança. (COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 40).

41 Idem, ibidem.

42 Doc. R 20 das alegações iniciais da Requerida, nesta arbitragem.

43 Email datado de 26.08.2010, 8h44min21'(R21), dirigido por Serafim Lampião a Romualdo Petarca e Hugo Lugano.

44 O acordo de sócio, como os demais contratos parassociais, caracteriza "contrato relacional", segundo a tipologia proposta por MacNeil. Veja-se: MACNEIL, Ian. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University, 1980 e, mais recentemente, em *Relational Contract Theory. Challenges and Queries*. *Northwestern University Law Review*, 2000 e EISENBERG, Melvin Aron. *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*. *Stanford Law Review*. vol. 47. n. 2. p. 211-259, 1995, p. 251. Na doutrina brasileira: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2006; FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição* cit., p. 122 e ss. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, 2009. p. 354, todos acentuando a especial necessidade de mútua cooperação que está no núcleo desses contratos.

45 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais* cit., p. 177. Também acentuando a especial densidade do princípio da boa-fé nestes contratos: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato cit., p. 354.

46 FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos contratos empresariais* cit., p. 211, grifos originais.

47 Permito-me aludir a MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 429 e ss.

48 SCOGNAMIGLIO, C. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*. Pádua: Cedam, 1992. p. 319, aludindo ao "valore di vera e propria interpretazione autentica del contratto".

49 ALPA, G.; FONSI, G. e RESTA, G. *L'interpretazione del contratto - Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2001. p. 138-139.

50 AZEVEDO. Antonio Junqueira. Parecer. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de "Venire Contra Factum Proprium" e de utilização de dois pesos e duas medidas (*Tu Quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do "programa contratual" estabelecido. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 165.

51 Na doutrina brasileira vide ainda VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 458, *in verbis*: "O comportamento das partes, com o contrato em curso, bem como antes ou depois dele, é elemento de pesquisa primordial para a vontade contratual;" também DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico prático dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 94. Na doutrina estrangeira, entre outros: ALPA, G., FONSI, G., e RESTA, G. *L'interpretazione del Contratto* cit., 2001, p. 138 e ss.; SCOGNAMIGLIO, C. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti* cit., p. 313 e ss.

52 Exemplificativamente, TJSP, ApCiv 174.305-4/2-00, São Paulo, 3.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado

– A, j. 16.12.2005, v.u., rel. Enéas Costa Garcia, voto n. 309, e do mesmo TJSP, ApCiv 415.870-4/5-00, São José dos Campos, 4.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, j. 13.07.2006, m.v., rel. Ênio Santarelli Zuliani, voto n. 9.786. (Citei vasta jurisprudência em: MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um Direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel; REALE JR., Miguel e FERRARI, Eduardo Reale (org.). *Experiência do direito*. São Paulo: Millenium, 2004. p. 40-42.

53 TJRS, ApCiv 70008000275, 20.<sup>a</sup> Câm. Civ., j. 03.03.2004, rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa.

54 Veja-se, por exemplo, emails datados de 30 de agosto para Romualdo Petarca e Hugo Lugano e de 08.09.2010 a Juca Bacana, da incorporadora Tatuíra;

55 Assim é confessado, por exemplo, no item 67 da resposta às alegações iniciais de Serafim Lampião apresentadas por Catuaba nesta Arbitragem.

56 Expresso no item 69 da resposta às alegações iniciais de Serafim Lampião desenvolvidas por Catuaba.

57 Email de Romualdo Petarca a Serafim Lampião, transcrito no item 97 das alegações iniciais do requerente.

58 Carta datada de 23.11.2010, juntada às alegações iniciais da requerida, nesta Arbitragem.

59 Email datado de 25.01.2011, enviado por Lindalva Caçambinhas a Horácio Viola, doc R 24 das alegações iniciais da requerida, nesta Arbitragem.

60 AZEVEDO, Antonio Junqueira. Parecer. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma, assunção pelos contratantes de riscos específicos e impossibilidade de fugir do 'programa contratual' estabelecido cit., p. 168, grifos originais.

61 MUIR WATT, Horatia, em prefácio à obra de HOUTCIEFF, Dimitri. *Le Principe de Cohérence en Matiere Contractuelle*. Presses Universitaires de Marseille, 2001, t. I, p. 8.

62 Conforme MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 745. Também VILLARREAL, Martha Lucia Neme. *Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro en Homenaje a Fernando Hinestrosa – 40 años de Rectoría 1963-2003*. Universidad Externado de Colômbia, 2004, t. II. p. 21-24 e PUENTE Y LAVALLE, Manuel de. La Doctrina de Los Actos Propios. *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro en Homenaje a Fernando Hinestrosa – 40 años de Rectoría 1963-2003*. Universidad Externado de Colombia, 2004, t. I, p. 355.

63 Assim escrevi em MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado* cit., p. 462.

64 Na doutrina, v., além do texto de Junqueira de Azevedo, antes citado v., exemplificativamente: SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Permito-me lembrar de: MARTINS-COSTA, Judith. A Ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista da Ajuris*. vol. 97. p. 143-170. Porto Alegre, 2005 (idem em: In: REALE, Miguel, et al (org.). *Experiências do direito*. São Paulo: Millenium, 2004. p. 23-62. A jurisprudência é farta de casos: desde o *leading case* do STF (RE 86.782-2/RS, Reclamante: Antônio Mardini; Reclamada Ambrosina de Moraes Mardini, j. 20.10.1978, v.u., rel. Min. Leitão de Abreu, não publicada, que comentei em: *A boa-fé no direito privado* cit., p. 466-469). Veja-se, exemplificativamente: STJ: REsp 95539/SP, DJ 14.10.1996, p. 39015 (também em: *LEXSTJ*, vol. 00091, p. 00267 e em *RSTJ*, vol. 00093, p. 00314). rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. No TJRS: ApCiv 589073956, 5.<sup>a</sup> Câm. Civ., v.u., rel. Des. Ruy Rosado de

Aguiar, 19.12.1989, publicado em *RJTJRGs* 145/320. ApCiv 70008720641, 20.<sup>a</sup> Câm. Civ., j. 26.05.2004, rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. No TJSP: ApCiv 185.660-4/7, j. 13.02.2001, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani.

65 No ambiente hispânico, por exemplo, denomina-se "Teoria de los Actos Propios". Vide: BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*. 3. ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 2000; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *La Teoría de los actos propios y la doctrina y jurisprudência nacionales*, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1984-A, p. 152; PIAGGI, Ana I. Reflexiones sobre dos principios basilares del Derecho: la buena fé y los actos propios. In: CORDOBA, Marcos; GARRIDO CORDOBERA, Lidia; e KLUGER, Viviana (org.). *Tratado de la Buena Fé en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 124-126; MESA, Marcelo J. López e VIDE, Carlos Rogel. *La Doctrina de los Actos Propios*. Ed. Reus – Ed. IbdF. Buenos Aires, 2005. LUIG, Klaus. Il ruolo della buona fede nella giurisprudenza della corte dell'impero prima e dopo l'entrata in vigore del BGB dell'anno 1900. In: GAROFALO, Luigi (org.). *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* – Atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese. Padova: Cedam, 2004. vol. 2, p. 419-424.

66 ENNECCERUS-NIPPERDEY. *Derecho civil – Parte general*, vol. 2, t. I, p. 482. V. CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine. A "Verwirkung", a renúncia tácita, e o direito brasileiro. *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 271-284.

67 CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 346. Transcrito em: A "Verwirkung", a renúncia tácita, e o Direito brasileiro cit., p. 272.

68 MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé no direito civil* cit., p. 797. O jurista utiliza essa denominação assinalando o emprego, em língua latina, de outras denominações, como "decadência", "inibição", "paralisação", "preclusão" ou "perda". Porém, Menezes Cordeiro aponta a sua impropriedade, ou por misturarem conceitos de direito material e de direito processual, ou por conotarem o instituto da caducidade, ou, ainda, por não refletirem o sentido do instituto, que é, justamente, o de suprimir a situação de direito que, em certas circunstâncias, não tendo sido exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por, de outra forma, contrariar a boa-fé. Para a sua configuração, há de se exigir não só o decurso considerável de tempo, que pode ser variável caso a caso, como também indícios objetivos de que o direito não seria exercido, não sendo necessário, contudo, se cogitar de intenções subjetivas.

69 CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine. A "Verwirkung", a renúncia tácita, e o Direito brasileiro cit., p. 273.

70 "(...) O elemento fundamental é a imediação na aplicação da sanção ao empregado, ou seja, a pena deve ser aplicada o mais rápido possível ou após o empregador ter conhecimento da falta, o que não ocorreu no caso presente, entendendo desta forma como perdão tácito." TST, AIRR 711/2005-312-06-40.3, 3.<sup>a</sup> T., j. 11.10.2006, rel. Min. Alberto Bresciani, DJe 01.11.2006. E ainda: TST, RR 1976400-60.2005.5.09.0002, 6.<sup>a</sup> T., j. 25.05.2011, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJe 03.06.2011.

71 Os adjetivos são empregados pela própria Catuaba na resposta apresentada às alegações de Serafim Lampião, itens 64, 65, 73 e 74.

72 Resposta apresentada por Catuaba às alegações de Serafim Lampião, itens 73 e 74.

73 Assim escrevi em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações* cit., p. 76 e ss. Também em *A boa-fé no direito privado* cit. e em: A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium* cit., p. 109-129, 2004 e, finalmente em: Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo. (org.). *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2006. p. 57-95, Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, 2008. Para maior desenvolvimento, cf: MENEZES CORDEIRO, António Manuel: *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* "in agendo". 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 76; CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Do abuso de direito*. 2. reimp. da edição de 1973, Coimbra: Almedina, 2005.

74 VASCONCELOS, Pedro Paes. *Teoria geral do direito civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2010. p. 261. Grifos meus.

75 STJ, REsp 214.680/SP, j. 10.08.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 16.11.1999, p. 214 (idem em *LEXSTJ* vol. 128 p. 228 e em *RSTJ* vol. 130 p. 366 ).

76 STJ, REsp 1.096.639/DF, 3.<sup>a</sup> T., j. 09.12.2008, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi. Em acórdão mais recente, a teoria foi expressamente acolhida, mas agora no campo especificamente contratual: "O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; "surrectio"; 'suppressio'). O instituto da 'supressio' (sic) indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo" (cf. REsp 953.389/SP, , 3.<sup>a</sup> T., j. 23.02.2010, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi). Assim também me pronunciei em: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado* cit., p. 427-428.

77 REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. Disponível em: [www.miguelreale.com.br/]. Acesso em: 29.08.2014.

78 OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Arts. 79 a 137, vol. 2, p. 347.

79 TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, H. H., e BODIN DE MORAES, M. C. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. 1, p. 258.

80 OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil* cit., p. 348.

81 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte geral*. São Paulo, Max Limonad, 1962. p. 272.

82 TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, H. H., e BODIN DE MORAES, M. C. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República* cit., p. 258-259, grifos meus.