



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL de LONDRINA

---

AMANDA GODA GIMENES

**CONTRATO DE *ESCROW*:**  
PERSPECTIVAS DOGMÁTICA E PRÁTICA

---

Londrina  
2014

AMANDA GODA GIMENES

**CONTRATO DE *ESCROW*:**  
PERSPECTIVAS DOGMÁTICA E PRÁTICA

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* em Direito Negocial, área de concentração em Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho.

Londrina  
2014

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca  
Central da Universidade Estadual de Londrina**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

G491c    Gimenes, Amanda Goda.  
          Contrato de escrow : perspectivas dogmática e prática / Amanda Goda  
          Gimenes. – Londrina, 2014.  
          108 f. : il.

          Orientador: Vicente de Paula Marques Filho.  
          Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de  
          Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação  
          em Direito Negocial, 2014.  
          Inclui bibliografia.

          1. Direito comercial – Teses. 2. Contratos (Direito comercial) – Teses. 3.  
          Escrow – Teses. 4. Empresas – Fusão e incorporação – Teses. I. Marques  
          Filho, Vicente de Paula. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de  
          Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.  
          III. Título.

CDU 347.7

AMANDA GODA GIMENES

**CONTRATO DE ESCROW:**  
PERSPECTIVAS DOGMÁTICA E PRÁTICA

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* em Direito Negocial, área de concentração em Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Marques  
Filho  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa  
Espolador  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser  
Ferreira  
Universidade Paranaense - UNIPAR

Londrina 20 de novembro de 2014.

*Para Kisseo e Masahiro Goda (in memoriam),  
com amor.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor doutor Vicente de Paula Marques Filho, pela orientação atenciosa, disponibilidade, confiança e apoio durante o curso de mestrado, sem os quais essa dissertação não teria se concretizado, e, sobretudo, pela oportunidade de trabalhar ao seu lado, pela amizade e inestimáveis lições de Direito e de vida.

À professora doutora Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, por todos os ensinamentos e, principalmente, pelo entusiasmo e sabedoria com que leciona o Direito, que me ensinaram a amá-lo.

À professora doutora Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, pelas importantes considerações e críticas no exame de qualificação que contribuíram sobremaneira para o aprimoramento deste trabalho.

Aos amigos que comigo compartilharam as experiências dessa jornada.

À querida equipe do Marques Filho Advogados.

GIMENES, Amanda Goda. **Contrato de escrow**: perspectivas dogmática e prática. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

## RESUMO

Apona as bases teóricas que fundamentam os contratos mercantis e demonstra sua função econômico-social. Analisa os elementos essenciais do *escrow*, o confronta com institutos afins e propõe a definição de sua natureza jurídica. Pondera sobre a insuficiência normativa em matéria de alienação de sociedade mercantil no Brasil e demonstra a utilização de institutos e conceitos jurídicos anglo-saxões pela prática de negócios de fusões e aquisições de sociedades empresárias, notadamente o *escrow*. Investiga a aplicabilidade da ação de depósito do artigo 901 do Código de Processo Civil e do princípio do dever de mitigar as perdas no âmbito do *escrow*.

**Palavras-chave:** Autonomia privada. Contrato mercantil. *Escrow*. Dever de mitigar as perdas. Fusões e aquisições.

GIMENES, Amanda Goda. **Contract of Escrow**: perspective dogmatic and practice. 2014. 108 p. Dissertation (Master degree in Law Business) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

## ABSTRACT

This paper analyses the theoretical bases that underlie the business contracts and demonstrates its economic-social function. Acknowledges the essential elements of the escrow agreement, confronts it with related institutes and proposes to define its legal nature. Considers the lack of rules regarding the disposal of mercantile society in Brazil and demonstrates the use of institutes and Anglo-Saxon legal concepts by the practice of mergers and acquisitions of commercial entities, focusing on the escrow agreement. Investigates the applicability of the deposit action of the Brazilian Civil Procedure Code and the principle of the duty to mitigate the loss in escrow agreements.

**Key-words:** *Private autonomy. Business contract. Escrow. Duty to mitigate the loss. Mergers and acquisitions.*

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>CONTRATOS EMPRESARIAIS</b> .....	<b>10</b>
2.1	AUTONOMIA PRIVADA .....	10
2.2	FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DO CONTRATO .....	19
2.3	TEORIA GERAL DOS CONTRATOS MERCANTIS.....	26
<b>3</b>	<b>CONTRATO DE <i>ESCROW</i></b> .....	<b>36</b>
3.1	ELEMENTOS E DEFINIÇÃO .....	36
3.2	TIPICIDADE E NATUREZA JURÍDICA.....	41
3.3	DISTINÇÃO DE FIGURAS AFINS.....	55
3.3.1	Seguro .....	56
3.3.2	Alienação Fiduciária em Garantia .....	57
3.3.3	Fideicomisso.....	58
3.3.4	Depósito Típico.....	59
3.4	<i>Escrow</i> e Procedimento Judicial .....	61
<b>4</b>	<b><i>ESCROW</i> EM OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES E BOA-FÉ OBJETIVA</b> .....	<b>74</b>
4.1	OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES.....	74
4.2	<i>ESCROW</i> EM OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES .....	78
4.3	APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE DEVER DE MITIGAR AS PERDAS NO ÂMBITO DO <i>ESCROW</i> .....	83
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>93</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>96</b>
	<b>ANEXOS</b> .....	<b>105</b>
	ANEXO A - Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010).....	106
	ANEXO B - Capítulo VIU do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Da Sentença Condenatória de Fazer, Não Fazer ou Entregar Coisa .....	107
	ANEXO C - Relatórios de Fusões e Aquisições .....	108

## 1 INTRODUÇÃO

A *praxis* tem demonstrado o uso recorrente do contrato de *escrow* nos contratos de compra e venda de participações societárias em operações genericamente denominadas pelo mercado de fusões e aquisições.

De origem anglo-saxã, o *escrow*, porém, não tem precisa e específica regulamentação legal no Direito brasileiro. Seu estudo é exíguo e quase inexistente na jurisprudência nacional, no que tange à sua validade, efeitos ou possibilidade de realização diante de nosso sistema adepto à *Civil Law*, restando apenas os conceitos vagos da disciplina contratual tradicional e a analogia.

O presente estudo propõe-se a preencher esse vazio, sem evidentemente esgotar o tema, que é amplo e profícuo. Esse objetivo se justifica também sob o ponto de vista empírico, porque a proliferação e crescimento das operações de fusões e aquisições são uma realidade não só brasileira, mas mundial, de grande importância econômica.

Para o enfrentamento do tema, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, são lançadas as bases teóricas que fundamentam os contratos mercantis, com ênfase à autonomia privada, revigorada e protagonista na orientação dos negócios jurídicos, por representar o poder da vontade no Direito e consistir em um dos princípios fundamentais do sistema de Direito Privado, por meio do qual se reconhece a eficácia normativa da atuação particular.

Na sequência, analisa-se a função socioeconômica dos contratos e os parâmetros que orientam os agentes econômicos na busca de êxito da atividade mercantil e de maximização de seus ganhos, com destaque para a boa-fé objetiva e os usos e costumes.

Neste capítulo ainda são retratadas as principais características dos contratos mercantis, reconhecendo a liberdade de contratar como aspecto da liberdade individual e o contrato como facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos, a despeito da racionalidade limitada dos agentes econômicos e do problema das informações imperfeitas, apontando o *escrow* como mecanismo de pacificação de controvérsias futuras e fator adicional de previsibilidade e segurança jurídica.

No segundo capítulo, faz-se uma análise dogmática do contrato de *escrow*, com ênfase aos seus elementos, objeto e características, confrontando-o

com institutos afins, mormente apontando sua distinção em relação ao depósito típico, com o objetivo de definir sua natureza jurídica.

A partir daí, se discute a instrumentalização do *escrow* no Processo Civil brasileiro, com destaque para a aplicabilidade da Ação de Depósito prevista nos artigos 901 e seguintes do Código de Processo Civil, diante da fungibilidade do depósito, típico do *escrow* no âmbito das operações de fusões e aquisições, bem como investiga a legitimidade do beneficiário do *escrow* para sua propositura.

Esse capítulo também analisa a exequibilidade do *escrow* diante das disposições do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010), que propõem a exclusão da Ação de Depósito do rol de procedimentos especiais, avaliando se o lesado poderá se valer das prerrogativas do artigo 461, § 5º, para requerer a adoção de medidas aptas a efetivação da tutela específica da obrigação de restituição do bem entregue *in escrow*.

O último capítulo aponta as dificuldades jurídicas, práticas e burocráticas para a alienação da sociedade mercantil por meio do *trespasse* e outras formas regulamentadas pela Lei das Sociedades Anônimas, bem como demonstra que a operacionalização de fusões e aquisições no Brasil ocorre, hegemonicamente, por meio da transferência de participações acionárias de pessoa físicas ou modalidade de venda indireta, não obstante o cenário de insuficiência normativa da matéria no Brasil, a exemplo de outros países da Europa continental.

Discorre sobre o modelo analítico de negócios de transmissão indireta de participações societárias, fortemente influenciado pela autonomia privada, apontando a utilização do *escrow* como instrumento de garantia do cumprimento de obrigações ou de contingências futuras.

Por fim, são lançadas hipóteses práticas em que os conceitos/princípios da autonomia privada e boa-fé objetiva (este na sua expressão do *duty to mitigate the loss*) podem colidir, por ocasião da interpretação e aplicação do Direito em litígios envolvendo o *escrow*, com modestas sugestões de solução.

## 2 CONTRATOS EMPRESARIAIS

### 2.1 AUTONOMIA PRIVADA

A vontade tem especial importância para o Direito, porque constitui um dos elementos fundamentais do ato jurídico e porque, manifestada sem violação de preceitos legais, cria, modifica ou extingue relações jurídicas, ou seja, desempenha papel fundamental na gênese dos direitos subjetivos<sup>1</sup>.

Denomina-se *liberdade* a possibilidade de o indivíduo agir conforme a sua vontade, fazendo ou deixando de fazer algo, assim como se qualifica como *jurídica* a liberdade de o indivíduo atuar com eficácia jurídica, ou seja, é o poder de regular as relações jurídicas, atribuindo-lhes conteúdo e efeitos determinados, com o reconhecimento e a proteção do Direito<sup>2</sup>.

No âmbito do Direito Privado, a esfera de liberdade de que dispõe o agente denomina-se *autonomia* ou “direito de reger-se por suas próprias leis”<sup>3</sup>. A autonomia da vontade representa, portanto, “o princípio de direito privado no qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”<sup>4</sup>.

Distinguem-se as expressões autonomia da vontade e autonomia privada. A primeira se refere ao dogma do voluntarismo do final do Século XIX, como manifestação da liberdade individual no campo do Direito e tem conotação subjetiva, psicológica. A segunda implica na liberdade de decidir sobre a oportunidade e conveniência da celebração de negócios jurídicos, entre os quais figura o contrato<sup>5</sup>, ou seja, no poder de criar normas jurídicas dentro dos limites da lei.

No âmbito patrimonial de um ordenamento jurídico fundado na propriedade privada, o Direito apresenta função dinâmica, voltada à perene renovação dos bens e na circulação de riquezas, por meio do exercício da autonomia privada ou poder de autoregulação direto, individual e concreto dos próprios interesses aptos à formação de vínculos<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 326.

<sup>2</sup> Idem, p. 326-327.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 327.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 327.

<sup>5</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Declerc. Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.42.

<sup>6</sup> VERÇOSA, Op. cit., p. 44

Nesse aspecto, a autonomia privada figura como um dos princípios normativo-jurídicos que fundamentam a ordem jurídica privada contemporânea:

Um dos princípios básicos e ordenadores do direito civil é o princípio da autonomia privada. Semelhante princípio, que constituiu um dos veículos do livre desenvolvimento da personalidade humana, e, no seu aspecto mais saliente, postula a legitimidade dos particulares para a auto-regulamentação dos seus interesses, para a auto-ordenação das suas relações jurídicas, tem a sua mais cabal expressão no domínio dos contratos, donde derivam obrigações, assumindo-se aí como princípio da liberdade contratual<sup>7</sup>.

A compreensão do instituto da autonomia privada depende do prévio conhecimento do contexto histórico e cultural de sua formação. Remotamente, nos deparamos com seus antecedentes no Direito Romano, no Direito Canônico e no Direito Internacional Privado e, mais hodiernamente, na escola de Direito Natural, na filosofia política do contrato social, na filosofia de Kant e no liberalismo econômico<sup>8</sup>.

O Direito Romano tinha na *lex privata* a primeira forma de expressão do direito privado, uma declaração solene baseada num negócio particular com valor de norma jurídica, a teor do disposto na Lei das XII Tábuas: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, em tradução livre, *quando alguém celebrar um contrato, conforme o que for deliberado, seja direito, tenha força de lei*<sup>9</sup>.

Posteriormente, o cristianismo colocou o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, filosófica e social, erigindo a declaração de vontade como fonte de obrigação jurídica, moral e religiosa, em que os contratantes eram obrigados por suas próprias consciências a respeitar a palavra empenhada.

No âmbito do Direito Internacional Privado o princípio da autonomia privada se consolidou como o poder do particular de escolha da lei aplicável ao seu contrato. A vontade particular passa a ser fonte de direito e critério de solução de conflitos de leis em matéria contratual, como se vê, por exemplo, no Código Civil francês, no enunciado de seu artigo 1.134: “as convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes”<sup>10</sup>.

A escola do Direito Natural inaugurou a ideia das *liberdades naturais* como fundamento e fim do Direito, em substituição à ideia de sua origem divina.

<sup>7</sup> ALARCÃO, Rui de. Direito das obrigações, 1977, *apud* PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 16.

<sup>8</sup> AMARAL, op. cit., p. 333-334.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 334.

<sup>10</sup> AMARAL, Op. cit., p. 335.

Segundo essa doutrina, existem leis naturais que fundamentam e favorecem a sociedade dos homens, consistentes no dogma de que o contrato é uma manifestação de vontade humana, e a liberdade contratual, uma das liberdades naturais<sup>11</sup>.

John Locke<sup>12</sup> caracteriza o estado de natureza como “um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes [aos homens] as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem”, um estado “de igualdade, no qual é recíproco qualquer poder e jurisdição” e um estado em que o homem se utiliza da razão, que é a lei da natureza, para conhecer os limites de sua esfera de ação perante os outros. O teórico afirma a existência do direito de propriedade no estado de natureza e, portanto, como um direito natural, para cuja conservação os homens pactuam a criação do Estado.

Ainda de acordo com a teoria contratualista, na concepção articulada por Jean-Jacques Rousseau<sup>13</sup>, o homem é naturalmente livre, mas a vida social não seria possível se cada um exercesse ao máximo sua liberdade, de modo que imprescindível a renúncia consentida de parte dessa liberdade pelo contrato social. A convenção é a base de toda autoridade entre os homens, sendo que a própria autoridade pública extrai seu poder de uma convenção.

A partir de Emmanuel Kant<sup>14</sup>, cujo pensamento influenciou definitivamente a concepção de estado liberal, a autonomia da vontade foi erigida à *imperativo categórico* de ordem moral, afirmando-se na metafísica do Direito que a “vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica”.

O notável desenvolvimento da doutrina da autonomia privada como princípio e forma de poder jurídico se evidenciou também no campo econômico, impondo-se com a escola do liberalismo, segundo a qual “o livre jogo das vontades particulares assegura o máximo de produção e os preços mais baixos, como efeito da livre concorrência”<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Idem, p. 335.

<sup>12</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. São Paulo: Nova Cultural, 1978, p. 41-42.

<sup>13</sup> AMARAL, F op. cit., p. 335.

<sup>14</sup> KANT, Emmanuel. Princípios sobre a metafísica dos costumes, tradução Paulo Quintela, in Textos Seleccionados. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 144.

<sup>15</sup> AMARAL, Op. cit., p. 336.

Seu instrumento é o contrato, produto da liberdade das partes, tal como preconizado pelo princípio do *laissez-faire, laissez-passer, laissez-contracter*, positivado pelo direito francês no supracitado artigo 1.134 do Código Civil.

Nesse sentido, o pensamento de Jean Carbonier<sup>16</sup>:

[A autonomia da vontade] é uma teoria de filosofia jurídica, segundo a qual a vontade humana é por si mesma a sua própria lei, cria para si a sua própria obrigação: se o homem se encontra obrigado por um ato jurídico, especialmente por um contrato, é porque quis; o contrato é o princípio da vida jurídica; a vontade individual o princípio do contrato.

O fundamento básico da autonomia privada é a liberdade como poder jurídico e sua função se deduz das condições econômicas e sociais em que se consolidou como poder jurídico. Nessa perspectiva econômica, uma breve digressão histórica mostra que o dogma da vontade decorre do direito de propriedade.

A propriedade individualista implica oposição não apenas entre o proprietário e os demais indivíduos, mas entre proprietário e sociedade como um todo. O liberalismo clássico, com o objetivo de assegurar a liberdade do homem em sentido negativo, repeliu a ideia da prevalência da comunidade sobre o indivíduo, o que se evidencia na primazia do dever sobre o direito, pois as doutrinas do contrato social pressupõem a existência dos indivíduos e de seus direitos naturais antes mesmo de sua união em sociedade. As partes é que se unem para formar o todo, e disso se extrai a supremacia do direito sobre o dever.<sup>17</sup>

Karl Larenz<sup>18</sup> diz que a liberdade para estabelecer e regular suas relações com terceiros possibilita a existência social do indivíduo:

O indivíduo só pode existir socialmente como personalidade quando lhe seja reconhecida pelos outros não apenas a sua esfera da personalidade e da propriedade, mas também quando, além disso, possa em princípio regular por si mesmo as suas questões pessoais e, na medida em que com isso seja afetada outra pessoa, possa regulamentar as suas relações com ela com caráter juridicamente obrigatório mediante um acordo livremente estabelecido.

<sup>16</sup> CARBONIER, Jean. *Droit civil*, 1957, *apud* PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 16.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto, *Direitos do homem, Direitos do homem. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 479

<sup>18</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, 1958, *apud* PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 15.

O princípio da autonomia privada serviu para o desenvolvimento do processo de intercâmbio de bens e serviços decorrente do incremento do comércio e da indústria da era capitalista. Essa generalização das trocas configurou um novo poder, destacado do direito de propriedade, consistente no poder da vontade que se perfaz na liberdade de troca e de atuação no mercado, que correspondem à liberdade de iniciativa econômica contemporânea.

Nesse contexto, a autonomia privada se revela como poder de disposição, fundamentada no direito de propriedade, e com função de livre circulação de bens por meio de troca, cujo instrumento é o *negócio jurídico*, o que significa que o sujeito é livre para contratar, elegendo a contraparte, o conteúdo e os efeitos da avença.

Ela consiste, portanto, em produto e instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, cujo fundamento ideológico é o liberalismo, que elege a liberdade como princípio orientador da criação jurídica na esfera do Direito Privado.

Desse modo, a renovação e circulação de bens é produto do exercício da autonomia privada, reconhecida tanto como fonte de normas jurídicas quanto na qualidade de pressuposto e causa geradora de relações jurídicas disciplinadas em abstrato e, em geral, pelas normas da mesma ordem jurídica<sup>19</sup>.

Ana Prata<sup>20</sup> define a autonomia privada como o instrumento jurídico de atuação e tutela de interesses privados:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

Segundo José A. Engrácia Antunes<sup>21</sup> autonomia privada tem o significado fundamental de possibilitar que as partes estabeleçam o conteúdo de suas relações jurídicas:

---

<sup>19</sup> VERÇOSA, Op. cit., p. 44.

<sup>20</sup> PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

<sup>21</sup> ANTUNES, José Engrácia. Direito dos contratos comerciais. Coimbra: Almedina, 2014, p. 55.

Por outro lado, não se pode perder de vista que a autonomia privada tem ainda significado fundamental de que, no respeito das balizas fixadas pelos dispositivos imperativos da lei (em particular, da lei comercial), serão as próprias partes contratantes a estabelecer o concreto conteúdo de suas relações jurídicas, convertendo-se, por conseguinte, os direitos e as obrigações validamente constituídos ao abrigo dos acordos entre si celebrados em verdadeira “lex inter partes”.

Para Francisco Amaral<sup>22</sup> a autonomia privada é o “poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”.

Segundo essa ótica, a autonomia privada representa o poder da *vontade* no Direito, de forma objetiva e concreta, consistindo, sob o ponto de vista institucional, em um dos princípios fundamentais do sistema de Direito Privado, por meio do reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa, isto é, funciona como verdadeiro poder jurídico particular de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de terceiros.

O dogma do livre mercado se funda num sistema jurídico que presume a igualdade entre os contratantes que, no exercício de sua liberdade, estabelecem condições recíprocas. O *contrato* instrumentaliza o processo de distribuição de bens numa sociedade, dando às partes oportunidade de escolha quanto a quem e como contratar e quanto ao conteúdo da contratação. A autonomia privada, portanto, é a viga mestra do sistema contratual.

Ideologicamente, o princípio da autonomia privada encontra sua razão de ser no liberalismo econômico, consolidado na época em que o Estado tinha função mais política do que econômica e social e se estruturava juridicamente para garantir o respeito aos direitos individuais, que se valiam desse princípio para sua plena realização.

Com as mudanças sociais e econômicas decorrentes da Revolução Industrial e Tecnológica surge o Estado Social, intervencionista, que passa a orientar a vida econômica, a fim de promover iguais oportunidades de acesso aos bens e vantagens da sociedade contemporânea e, no campo do Direito Privado, operando a socialização do Direito Civil, que significou o privilégio dos interesses sociais sobre os individuais e uma conseqüente “redução do âmbito de atuação soberana da pessoa humana no campo do Direito”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> AMARAL, Op. cit., p. 327.

<sup>23</sup> AMARAL, Op.cit., p. 342-343.

O liberalismo econômico e político do Século XIX passou a sofrer gradativa redução diante do caráter instrumental de utilidade e do espírito de socialidade e justiça social adotados pelo Estado Social.

A passagem do Estado liberal para o Estado com feição intervencionista e de crescente ingerência na organização da vida econômica, conduziu o declínio da concepção liberal da economia e a uma crítica ideológica do dogma da vontade, principalmente na doutrina marxista.

Princípios e institutos que fundamentavam o Direito Civil, como a propriedade e o contrato, migraram para as constituições e passaram a se revestir de dimensão pública e a integrar-se na ordem econômica e social, para servir de instrumentos de desenvolvimento e justiça social, num movimento que se convencionou denominar de *publicização do Direito Privado*<sup>24</sup>.

No entanto, não se pode olvidar que assegurar constitucionalmente a liberdade de iniciativa econômica, garante, indiretamente, a autonomia privada, do mesmo modo que as limitações impostas a esta também incidirão sobre a liberdade de iniciativa econômica, em virtude da relação de instrumentalidade entre ambas. Esses limites são a ordem pública, os bons costumes e as regras morais.

Somou-se a isso o movimento de *funcionalização* dos institutos de Direito Privado, que representou a preocupação com a eficácia social dos institutos, e, no caso particular da autonomia privada, no exercício condicionado à utilidade social, com vistas ao bem comum, à igualdade material e ao interesse público, de modo diverso do que até então propunham os tradicionais dogmas do Direito Privado.

Na dicção de Francisco Amaral<sup>25</sup>, a referência à função social ou econômico-social de um instituto ou princípio significa a aproximação do Direito com as demais ciências sociais, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea exige do jurista, não ancoradas nos dogmas das tradicionais características civilísticas, mas atentas à realidade do seu tempo, que exigem postura crítica em prol de uma ordem jurídica mais justa:

---

<sup>24</sup> Idem, p. 342-344.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 346-347.

Emprestar ao direito uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico coletivo. A ideia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro fisiológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo.

Especificamente no campo do Direito Mercantil, o princípio do *pacta sunt servanda*, corolário da autonomia privada, se desdobra, na dicção de Vincenzo Roppo<sup>26</sup>, em dois aspectos importantes: (i) o contrato não se desfaz por vontade de um dos contratantes, pois não é dado à parte liberar-se do vínculo que não mais lhe interessa; (ii) o regramento contratual não pode ser modificado por apenas uma das partes, exigindo-se o consenso.

A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema constitui razão determinante para a própria essência do Direito Comercial e um dos principais vetores de funcionamento dos contratos mercantis.

A regularidade e previsibilidade de certos comportamentos perante o mercado possibilitam um cálculo sobre o futuro, porque os comportamentos, ao se repetirem como uma regra, assumem um caráter de tipicidade e uniformidade, permitindo ao agente econômico concretizar suas expectativas ao contratar.

De acordo com Max Weber<sup>27</sup> um dos pressupostos do moderno capitalismo é a *calculable law*, que significa que a forma capitalista de organização industrial deve depender de um processo decisório, administração calculável e previsível e o Direito é estruturado com o intento de viabilizar esse cálculo do resultado.

No entanto, essa regularidade implica em flexibilização da individualidade: “estabelecido vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais”<sup>28</sup>. Nessa configuração, a autonomia privada é, em tese, sacrificada em prol da segurança jurídica e da previsibilidade.

<sup>26</sup> ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 533-534.

<sup>27</sup> WEBER, Max. Law economic and society, 1954 *apud* FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

<sup>28</sup> FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76.

Embora exista doutrina em sentido oposto<sup>29</sup>, a existência e o funcionamento do mercado exigem que os pactos sejam respeitados para coibir o oportunismo indesejável das empresas. Se houve relativização desse pressuposto em algumas áreas do Direito nas últimas décadas, a tendência do Direito Comercial se mantém no sentido de impor-se ao indivíduo o respeito aos acordos aos quais livremente se vinculou.

No Direito Mercantil, em que se vislumbram agentes econômicos presumidamente diligentes, a vontade, externada por meio dos princípios da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda*, permanece hígida na orientação dos negócios jurídicos, a fim de favorecer a circulação de bens, de modo que o contrato é, por excelência, o instrumento da vida econômica.

Tal assertiva não significa que a liberdade contratual no âmbito do Direito Comercial seja irrestrita, mas é inegável que nessa seara conservou limites mais amplos, porque informada pelo mercado e não pela vontade individual desconectada da realidade.

Isso porque a autonomia privada não se resume à faculdade ou licitude mas expressa um *poder* de criar normas jurídicas dentro dos limites da lei<sup>30</sup>, pois, nas palavras de Pontes de Miranda<sup>31</sup>, “o direito limita a classe dos atos humanos que podem ser judicializados” e “somente dentro de limites prefixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica”.

Nessa perspectiva, o exercício da autonomia privada na *praxis* de mercado se subordina a “imprescindíveis exigências de salvaguarda dos valores fundamentais reconhecidos e promovidos em cada ordenamento”<sup>32</sup>, vetores da liberdade contratual:

---

<sup>29</sup> Autores ligados à Escola de Chicago defendem a *efficient breach of contract*, segundo a qual a parte está autorizada a quebrar o contrato e a pagar a correspondente indenização, nos casos em que esse comportamento é economicamente mais eficiente do que o adimplemento da obrigação (POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little Brown and Company, 1992, p. 117.)

<sup>30</sup> FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 5.

<sup>31</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. III, p.55.

<sup>32</sup> DI MARZIO, Fabrizio. *Verso il nuovo diritto dei contratti*. In DI MARZIO, Fabrizio (org.). *Il nuovo diritto dei contratti*, milano: Giuffrè, 2004, p. 25.

[S]e os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças à sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses, a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos, segundo os seus tipos, de acordo com a relevância social, tal como ela a compreende, de harmonia com a sociedade da sua função ordenadora. Efetivamente, é obvio que o direito não pode dar seu apoio à autonomia privada para consecução de qualquer escopo que ela se propunha atingir<sup>33</sup>.

Como já salientado, os limites da autonomia privada no âmbito do Direito Mercantil são a ordem pública e os bons costumes. A primeira consiste no conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade, do Estado e, no campo do Direito Privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. O segundo representa o conjunto de regras morais que compõe a mentalidade de um povo e se expressam, por exemplo, em princípios com o da lealdade contratual. A liberdade de contratar, portanto, encontra seus limites na ilicitude atribuída a certos comportamentos pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, como uma das manifestações da autonomia privada, a exemplo de tantos outros institutos, figura o *escrow*, amplamente utilizado nas vendas de participações societárias, ambiente em que a autonomia da vontade se apresenta como protagonista.

No tópico seguinte passa-se a abordar a função socioeconômica dos contratos, com ênfase nos parâmetros que devem orientar os contratantes na busca de êxito de sua atividade mercantil.

## 2.2 FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DO CONTRATO

O operador do Direito, habituado a analisar as razões jurídicas que motivam o agir humano, deve considerar as bases econômicas do negócio quando se propõe a examinar as relações jurídicas contratuais.

Nesse contexto, observa-se que a solução econômica constitui fator que, ao lado de outros, influencia na formação do Direito, como ensina Michael Vivant<sup>34</sup>, alertando os estudiosos para que “não se aventurem a uma análise jurídica sem

<sup>33</sup> BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico, tradução Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 104-105.

<sup>34</sup> VIVANT, Michael. Trattato di diritto commerciale, 1934, *apud* NOGUEIRA, Silmara Bega. Contrato de *escrow*: como garantia de acesso ao código-fonte. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Universidade de São Paulo, 2004.

conhecerem a fundo a estrutura técnica e a função econômica do instituto que é objeto de seu estudo”.

Se o Direito interfere na composição e no funcionamento das relações comerciais, atua também como “mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias” e como instrumento de mudança social, pois “produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produzindo alterações”<sup>35</sup>.

A função econômica constitui elemento identificador do contrato e a vida econômica desdobra-se através de imensa rede de instrumentos típicos e atípicos que a ordem jurídica oferece para que os sujeitos de direito regulem seus interesses<sup>36</sup>. Com efeito, falar em contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou mediadamente – para a ideia de operação econômica<sup>37</sup>.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa<sup>38</sup> explicita a função do contrato, sob o ponto de vista econômico:

Do ponto de vista econômico, afirma-se que o contrato realiza uma única operação econômica (mesmo que altamente complexa), suportado por uma veste jurídica, dentro da qual as partes atuam de forma racional, em tese dispondo de todas as informações necessárias, regulando todos os aspectos relevantes e tendo em conta todos os eventos sucessivos, dotadas as mesmas partes de igual poder contratual e agindo de boa-fé. Dessa maneira, o contrato satisfaria o ótimo de Pareto, uma vez que aumentaria o bem-estar coletivo ao mesmo tempo em que o faria também em relação a cada uma das partes.

Fernando Araújo<sup>39</sup> apregoa que a análise econômica do contrato complementa a análise jurídica, implicando em especial atenção aos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se ao acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades.

Para viabilizar o desenvolvimento da vida econômica através do contrato, não bastam aqueles definidos e disciplinados em lei, admitindo-se arranjos e combinações que ampliam consideravelmente a esfera dos contratos, com o acréscimo dos denominados contratos atípicos ou inominados.

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.59.

<sup>36</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19.

<sup>37</sup> ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 8

<sup>38</sup> VERÇOSA, op. cit., p. 23.

<sup>39</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

Dentre os contratos atípicos, distinguem-se aqueles cuja função econômica resulta da mistura ou combinação de funções econômicas dos contratos típicos (contratos mistos) e aqueles cuja função é radicalmente nova em relação às funções econômicas dos contratos nominados (contratos inominados *Stricto sensu*).

Sob esse aspecto, o *escrow* pode ser considerado como espécie de contrato inominado *Strico sensu*, na medida em que possui substrato econômico novo e influencia o próprio funcionamento do mercado de fusões e aquisições.

Há que se considerar, por outro lado, que o discurso sobre a função econômico-social do contrato facilita o controle da conformidade dos negócios a resultado socialmente útil e que, por isso, se pretende preservá-lo. Isso porque todo contrato tem sua função econômica, que é fundamentalmente sua causa, e sua importância como fato econômico é tão importante que sua disciplina jurídica constitui a estereotipação do regime a que se subordina a economia de qualquer sociedade:

A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil. A teoria foi consagrada no Código Civil italiano, conquanto encontre opositores<sup>40</sup>.

No mesmo sentido, Ana Prata<sup>41</sup> salienta que a conceituação do negócio como um poder da vontade não significa que esteja completamente desvinculado da perspectiva funcionalizadora, mas que a concepção do funcionamento econômico e social parte do pressuposto de que o negócio, como produto da autonomia privada, realiza, por si só e autonomamente, a função que lhe é reservada, ou seja, desvaloriza-se a função porque se confia que o seu preenchimento resultará da liberdade do sujeito e que a utilização dessa liberdade basta para garantir o bom funcionamento da vida econômica e social.

Em busca dessa função econômico-social intervém o Direito. Demonstrada a função econômica do contrato, evidente que fica também demonstrada sua função social, o que justifica sua tutela, a fim de se evitar prejuízos

---

<sup>40</sup> GOMES, Op. cit., p. 20.

<sup>41</sup> PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 12.

decorrentes, por exemplo, da ausência de previsão legislativa e de instrumentos processuais adequados para sua efetivação.

A busca pela função social do contrato foi positivada pelo Código Civil de 2002, complementada pela exigência de observância do princípio da boa-fé. Mesmo antes disso, como será aprofundado no capítulo quarto desta dissertação, a boa-fé já era tida como um dos institutos mais tradicionais do Direito Mercantil, interpretada no Direito Comercial como a adoção de comportamento normal e juridicamente esperado dos comerciantes cordatos, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado ambiente institucional.

O artigo 131 do Código Comercial de 1850 trazia a seguinte disposição sobre a boa-fé: “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação da palavra”.

Embora o Código Civil de 1916 não tenha trazido previsão expressa, não se olvida que a boa-fé se manteve no nosso ordenamento jurídico como um princípio, do mesmo modo que a sua consagração no Código Civil vigente serviu para destacar sua importância sistêmica.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães<sup>42</sup> assim se posicionou sobre a boa-fé:

Essa regra objetiva de boa-fé, consagrada como critério exegético das convenções mercantis, partia da premissa de que, nos negócios, deveria prevalecer a regra da lealdade recíproca, destinada a imprimir segurança ao tráfico jurídico. Nessas condições, não caberia apurar-se de cada um dos contratantes se encontrava ou não de boa-fé ao contratar e executar o contrato: o intérprete deveria atender as disposições contratuais como exige a boa-fé ditada pelo uso e prática geralmente observada no comércio, nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, como completava a alínea 5 do citado dispositivo da lei comercial. Ou seja, a boa-fé, sob essa perspectiva, independeria da avaliação anímica do agente, ao manifestar sua vontade, cabendo apreciá-la com base num padrão de conduta médio, que legitimamente é de esperar do *vir bonus*, ou do *bonus pater familiae*, em circunstâncias similares.

A doutrina também vê a boa-fé como uma garantia dos contratos, como se extrai da lição engendrada por Manuel Antônio Coelho da Rocha<sup>43</sup>:

---

<sup>42</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Rompimento da boa-fé e conflito de interesses. Pareceres. São Paulo: Singular, 2004, p. 1.482.

<sup>43</sup> COELHO DA ROCHA, Manuel Antônio. Instituições do direito civil. v.2 São Paulo: Saraiva, 1984, § 742.

A boa-fé dos contratos exige que cada uma das partes fique responsável pela outra, pelo bom e livre uso da coisa, ou prestação, que lhe dá ou, como vulgarmente se diz, - a fazer o contrato bom. – Esta responsabilidade constitui a garantia dos contratos [...].

Servindo de garantia dos contratos, o respeito à boa-fé implica economia para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação e ao incremento das relações econômicas pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade.

Tal assertiva não significa que a observância da boa-fé no âmbito do Direito Comercial representa proteção excessiva de uma das partes, pena de desestabilização do sistema que se equilibra nas estratégias (acertadas ou equivocadas) adotadas pelos agentes econômicos num ambiente igualitário de livre competição.

No entanto, é preciso reconhecer que os negócios que se viabilizam num ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não se concretizar em ambientes institucionais fracos, e a formação de um ambiente que torne as negociações compensatórias é uma das funções do Direito Comercial, por exemplo, com a adoção de regras que assegurem o adimplemento das obrigações ou compense seu descumprimento, especialmente nas operações de fusões e aquisições, operacionalizadas por meio de contratos complexos e instituição de obrigações que não raro perduram por considerável lapso de tempo.

Outra diretriz do funcionamento dos contratos empresariais, os usos e costumes constituem fonte do Direito Comercial e, portanto, emanam normas de caráter cogente. Podemos defini-los como práticas reiteradas dos comerciantes, que encontram e consolidam determinada forma de solucionar problemas do cotidiano mercadológico. “Daí a força uniformizadora dos usos e costumes, que tendem a planificar o comportamento das empresas”<sup>44</sup>.

Por surgirem da *praxis* mercantil, prevalecem os padrões de conduta mais bem adaptados ao seu funcionamento, formando um repertório de experiências bem sucedidas que permitem maior grau de previsibilidade de comportamentos. Os usos e costumes geram, pois, legítimas expectativas de atuação ou presunção de atuação conforme o modelo atual, que permitem ao agente planejar sua estratégia de ação no mercado com mais segurança.

---

<sup>44</sup> FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 116.

A tipificação social dos contratos tem origem nos usos e costumes, transformando negócios inaugurados por agentes econômicos em tipos socialmente aceitos. Convenções comuns em operações de compra e venda de participações sociais, como cláusulas de *put*, *drag along*, *tag along* e *escrow*, não representam nada mais do que a expressão de práticas consolidadas, cujo reconhecimento social é tão evidente que são amplamente reconhecidos e aceitos no Direito Comercial, apesar de a doutrina pouco se dedicar a estudá-los.

Assim como ocorre na atuação segundo os ditames da boa-fé, o funcionamento do sistema com base nos usos e costumes diminui os custos da transação, pois o reconhecimento da força vinculante de regras que traduzem respostas adequadas as necessidades econômicas, permite o cálculo mais acertado de estratégias e a atuação mais segura, reduzindo os custos.

Mas a ordinarização desses institutos, na medida em que podem implicar deveres não expressamente negociados pelo agente, não gera insegurança jurídica?

Para os adeptos do voluntarismo, onde a vontade do indivíduo representa elemento essencial e determinante dos efeitos do negócio jurídico, a vinculação do agente a comportamento não explicitamente acordado, por meio de inserção de cláusulas não negociadas expressamente, poderia representar o sacrifício da autonomia privada e a submissão ao arbítrio do jurista ou do intérprete. Por outro lado, não se pode olvidar que da prática social decorrem deveres de conduta, ou seja, que a prática social (e não exclusivamente a vontade individual) consiste em fonte de obrigação.

Nesse aspecto, importante a distinção entre os conceitos de liberdade de contratar e de liberdade contratual propostos por Giselda Hironaka<sup>45</sup>. Segundo a autora, liberdade de contratar revela “a liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou de não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade. Por isso é, naturalmente, ilimitada”. Já a liberdade contratual significa a “possibilidade de livre disposição de interesses, pelas partes, no negócio”, manifestando-se pelas cláusulas ou conteúdo que compõe o contrato. A liberdade contratual “pode vir limitada por normas de ordem pública que digam qual o percurso

---

<sup>45</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67537/70147>. Acesso em 22/09/2014.

cogente de determinadas cláusulas contratuais”, ou seja, na função social que é inerente ao contrato, a liberdade contratual pode encontrar uma limitação à sua extensão meramente volitiva, uma vez que nem sempre os contratantes poderão agir livremente na fixação das cláusulas contratuais.

Nesse sentido, esclarece Judith Martins-Costa<sup>46</sup> que a boa-fé produz deveres “avoluntaristas” que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada:

A boa-fé produz deveres instrumentais e “avoluntaristas”, neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de pontual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional.

Isso significa que ao contratar, as partes devem trazer para o negócio as regras cogentes existentes na legislação incidente sobre o contrato<sup>47</sup>, de modo que a incorporação de convenções além das expressamente negociadas não constitui mecanismo estranho aos negócios, porque fontes externas à vontade das partes são reconhecidas pelo ordenamento jurídico<sup>48</sup>.

A evolução teórica, portanto, se deu no sentido de que o negócio jurídico não é uma manifestação qualquer de vontade dirigida a certos efeitos, mas apenas aquele em que a vontade integre a previsão legal, sendo os efeitos desencadeados segundo a sua determinação<sup>49</sup>.

Assim, no que se refere aos institutos como os usos e costumes e cláusulas gerais de boa-fé, a questão não repousa na vontade, mas na incorporação ao negócio de regras cujo grau de institucionalização não é tão elevado como aquele que caracteriza o Direito Positivo codificado<sup>50</sup>.

A *praxis* do Direito Mercantil tem demonstrado que tais institutos prestam-se ao seu bom funcionamento, diminuindo os custos e aumentando o grau de certeza e confiança dos agentes econômicos, sobretudo se considerada a natureza incompleta dos contratos.

<sup>46</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 199.

<sup>47</sup> O artigo 133 do Código Comercial já determinava que *omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato.*

<sup>48</sup> FORGIONI, Op. cit., p. 127.

<sup>49</sup> PRATA, Op. cit., p. 21.

<sup>50</sup> FORGIONI, Op. cit., p. 127.

O que não se pode perder de vista é que “as partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade”<sup>51</sup>, pois a vinculação visa sempre determinado escopo, que se lhe acredita vantajosa e que se mescla com a função esperada do negócio, ou seja, todo negócio possui uma função econômica na qual encontra sua razão de ser.

No tópico seguinte passa-se a abordar a teoria geral dos contratos mercantis, âmbito no qual se situa o *escrow*, contrato mercantil atípico originário do direito anglo-saxão e evidente expressão da autonomia privada.

### 2.3 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS MERCANTIS

No final do Século XVIII, as mudanças econômicas e sociais decorrentes da Revolução Industrial e Tecnológica causaram grandes alterações no sistema de Direito Privado e os princípios liberais do individualismo, da liberdade de contratar e da presunção de igualdade entre as partes já haviam se consolidado como informadores dos contratos.

Influenciada por esses ideais, a Constituição Federal garantiu a liberdade de contratar, aspecto da liberdade individual, no inciso II, de seu artigo 5º, que assegura que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, reafirmada no artigo 170, onde se lê que *é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*.

Seu campo de incidência é o direito patrimonial, disciplina relacionada à regulação das atividades econômicas, sobretudo no direito das obrigações, onde o contrato é lei entre as partes. A liberdade de iniciativa econômica é expressão da autonomia privada no campo constitucional como princípio da ordem econômica e social:

---

<sup>51</sup> Versão original: “*Le parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà; ma in vista di certe finalità pel conseguimento dele quali entramo reciprocamente in rapporto*” (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1933, p. 188.

A eficácia jurídica da autonomia privada no âmbito constitucional liga-se diretamente ao problema da organização econômica da sociedade que encontra a sua fonte suprema na chamada Constituição Econômica, orientada pelos seguintes princípios: 1) reconhecimento e garantia da propriedade privada (CF art. 5º e art. 170, II); 2) da liberdade de iniciativa econômica dos particulares (CF art. 1º, IV e 170); 3) a iniciativa pública econômica do Estado quando necessária por motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo e 4) o reconhecimento do poder normativo e regulador do Estado, de caráter indicativo para os particulares. É nesse contexto que se conformam os institutos civis da autonomia privada, a propriedade, o contrato, o testamento, a associação e a fundação. Limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes.<sup>52</sup>

O termo *contrato* é uma expressão polissêmica que pode ser adotada como sinônimo de acordo, pacto ou convenção e que, no contexto do Direito Comercial, é utilizado como instrumento de realização da atividade mercantil.

A teor do disposto nos artigos 966 e 982 do Código Civil entende-se por contrato empresarial ou mercantil aquele no qual figure como parte empresário ou sociedade empresária no exercício de sua atividade.

Resultado da livre manifestação de vontade das partes, o contrato representa o resultado da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, condição da qual decorre o equilíbrio das prestações. Contratar livremente representa um aspecto da liberdade individual, segundo a qual seria permitido tudo o que não for proibido pela lei<sup>53</sup>.

O Direito, portanto, apresenta função dinâmica voltada a possibilitar a perene renovação e circulação de bens, funcionando o contrato como seu instrumento:

A gênese que os negócios jurídicos costumam ter no terreno social, de acordo com a necessidade de circulação de bens, mostra, claramente, que eles germinam da iniciativa privada e são, essencialmente, atos por meio dos quais os particulares procuram satisfazer a necessidade de regular por si mesmos os seus interesses nas relações recíprocas: atos de auto-determinação, de auto-regulamentação dos seus próprios interesses.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> MONTES, V.L.; LOPES, A. Derecho civil: parte general. 2. ed., Valencia:Tirant Lo Blanch, 1995, p. 561.

<sup>53</sup> No mesmo sentido, o pensamento de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu: “Todo o contracto em que ha igualdade e rectidão, isto he, que está em grão, ou circunstancias de poder dar a ambas as partes igual lucro ou damno, correndo ambos a sorte de perder ou ganhar, deve-se consedirear racionável, proporcionado e justo. [...] Por tanto elle se deve guardar ainda simplesmente ajustada da palavra. E nada abona tanto, e dá credito a qualquer negociante da Praça, que a lealdade, inviolabilidade e pontualidade ou religioso cumprimento da palavra, contracto e fé dada.” (LISBOA, José da Silva (Visconde de Cairu). Princípios de direito mercantil e leis de marinha. 6. ed. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1874, p. 471).

<sup>54</sup> BETTI, Op. cit., p. 91-92

Segundo Fernando Araújo<sup>55</sup>, na ampla visão consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses.

Para José A. Engrácia Antunes<sup>56</sup>, o contrato comercial constitui um dos momentos essenciais da atividade da empresa e se caracteriza por permanecer indiferente e sobreviver às vicissitudes do respectivo substrato pessoal, mormente do empresário contraente, caracterizando-se pela “objetivação, padronização e mercadorização”.

A *objetivação*, explica o autor, significa que a atividade empresarial é a “atividade estável e continuada cujo sucesso depende em larga medida da sua autonomia face às vicissitudes pessoais dos empresários, singulares ou coletivos”<sup>57</sup>. As obrigações mercantis experimentam uma acentuada tendência para a sua *impessoalidade* ou *patrimonialização*, isto é, “vínculo entre dois patrimônios” ou fato de os contratos tenderem a se separar da pessoa do “credor ou devedor para se converter num valor patrimonial objetivo e autônomo (um ativo ou passivo, consoante os casos) vocacionado a circular no tráfico jusempresarial”<sup>58</sup>.

A massificação traduz a ideia de que não apenas a atividade mercantil, mas a própria existência do Direito Comercial, estão intimamente ligados à prática de atos econômicos em massa, ou seja, a atividade empresária, sobretudo com o advento da produção em larga escala, da internacionalização do consumo e da globalização, exhibe uma “tendência inexorável para a massificação, padronização e velocidade de oferta”<sup>59</sup>.

A terceira característica, *mercadorização*, significa que o mercado funciona como um verdadeiro *contexto de sentido* dos contratos comerciais, na medida em que o regime jurídico destes influencia a regulação jurídica do mercado:

Expressão polissêmica, o mercado designa comumente o espaço organizado, físico ou virtual, onde os agentes econômicos (produtores, distribuidores e prestadores, de um lado, consumidores do outro) realizam as suas transações sobre produtos e serviços, sob a égide dos preços formados mediante o encontro da procura e oferta: o mercado, outrossim, que realidade econômica, é também uma realidade jurídica, na medida em

<sup>55</sup> ARAÚJO, Op. cit., p. 18.

<sup>56</sup> ANTUNES, José Engrácia. Direito dos contratos comerciais. Coimbra: Almedina, 2014, p. 76.

<sup>57</sup> Idem, p. 78.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 79.

que apenas existe enquanto é reconhecido e regulado pelo direito. Ora, porventura de modo mais incisivo do que noutros domínios da contratação (mormente, da civil), o mercado funciona como um verdadeiro “contexto de sentido” dos contratos comerciais no sentido em que o regime jurídico destes últimos tem sido altamente tributário da regulação jurídica do mercado, em particular daquelas intervenções regulatórias que procuram tutelar a posição dos protagonistas do jogo da oferta-procura e encontrar um ponto de equilíbrio entre os seus interesses (interesse dos consumidores, interesse dos concorrentes, e interesse público geral). Para ilustrar tal tese, basta atentar no enorme impacto sobre a contratação mercantil moderna tiveram duas das principais projeções da regulação jurídica do mercado: a disciplina jurídica da liberdade de concorrência e da tutela do consumidor”<sup>60</sup>.

O ato da contratação exige justificação objetiva, que se compreende através da adoção de uma perspectiva dinâmica da autonomia privada, ou seja, deixa-se de considerar somente a letra fria do instrumento (perspectiva estática), para sopesar que as partes se valem do contrato como meio para atingir determinados fins, valendo-se da autonomia da vontade.

O conteúdo do negócio não é, pois, uma declaração qualquer de vontade, mas preceito da autonomia privada, ato ligado à circulação mercantil que se vincula aos interesses que movem o indivíduo em suas relações com terceiros.

Outro aspecto dos contratos mercantis consiste no fato de os agentes econômicos agirem impelidos não por uma racionalidade plena e onisciente, mas pela racionalidade limitada, porque, no mundo real, ao contratar, não é possível que as partes antevejam todas as contingências futuras no momento em que se vinculam ao contrato. Sempre faltarão dados sobre a outra parte e sobre os possíveis desdobramentos do ambiente institucional porvir.

Nesse sentido, Antonio Nicita e Vincenzo Scoppa<sup>61</sup> ressaltam a limitação da cognição humana e a incompletude das informações disponíveis para o tomador de decisão e, por consequência, do próprio contrato:

As empresas não são capazes de prever todos os eventos futuros que poderão se verificar no curso da relação, não são capazes de adquirir e processar todas as informações relevante para delinear planos de ação adequados, não são capazes de descrever em um contrato todas as possíveis eventualidades de forma clara e não ambígua.

O Direito Mercantil e o Direito Econômico sempre reconheceram a impossibilidade de o empresário deter todas as informações relacionadas às

---

<sup>60</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 82-83.

<sup>61</sup> NICITA, Antonio; SCOPPA, Vincenzo. Economia dei contratti. Carozzi Editore, 2005, p. 19.

transações e ao futuro ou de disporem da informação perfeita para que o negócio seja celebrado em condições ideais e para que os mercados funcionem de maneira adequada.

Essa assimetria de informações ocorre quando uma das partes da transação detém informação relevante da qual não dispõe a contraparte, o que pode lhe favorecer em detrimento da outra, alterando assim o resultado final da transação.

A assimetria de informações pode ser anterior à contratação, incidindo sobre as características do objeto negociado (seleção adversa), ou posterior, recaindo sobre o comportamento das partes depois de firmado o contrato (risco moral), como ensina N. Gregory Mankiw<sup>62</sup>:

O risco moral é um problema que surge quando alguém, chamando agente, realiza alguma tarefa em nome de outra pessoa, chamada principal. Se o principal não puder monitorar perfeitamente o comportamento do agente, este tende a empregar menos esforços do que o principal consideraria desejável.

A expressão risco moral refere-se ao risco do comportamento inadequado ou imoral por parte do agente. Em tal situação, o principal tenta, de diversas maneiras, encorajar o agente a agir de maneira mais responsável.

A relação de emprego é o exemplo clássico. O empregador é o principal e o trabalhador é o agente. O problema do risco moral é a tentação de trabalhadores inadequadamente monitorados de fugir às suas responsabilidades.

[...]

A seleção adversa é um problema que surge em mercados em que o vendedor sabe mais sobre os atributos de um bem que está sendo vendido que o comprador do bem. Como resultado, o comprador corre o risco de comprar um bem de baixa qualidade, ou seja, a seleção dos bens vendidos pode ser adversa do ponto de vista do comprador desinformado.

O exemplo clássico de seleção adversa é o mercado de carros usados. Os vendedores de carros usados conhecem os defeitos dos veículos, ao passo que os compradores frequentemente os desconhece.

Apesar dessas limitações, os agentes econômicos buscam agir racionalmente: reconhecendo a impossibilidade de antever todas as questões que possam vir a ser importantes, chega-se a compreensão de que a comunicação é imperfeita e deficiente e que não há solução matemática para problemas difíceis, mas que é possível agir racionalmente, procurando fazer o melhor possível, apesar das limitações com as quais se deparam<sup>63</sup>.

Com efeito, a concepção de racionalidade limitada não implica em negar o pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, mas em reconhecer que

<sup>62</sup> MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Tradução da 5ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 468-469.

<sup>63</sup> FORGIONI, Op. cit., p. 68.

exercem sua racionalidade dentro de intransponíveis barreiras impostas pela condição humana e pelo contexto em que se inserem.

Um dos efeitos dessa limitação é o desvio de pontos controvertidos, ou seja, as partes deliberadamente deixam de tratar de questões desconfortáveis para não ameaçar a realização do negócio.

Em negócios complexos como as fusões e aquisições de sociedades mercantis, por exemplo, não raro os empresários dirigem suas atenções apenas para os aspectos econômicos do contrato, com foco no preço, condições de pagamento e características do bem negociado, deixando para os assessores jurídicos o planejamento das contingências envolvidas na transação:

Os empresários concentram sua atenção sobre o acordo econômico, e não no contrato. Eles estão interessados na troca de bens e serviços, e não prestam muita atenção à tarefa de planejamento das contingências. [...] As questões remanescentes, que normalmente são incluídas no contrato escrito pelos advogados, geralmente, embora não invariavelmente, recebem pouca atenção das partes durante a transação<sup>64</sup>.

Outro efeito da racionalidade limitada consiste na incompletude dos contratos, sobretudo naqueles negócios de longa duração, cujos instrumentos não contêm previsão de todas as vicissitudes com as quais se confrontarão as partes.

Nesse aspecto, Giuseppe Bellantuono<sup>65</sup> salienta a necessidade de repactuação na hipótese de nenhuma cláusula contratual oferecer resposta aos eventos supervenientes:

[A] celebração de um contrato incompleto expõe as partes ao risco de serem forçadas a suportar os efeitos de uma situação não prevista. As oscilações de mercados ou as inovações tecnológicas podem modificar a relação entre o custo e o benefício das prestações acordadas. Ainda que algumas situações possam ser geridas mediante a utilização de mecanismos de adequação, a incompletude do contrato torna-se relevante quando nenhuma cláusula contratual oferece resposta ótima aos eventos supervenientes. Nesse caso, a única possibilidade é a renegociação dos termos do acordo.

---

<sup>64</sup> No original: *Businessmen focus their attention on the economic deal, not the contract. They are interested in the core Exchange of goods and services, and do not pay much attention to the task of planning for contingences. [...] the remaining issues that are typically included in the written contract by the lawyers will usually, though not invariably, receive scant attention from the parties to the transaction.* (COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 150.)

<sup>65</sup> BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: Cedam, 2000, p. 75.

Para suprir essa deficiência, o sistema jurídico vem criando mecanismos para lidar com essa incompletude, a exemplo do instituto da onerosidade excessiva<sup>66</sup>, que autoriza a denúncia do contrato em caso de evento futuro imprevisível capaz de alterar sensivelmente a economia contratual.

Diante do problema das informações imperfeitas, para evitar a renegociação ou diminuir o risco de rompimento posterior à avença, em virtude de desajuste futuro, os contratos mercantis de longa duração, a exemplo daqueles que regem as operações de fusões e aquisições de empresas, costumam prever mecanismos de pacificação de controvérsias futuras, como o contrato de *escrow*, objeto dessa pesquisa, que funcionará como fator adicional de previsibilidade e segurança jurídica.

“Quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema jurídico, mais azeitado o fluxo de relações econômicas”, pois essa relação é a “razão determinante da própria gênese do Direito Comercial e um dos principais vetores do funcionamento dos contratos empresariais”<sup>67</sup>.

Com efeito, o vínculo contratual busca abrigar situação de certeza e segurança jurídica para as partes, no sentido de que poderão recorrer a meios jurídicos adequados à reparação ou execução coativa da avença na hipótese de descumprimento do contrato. “Por conta e em busca da instalação daquela situação de certeza e de segurança que as partes se acomodam ao vínculo contratual e, principalmente, o ordenamento jurídico a tutela”<sup>68</sup>.

Por isso, a imposição de padrão jurídico quanto às informações que deverão ser prestadas quando da celebração dos negócios permite o aumento do fluxo de relações econômicas.

Isso significa que, dentro dos padrões da boa-fé, se espera que sejam prestadas as informações importantes para a contratação, ou seja, aquelas que poderão influenciar a decisão de contratar (ou não).

---

<sup>66</sup> Prevista no artigo 478 do Código Civil, “a teoria tornou-se conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, e consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoraram no da celebração” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense. 2002, v.III, p. 98).

<sup>67</sup> FORGIONI, Op. cit., p. 75-76.

<sup>68</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? Revista Trimestral de Direito Civil, n. 5, jan-mar, São Paulo, 2001, p. 121.

Não se está a exigir que a empresa disponha de todas as informações sobre o negócio ou sobre o cenário fático em que ocorre a negociação, mas a omissão à contraparte de dado relevante para o negócio conhecido pela empresa é entendida como contrária ao padrão de comportamento esperado do agente econômico.

Nesse sentido, Paula Forgioni<sup>69</sup> traz o seguinte exemplo:

[E]m processo de compra e venda de controle de sociedade, não se confia que o vendedor entregará relatório detalhado sobre o andamento de cada uma das ações judiciais da qual a empresa participa, a menos que isso seja expressamente contratado. Conta-se apenas que eventuais contingências sejam devidamente registradas e que as notas explicativas às demonstrações financeiras correspondam à realidade.

Outro traço marcante do contrato mercantil consiste na finalidade de *lucro*<sup>70</sup>, que determina o comportamento das partes, de forma que a economicidade final imprime características singulares que refletirão nos negócios por ele entabulados.

A sociedade empresária não atua no mercado senão pela obtenção de lucro, donde é possível afirmar-se que a celebração dos contratos empresariais se dá porque as partes creem nessa satisfação de seus interesses. O fim lucrativo, pois, constitui predicado fundamental do qual decorrem as demais peculiaridades dos negócios mercantis, sendo o contrato o instrumento para atingir essa finalidade.

Não obstante, esse atributo não autoriza a adoção de comportamento predatório pela empresa, porque questões como a preservação da relação comercial e a construção da boa imagem também influenciam a busca pelo proveito econômico, mormente porque a atitude leal ou colaborativa deve ser tida como o parâmetro para a realização do escopo maior buscado pelo agente de alcançar o êxito de sua atividade econômica, globalmente considerada<sup>71</sup>.

Outro aspecto dos contratos mercantis é a sua capacidade de ignorar fronteiras, barreiras culturais e jurídicas: o cosmopolitismo.

---

<sup>69</sup> FORGIONI, Op. cit., p. 143.

<sup>70</sup> Nesse aspecto, Fábio Ulhoa Coelho adverte: “Quem escolhe o direito comercial como sua área de estudo ou trabalho, deve estar disposto a contribuir para que o empresário alcance o objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro. Sem tal disposição, será melhor – para o estudioso e profissional do direito, para os empresários e para a sociedade – que ele dedique seus esforços a outra das muitas e ricas áreas jurídicas” (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. 12. Ed, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27).

<sup>71</sup> FORGIONI, Op. cit., p. 58.

O cosmopolitismo, que amiúde supre as lacunas do nosso ordenamento jurídico, deve ser interpretado no contexto da globalização, com uma disseminação cada vez maior de práticas e modelos de negócios desenvolvidos no exterior.

No entanto, a importação desenfreada de institutos, sem se considerar as *premissas implícitas* de cada ordenamento jurídico, pode acarretar mera reprodução de ideias moldadas pelo processo de interpretação e criação de outro Direito que não o brasileiro.

Como bem observa Eros Roberto Grau<sup>72</sup>, embora a experiência estrangeira consista em subsídio útil, nem sempre se amolda à realidade do nosso mercado sem colocar em risco a efetividade e a eficácia do Direito brasileiro:

É certo, no entanto, que embora o recurso à doutrina e jurisprudência estrangeiras possa mostrar-se fonte de subsídios útil, nem uma nem outra podem ser tomadas como absolutas. Vale dizer: elas não devem ser transplantadas para a realidade brasileira sem que sejam consideradas as particularidades do nosso mercado e do nosso sistema jurídico. A indiscriminada transposição de teorias e modelos pode mostrar-se inadequada e mesmo perigosa, colocando em risco a efetividade e a eficácia do direito brasileiro, conduzindo-nos por caminhos com ele incompatíveis.

Com efeito, o Direito brasileiro não pode adotar acriticamente institutos e princípios diversos daqueles solidificados em nosso ordenamento jurídico, pena de intransponível incompatibilidade. A harmonização de normas estrangeiras, decorrente da uniformização do comportamento dos agentes econômicos derivada da globalização, aumenta e se solidifica na mesma proporção do aumento do fluxo das relações econômicas: quanto mais amplo o comércio entre as nações, maior a tendência de as práticas comerciais se tornarem semelhantes.

Sob essa ótica, o Direito Comercial se mostra cada vez mais cosmopolita e, conseqüentemente, os contratos empresariais são projetados a partir desse complexo ambiente institucional, diante do panorama de insuficiência normativa experimentado pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange à cessão de participações sociais ou operações de fusões e aquisições de empresas, âmbito no qual o *escrow* é adotado do modelo norte-americano como depósito com função de garantia.

---

<sup>72</sup> GRAU, Eros Roberto. O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005, p.12.

Embora largamente utilizado em operações de grande vulto econômico no Brasil, raras foram as vezes em que a doutrina nacional se dedicou ao estudo do *escrow*, não obstante a *praxis* comercial venha revelando cada vez mais a necessidade de análise da sua validade e possibilidade de realização diante de nosso sistema. É o que, modestamente, se propõe a fazer nos tópicos seguintes.

### 3 CONTRATO DE *ESCROW*

#### 3.1 ELEMENTOS E DEFINIÇÃO

O termo *escrow* deriva do latim *scriptum* e do francês antigo *escroue*<sup>73</sup>. Em sentido amplo, o vocábulo *escrow* significa depósito com função de garantia. Em sentido estrito, o termo tem sentido de documento escrito, confidencial, eventualmente selado, que prova a existência de obrigações entre duas ou mais pessoas, confiado em garantia a terceiro, que se compromete a restituí-lo ao depositante ou a entregá-lo ao beneficiário, em função da verificação ou não de condição pré-determinada<sup>74</sup>.

O vocábulo *escrow* pode ser utilizado para se referir ao objeto do depósito, ou seja, documento, dinheiro ou valores mobiliários entregues ao depositário (*the escrow*), para exprimir a natureza cautelar do depósito (*in escrow*), assim como para identificar o depositário (*escrow holder*, *agente escrow* ou *escrowee*).

O *escrow* é um contrato com função de garantia, nascido da antiga prática do Direito anglo-saxão, consistente em entregar a um terceiro, em caráter sigiloso, bens em garantia do cumprimento de certas obrigações, comprometendo-se aquele a guarda-los até a verificação ou não de determinada condição<sup>75</sup>.

Daí é possível extrair-se que o *escrow* é um contrato necessariamente ligado a uma relação jurídica principal, baseado na fidúcia que as partes assentam em terceiro, a quem o bem será confiado, cuja função consiste na garantia de cumprimento de obrigação, assegurando-se ao beneficiário do depósito realizar seu crédito, uma vez demonstrado seu *status* de credor.

O *escrow* pode ter como objeto bens móveis entregues no momento da celebração do negócio. No entanto, diferente do depósito típico, em que a entrega da coisa constitui ato principal e não meramente acessório, o que o qualifica como

<sup>73</sup> Jowit's Dictionary of English Law, 1977 e Black's Law Dictionary, 1999, *apud* ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 161.

<sup>74</sup> ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 162.

<sup>75</sup> Há, no entanto, registros de sua utilização para outros fins, como, por exemplo, na libertação de reféns norte-americanos presos na crise político-militar registrada no Irã, no ano de 1981, alcançada, em parte, devido à celebração de um depósito *escrow* no Banco da Inglaterra (GADOW, Sandy. All about *escrow* and real estate closings, or how to buy the Brooklyn bridge, and have the last laugh, 1999, *apud* ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 162).

contrato real, o *escrow* é consensual e se aperfeiçoa pela simples anuência das partes em confiar a terceiro a guarda de bens em garantia de obrigações.

Como espécie de contrato que em regra versa sobre bens móveis, aplica-se ao *escrow* o princípio da liberdade das formas, previsto no artigo 107 do Código Civil, embora a prática negocial seja a sua celebração por documento particular escrito.

Dentre seus elementos essenciais, no que tange às partes, a doutrina portuguesa aponta o *escrow* como um contrato trilateral, porque subscrito por duas partes contratantes em negócio jurídico coligado, em razão do qual se realiza o depósito, e um ente fiduciário, o depositário *escrow*, que acompanhará a execução do contrato principal e a quem se confia a guarda dos bens dados em sua garantia<sup>76</sup>. Cada um desses três indivíduos detém um conjunto de interesses econômicos próprios, que esperam ver realizados por meio do depósito.

O *escrow* pode também ser estruturado como um negócio jurídico bilateral, subscrito apenas pelo depositante e pelo depositário, apresentando-se o eventual beneficiário do depósito como terceiro favorecido, embora esse desenho seja menos comum<sup>77</sup>.

Em regra, o depositante é o proprietário dos bens que serão entregues *in escrow* ao depositário. Diferentemente de outras formas de garantias oriundas do direito anglo-saxão, a exemplo dos *trusts*, a princípio, o depositante não transfere o domínio do bem depositado *in escrow*, mantendo-se como legítimo proprietário enquanto não verificada a condição que obrigue sua alienação ao eventual beneficiário do depósito.

No entanto, nos casos em que o objeto do depósito é constituído por dinheiro ou outras coisas fungíveis, o depósito (irregular) transfere a propriedade das somas para o depositário *escrow*, que se obriga a restituir ao depositante ou entregar ao eventual beneficiário coisa do mesmo gênero, espécie e qualidade<sup>78</sup>.

O depositário *escrow*, por sua vez, recebe o bem dado em garantia, obrigando-se perante os sujeitos do contrato principal a guardar, eventualmente administrar e a dar-lhe a destinação acordada.

---

<sup>76</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 165.

<sup>77</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 165.

<sup>78</sup> Idem, p. 273.

Para tanto, o depositário, independente e imparcial, é instruído por ambas as partes sobre o destino do bem depositado, de modo que verificados os fatos a que as partes condicionaram a restituição dos bens ao depositante ou sua entrega ao beneficiário, o depositário fica obrigado a seguir as instruções, sob pena de responsabilidade.

No *escrow*, portanto, antecipadamente se determina de modo minucioso no contrato que o depósito deverá ser restituído ao depositante ou entregue ao eventual beneficiário, em função do cumprimento de certos prazos e condições, através dos quais se verifica se a contingência negativa se operou ou não.<sup>79</sup>

Nesse sentido João Tiago Morais Antunes<sup>80</sup> pondera:

A ideia de que depositário *escrow* é irresponsável pelas decisões que, em execução do contrato, venha a tomar em matéria de entrega dos bens é, claramente, uma das traves mestras em que assenta este novo tipo contratual.

Com efeito, a falta de autonomia do depositário é um traço característico do *escrow*, que o obriga a seguir as instruções e a dar ao bem o destino prévio e consensualmente definido pelas partes, a depender da verificação ou não de vicissitudes ulteriores do negócio coligado, sob pena de responder pelos danos decorrentes de seu inadimplemento.

Há possibilidade, embora na prática comercial não se verifique com frequência, de atribuição ao depositário ou *escrow holder* de poderes para aferir se se realizaram ou não as contingências do contrato a que se sujeita a definição do credor do depósito - se o bem será restituído ao depositante ou entregue ao beneficiário, caso em que desempenhará função análoga a de árbitro.

Neste caso, emerge a questão da responsabilidade do depositário decorrente da deliberação sobre a verificação ou não das condições acordadas, que pode ser contornada, segundo João Tiago Morais Antunes<sup>81</sup>, com a previsão de cláusula que o exonere de responsabilidades pela decisão assumida, desde que baseada no conteúdo do contrato, “como se estivéssemos perante uma decisão de um árbitro ou juiz a quem não se podem ser assacadas responsabilidades pelo

---

<sup>79</sup> ARJONA, José M<sup>a</sup> Álvarez (Coord.); PERERA, Ángel Carrasco (Coord.). Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas. Elcano: Aranzadi, 2001, p. 232-233.

<sup>80</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 168.

<sup>81</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 167-168.

mérito das suas decisões” ou pela possibilidade de se socorrer da arbitragem para solucionar dúvida sobre a execução do contrato não pré esclarecida pelas partes.

Compartilhando o entendimento, Angel Carrasco Perera<sup>82</sup> salienta a importância da inclusão de cláusula de irresponsabilidade do depositário que, cumprindo com os termos do contrato, paga aquele que se resulta credor em razão do implemento das condições contratuais.

No mesmo sentido, Jerry Limberg<sup>83</sup> afirma que o depositário não pode ser responsabilizado se sua decisão se basear no teor do contrato:

Esta tese funda-se na ideia (correta) segundo a qual o ‘escrow holder’ é uma parte absolutamente neutra e independente que representa (sem qualquer interesse próprio) ambas as partes, por um lado e, por outro, que na execução do contrato se limita a acatar as instruções que lhe foram previamente dadas por estas. Nestes termos, não deverá ser responsabilizado por eventuais decisões que venha a tomar quanto à entrega dos bens a uma das partes se essa decisão se basear única e exclusivamente no teor do contrato.

Outro ponto relativo ao *escrow holder* consiste na impossibilidade de exercício de qualquer direito sobre o bem, notadamente o direito de retenção sobre a coisa pelo não pagamento da remuneração eventualmente devida pelas partes<sup>84</sup>.

Ainda compõe o contrato o eventual beneficiário dos bens depositados, o que confere o carácter trilateral ao *escrow* e o diferencia do depósito típico, que tem como partes apenas depositante e depositário.

Diferente do depositante, que participa do contrato pela transferência da posse de seus bens, ou do depositário, que assume o encargo de guarda e administração do bem depositado, o beneficiário se associa ao contrato para verificar se o destino do bem dado em garantia pelo depositante ao *escrow holder* será cumprido, justificando-se sua participação pela existência de um negócio jurídico conexo ao depósito de que é titular de crédito eventual.

A qualidade de credor do beneficiário é dita eventual, porque depende de vicissitudes subsequentes do negócio subjacente (futuras e incertas) que determinarão se ele está ou não legitimado a receber a coisa:

---

<sup>82</sup> ARJONA; PERERA, Op. cit., p. 236.

<sup>83</sup> LIMBERG, Jerry. *Drafting software escrow agreements: a software escrow agreement can help limit the risks associated with licensing technology*, apud 2002 ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 168.

<sup>84</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 168.

A qualidade de credor do beneficiário do depósito é, conforme sublinhado, meramente eventual. Com efeito, o seu direito de crédito (caucionado com o depósito) está dependente das vicissitudes ocorridas ao nível do contrato conexo ao depósito *escrow*, nomeadamente do preenchimento da condição (suspensiva) a que as partes subordinaram a produção da totalidade ou parte dos efeitos do referido contrato. Neste caso, a atribuição ao beneficiário do depósito do direito a exigir a entrega dos bens depositados está dependente, apenas e só, da verificação do evento condicionante que poderá desencadear a produção dos efeitos do negócio jurídico celebrado<sup>85</sup>.

A eventualidade de seu *status* de credor e, via de consequência, sua titularidade do direito de exigir a entrega do bem depositado, é, portanto, traço essencial do contrato *escrow*, segundo José M<sup>a</sup> Álvarez Arjona<sup>86</sup>:

A garantia definitiva para cada um deles é que o crédito contra o depositário só nasce se se realiza a contingencia que aparece como pressuposto do direito, e que, por definição, terá lugar quando o direito da outra parte estiver satisfeito ou não haja questões pendentes entre eles.

A ausência desse carácter de eventualidade descaracterizará o *escrow* como tal, como no caso em que a condição de credor se subordina a evento futuro e certo, por exemplo, a morte do depositante, em que o beneficiário nada faz além de aguardar o implemento do termo.

Diante de uma relação jurídica complexa, isto é, se o negócio jurídico conexo ao depósito envolver direitos e obrigações recíprocos, ambos garantidos pelo *escrow*, é possível que uma parte ocupe mais de um papel no âmbito do *escrow*, ocasião em que o depositante poderá ser concomitantemente beneficiário do bem *in escrow*.

Tal situação poderá ocorrer quando o negócio jurídico subjacente envolva direitos e obrigações recíprocos, ambos caucionados. João Tiago Morais Antunes<sup>87</sup> exemplifica o caso de uma operação de compra e venda de participação societária, condicionada à liberação dos ônus incidentes sobre as cotas sociais, em que se convencie que o preço a ser pago pelo comprador é o mesmo da indenização devida pelos vendedores culpados pela não efetivação da venda: depositados *in escrow* ambos os preços, as partes serão ao mesmo tempo depositantes e

<sup>85</sup> Idem, p. 170.

<sup>86</sup> No original: *Pues la garantía definitiva para cada uno de ellos es que el crédito contra el depositario sólo nace si se realiza la contingencia que aparece como supuesto de este derecho, y que, por definición, tendrá lugar cuando el derecho de la otra parte este satisfecho o no haya cuestiones pendientes entre ellos.* (ARJONA, José M<sup>a</sup> Álvarez (Coord.); PERERA, Ángel Carrasco (Coord.). Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas. Elcano: Aranzadi, 2001, p. 234-235).

<sup>87</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 171-172.

eventuais beneficiárias dos fundos depositados. Em casos dessa natureza, e outros muito frequentes na prática negocial, torna-se difícil apontar uma única parte garantida pela celebração do *escrow*.

Analisados seus elementos essenciais, podemos definir o *escrow*, preliminarmente, como o acordo em que as partes de um contrato sinalagmático confiam a um terceiro a guarda de bens móveis, instruindo-lhe, conjuntamente, sobre sua destinação - restituição ao depositante ou entrega ao eventual beneficiário do depósito, a depender das vicissitudes ulteriores do negócio jurídico que lhe é conexo.

### 3.2 TIPICIDADE E NATUREZA JURÍDICA

O Direito Contratual é, por excelência, a área em que os indivíduos dispõem de seus bens e interesses valendo-se de sua autonomia privada, através de modelos que devem ser atendidos para a validade e eficácia de seus negócios.

Segundo Vincenzo Roppo<sup>88</sup>, o Direito regula muitos tipos contratuais, a fim de ordenar as operações correspondentes nos moldes que a própria lei considera mais adequados para a equilibrada composição dos interesses das partes ou para a proteção dos interesses gerais.

As relações econômicas normalmente se aperfeiçoam sob as formas jurídicas que, por sua frequência, adquirem tipicidade, recebendo regulamentação legal e individualização por denominação privativa<sup>89</sup>. Esses tipos previstos pela lei denominam-se contratos típicos ou nominados, cujo sentido fundamental reside, justamente, na determinação das regras aplicáveis às relações contratuais na espécie, identificando os direitos e obrigações das partes<sup>90</sup>.

No entanto, a pluralidade das relações econômicas e sociais produzem modelos negociais que amiúde priorizam a economicidade dos negócios em detrimento de regras positivadas. Com efeito, a liberdade de contratar frequentemente gera avenças que não se enquadram nos modelos legais previstos, abrindo novos horizontes e criando novos modelos contratuais, que possivelmente reclamarão regulamentação sistemática e específica.

---

<sup>88</sup> ROPPO, Op. cit., p. 393.

<sup>89</sup> GOMES, Op. cit., p. 102.

<sup>90</sup> ROPPO, Op. cit., p. 394.

Nesse contexto surgem os contratos atípicos, “que se formam à margem dos paradigmas estabelecidos – como fruto da liberdade de obrigar-se”<sup>91</sup>, ou “negócios jurídicos que não se enquadram nos tipos clássicos”<sup>92</sup> e que se justificam pela impossibilidade de a lei prever todas as necessidades dos indivíduos, decorrentes das modificações sociais, econômicas, históricas e culturais, desde que não afrontem a ordem jurídica vigente.

Para o Direito Moderno, portanto, a formação dos contratos atípicos se justifica como aplicação dos princípios da liberdade de obrigar-se e do consensualismo, qualificando-se pela falta de regulamentação legal específica<sup>93</sup>.

Segundo Vincenzo Roppo<sup>94</sup> a possibilidade de celebrar contratos atípicos constitui aspecto importante da liberdade contratual concedida aos indivíduos e está baseada em fortes razões de oportunidade social. Diante das novas exigências decorrentes do progresso da economia e da tecnologia, a celebração de contratos atípicos permite aos indivíduos organizar suas operações econômicas de acordo com suas necessidades e, por consequência, de modo mais adequado para garantir a eficácia de suas ações.

A doutrina reconhece ainda o fenômeno da tipicidade social, decorrente das práticas negociais amplas, embora restritas pela lei, criadas pelas partes ou pelos usos e costumes, “como uma consequência de existirem primeiro na realidade social de uma época, na consciência social, econômica ou ética, antes que o legislador as esquematize”<sup>95</sup>.

Enquanto os contratos típicos são especificamente regulamentados pelo Código Civil, os contratos atípicos, cuja disciplina legal não se encontra predeterminada e particularizada, devem basear-se nos princípios constitucionais, como a boa-fé e a igualdade e nos princípios gerais das obrigações e dos contratos, como dispõe o artigo 425 do Código Civil:

Os contratos inominados ou atípicos afastam-se dos modelos legais, pois não são disciplinados ou regulados expressamente pelo Código Civil ou por lei extravagante, porém são permitidos juridicamente, desde que não contrariem a leis e os bons costumes, ante o princípio da autonomia da vontade e a doutrina do número *apertus*, em que se desenvolvem as

---

<sup>91</sup> GOMES, Op. cit., p. 102.

<sup>92</sup> MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 6, p. 47.

<sup>93</sup> GOMES, Op. cit., p. 103.

<sup>94</sup> ROPPO, Op. cit., p. 395-396.

<sup>95</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. v. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 410.

relações contratuais. Os particulares, dentro dos limites legais, poderão criar as figuras contratuais que necessitarem no mundo dos negócios<sup>96</sup>.

Do ponto de vista legal, Waldírio Bulgarelli<sup>97</sup> salienta que tendo em vista que “os contratos não são *numerus clausus*, aplica-se aos contratos atípicos regras destinadas aos contratos em geral e, especificamente, regras disciplinadoras dos tipos legais que correspondem à prestação principal”.

Na mesma linha, Giselda Hironaka<sup>98</sup> afirma que os contratos atípicos, embora desprovidos de disciplina pelo ordenamento jurídico, são lícitos porque sujeitos às normas gerais do contrato e por não contrariarem a lei, os bons costumes e os princípios gerais de Direito:

A seu turno, portanto, o contrato atípico é aquele não disciplinado pelo ordenamento jurídico, embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e pelo fato de não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais de Direito. Pouco importa se tem ou não um nome, porque este não é a característica da sua essência conceitual; seu traço característico próprio é o fato de não estar sujeito a uma disciplina própria.

Tal figura jurídica, no entanto, merece disciplina específica, com princípios próprios, no sentido de se garantir estabilidade e segurança nas relações jurídicas e de não deixar os interesses dos indivíduos à mercê de meras cogitações doutrinárias.

A importância principal em qualificar um contrato como típico ou atípico está em sua integração e interpretação<sup>99</sup>, devendo priorizar-se a intenção e a vontade das partes em relação as palavras expressadas, a teor do disposto no artigo 112 do Código Civil.

Nesse sentido, é necessário examinar as normas imperativas que regem a relação jurídica e verificar se o contrato atípico se assemelha a alguma figura típica, para que se proceda a interpretação analógica. Com esse intuito, passa-se à análise da natureza jurídica do *escrow* e sua distinção em relação a outras figuras jurídicas.

---

<sup>96</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85-86.

<sup>97</sup> BULGARELLI, Waldírio. Contratos mercantis. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 86.

<sup>98</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Disponível no endereço eletrônico:

<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67537/70147>. Acesso em 22/09/2014.

<sup>99</sup> VENOSA, Op. cit., p. 410.

Como salientado, o contrato de depósito típico tem função precípua de guarda e restituição. No entanto, evoluiu dessa função inicial de satisfazer uma necessidade prática de custódia e conservação de determinada coisa no interesse de outrem para ser aproveitado para a finalidade de garantia ou fidúcia, quando adquire natureza acessória a um contrato principal, cujo cumprimento visa assegurar.

O *escrow* tem suas raízes na antiga prática negocial do Direito anglo-saxônico, sobretudo nos Estados Unidos, consistente na entrega de bens em garantia do cumprimento de obrigações a terceiro, que se compromete a guardá-los até que se verifiquem ou não determinadas condições.

De acordo com a doutrina e jurisprudência norte-americanas<sup>100</sup>, o *escrow* se aproxima ainda do instituto da *agency*, espécie de contrato pelo qual uma pessoa encarrega outra da prática de atos constitutivos, modificativos e extintivos de direito e que tem como características essenciais a relação consensual e fiduciária e a atribuição de poder-dever, assemelhando-se ao contrato de mandato<sup>101</sup> brasileiro e ao de representação do Direito português.

No Direito europeu continental, que serve de fonte para o Direito brasileiro, a Suprema Corte Italiana, no ano de 1937, julgou o caso *Cavallini V. Galassi*, decidindo pela primeira vez sobre a repartição do risco do inadimplemento da obrigação assumida pelo depositário, e assumiu contornos de *leading case* na discussão sobre a natureza jurídica do depósito com função de garantia<sup>102</sup>.

Resumidamente, a controvérsia girou em torno de compra e venda de imóvel pertencente a um menor, cujos efeitos ficariam suspensos até a obtenção de autorização judicial que validasse a venda. Para garantir o negócio, as partes acordaram o depósito do preço pelo comprador a um terceiro, que o entregaria ao vendedor, se autorizada a venda ou, caso contrário, o restituiria ao comprador. No entanto, obtida a autorização judicial, o depositário não entregou o preço aos vendedores.

A Suprema Corte italiana decidiu que embora o comprador não tivesse o dever de pagar os vendedores, uma vez que não era culpado pelo desaparecimento

---

<sup>100</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 175.

<sup>101</sup> De acordo com Orlando Gomes, *o mandato é o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta de outra pessoa* (GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 347) e está legalmente regulamentado no artigo 653 do Código Civil.

<sup>102</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 43.

do preço depositado, não tinha também o direito de exigir a transferência do domínio, porque enquanto proprietário da coisa depositada deveria suportar os riscos da atuação desleal do depositário.

Independentemente da justiça da decisão, esse caso foi o ponto de partida do debate sobre a natureza jurídica do depósito com função de garantia, tendo sido defendidas as seguintes teses, durante a vigência do código italiano de 1865: (i) depósito trilateral sujeito à condição suspensiva quanto ao sujeito autorizado a exigir a restituição da *res* depositada; (ii) *acollo liberatório*; (iii) *sequestro convenzionale*; (iv) negócio jurídico fiduciário.

De acordo com Rosário Nicolò<sup>103</sup>, o depósito com função de garantia deve ser qualificado como “contrato de depósito trilateral sujeito à condição suspensiva quanto à identificação do sujeito legitimado a exigir a restituição dos bens depositados”.

Para o autor, o depósito com função de garantia tem como característica fundamental sua ligação indissociável com outro negócio jurídico (por exemplo, a compra e venda), funcionando como uma cláusula de execução do contrato principal, pelo que o cumprimento da obrigação de restituição assumida pelo depositário importará necessariamente na extinção da obrigação (garantida) decorrente da relação jurídica fundamental<sup>104</sup>.

Dessa ligação decorre que as vicissitudes ocorridas no âmbito da relação jurídica fundamental se projetem sobre o conteúdo do contrato de depósito, permitindo individualizar o sujeito legitimado a exigir do depositário a restituição dos bens depositados em garantia ou, alternativamente, uma indenização pelos danos causados pelo inadimplemento da obrigação de entrega<sup>105</sup>.

O depósito consiste, portanto, em negócio jurídico trilateral, em que o titular do direito à restituição é alternativamente determinado em função da verificação ou não da condição aposta à relação jurídica fundamental conexa ao depósito. A função de garantia do depósito se evidencia na possibilidade de atribuição a sujeito distinto do depositante da titularidade exclusiva do direito de exigir a restituição da coisa depositada<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> NICOLÒ, Rosario. *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, 1937, apud ANTUNES, João Tiago Morais. *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44.

<sup>104</sup> Idem, p. 137.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 45-46.

Para Rosário Nicolò<sup>107</sup>, a finalidade essencial do depósito consiste em caucionar o vendedor contra eventual inadimplemento do comprador quanto ao pagamento do preço e caucionar o comprador de que o dinheiro somente será entregue ao vendedor se realizada determinada condição, de modo que a guarda da coisa seria um aspecto meramente secundário, relativamente à vontade das partes.

Walter Bigiavi<sup>108</sup> também se posicionou sobre o *leading case*, entendendo que a coligação entre o depósito e a relação jurídica obrigacional a qual se subordina não significa, necessariamente, que a extinção da relação jurídica conexa ao depósito só ocorra com o adimplemento da obrigação assumida pelo depositário.

O autor invoca o regime do *sequestro convenzionale*, onde o risco de perecimento da coisa que deverá ser restituída a um dos depositantes deve ser suportado por aquele que terá direito de exigir a restituição: se o titular do direito à restituição é indeterminado, mas determinável, e se a condição inserida no contrato coligado ao depósito vem a verificar-se, o credor da restituição será o beneficiário do depósito, não se justificando que a exoneração do depositante dependa da entrega dos bens depositados por parte do depositário<sup>109</sup>.

Francisco Santoro-Passarelli participou da discussão defendendo que o depósito com função de garantia qualifica-se como um “*acollo liberatório* (ou assunção liberatória de dívida)”<sup>110</sup>: as partes contratantes de um determinado negócio jurídico podem, através da celebração de um contrato de depósito, substituir o devedor originário daquele negócio por outro – o depositário –, ficando o obrigado primitivo automaticamente liberado com a efetivação do depósito<sup>111</sup>.

O autor rejeita a tese de que o contrato de depósito desempenhe, em concreto, uma função de garantia e considera que no caso *Cavallini V. Galassi* ele teria aparentado função de garantia puramente psicológica, porque se resumia

---

<sup>107</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>108</sup> BIGIAMI, Walter. *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, 1938 *apud* ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 48-49.

<sup>109</sup> BIGIAMI, Walter. Op. cit., p. 48-49.

<sup>110</sup> O *acollo liberatorio* está previsto no artigo 1.273º do *Codice Civile* e trata-se de uma forma de transmissão singular de dívidas que se opera mediante a celebração de um contrato entre o antigo vendedor e um terceiro, que se obriga a efetuar a prestação devida, assumindo esse compromisso perante o credor (ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51).

<sup>111</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francisco. Saggi di diritto civile, 1961 *apud* ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 49-50.

apenas na substituição do devedor originário por um devedor em tese mais seguro<sup>112</sup>.

Portanto, de acordo com Santoro-Passarelli<sup>113</sup>, o contrato mediante o qual as partes confiam a terceiro bens que deverão ser entregues a um ou a outro a depender da verificação ou não de evento futuro, certo ou incerto, deverá ser qualificado com um “depósito em substituição do cumprimento” e não como um depósito com função de garantia.

Alfredo Ascoli<sup>114</sup> também se posicionou sobre o tema defendendo que o contrato de depósito apresenta características fundamentais de *sequestro convenzionale* ou depósito de coisa controvertida, contrato misto de depósito e mandato, de acordo com a doutrina italiana.

Para o autor, é incorreto o entendimento desse contrato como um depósito sujeito à condição suspensiva quanto ao sujeito autorizado a exigir a restituição da coisa, porque essa interpretação ignora a existência de um mandato conferido pelas partes ao depositário<sup>115</sup>.

Segundo Alfredo Ascoli<sup>116</sup> a expressão coisa ou direito controverso tem significado amplo e abrange o objeto litigioso e aquele cujo destino jurídico é incerto, o que o aproxima da consignação em pagamento do Direito brasileiro, e conclui que as consequências do inadimplemento do depositário devem ser suportadas por aquele que tem o direito de exigir a restituição do bem, porque a função prática que o depósito visa alcançar é garantir o vendedor através da substituição do devedor originário (o comprador) por outro (o depositário), que reputa mais fiável e seguro. O autor entende, portanto, não se tratar de depósito com função de garantia, mas de meio de extinção de obrigações<sup>117</sup>.

Leo Vivanti<sup>118</sup> expôs a tese do depositário - escolhido de comum acordo entre o depositante e o eventual beneficiário do depósito para gerir assuntos de

---

<sup>112</sup> Idem, p. 52.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>114</sup> ASCOLI, Alfredo. Effeti dell’appropriazione del prezo depositato dal parte del depositario nella vendita, 1938 *apud* ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 52-53.

<sup>115</sup> Idem, p. 53.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>118</sup> VIVANTI, Leo. Depoisto in funzione di garanzi e inadimpimento del depositario, 1938 *apud* ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 55.

interesse comum - como fiduciário de ambas as partes<sup>119</sup>, que, como tal, responderá pelos prejuízos decorrentes de sua infidelidade perante ambos.

O autor salienta o caráter fiduciário da relação jurídica estabelecida entre as partes, tese que constitui verdadeiro embrião da figura do *negócio jurídico fiduciário*, para explicar a natureza jurídica do depósito com função de garantia<sup>120</sup>.

A qualificação do depósito com função de garantia como negócio fiduciário foi defendida pela primeira vez por Cesare Grasseti<sup>121</sup>, segundo o qual o que se verificou no *leading case Cavallini V. Galassi* foi a união entre uma compra e venda sujeita à condição suspensiva e um negócio jurídico fiduciário, onde figuram como partes o comprador (fiduciante que deposita o preço), o notário (fiduciário que recebe em garantia o preço) e o beneficiário do depósito (vendedor ou comprador) a quem, em função da verificação ou não da condição, será entregue ou restituído o preço depositado<sup>122</sup>.

Segundo essa corrente, o depósito do preço ao terceiro fiduciário tem como consequência a transferência da propriedade das somas depositadas para sua esfera jurídica, acompanhada da celebração de um acordo (*pactum fiduciae*), através do qual o fiduciário se compromete a restituir o bem depositado ao fiduciante se não se verificar a condição suspensiva inserida no contrato principal ou, caso contrário, a entregá-lo ao vendedor/beneficiário do depósito<sup>123</sup>.

O autor acredita que o comprador cumpre sua obrigação perante o vendedor com o depósito do preço, devendo este suportar a eventual infidelidade do depositário, uma vez que, por questões de natureza pessoal, confiou mais no depositário do que no comprador e, ao consentir que o depositário fosse investido no preço, aceitou, espontaneamente, ser beneficiário eventual do depósito<sup>124</sup>.

Segundo Cesare Grasseti<sup>125</sup>, o depósito com escopo de garantia não se trata de contrato de depósito típico, pois não é motivado pela necessidade de assegurar a conservação de algo no interesse do depositante, mas, exclusiva ou

<sup>119</sup> No original: *il notaio, anziché funzionare da fiduciario di uno o dell'altro dei proponente, lo era de entrambi, per il loro consenso ad affidargli affare di comune in interesse. (VIVANTI, Leo. Depoisto in funzione di garanzi e inadimpimento del depositario, 1938 apud ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito escrow. Coimbra: Almedina, 2007, p. 55).*

<sup>120</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 55.

<sup>121</sup> GRASSETTI, Cesare. Deposito a scopo do garanzia e negozio fiduciario, 1941 apud ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito escrow. Coimbra: Almedina, 2007, p. 55.

<sup>122</sup> Idem, p. 55-56.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 56.

principalmente, para garantir o cumprimento de uma obrigação, caracterizando-se como categoria contratual distinta do depósito.

A intensa discussão doutrinária acerca do *leading case Cavallini V. Galassi* consagrou o depósito com função de garantia no Código Civil italiano de 1942 como espécie particular de depósito, como se vê da redação do artigo 1.773, que estipula que *se a coisa é depositada também no interesse de um terceiro que comunicou ao depositante e ao depositário sua anuência, o depositário não poderá liberar-se restituindo a coisa ao depositante sem o consentimento do terceiro*<sup>126</sup>.

No Direito português, o artigo 1193º do Código Civil dispõe que *se a coisa foi depositada também no interesse de terceiro e este comunicou ao depositário a sua adesão, o depositário não pode exonerar-se restituindo a coisa ao depositante sem consentimento do terceiro*.

Na Espanha, embora sem previsão no Código Civil, esta espécie particular de depósito está tipificada na Lei 552 da Compilação do Direito Civil Foral da Comunidade de Navarra, com a seguinte redação:

Depósito no interesse de terceiro. No depósito feito no interesse de terceiro que notificou o depositante e o depositário de sua aceitação, o depositário não poderá restituir a coisa ao depositante sem o consentimento do terceiro interessado. Aplicam-se a este contrato as disposições da estipulação em favor de terceiro da lei 523.<sup>127</sup>

Essa subespécie de depósito foi qualificada pelo Direito Navarro como modalidade de contrato em favor de terceiro, onde o direito do depositante de exigir a restituição da coisa depositada encontra-se condicionado<sup>128</sup>.

O Direito Navarro também consagrou outra modalidade particular de depósito com função de garantia, conforme a Lei 474 da Compilação do Direito Civil Foral da Comunidade de Navarra:

<sup>126</sup> No original: *Se la cosa è stata depositata anche nell'interesse di un terzo e questi há comunicato al depositante e al depositario la sua adesione, il depositario no può liberarsi restituendo la cosa al depositante senza il consenso del terzo.*

<sup>127</sup> No original: *Depósito em interés de tercero. En el depósito hecho en interés de tercero que ha notificado al depositante y al depositario su aceptación, el depositario no podrá devolver la cosa al depositante sin el consentimiento del tercero interesado. En este contrato se estará a lo establecido para la estipulación a favor de tercero en la ley 523.*

<sup>128</sup> QUIJADA, Francisco Salinas. Examen elemental de las instituciones de derecho civil foral de Navarra, 1985 *apud* ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito escrow. Coimbra: Almedina, 2007, p. 62.

Depósito em garantia. Para garantia do cumprimento de uma obrigação é permitido constituir-se em favor do credor um depósito de dinheiro ou outras coisas fungíveis. O credor adquire a propriedade das coisas depositadas em seu poder com obrigação de restituí-las ao depositante, se proceder conforme o que está estabelecido no contrato.

Quando depósito se acha em poder de um terceiro, este estará obrigado a entregá-lo ao credor ou a restituí-lo ao depositante, conforme o caso, segundo o pactuado<sup>129</sup>.

Por meio do citado dispositivo legal, que trata de espécie particular de depósito, a coisa depositada tanto pode ser restituída ao depositante quanto entregue a um terceiro, que poderá assumir o *status* de credor do depositante, em função de uma relação jurídica subjacente ao depósito<sup>130</sup>.

Ressalta-se que se trata de modalidade de depósito irregular com fins de garantia distinta daquela regulada no artigo 1.773 do Código Civil italiano, no artigo 1.193 do Código português ou na Lei 552 do Direito Foral Navarro, em que a coisa depositada é *forçosamente* entregue ao depositante<sup>131</sup>.

Existe inegável semelhança entre a figura contratual prevista na Lei Navarra 474 e o contrato discutido no *leading case Cavallini V. Galassi*, porque, em ambos, estamos diante de um contrato de depósito em que o *status* de credor do direito à entrega ou restituição do bem depositado depende da evolução de determinada relação jurídica conexa ao depósito. No entanto, João Tiago Morais Antunes salienta que a lei navarra não consagra a modalidade de contrato com função de garantia vislumbrada no *leading case Cavallini V. Galassi*, mas de espécie de depósito-caução<sup>132</sup>.

No Direito brasileiro, pela dicção do artigo 632 do Código Civil, *se a coisa houver sido depositada no interesse de terceiro, e o depositário tiver sido cientificado deste fato pelo depositante, não poderá ele exonerar-se restituindo a coisa a este, sem consentimento daquele.*

<sup>129</sup> No original: *Depósito en garantía. Para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse a favor del acreedor un depósito de dinero u otras cosas fungibles. El acreedor adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder con obligación de restituirlas al depositante, si procediere, conforme a lo establecido en el contrato.*

*Quando el depósito se haga en poder de un tercero, éste quedará obligado a entregarlo al credor o a restituirlo al depositante, según corresponda conforme a lo pactado.*

<sup>130</sup> QUIJADA, Op. cit., p. 62.

<sup>131</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 62.

<sup>132</sup> Segundo o autor, o depósito-caução, previsto no artigo 623, nº 1 do Código Civil Português e constitui garantia que visa uma das seguintes finalidades: assegurar o cumprimento de uma obrigação que não se sabe se irá nascer, ou seja, puramente eventual ou prevenir o adimplemento de uma obrigação que, sendo certa, é de montante indeterminado. (ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 101-102).

A rigor, o dispositivo do Código Civil brasileiro se assemelha ao supracitado *depósito no interesse de terceiro* italiano, ao português e ao da Lei Navarra 552, diferenciando-se apenas pela circunstância de ser o depositante (e não o terceiro) quem está obrigado a comunicar o depositário sobre a finalidade de garantia inerente ao depósito.

João Tiago Morais Antunes, citando o italiano Maurizio Lupoi<sup>133</sup>, distingue três principais espécies de depósito com função de garantia: (i) o depósito no interesse de terceiro (regulado pelo Direito brasileiro e pelos outros ordenamentos supramencionados); (ii) depósito em favor de terceiro sujeito a termo inicial, e (iii) depósito em favor de sujeito alternativamente determinado (suspensivamente condicionado quanto à pessoa legitimamente autorizada a exigir a entrega da coisa).

Antes de iniciarmos a análise dos tipos contratuais cumpre salientar que embora o depósito em favor de terceiro com função de garantia contemple duas modalidades: o depósito em favor de sujeito alternativamente determinado e o depósito em favor de terceiro sujeito a termo inicial, opta-se por circunscrever o âmbito desta pesquisa ao depósito em favor de sujeito alternativamente determinado, tendo em vista a afinidade entre ambas categorias negociais e que a presente dissertação versa sobre o *escrow*.

Cotejando a doutrina italiana e portuguesa, pode-se afirmar que o artigo 632 do Código Civil brasileiro e demais dispositivos da legislação estrangeira, com redação muito similar à nacional, não contemplam todas as modalidades possíveis de depósito com função de garantia, versando sobre o *depósito no interesse de terceiro*<sup>134</sup>.

Como interesse de terceiro deve ser entendida a atribuição ao terceiro do direito de impedir a restituição da coisa ao depositante, aplicando-se essa modalidade de contrato nas situações em que é controversa, incerta ou hipotética a existência de uma determinada obrigação entre o depositante e uma terceira pessoa.

O depósito no interesse de terceiro, portanto, é celebrado considerando-se a possibilidade de surgir entre depositante e terceiro/beneficiário do depósito uma

---

<sup>133</sup> LUPOI, Maurizio. La realizzazioni dela funzione di garanzia mediante il deposito a favor o nell'interesse di um terzo, 1970 *apud* ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 70.

<sup>134</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 76.

relação jurídica obrigacional, por força da qual o depositante venha a ser o devedor e o terceiro o credor de determinada prestação.

O destino do depósito dependerá desse acerto: verificando-se que não existe nenhuma obrigação do depositante para com o terceiro, ou, existindo essa obrigação, que ela tenha sido voluntariamente cumprida, o depositário deve entregar a coisa ao depositante, sem que o terceiro possa opor-se a essa restituição; no caso oposto, demonstrada a referida obrigação, “o depósito transforma-se num instrumento de coerção indireta ao adimplemento do depositante-devedor”<sup>135</sup>.

A função de garantia contida no depósito no interesse de terceiro decorre da autolimitação da faculdade de exigir a restituição assumida pelo depositante (devedor) e da pressão psicológica dela resultante, uma vez que, impedido de exigir a restituição da coisa depositada, se vê compelido a cumprir a obrigação assumida.

A situação hipotética prevista no dispositivo seria a seguinte: incerta a existência de determinada obrigação do depositante perante o terceiro, por iniciativa do depositante ou em decorrência de acordo prévio, ele entrega a coisa para o depositário, que só poderá restituí-la (ao depositante) se verificado, alternativamente, um dos seguintes eventos: (i) consentimento expresso do terceiro ou (ii) constatação da inexistência da obrigação garantida.

A função de garantia deste depósito residiria no fato de que se o depositante (eventual devedor da obrigação principal) praticasse algum ato de disposição para fraudar interesse do credor/terceiro, a transferência da posse ou a tradição da coisa não seria possível devido à existência do depósito e a posse do depositário.

O artigo 632 não se aplica aos casos em que o depositante age como mandatário do terceiro ou o interesse deste (terceiro) seja meramente de fato. Também não se aplica na hipótese em que o depósito poderia ser feito no interesse *exclusivo* do terceiro, porque isso contrariaria a própria essência do mandato, que é o negócio jurídico constituído no interesse exclusivo ou predominante do depositante.

De outro lado temos o *depósito em favor de sujeito alternativamente determinado*.

---

<sup>135</sup> Idem, p. 77.

Tal figura abrange todos os casos em que não sendo certo que uma determinada coisa deva ser entregue a um terceiro, as partes convençionem que o eventual devedor a entregue para guarda e conservação à pessoa de recíproca confiança (depositário), a quem serão informadas as condições que determinarão a entrega da coisa ao terceiro (eventual credor) ou sua restituição ao depositante (eventual devedor), conforme se realizem ou não as condições que determinam a individualização do sujeito a quem a coisa deverá ser entregue.

O *depósito em favor de sujeito alternativamente determinado* é, portanto, contrato trilateral celebrado entre o *tradens* (eventual devedor), o *accipiens* (fiduciário) e o terceiro (eventual credor) e caracteriza-se pelo fato de sua constituição acompanhar um pacto, formalizado numa das cláusulas do contrato de depósito e que se traduz na subordinação a um negócio jurídico celebrado entre o depositante e o eventual beneficiário do depósito. A evolução dessa relação jurídica conexas ao depósito é que definirá qual o sujeito autorizado a exigir a coisa depositada.

Com a celebração do depósito, o eventual beneficiário passa a poder exigir o cumprimento da prestação de dois devedores: o depositante e o depositário. Isso porque o *depósito em favor de sujeito alternativamente determinado* não tem efeito liberatório.

Nesse sentido, correta a lição de Rosário Nicolò<sup>136</sup>, segundo a qual a celebração do depósito não extingue automaticamente a obrigação garantida, permanecendo o depositante obrigado para com o beneficiário do depósito até o integral cumprimento da prestação devida por parte do depositário.

Com efeito, ao celebrarem o contrato de depósito, as partes não estão interessadas em substituir a obrigação garantida pela obrigação de custódia ou em alterar o devedor originário da obrigação (depositante) ou outro (depositário), em outras palavras, não há intuito de novação, que funcione como causa extintiva da obrigação garantida, independentemente do seu cumprimento pelo depositante<sup>137</sup>.

Além disso, a assunção de dívida descrita no artigo 299<sup>138</sup> do Código Civil brasileiro só exonera o antigo devedor com o consentimento expresso do credor,

---

<sup>136</sup> NICOLÒ, Op. cit., p. 84.

<sup>137</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 84.

<sup>138</sup> Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

sendo que à mera circunstância do credor participar do contrato de depósito não se pode atribuir o significado de exoneração do depositante.

Trata-se de assunção cumulativa de dívida, como explica João Tiago Morais Antunes<sup>139</sup>:

Com a celebração do contrato de depósito, o depositário assume a obrigação eventual do depositante para com o beneficiário do depósito, através de uma assunção cumulativa de dívida que, essencialmente, resulta de uma delegação com fins de garantia operada entre o antigo devedor (o depositante), o novo devedor (o depositário/fiduciário) e o credor eventual (o beneficiário do depósito). Registre-se que quer o depositante, quer o depositário passam a ser devedores da mesma prestação – a dívida garantida – podendo afirmar-se que ambos se encontram objetivamente adstritos à satisfação do mesmo interesse do credor.

Por outro lado, estando a relação jurídica conexa ao depósito sujeita à condição suspensiva, não sendo *a priori* exigível, não se pode atribuir à celebração do depósito o efeito de cumprimento da obrigação, pois no momento em que o depositante confia ao depositário a coisa eventualmente devida ao credor, os efeitos da obrigação garantida estão suspensos.

A função de garantia resulta não tanto da perda da disponibilidade material sobre o bem pelo depositante, mas fundamentalmente pela duplicação de devedores (depositante e depositário), podendo o beneficiário exigir o cumprimento da prestação diretamente deste último, ao qual, por suas características, é atribuída maior confiabilidade.

O depósito em favor de sujeito alternativamente determinado surge como um símbolo emblemático do processo de evolução dos tipos legais, caracterizado pelo aprofundamento da polivalência funcional dos referidos tipos, sem que isso implique na perda de sua identidade fundamental<sup>140</sup>.

Daí é possível concluir que o depósito em favor de terceiro alternativamente determinado é, como o depósito no interesse de terceiro, um subtipo de contrato de depósito.

O estudo da figura do depósito com função de garantia ganha relevância significativa com a frequente introdução nas operações de fusões e aquisições da figura negocial oriunda dos países da *commow law* denominada *escrow*.

---

<sup>139</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 86.

<sup>140</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 157.

Essa figura apresenta fortes afinidades com um dos subtipos de depósito com função de garantia: o depósito em favor de sujeito alternativamente determinado, pois como já explicitado ao longo deste capítulo, está necessariamente ligado a um outro contrato, celebrado por duas das partes do depósito, de cuja evolução vai depender a individualização do sujeito autorizado a exigir a entrega ou restituição dos bens depositados (parte do preço da aquisição de participação societária).

Nesse contexto, podemos definir a natureza do *escrow* como de depósito irregular, atípico, com função de garantia, em favor de sujeito alternativamente determinado, não contemplado pelo artigo 632 do Código Civil brasileiro.

O enquadramento do *escrow* como subtipo do contrato de depósito traz, naturalmente, implicações práticas, como, por exemplo, a aplicabilidade ou não da Ação de Depósito prevista nos artigos 901 a 906 do Código de Processo Civil e a legitimidade de terceiro diverso do depositante para seu ajuizamento, diante do entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o procedimento especial da Ação de Depósito refere-se apenas à pretensão do depositante de lhe ser restituída a coisa depositada<sup>141</sup>.

A precisa delimitação da natureza jurídica do *escrow* também repercute diretamente na definição e na avaliação da adequação dos instrumentos processuais disponíveis na hipótese de inadimplemento de qualquer das partes, como trataremos em tópicos seguintes.

### 3.3 DISTINÇÃO DE FIGURAS AFINS

A natureza jurídica do *escrow* é bastante controvertida, sendo-lhe conferidas ora características de contrato de depósito, ora de cláusula de manutenção numa compra e venda sob condição suspensiva, fideicomisso ou de alienação fiduciária em garantia.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau<sup>142</sup> esclarece que a problemática dos textos normativos não se opera no campo da ciência, onde o desafio são as questões para as quais ela ainda não é capaz de conferir respostas, mas no campo

---

<sup>141</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Volume III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 56.

<sup>142</sup> GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.41.

da prudência, em que o desafio consiste na existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão.

Sob essa perspectiva, passaremos a abordar, exemplificativamente, figuras jurídicas que possam assemelhar-se ao *escrow*.

### 3.3.1 Seguro

Consiste o seguro no contrato pelo qual o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Na dicção de Orlando Gomes, “pelo contrato de seguro, uma empresa especializada obriga-se para com uma pessoa, mediante contribuição por esta prometida, a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco previsto”<sup>143</sup>.

A noção de seguro pressupõe a de risco, ou seja, o fato de o indivíduo estar exposto à eventualidade de um dano motivado pelo acaso. Esse dano é aleatório, mas o perigo que se verifique sempre existe. Desse modo, o contrato de seguro implica transferência de risco<sup>144</sup>.

Embora condicional a obrigação do segurador, existe interdependência das obrigações geradas tanto para uma como para a outra parte: o segurado obriga-se ao pagamento do prêmio; do cumprimento dessa obrigação decorre o direito de exigir do segurador o pagamento da indenização, acaso verificado o acontecimento a que se subordina sua obrigação. Daí porque se diz que o segurado é devedor de dívida certa e credor de dívida condicional: “há enfim, uma alternativa de ganho ou perda, não se sabendo qual das partes obterá a vantagem, ou sofrerá o prejuízo”<sup>145</sup>.

O contrato de *escrow* se assemelha ao de seguro porque, assim como esse último, o de *escrow* se aperfeiçoa na hipótese de efetivação de evento descrito e pactuado pelas partes.

É certo também que o contrato de seguro, dada a função do segurador de proteger o interesse do segurado de não sofrer prejuízo em consequência de determinado acontecimento<sup>146</sup>, proporciona tranquilidade e segurança às partes, o que também se verifica no *escrow*, mas por outro lado, o *escrow agent* não está

---

<sup>143</sup> GOMES, Op. cit., p. 410.

<sup>144</sup> Idem, p. 411.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 411.

<sup>146</sup> Ibidem p. 420.

apenas tentando prevenir evento danoso futuro e incerto, mas, principalmente, garantindo a realização e manutenção dos negócios jurídicos complexos.

A natureza aleatória do contrato de seguro, no entanto, exige os seguintes pressupostos para que o risco seja *segurável*: (i) que o evento seja futuro; (ii) seja incerto ou incerto o momento de sua verificação; (iii) independa da vontade dos interessados; (iv) seja normal, ou seja, regular e periódico e (v) ameace considerável número de pessoas, o que não se constata, necessariamente, no âmbito do *escrow*.

Observadas essas peculiaridades, entende-se que o *escrow* não se identifica com o contrato de seguro.

### 3.3.2 Alienação Fiduciária em Garantia

Instituto do Direito brasileiro segundo parte da doutrina, a alienação fiduciária em garantia foi introduzida no ordenamento jurídico pela denominada *lei de mercado* (Lei nº 4.728 de 14.07.65, alterada pelo Decreto-lei nº 911 de 11.10.69) e se aproxima da fidúcia em garantia germânica, onde o credor a quem é alienada fiduciariamente uma coisa em garantia de uma dívida adquire uma propriedade fortemente limitada, porque restrita aos poderes necessários à função de garantia, e resolúvel, pois cumprida a obrigação, o credor perde automaticamente a propriedade<sup>147</sup>.

Orlando Gomes a define como o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la<sup>148</sup>. Em outras palavras garante o pagamento de dívida, transmitindo-se ao fiduciário (credor) o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, retendo o fiduciante (devedor) a posse direta<sup>149</sup>.

Segundo José Carlos Moreira Alves<sup>150</sup>, os bens fungíveis não podem ser objeto de alienação fiduciária:

---

<sup>147</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Saraiva, 1973, p 29.

<sup>148</sup> GOMES, Op. cit., p. 459.

<sup>149</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Contratos comerciais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 183.

<sup>150</sup> ALVES, Op. cit., p 105.

Poderão as coisas fungíveis ser objeto de alienação fiduciária?  
 Em rigor, não deveriam podê-lo. De feito, se se admitisse alienação fiduciária de coisa fungível, o devedor, no caso de não pagamento, deveria entregar ao credor, não a coisa que lhe alienara, mas outra equivalente àquela, o que vale dizer que – como ocorre no mútuo e no depósito irregular – a posse direta sobre a coisa fungível implica propriedade, já que o possuidor não está obrigado a entregar ou a restituir a coisa mesma (à qual pode ele dar o destino que quiser, inclusive aliená-la a terceiro, no exercício de um direito seu, sem, portanto – como sucede com o devedor, na alienação fiduciária, que transfere a terceiro o bem alienado fiduciariamente -, estar sujeito às penas do estelionato), mas outra igual a ela.

No *escrow*, por se tratar de contrato com efeitos meramente obrigacionais, a rigor, tal qual ocorre na alienação fiduciária, a propriedade do bem não se transfere, ocorrendo a mera transmissão da posse para guarda, conservação (por vezes, gestão) e liberação ao beneficiário, que será determinado acaso verificadas alguma das condições autorizadoras.

No entanto, nos casos em que o objeto do depósito é constituído por dinheiro ou outros bens fungíveis (depósito irregular), o depositante transfere a propriedade das somas para o depositário, que se obriga a restituir ao beneficiário coisa do mesmo gênero e espécie<sup>151</sup>.

Com exceção do depósito irregular, o depositante é o proprietário dos bens que são entregues *in escrow* ao depositário. Ao contrário do que ocorre na alienação fiduciária em garantia, o depositante, em princípio, não aliena a propriedade dos bens depositados, dos quais continua a ser, *pendente conditione*, o único e legítimo proprietário.

Em razão dessas particularidades, entende-se que o *escrow* não se assemelha à figura jurídica em comento.

### 3.3.3 Fideicomisso

Consiste o fideicomisso na instituição de herdeiro ou legatário, designado fiduciário, com obrigação de, por sua morte, a certo tempo ou sob condição preestabelecida, transmitir a outra pessoa, chamada fideicomissário, a herança ou o legado<sup>152</sup>.

Essa é dicção do artigo 1.951 do Código Civil:

<sup>151</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 273.

<sup>152</sup> DINIZ, Op. cit., p. 266.

Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica como fideicomissário.

Comparando a figura com o *escrow*, observa-se que ambos atuam em benefício da pessoa designada no contrato e que o bem depositado terá destino de acordo com condição ou prazo fixados pelas partes.

Outra semelhança entre o fideicomisso e o *escrow* é que em ambos a propriedade sobre o bem é resolúvel, conforme artigo 1.953 do Código Civil, que determina que *o fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel*.

As semelhanças, contudo, cessam nesse ponto, pois enquanto no fideicomisso a posse e propriedade do bem a ser depositado se transmite, no *escrow*, a rigor, não há transferência de propriedade para o depositário, com exceção do depósito irregular, como já explicitado no item supra.

Portanto, apesar de algumas afinidades, não se pode afirmar tratar-se de institutos idênticos.

### 3.3.4 Depósito Típico

O vocábulo *depósito* tem origem no latim *depositum*, que significa fidúcia pela qual alguém coloca algo sob o poder de outrem.

Sem definição no revogado Código Comercial, o conceito é tratado no artigo 627 do Código Civil, cujo enunciado o define como contrato pelo qual *recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame*.

Sílvio Rodrigues<sup>153</sup> define o depósito como o “contrato pelo qual uma pessoa – depositário – recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o depositante reclamar”, salientando que “a guarda da coisa alheia é assim a finalidade precípua do depósito”.

Orlando Gomes<sup>154</sup> ressalta as características do depósito como contrato unilateral, gratuito, real, *intuito personae*<sup>155</sup>, podendo converter-se em bilateral quando oneroso.

<sup>153</sup> RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 259.

<sup>154</sup> GOMES, Op. cit., p. 339.

<sup>155</sup> Tal característica não tem prevalecido diante da escolha de depositários desconhecidos.

No tocante à gratuidade (e conseqüente unilateralidade) do depósito, a visão comercialista de Waldírio Bulgarelli apregoa que essas características têm sucumbido diante da comercialização da vida civil:

Difícil é, nos dias atuais, conceber tal obrigação (que era recorrente no passado da amizade) como um contrato gratuito, pois, mesmo nas relações civis, dificilmente ocorrerá sem a correspondente remuneração, ou sem que se receba algo... é a conhecida comercialização da vida civil.

João Tiago Morais Antunes<sup>156</sup> salienta que o depósito típico é essencialmente um contrato de fidúcia e que, nesse ponto, o depósito *escrow* não apresenta qualquer diferença, pois nele a fidúcia constitui elemento forte e evidente:

O depósito típico é, pela sua própria essência, um contrato de fidúcia, significando isso ser celebrado *intuitus personae*. O depósito *escrow* não apresenta, pois quaisquer diferenças relativamente ao contrato de depósito típico neste ponto específico. Pode, contudo, dizer-se que o caráter fiduciário do depósito se revela, no tipo contratual em causa, particularmente forte e evidente.

No *escrow* o comprador entrega um bem (parte do preço) em custódia a um terceiro, cuja função será garantir o cumprimento de obrigações decorrentes de contingências futuras imprevistas ou imprevisíveis, assegurando-se ao beneficiário do depósito a realização de seu crédito demonstrada sua condição de credor.

Embora não se olvide da existência de depósito prévio como pressuposto do *escrow*, é possível afirmar que se trata de contrato atípico, porque não expressamente previsto pelo modelo legal do revogado Código Comercial de 1850 (artigos 280 a 286) e do Código Civil (artigos 627 e 652), em virtude de sua natureza complexa, especialmente a função de garantia que o difere do depósito típico.

Como já dito, o *escrow* difere do depósito típico, cuja entrega da coisa (contrato real) é o ato principal e não meramente acessório, por meio do qual o contrato se aperfeiçoa, enquanto o *escrow* é consensual, porque se ultima pela simples aquiescência das partes em confiar a terceiro a custódia de parte do preço.

Assim como o Código Civil argentino<sup>157</sup>, o artigo 633 do Código Civil brasileiro salienta a predominância do interesse do depositante, dispondo que o bem será restituído sempre que por ele exigido, ao passo que no *escrow* não é possível

<sup>156</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 164.

<sup>157</sup> Artículo 2.217 – *Aunque se haya designado un término para la restitución del depósito, esse término es siempre a favor del depositante, y puede exigir el depósito antes del término.*

predeterminar-se o beneficiário, de modo que enquanto o depósito típico é qualificado pela doutrina como restitutivo, o *escrow* é tido como *tendencialmente* restitutivo, pois nem sempre a coisa depositada é restituída ao *tradens*, podendo ser entregue a um terceiro<sup>158</sup>.

Outra característica que distingue o *escrow* do depósito típico é o direito de retenção. Enquanto esse admite que o depositário deixe de entregar a coisa depositada até que seja reembolsado do valor das despesas ou prejuízos decorrentes do depósito (artigo 644, CC), naquele o depositário ou *escrow holder* fica obrigado a entregar o bem ao beneficiário, sob pena de incorrer em responsabilidade pelos prejuízos causados pelo seu inadimplemento<sup>159</sup>.

Além disso, enquanto a guarda da coisa alheia é a finalidade precípua do depósito, sendo vedado o uso ou qualquer ato de gestão sobre o bem custodiado<sup>160</sup>, o *escrow* tem previsão que extrapola o instituto clássico, outorgando ao depositário a faculdade de administrar o bem *in escrow*.

Por fim, no contrato de depósito típico figuram duas partes: o depositante (aquele que entrega a coisa) e o depositário (quem recebe a coisa). Por sua vez, no *escrow* estamos diante de um contrato trilateral subscrito por duas partes contratantes num negócio jurídico coligado ao depósito e uma terceira entidade fiduciária, a quem elas confiam o acompanhamento e execução desse negócio subjacente<sup>161</sup>.

É evidente o paralelismo entre o contrato de *escrow* e o de depósito típico, pois a custódia da coisa também é pressuposto da celebração do *escrow*. No entanto, não se pode olvidar que diferem, especialmente em virtude da função de garantia inerente ao *escrow*.

### 3.4 ESCROWE PROCEDIMENTO JUDICIAL

A concepção moderna de inafastabilidade do Poder Judiciário, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal não se resume a assegurar ao

<sup>158</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 28.

<sup>159</sup> Idem, p. 166.

<sup>160</sup> Sobre essa questão, Maria Helena Diniz adverte que embora o uso da coisa não desvirtue o depósito, esse não poderá ser o fim precípua do contrato, porque “a guarda da coisa alheia é seu corolário essencial e a principal obrigação do depositário. O escopo primordial do depósito é a guarda da coisa e não o uso dela, nem a transferência da propriedade”. (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p.310).

<sup>161</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 164.

jurisdicionado o livre acesso ao processo, à justiça gratuita ou o aconselhamento judicial.

Numa perspectiva de máxima eficácia das normas constitucionais, a mencionada garantia deve orientar as políticas de governo, o Judiciário, demais personagens do processo e o pesquisador a encontrar mecanismos, técnicas ou ferramentas que possibilitem ao jurisdicionado usufruir da prestação tal como se tivesse havido o cumprimento voluntário da obrigação.

A visão do processo como instrumento ético para a realização da justiça ou de acesso à ordem jurídica justa, deve ser evidenciada através de sistema jurídico igualitário que não apenas proclame, mas garanta o direito de todos e que não esteja limitado ao simples ingresso em juízo<sup>162</sup>, porque seu conceito compreende a atividade jurídica como um todo, abrangendo a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação justa<sup>163</sup>.

A doutrina e as hipóteses de tutelas jurisdicionais diferenciadas bem ilustram essa nova perspectiva do Direito Processual Civil moderno e seu rompimento com a antiga visão voltada quase exclusivamente para um processo dogmático, distanciado das expectativas e da riquíssima variedade de pretensões oriundas da vida social, pouco adaptável à ordinarização do Processo Civil que orientou o legislador e parte da doutrina num passado não muito remoto.

A determinação da natureza jurídica do *escrow* reflete nas questões atinentes ao acesso à justiça, especialmente no que tange à definição e na ponderação sobre a aplicabilidade dos instrumentos processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro nas hipóteses de inadimplemento contratual.

Diante dessas questões, o desafio consiste em encontrar soluções, tais como o cabimento ou do procedimento especial da Ação de Depósito previsto nos artigos 901 e seguintes do Código de Processo Civil e a exequibilidade do *escrow* diante das disposições do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

A “instituição de procedimentos especiais tem a finalidade de adequar às peculiaridades de certas situações regidas pelo direito material o iter percorrido entre a demanda e a sentença que julgada a pretensão do autor”<sup>164</sup>. A adoção desses

---

<sup>162</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 30.

<sup>163</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 11.

<sup>164</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163.

procedimentos no sistema do processo de conhecimento está associada à ideia de instrumentalidade do processo, dada a necessidade de oferecer meios processuais que se adequem às variadas situações da vida.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco<sup>165</sup>, a existência de provimentos jurisdicionais distintos, que comportam tutelas diferentes, processos e procedimentos diferenciados, de acordo com as necessidades da específica tutela a ser concedida, implica na imperativa necessidade de se fazer escolhas adequadas ao ingressar em juízo com o pedido de tutela jurisdicional. Para que seja viável, o pedido deve ser feito segundo a escolha adequada da pretensão, à luz do direito material.

Ainda segundo o autor, a lei é rigorosa quanto à escolha jurídico-substancial adequada, feita a partir dos preceitos de direito material, e resulta em consequências processuais relevantes, como a determinação da natureza do provimento jurisdicional cabível (cognitivo, executivo, constitutivo ou condenatório)<sup>166</sup>.

Reconhecida a natureza jurídica do *escrow* como depósito atípico, com escopo de garantia, na modalidade *depósito em favor de sujeito alternativamente determinado*<sup>167</sup>, cumpre verificar se a Ação de Depósito pode servir de instrumento aos interessados em caso de inadimplemento contratual.

Inserida no Título I, do Capítulo IV, do Código de Processo Civil vigente, intitulado Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa, a Ação de Depósito é regulamentada pelos artigos 901 a 906 do *Codex*.

Definida como *ação através da qual o depositante obtém a restituição da coisa depositada*, o procedimento especial da Ação de Depósito consiste em ação de direito material, a qual o Código de Processo Civil reconheceu executividade ao prever a expedição de mandado para entrega da coisa objeto do depósito, com o trânsito em julgado da sentença, a teor do artigo 904.

Isso porque o legislador não se limitou a prever a tramitação de um pedido condenatório, pois o ajuizamento da ação, a pretensão e a citação giram em torno de um ato concreto que se reclama do depositário: a restituição do bem que se encontra em seu poder. Acolhida a pretensão do autor, a sentença não se limita a

---

<sup>165</sup> DINAMARCO, Op. cit., p. 170.

<sup>166</sup> Idem, p. 173.

<sup>167</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 274.

extinguir a relação processual com a declaração de que o réu está condenado a devolver o bem custodiado, mas desde logo, por força da própria sentença, será expedido mandado judicial de entrega da coisa ou seu equivalente em dinheiro.

Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabricio<sup>168</sup> afirma que, na classificação das ações especiais, convém identificar o “elemento preponderante entre o condenatório e o executivo, uma vez que em ações como a de depósito, ninguém duvida que de ambos, como outros, estejam presentes”.

Baseado na premissa de se trata de ação executiva *lato sensu*, Ovídio Baptista da Silva<sup>169</sup> argumenta que há evidente impropriedade na conceituação da Ação de Depósito no artigo 901, uma vez que não tem por fim apenas *exigir* a restituição da coisa depositada como se lê da redação do artigo, o que não lhe conferiria *status* de ação executiva, mas de ação meramente condenatória, cuja sentença de procedência não realiza o direito, limitando-se exortar o réu a cumprir o julgado, pena de execução forçada:

Quando se examina a sentença condenatória sob o prisma de sua peculiar eficácia e se destaca a precípua função de apenas exortar o condenado a cumprir a sentença, compreende-se que a autonomia da ação condenatória, como uma classe especial de ações, existente ao lado das constitutivas, mandamentais, declaratórias e executivas, é insustentável, como antes dissemos, se quisermos ser coerentes com os conceitos de ação e pretensão de direito material, conceitos dos quais, aliás, partira Pontes, para propor a inclusão das condenatórias como uma classe especial de ações (de direito material).

E continua, salientando que partindo-se do conceito de ação de direito material, “como o agir através do qual o direito autonomamente se realiza, sem mais carecer da atividade voluntária de cumprimento por parte do obrigado”, deparamo-nos com uma evidente contradição lógica ao conferir-se *status* de ação a uma atividade que se limita a exortar o condenado a voluntariamente cumprir a sentença de condenação, pois “quem exige não age, mas exerce pretensão, não ação”<sup>170</sup>.

Ainda segundo o autor, tal distinção não desapareceu com a adoção da ação sincrética, em que a atividade executória passou a ser um prolongamento da ação de conhecimento, sem a instauração de uma nova instância, porque as

<sup>168</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao código de processo civil, 1984, *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Volume III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 58.

<sup>169</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil. Volume 2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 253-254.

<sup>170</sup> *Idem*, p. 254

sentenças condenatórias correspondem a uma relação obrigacional, enquanto as sentenças executivas a uma pretensão real, a não ser que se elimine a distinção entre *direito real e obrigação*<sup>171</sup>.

Outro aspecto que deve ser ressaltado quando se trata da Ação de Depósito consiste na diferenciação entre as duas espécies de depósito: regular e irregular. O primeiro é o depósito típico, cujo objeto são os bens infungíveis “e o depositário se obriga a restituir especificamente a própria coisa depositada”<sup>172</sup>, enquanto o segundo versa sobre bens fungíveis, ajustado com a “transferência do domínio ao depositário, que pode usar e consumir os bens que lhe são confiados, com obrigação apenas de restituí-los em objetos que sejam do mesmo gênero, qualidade e quantidade”<sup>173</sup>.

No que tange ao depósito irregular, pela dicção do artigo 1.280 do Código Civil, *regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo*, o que, segundo parte da doutrina, impede a utilização da Ação de Depósito, porque embora a lei não proíba o depósito de coisas fungíveis, a outorga ao depositário do poder de usar e consumir a coisa confiada à sua guarda desnatura o contrato, desaparecendo a obrigação de restituir a própria coisa depositada, para assumir apenas o dever de repor o seu equivalente qualitativo e quantitativo.

Sob essa perspectiva, faltaria interesse de agir e desaparecia o suporte autorizador para a Ação de Depósito, cujo objetivo é apenas e tão somente a restituição da coisa depositada<sup>174</sup>, subsistindo a ação de cobrança, uma vez que o depósito irregular é regido pelas regras do contrato de mútuo.

Sob essa ótica, a fungibilidade da coisa depositada, típica do *escrow* no âmbito das operações de fusões e aquisições, impediria o ajuizamento de Ação de Depósito prevista no Código de Processo Civil para exigir a restituição do bem *in escrow*, normalmente representado pelo depósito de parcela do preço da operação.

Para Ovídio Baptista da Silva, no entanto, a previsão do artigo 1.280 não significa que exista confusão entre o depósito de coisa fungível e o mútuo, mas apenas que aquele se regula pelas normas do mútuo, o que não o desnatura como contrato de depósito<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> SILVA, Op. cit., p. 255.

<sup>172</sup> Idem, p. 56.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>175</sup> SILVA, Op. cit., p. 256.

A circunstância que os distingue está na função de cada um dos negócios jurídicos, como apregoa Pontes de Miranda, citado por Ovídio Baptista da Silva<sup>176</sup>: no depósito, mesmo de coisa fungível, realiza-se o contrato no interesse do depositante; no mútuo, o interessado na entrega do bem é o mutuário. Segundo essa concepção, a essência do depósito permanece inalterada e o depósito irregular partilha da mesma natureza fundamental de todos os depósitos: a obrigação de *guarda e custódia*.

A partir desse raciocínio, Ovídio A. Baptista da Silva<sup>177</sup> admite a adoção da Ação de Depósito para reaver coisa fungível, ressalvando apenas que a execução da sentença no depósito irregular far-se-á segundo as disposições pertinentes às execuções que tenham por objeto coisas de gênero (fungíveis), pois a sentença obtida pelo depositante de bem fungível tem por objeto coisa que, em razão da fungibilidade, integram o patrimônio do depositário, enquanto no depósito de coisas infungíveis o depositante buscar recuperar o que lhe pertence.

Nesse aspecto, é possível concluir-se que a fungibilidade do objeto depositado *in escrow* no contexto das operações de fusões e aquisições não constitui óbice para que sua entrega ou devolução seja exigida por meio da Ação de Depósito, tal como prevista no atual Código de Processo Civil.

Outra controvérsia sobre a viabilidade da Ação de Depósito no âmbito do *escrow* reside na questão da legitimidade para propositura da demanda.

Pela dicção do artigo 901 do Código de Processo Civil, o procedimento especial da Ação de Depósito *tem por fim exigir a restituição da coisa depositada*. De acordo com parte da doutrina<sup>178</sup>, o comando legal refere-se apenas à pretensão do depositante de lhe ser restituída a coisa depositada.

A princípio, o vocábulo *restituição* contido na norma parece excluir a possibilidade de que terceiro, diverso do depositante, esteja legitimado para exigir a entrega da coisa depositada. Interpretação nesse sentido impediria o beneficiário do *escrow*, depósito em favor de sujeito alternativamente determinado, não necessariamente o depositante, cujo *status* de credor depende da verificação ou não da condição aposta à relação jurídica fundamental que lhe é conexa, de titularizar o direito de exigir a entrega da coisa depositada por meio da Ação de Depósito.

---

<sup>176</sup> PONTES DE MIRANDA, Op. cit., p. 256.

<sup>177</sup> SILVA, Op. cit., p. 256-257.

<sup>178</sup> THEODORO JUNIOR, Op. cit., p. 56.

Não se olvida que o direito processual é eminentemente formal, no sentido de que define e impõe as formas a serem observadas pelos personagens do processo. A observância de tais formas constitui garantia de segurança e se destina a conferir efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual, sobretudo ao devido processo legal.

No entanto, processo formal não se confunde com formalismo ou “culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma”<sup>179</sup>:

Uma das características do processo civil moderno é o repúdio ao formalismo mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que a exigem, segundo os objetivos a atingir. É de grande importância a regra da instrumentalidade das formas (...) as exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados a fins: o que substancialmente importa é o resultado obtido e não tanto a regularidade no emprego dos meios. Elas visam também, por outro aspecto, a preservar direitos e expectativas de algum sujeito, não sendo racional dar-lhes tanta importância a ponto de reputar inválido o ato sem que o sujeito a ser protegido haja sido lesado pelo mero desvio formal<sup>180</sup>.

Essa perspectiva da ordem processual é a que possui maior aptidão para dar efetividade à promessa constitucional de acesso à ordem jurídica justa, pois seria frustrante se deparar com a solução justa, possível e desejável, mas estar o juiz impedido de adotá-la por falta de um específico instrumento processual, num culto irracional à forma, equivalente à redução do processo a um mero sistema formal<sup>181</sup>.

Além disso, não se pode olvidar que a visão moderna do processo o encara como técnica que visa a pacificação dos indivíduos, eliminando conflitos através da realização da justiça. Uma adequada aplicação da técnica processual depende da busca de soluções legitimamente descobertas no direito substancial bem interpretado, o que significa dizer que essa técnica é o instrumento a serviço da realização do direito material<sup>182</sup>.

Desse modo, considerando que a lei outorgou a Ação de Depósito àquele que confiou coisa à custódia de depositário que se revelou infiel, e diante de uma perspectiva da ordem processual em que a lei processual não é mero sinônimo de lei formal, mas de oferta de meios para a conformação da expectativa de acesso à

---

<sup>179</sup> DINAMARCO, Op. cit., p. 40.

<sup>180</sup> Idem, p. 41.

<sup>181</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil empresarial. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

<sup>182</sup> DINAMARCO, Op. cit., p. 61.

ordem jurídica justa, é possível argumentar que o credor do depósito *escrow*, não depositante, seja parte legítima para intentar Ação de Depósito e exigir a entrega do bem.

Por outro lado, as discussões sobre o cabimento ou não da Ação de Depósito para a exigência do *escrow* tendem a desaparecer diante da exclusão deste procedimento especial, conforme Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010)<sup>183</sup>.

Não obstante arrolada entre as ações de procedimento especial pelo Código de Processo Civil vigente, há muito vem se sedimentando na doutrina o entendimento de que não se vislumbra na Ação de Depósito incidente ou particularidade que a diferencie das ações de procedimento ordinário, tanto que o próprio artigo 903 dispõe que *se o réu contestar a ação, observar-se-á o procedimento ordinário*.

Isso porque, diferentemente das Ações Possessórias, a Ação de Depósito “não se transforma em ordinária com a contestação – uma vez transposta a fase liminar especial –, mas permanece ordinária como era desde a petição inicial”<sup>184</sup>.

Essa impropriedade legislativa é atribuída às suas raízes históricas. As Ordenações do Reino português, sob cujo império o Brasil esteve submetido por mais de trezentos anos, estabelecia a distinção entre a ação competente para o depositante obter a restituição da coisa, quando o depósito fosse provado por escritura, a qual era conferida ação especial, e a ação cabível para os demais casos, em que o depositante não dispusesse de escritura pública para a prova do depósito<sup>185</sup>.

Com efeito, provado o depósito por escritura pública, o depositante dispunha de uma ação especial, mais tarde denominada de ação *decendiária*, por meio da qual, se o depositário não alegasse e provasse nos dez dias seguintes à citação, a quitação ou outro motivo que o desonerasse do dever de restituir o objeto do depósito, seria desde logo condenado a entregar a coisa depositada<sup>186</sup>.

Além disso, uma particularidade procedimental anterior ao Código de Processo Civil de 1973 atribuía à Ação de Depósito *status* de *especial*, e consistia na

---

<sup>183</sup> O Anexo A - Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil - contém o inteiro teor do documento.

<sup>184</sup> SILVA, Op. cit., p. 258-259.

<sup>185</sup> Idem, p. 259.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 259.

obrigatoriedade de depósito prévio em juízo do objeto reclamado na ação para que o depositário pudesse oferecer contestação<sup>187</sup>.

Doutrina majoritária entende que a disposição do inciso I, do artigo 902, do Código de Processo Civil, que determina que o réu liminarmente deposite a coisa reclamada, tem “sentido apenas de permitir, não exigir, que o depositário libere-se dos encargos e riscos da conservação da coisa, depositando-a em juízo, durante o processo”<sup>188</sup>. Se não o fizer, no entanto, não estará impedido de contestar a ação.

Suprimida a exigência do depósito liminar do bem e recusando-se a especialidade decorrente da assinatura de dez dias, a Ação de Depósito tornou-se ação ordinária e plenária, não obstante mantida dentre as ações especiais, pelo fato de ser executiva, circunstância que, segundo Ovídio Baptista da Silva<sup>189</sup>, a torna diversa da concepção que o legislador tem do processo de conhecimento.

Por outro lado, desde a transição do Código de Processo Civil de 1939 para o Código de 1973, a doutrina já chamava a atenção para a necessidade de se refletir sobre o grande número de procedimentos especiais, como se manifestou Egas Moniz de Aragão<sup>190</sup>:

Ninguém jamais se preocupou em verificar se a existência desses inúmeros procedimentos constitui obstáculo à ‘efetividade do processo’, valor tão decantado na atualidade; ninguém jamais se preocupou em pesquisar se a existência de tais e tantos procedimentos constitui estorvo ao bom andamento dos trabalhos forenses e se a sua substituição por outros e novos meios de resolver os mesmos problemas poderá trazer melhores resultados. Diante desse quadro é de indagar: será possível atingir os resultados verdadeiramente aspirados pela revisão do Código sem remodelar o sistema no que tange aos procedimentos especiais?

Para justificar a exclusão de alguns procedimentos especiais, dentre eles o da Ação de Depósito, consta da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil que as reformas legislativas introduzidas no Código vigente ao longo dos anos modificaram características dos procedimentos especiais que muitas vezes serviam para qualificá-los com tal, bem como incluíram no procedimento comum aspectos antes exclusivos dos procedimentos especiais<sup>191</sup>.

<sup>187</sup> SILVA, Op. cit., p. 260.

<sup>188</sup> Idem, p. 263.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 260.

<sup>190</sup> ARAGÃO, Egas Moniz. Reforma processual: 10 anos. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez. 2004, p. 205.

<sup>191</sup> “Ainda na vigência do Código de 1973, já não se podia afirmar que a maior parte desses procedimentos era efetivamente especial. As características que, no passado, serviram para lhes

Sem adentrar no mérito da opção legislativa, necessário se faz investigar o instrumento processual hábil para a execução do *escrow* segundo as disposições do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, diante da exclusão do procedimento especial da Ação de Depósito.

A locução dos artigos 627<sup>192</sup> e 629<sup>193</sup> do Código Civil vislumbram a obrigação de guarda, conservação e restituição do bem pelo depositário, estabelecendo vínculo em virtude do qual o depositante pode exigir do depositário prestação economicamente viável, consistente numa obrigação de fazer<sup>194</sup>.

Considerando a natureza dos resultados jurídico-materiais oferecidos, a tutela jurisdicional poderá ser preventiva, reparatória ou sancionatória, cujo critério de classificação, ditado pelo direito substancial, consiste no modo como a tutela incide na vida dos indivíduos, em relação às violações sofridas ou iminentes<sup>195</sup>.

A tutela preventiva ou inibitória visa evitar a violação de direitos e a criação ou agravamento de situações desfavoráveis, “mediante o veto a alguma conduta e condenação do sujeito a abster-se”<sup>196</sup>.

Por outro lado, consumados os atos comissivos ou omissões lesivas, resta a reparação da situação gerada, mediante a recondução dos sujeitos ao estado anterior à transgressão. “Tal é a tutela reparatória, que se distingue da preventiva justamente porque tem cabimento com o fito de restabelecer situações, não de prevenir transgressões”<sup>197</sup>. “A tutela reparatória será específica quando proporciona ao sujeito o próprio bem a que tinha direito; ou ressarcitória, consistente em propiciar dinheiro em substituição ao bem”<sup>198</sup>.

A partir da ideia de que “na medida do que for praticamente possível, o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele

---

qualificar desse modo, após as inúmeras alterações promovidas pela atividade de reforma da legislação processual, deixaram de lhes ser exclusivas. Vários aspectos que, antes, somente se viam nos procedimentos ditos especiais, passaram, com o tempo, a se observar também no procedimento comum. Exemplo disso é o sincretismo processual, que passou a marcar o procedimento comum desde que admitida a concessão de tutela de urgência em favor do autor, nos termos do art. 273”.

<sup>192</sup> Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

<sup>193</sup> Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exigir o depositante.

<sup>194</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense. 2005, v.II, p. 5.

<sup>195</sup> DINAMARCO, Op. cit., p. 156.

<sup>196</sup> Idem, p. 157.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 159.

tem o direito receber”<sup>199</sup>, o direito moderno vem impondo a tutela específica, com base na moderna escola do processo civil de resultados, que pugna pela efetividade do processo como meio de acesso à justiça.

Nesse contexto, precisa a lição de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>200</sup>, para quem a afirmação de uma relação jurídica substancial constitui elemento imprescindível do processo, pois a jurisdição atua sempre em função de um direito material afirmado, embora não necessariamente existente:

Pode-se dizer, pois, que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão do direito processual preocupada com os seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins.

Somente quando a tutela específica não for material ou juridicamente possível, terá lugar a tutela ressarcitória, que consiste em propiciar dinheiro no lugar do bem ou da situação subtraída ao demandante, nos casos de perda ou destruição do bem devido<sup>201</sup>.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco<sup>202</sup>, o Código de Processo Civil vigente confere especial ênfase à prioridade de satisfação específica dos direitos, municiando o juiz de poderes destinados a obter o cumprimento das obrigações de fazer ou de não-fazer ou oferecer ao credor um resultado prático equivalente ao adimplemento, sendo a solução pecuniária admitirá apenas por opção do credor ou quando impossível a satisfação *in natura*.

A previsão de medidas que visem forçar o devedor de uma prestação a cumpri-la, com a determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, está estampada no artigo 461, § 5º, e 461-A do Código de Processo Civil vigente, cujos preceitos foram realocados sem grandes alterações nos artigos 521 a 523 do Anteprojeto do Novo Código<sup>203</sup>.

Assim como o texto vigente, o possível substituto autoriza o juiz, em sede de tutela antecipada ou na sentença, a adotar medidas que tendam a atribuir mais

<sup>199</sup> DINAMARCO, Op. cit. p. 110.

<sup>200</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 13-14.

<sup>201</sup> DINAMARCO, Op. cit., p. 157.

<sup>202</sup> Idem, p. 157-158.

<sup>203</sup> Os artigos 521 a 523 podem ser visualizados pelo leitor no Anexo B - Capítulo VI do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

efetividade à tutela concedida, visando atingir exatamente aquilo que se busca com a propositura da demanda, influenciado pela ideia de um processo civil de resultados, como salienta Cândido Rangel Dinamarco<sup>204</sup>:

Ao municiar o juiz de uma soma de poderes severíssimos, destinados a remover a inadimplência do sujeito condenado por obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar (arts. 461 e 461-A), o Código de Processo Civil postou-se nessa linha metodológica do processo civil de resultados, sabido que essas são as obrigações mais propícias ao inadimplemento. Pelos meios tradicionais de execução específica são muito mais angustiosas as dificuldades e delongas enfrentadas pelo credor, sempre que o obrigado se obstine em não cumprir o comando emergente da sentença que o haja condenado a um fazer e a um não-fazer.

Para tanto, foram atribuídas prerrogativas genéricas ao juiz, que pode adaptar tais poderes para adequá-los as variadas situações que os casos concretos venham a demandar. Essa diversidade de situações e a impossibilidade de prevê-las fundamentam a opção legislativa pela não taxatividade das formas executivas, pelo contrário, tanto o artigo 461 quanto o possível substituto, apenas exemplificam algumas medidas, enfatizando a imposição de multa cominatória<sup>205</sup>.

Em ambos os textos é evidente a preocupação do legislador “em conceder ao credor mecanismos idôneos à concretização de seu direito, traduzidos por sanções pecuniárias e medidas de apoio”<sup>206</sup> voltadas a assegurar ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento específico da obrigação em tempo oportuno.

Desse modo, a lei prevê a possibilidade de aplicação de medidas de coerção indireta, direta e de sub-rogação para o cumprimento das tutelas de obrigação de dar, fazer e não fazer, cabendo ao juiz a aplicação da medida que melhor se adapta ao caso concreto, a fim de viabilizar a entrega da prestação jurisdicional, tal como se tivesse havido a adimplemento voluntário da prestação.

Daí porque Cândido Rangel Dinamarco<sup>207</sup> defende que a introdução dos artigos 461 e 461-A no Código de Processo Civil serviram de instrumento de superação das barreiras à plena efetividade das decisões judiciais, uma vez que

<sup>204</sup> DINAMARCO, Op. cit., p. 111.

<sup>205</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. 4. ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 229-230.

<sup>206</sup> LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro, 2001, *apud* GUEDES, Fabio Tadeu Ferreira. *Medidas de apoio nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa*, in O novo processo civil. Organização José Anchieta da Silva. São Paulo: Lex Editora, 2012, p. 210.

<sup>207</sup> DINAMARCO, Op. cit., p. 301.

legitimaram o juiz a exercer legítima pressão psicológica sobre o sujeito, através da determinação de medidas coercitivas, para que cesse a resistência do condenado no cumprimento de obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa.

Portanto, conclui-se que verificada a infidelidade do depositário *escrow*, o lesado poderá se valer das prerrogativas do artigo 461, § 5º (ou artigo 522 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil), requerendo ao juiz sejam determinadas as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica da obrigação de restituição do bem entregue *in escrow*.

## 4 ESCROW EM FUSÕES E AQUISIÇÕES E BOA-FÉ OBJETIVA

### 4.1 OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

Nas duas últimas décadas o Brasil tem experimentado intenso movimento de operações de fusões e aquisições de empresas<sup>208</sup>, cujas transações, a exemplo do que se vê em todas as economias capitalistas do globo, em conjunto, movimentam bilhões de reais na economia nacional.

De acordo com o relatório de fusões e aquisições elaborados por empresas de consultoria do setor<sup>209</sup>, apenas no primeiro trimestre de 2014 o país acumulou quase 200 transações. Anualizado, esse número reflete a importância econômica deste tipo de operação para a economia nacional e justifica a pesquisa dos instrumentos jurídicos pertinentes, sua regulamentação no direito nacional e sua efetividade no âmbito do Judiciário, em matéria de acesso à justiça.

Várias razões são referidas para justificar as aquisições, embora todas tenham na origem o desejo de agregar valor para os acionistas da sociedade compradora<sup>210</sup>. Pode restringir-se a simples engenharia financeira, como nas *leveraged buy out* (LBO's), pelo qual a sociedade adquirida paga pela sua aquisição com seus próprios ativos e fluxos de caixa, economia de escala, *time to market* (TTM), verticalização da produção, aquisições defensivas ou simples melhoria na eficiência administrativa.

A disciplina jurídica de fusões e aquisições não é algo que interesse exclusivamente ao Direito Comercial ou ao Direito Civil, como ordinariamente acontece quando se estuda, por exemplo, o contrato de compra e venda simples, o comodato ou a locação de imóveis. Tampouco envolve apenas os operadores do Direito, pois questões centrais como a avaliação do negócio, a decisão de

---

<sup>208</sup> A expressão *fusões e aquisições* será empregada conforme a linguagem econômica, que a consagrou para se referir a qualquer tipo de contrato associativo entre empresas. Do ponto de vista técnico jurídico essas operações podem ser estruturadas de três maneiras diferentes: (a) pela transformação societária, por meio de fusão, cisão ou incorporação; (b) compra de estabelecimento ou de ativos da sociedade alvo ou (c) compra e venda de ações de sociedade alvo, com ou sem cotação em bolsa de valores.

<sup>209</sup> O inteiro teor dos relatórios elaborados pelas empresas de auditoria *KPMG* e *PricewaterhouseCoopers* podem ser visualizados pelo leitor no Anexo C – Relatórios de fusões e aquisições.

<sup>210</sup> ARJONA; PERERA, Op. cit., p. 42.

investimento e os aspectos contábeis dependem da participação de economistas e contabilistas.

Não raro, mesmo se tratando de operações não sujeitas ao controle da Comissão de Valores Mobiliários, as transações de fusões e aquisições podem estar subordinadas à prévia manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a teor do artigo 88 da Lei 12.529/11, segundo o qual sempre que a operação puder limitar ou prejudicar a livre concorrência ou implicar na dominação de mercado relevante, haverá aplicação de penas de multas elevadíssimas.

Essa prévia exigência deve preocupar as partes logo no início das tratativas, porque pode impactar na programação do negócio, nas suas condições e no seu próprio fechamento.

Nesse contexto, o Direito Societário é demandado na análise dos efeitos de eventual acordo de acionistas que constituam, por exemplo, opções de compra ou de venda de ações ou direito de retirada conjunta (*tag along*), minoritários indesejáveis, efeitos de eventual direito de preferência, ônus sobre as ações, direito de retirada, dentre outros. Ainda nesse âmbito, alguns contratos da sociedade alvo com terceiros podem exigir sua anuência em caso de alienação de controle, como ocorre, por exemplo, com as concessões públicas e outros contratos privados de longa duração.

Na área fiscal, o negócio deve ser precedido de minuciosa diligência para apurar os processos administrativos e judiciais decorrentes de autos de infração lançados contra a sociedade alvo. Os efeitos da sucessão tributária devem ser compreendidos e dimensionados, bem como devem ser analisados os impactos dos tributos incidentes sobre as alienações de negócios.

Na doutrina desenvolvida em Portugal e Espanha<sup>211</sup>, a operação de alienação de sociedade mercantil gira em torno da distinção teórica fundamental entre duas modalidades de negócios: a transmissão denominada de direta, a exemplo da alienação do estabelecimento comercial ou de ativos da sociedade alvo, e a transmissão indireta, decorrente da compra e venda de participações societárias.

O *trespasse*, modalidade típica de transmissão direta, genericamente definido como o negócio de transmissão a título definitivo da propriedade de uma

---

<sup>211</sup> ANTUNES, José Engrácia. A transmissão da empresa e seu regime jurídico. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n.48, p.39-85, 2008, p. 40.

empresa<sup>212</sup> e regulado pelos artigos 1.142 a 1.149 do Código Civil, não tem sido utilizado nas operações de fusões e aquisições no Brasil porque implica em tributação mais onerosa, com a incidência de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), em alíquota de aproximadamente 25%, além de Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL) de 9%, de Programa de integração Social (PIS) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) sobre a receita bruta na venda de ativo circulante, de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na alienação de ativo por ativo (do circulante) e de Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), se houver transferência de bens desta natureza.

As operações de fusão e incorporação propriamente ditas, reguladas pelos artigos 223 a 234 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), também são pouco utilizadas, de um lado devido as questões fiscais<sup>213</sup>, como, por exemplo, a proibição da sucessora de compensar prejuízos fiscais da sucedida, como dispõe o artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87, e, de outro, em razão das grandes dificuldades jurídicas, práticas e burocráticas para liquidar as sociedades fundidas ou a incorporada e para transferir todas as suas relações jurídicas para a nova sociedade, cuja realização sem prejuízos consideráveis nem sempre se mostra viável ou possível.

Daí porque hoje praticamente não se trespassam empresas<sup>214</sup> e os agentes econômicos têm escolhido a transferência de participações acionárias de pessoa físicas, modalidade de venda indireta, como forma hegemônica de operacionalização de fusões e aquisições no Brasil, a exemplo do que ocorre em outras partes do mundo:

Nenhuma dúvida pode existir que, no quadro de um universo econômico protagonizado por empresários coletivos de significativa dimensão, a transmissão indireta se transformou hoje na principal, senão mesmo hegemônica, modalidade de negociação empresarial: o negócio protótipo nesta sede é a transmissão de participações sociais de controle<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> ANTUNES, Op. cit., p.39-85, 2008, p. 41.

<sup>213</sup> BULGARELLI, Waldírio. Fusões, incorporações e cisões de sociedade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 31.

<sup>214</sup> COSTA, Ricardo. O novo regime do arrendamento urbano e os negócios sobre a empresa, 2007, *apud* ANTUNES, José Engrácia. A transmissão da empresa e seu regime jurídico. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n.48, p.39-85, 2008, p. 45.

<sup>215</sup> ANTUNES, Op. cit., p.39-85, 2008, p. 45.

Sob o aspecto tributário, se as participações pertencerem à pessoa jurídica, normalmente elas são desincorporadas para as pessoas físicas dos sócios para que incida apenas o Imposto de Renda Pessoa Física, na alíquota de 15%, conforme dispõe o artigo 142 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999).

Sob o aspecto do direito material, a escolha implica na economia da complexa, burocrática e custosa transferência das relações jurídicas (em contratos de diversas naturezas) da sociedade alienada, que permanecem inalteradas.

No entanto, para regular a cessão de participações sociais o direito brasileiro dispõe apenas do regime jurídico geral do contrato de compra e venda, previsto nos artigos 481 a 504 do Código Civil, de forte inspiração romana e que cogita especialmente de bens corpóreos móveis e imóveis.

Na seção da compra e venda do Código Civil encontram-se, por exemplo, regulamentação sobre sua natureza obrigacional e não real, seu momento de formação, regras de fixação do preço, atribuição de responsabilidade pelo pagamento das despesas incorridas, atribuição dos riscos de perecimento, lugar do cumprimento, nulidades, distinção e efeitos da venda *ad corpus* ou *ad mensuram*.

No entanto, nada é dito ou regulado a respeito da validade, eficácia ou atribuição de riscos de questões recorrentes nos contratos de cessão de participações sociais como, exemplificativamente, as cláusulas: (i) *material adverse change* (MAC), que permite ao comprador desistir do negócio na hipótese de estresse nos mercados; (ii) *earn-out*, de vinculação de parte do pagamento do preço à determinada rentabilidade futura da sociedade; (iii) opções de compra e venda de participações sociais da sociedade adquirente ou de suas coligadas; (iv) *representations and warranties*, declarações e garantias especialmente do cedente ou vendedor; (v) a bipartição do momento da formação do contrato em dois momentos: *signing* e *closing*; (vi) *escrow account*, objeto desta pesquisa, que estabelece a reserva de parte do preço, confiada a terceiro para garantia de passivos futuros, dentre outras cláusulas que lhe são peculiares.

Em matéria de regulamentação legal, no Brasil, portanto, apenas os dispositivos mais gerais da compra e venda da parte geral da disciplina contratual e dos negócios jurídicos e as cláusulas gerais da boa-fé e da função social dos contratos poderão balizar as expectativas e os interesses dos agentes econômicos

na formatação dos contratos ou socorrer o aplicador do Direito na resolução de possíveis conflitos que lhes possam advir.

Esse panorama de insuficiência normativa em matéria de fusões e aquisições, num sentido bem lato, é relatado em artigos científicos de vários países da *civil law*, como Itália, Espanha, Alemanha e Portugal. No entanto, as cláusulas acima referidas, dentre várias outras de inequívoco acento anglo-saxão, constituem hoje vocábulos que compõe definitivamente o jargão jurídico da negociação de sociedades empresárias no cenário nacional, chegando a cogitar-se de verdadeira *americanização* do direito de compra e venda de empresa<sup>216</sup>.

Como efeito, aplica-se aqui a constatação da doutrina espanhola<sup>217</sup> de que neste ambiente de fusões e aquisições os contratos que circulam nos escritórios de advocacia não passam de cópia mimética de formulários elaborados por advogados britânicos ou norte-americanos, sem que sua validade e eficácia sejam contrastadas com o Direito interno.

#### 4.2 ESCROW EM OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

Numa abordagem teórica de direito comparado, distinguem-se os modelos sintético e analítico de contratos. Especialmente difundido nos países da *Civil Law*, o modelo sintético é tipicamente adotado na compra e venda ou no trespasse de estabelecimento comercial. Sua regulamentação legal é minimalista e limitada a definir as prestações e as obrigações de cada um dos contratantes<sup>218</sup>.

O modelo analítico, que vem assumindo relevo crescente nos negócios de transmissão indireta de participações societárias, tem características maximalistas e é largamente adotado nos países da *Common Law*. Nesse modelo, a autonomia privada assume papel de protagonismo e o processo de transmissão da sociedade mercantil é objeto de extensa, complexa e pormenorizada regulação contratual, com longa listagem de declarações, estipulação de obrigações de fazer e não fazer, dentre outras inúmeras disposições e contratações paralelas, que abrangem um largo espectro das diversas disciplinas jurídicas.

---

<sup>216</sup> ANTUNES, Op. cit., p.39-85, 2008, p. 60.

<sup>217</sup> ARJONA, PERERA, Op. cit., p. 38.

<sup>218</sup> ANTUNES, Op. cit., p.39-85, 2008, p. 59.

Normalmente contratadas por meio do modelo analítico, as operações de fusões e aquisições são compostas de três etapas essenciais. A primeira fase, preliminar, que precede o contrato de cessão de participações societárias e tem natureza predominante informativa, denomina-se *due diligence* e visa traçar um panorama do estado técnico, jurídico, patrimonial e financeiro da sociedade empresária negociada, de modo a permitir a formação da vontade negocial.

O fechamento do contrato empresarial moderno é precedido de uma série de comportamentos materiais das partes, com a elaboração de instrumentos preliminares de relativa complexidade, pactos paralelos com terceiros, diligências, expectativas, numa dinâmica que dilui o momento exato da convergência entre a oferta e a aceitação.

Nessa primeira fase vários acordos paralelos são celebrados, como o contrato de confidencialidade, que veda o uso de informações empresariais e econômicas para outro fim que não o de avaliar a empresa para futura aquisição, simultaneamente à autorização de início de *due diligence*, sendo importante prever também a proibição do vendedor de conduzir negociações paralelas com terceiros durante certo período de tempo.

Originada no mercado de valores mobiliários norte americano na década de 30, atualmente a *due diligence* consiste em procedimento aplicável em todas as operações fusões e aquisições, privadas ou públicas. Baseado nela, o comprador tomará a decisão de concluir o negócio e em que condições irá fazê-lo.

Com efeito, a *due diligence* visa identificar possíveis contingências que podem afetar a sociedade depois do fechamento do negócio e, dentro de níveis razoáveis de investigação e avaliação, permitir ao comprador uma tomada de decisão de investimento informada<sup>219</sup>.

A carta de intenções, também sem regulamentação específica no Brasil, normalmente definida como simples formalização da intenção de compra para reduzir ambiguidades e estabelecer as linhas gerais do contrato principal, não cria vínculos obrigacionais ou gera responsabilidade civil contratual, segundo a *praxis* atual, embora possa trazer cláusulas de efeito vinculante no que tange tipicamente às disposições de exclusividade, normalmente presente no documento.

---

<sup>219</sup> ANTUNES, Op. cit., p.39-85, 2008, p. 61.

José A. Engrácia Antunes<sup>220</sup> denomina essa fase como pré-contratual e salienta seu enorme relevo prático e jurídico nas atuais contratações mercantis de grande vulto:

Desde logo, os contratos comerciais são frequentemente precedidos de um período, mais ou menos longo, de preparação, discussão e negociação entre as partes contratantes. Ora, esta fase prévia ou preliminar, por vezes designada pré-contratual, assume um enorme relevo prático e jurídico no domínio da contratação mercantil dos nossos dias, especialmente internacional e de grande vulto.

(...)

Esta fase pré-contratual é extremamente rica, envolvendo uma panóplia variada de atos preparatórios de natureza material (v.g., minutas, atas de reuniões, correspondência, etc.

Essa realidade negocial, embora com ampla repercussão na disciplina jurídica, não foi reconhecida pelo Código Civil de 2002, que seguiu a linha tradicional da teoria da declaração de vontade, em dissonância, por exemplo, com o *Codice Civile* italiano que reconhece a existência de contrato antes no comportamento dos agentes do que num momento de ideal de convergência de declarações de vontades.

Num segundo momento, concretiza-se a fase obrigacional propriamente dita, com a celebração do acordo negocial de transmissão da sociedade ou de cessão de participações sociais. Como mencionado, o contrato normalmente estabelece: (i) condições suspensivas para o fechamento da operação como a aprovação de órgãos reguladores, Banco Central e CADE; (ii) obrigações de fazer ou não fazer (*covenants*), como regras sobre a condução dos negócios no período intermédio entre a assinatura e o fechamento; (iii) exaustivo e detalhado rol de declarações do vendedor (*representations and warranties*) sobre a real situação jurídica, econômica e financeira das participações sociais (objeto direto) e da sociedade empresária (objeto indireto); (iv) indenizações por violação de obrigações, passivos ocultos e conhecidos, dentre outros<sup>221</sup>.

Por fim, a fase executória, que se inicia depois de cumpridas todas as condições suspensivas e obtidas as aprovações necessárias. Essa etapa é documentada no instrumento de fechamento (*closing document*) e efetivada com o pagamento do preço e a assinatura dos documentos de transferência de ativos.

<sup>220</sup> ANTUNES, José Engrácia. Direito dos contratos comerciais. Coimbra: Almedina, 2014, p. 76.

<sup>221</sup> ANTUNES, Op. cit., p.39-85, 2008, p. 61.

Nesta etapa da negociação são frequentes as cláusulas destinadas a fixar eventuais indenizações por descumprimento de obrigações ou alterações significativas que surtam efeito material adverso sobre a sociedade alvo ocorridas entre as fases preliminar e obrigacional<sup>222</sup>.

Nesse contexto, percebe-se a ampla utilização do *escrow* nas operações de fusões e aquisições, que normalmente envolvem negociações de expressivo valor econômico, embora inexista regulamentação no nosso ordenamento jurídico, como de resto acontece com os demais atos desse tipo de operação.

Os negócios de transmissão de sociedades têm conferido especial atenção a este instrumento, identificado como contrato de depósito com função de garantia em favor de sujeito alternativamente determinado, destinado a assegurar o cumprimento do objeto do contrato de transmissão de participações societárias, mediante reserva de parte do preço da negociação, que normalmente é confiada a instituição financeira independente<sup>223</sup>, de modo a garantir o pagamento de perdas indenizáveis decorrentes de contingências, cujo fato gerador tenha ocorrido até a data de fechamento do negócio, ou da inexatidão ou incorreção de qualquer das declarações prestadas na fase preliminar.

Como dito, nesses tipos de operações mercantis, é comum que parte do preço devido pelo comprador seja por ele entregue a um terceiro (depositário *escrow*), que, obedecendo às instruções dos contraentes e as vicissitudes ulteriores do negócio subjacente, proceda à restituição dos bens ao depositante ou à sua entrega ao beneficiário do depósito (vendedor)<sup>224</sup>.

Normalmente, as partes estipulam que as somas depositadas somente serão entregues ao vendedor se verificado o “caráter completo total e verdadeiro da informação prestada ao comprador no decurso das negociações preliminares da operação”<sup>225</sup>, normalmente relacionada à situação econômico-financeira da empresa (patrimônio da sociedade, número de funcionários, litígios judiciais e extrajudiciais, passivo fiscal, dentre outros).

Isso porque o preço de aquisição é estipulado levando-se em consideração a total ausência de perdas e contingências não declaradas, bem como a veracidade de todos os aspectos relevantes das declarações e garantias

---

<sup>222</sup> ANTUNES, Op. cit., p.39-85, 2008, p. 61.

<sup>223</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 158.

<sup>224</sup> Idem, p. 293.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 192.

prestadas, de modo que a verificação futura de passivos não provisionados nas demonstrações financeiras tem impacto direto sobre o valor patrimonial das ações ou cotas sociais, premissa sobre a qual se definiu o preço e que influenciou na decisão do comprador de contratar.

O *escrow* trata-se, portanto, de garantia econômica, destinada a assegurar a fidedignidade das informações prestadas pelo vendedor sobre a situação da sociedade, como ensina José A. Engrácia Antunes<sup>226</sup>:

As garantias econômicas, de longe as mais relevantes, almejam afiançar que a empresa societária cujo capital social foi adquirido possui uma determinada situação patrimonial e financeira, tutelando assim o comprador diante de eventuais desconformidades supervenientes entre o bem negociado e o bem recebido.

Sua estrutura é aparentemente simples: o comprador – devedor do preço – deposita parte da quantia devida junto a um terceiro, contratado para prestar serviços de custódia e administração de recursos financeiros – o depositário *escrow* (normalmente uma instituição financeira) – regulando-se minuciosamente os casos em que o objeto do depósito deve ser entregue ao vendedor ou restituído ao comprador<sup>227</sup>.

Com efeito, uma das características do *escrow* nesse tipo de operação consiste no fato de que “a titularidade do crédito à restituição está dependente, apenas e só, da verificação ou não das contingências (condições) previstas no contato”<sup>228</sup>.

Nesse aspecto, reconhece-se ao comprador o direito de exigir a restituição de parte ou da totalidade do preço depositado *in escrow*, a título de indenização, pela verificação de certas contingências que venham a ocorrer antes da verificação do fato condicionante que determina a entrega do preço ao vendedor. Nessa hipótese, o comprador ocupará simultaneamente a posição de depositário e beneficiário do *escrow*<sup>229</sup>.

Por outro lado, o direito de exigir a entrega do preço caberá ao vendedor, a título de cumprimento da obrigação de pagamento do preço decorrente do contrato principal, se verificado o fato condicionante da entrega do depósito a este (por

---

<sup>226</sup> ANTUNES, Op. cit., p.39-85, 2008, p. 79.

<sup>227</sup> ARJONA; PERERA, Op. cit., p. 232.

<sup>228</sup> Idem, p. 233.

<sup>229</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 194.

exemplo, transcurso de certo lapso temporal) e o comprador não tiver exercitado o supra referido direito de indenização. Neste caso, a estrutura do depósito afigura-se mais linear: o comprador será o depositante e o vendedor o beneficiário<sup>230</sup>.

Quanto à parte contratual garantida pela celebração do *escrow* no âmbito das fusões e aquisições, João Tiago Morais Antunes<sup>231</sup> salienta que normalmente<sup>232</sup> o contrato estipula que o devedor cuja obrigação é garantida com o *escrow* é o vendedor, sendo tal obrigação constituída pela responsabilidade que eventualmente poderá vir a ser a ele imputada pelo “caráter falso, defeituoso e incompleto das declarações e garantias emitidas sobre a situação financeira da empresa”.

Nessa hipótese, o *escrow* surge como meio de garantia do comprador, consistente no “desapossamento dos fundos que são devidos ao vendedor, e que podem ser afetos ao pagamento da indenização devida ao comprador”<sup>233</sup>.

Esse tipo de garantia também tem sido cada vez mais utilizado nas operações de fusões e aquisições porque apresenta vantagens relativamente a outros esquemas negociais, como o aval bancário, pois, no *escrow* o preço depositado é produtivo (rende juros) para a parte que será legitimada a exigir sua entrega ao depositário *escrow*<sup>234</sup>.

#### 4.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE DEVER DE MITIGAR AS PERDAS NO *ESCROW*

No âmbito das operações de fusões e aquisições garantidas pelo *escrow* surgem questões relevantes, tais como: se, na perspectiva do comprador de participação societária, o *escrow* serve de garantia de pagamento de perdas indenizáveis de responsabilidade do vendedor, estaria o comprador autorizado a permitir o agravamento ou a antecipação das perdas atribuíveis ao vendedor, a fim de incrementar a indenização devida? Tratando-se o *escrow* de espécie de contrato mercantil, onde a autonomia privada exerce papel de protagonismo, a aplicabilidade do princípio do dever de mitigar as perdas deve constar expressamente do contrato ou pode ser subentendida?

<sup>230</sup> Idem, p. 194.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 194.

<sup>232</sup> Embora menos frequente, o *escrow* poderá destacar a obrigação do comprador de pagar o preço, surgindo como instrumento de garantia do vendedor. Nesse sentido, vide ARJONA, José M<sup>a</sup> Álvarez (Coord.); PERERA, Ángel Carrasco (Coord.). Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas. Elcano: Aranzadi, 2001, p. 233-234.

<sup>233</sup> ANTUNES, Op. cit., p. 194.

<sup>234</sup> ARJONA; PERERA, Op. cit., p. 233

Como já salientado em tópicos anteriores, os princípios da função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico compõem a nova hermenêutica do direito contratual, segundo a qual os contratos devem ser interpretados no contexto da nova ordem social, em que a ótica puramente individualista foi sobreposta pela promoção do bem-estar coletivo. Nesse sentido, as palavras de Arnaldo Wald<sup>235</sup>:

[...] a sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica baseada na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas. [...] O contrato não deixa de ser instrumento de liberdade e de eficiência econômica, contudo, trata-se de uma liberdade qualificada pelo comprometimento social e a eficiência econômica consiste agora na adaptação às necessidades do mercado [...].

A análise econômica do princípio da função social do contrato pode ser concebida diante das transformações econômicas pelas quais o Direito Privado passou a partir do final do século XIX, principalmente na esfera dos contratos, pois, considerados como instrumento de harmonia social, não poderiam ficar incólumes aos princípios que passaram a informar a nova ordem social:

Que, deste modo, o Direito Privado tenha perdido o caráter de tutela exclusiva do indivíduo para “socializar-se”, como se costuma dizer, não se poderia colocar em dúvida. Não se deveria duvidar, por outro lado, seja dito incidentalmente, que a atividade econômica privada já transcende as fronteiras das relações entre indivíduos, e penetrou no centro do corpo social através das dilatadas dimensões da empresa econômica e através da possibilidade de satisfazer um número e uma variedade de necessidades antes nem mesmo imagináveis. Esta “socialização” já impregnou intimamente todos os institutos do Direito Privado, e não somente a propriedade, que mais frequentemente chamou a atenção da doutrina<sup>236</sup>

A doutrina da função social privilegia a busca do equilíbrio nas relações privadas e a harmonização dos interesses individuais com a nova ordem econômica e social, no âmbito dos princípios da justiça social. Compreender o seu conteúdo e alcance depende do reconhecimento de instrumentos aptos para promover os direitos de propriedade, contratos e empresa.

A função social do contrato compartilha com os princípios da boa-fé objetiva e o da ordem econômica o núcleo de interesse do contrato, e assim colabora para a construção de um ambiente contratual justo, ético e equitativo das

<sup>235</sup> WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. In: RTDC-Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, Ano 5, Vol. 17, jan/mar 2004.

<sup>236</sup> GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. In: Revista dos Tribunais, vol. 747. São Paulo, jan., 1998, p. 35-55.

relações negociais. Nas relações mercantis, esses três elementos contratuais reforçam a unidade de interpretação, fazendo com que o Direito atue de forma protetiva das partes caracterizadas pela vulnerabilidade.

Os contratantes devem procurar cumprir a função juridicamente relevante do contrato com lisura, transparência e cooperação social, pois “a funcionalização do contrato tem por consequência a ampliação da obrigação de contratar e, portanto, a limitação da liberdade de contratar”<sup>237</sup>. Essa funcionalização pode ser direta, como nos casos previstos em lei, ou indireta, por meio da interpretação do juiz, a depender da obrigação assumida.

Nesse aspecto, a boa-fé objetiva emerge como padrão ético-jurídico a ser observado pelos contratantes em todas as fases contratuais, porque constitui fonte de obrigação que deve permear a conduta das partes e pautar o modo como se relacionam e exercitam seus direitos. Determina a conduta leal, honesta e correta dadas as circunstâncias do caso<sup>238</sup>.

Judith Martins-Costa assim define a boa-fé objetiva:

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal.

A autora ainda sintetiza as funções assumidas pela boa-fé nos sistemas jurídicos: (i) “cânone hermenêutico-integrativo do contrato”; (ii) “norma de criação de deveres jurídicos” e (iii) “norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”<sup>239</sup>.

Inserida como conceito indeterminado e caracterizada como cláusula geral, a boa-fé objetiva permite o diálogo com valores, princípios padrões e arquétipos de condutas não definidos na própria norma que a prevê ou no conteúdo semântico da boa-fé, mas em elementos que se situam além do texto normativo. A

<sup>237</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269-304, p. 275.

<sup>238</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: questões controvertidas no novo código civil. São Paulo: Método, 2005, p. 77.

<sup>239</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 429.

consequência disso é que não se pode listar *a priori*, todos os comportamentos considerados em conformidade com a boa-fé<sup>240</sup>.

Isso não significa que o julgador esteja autorizado a aplicar uma solução de cunho moral ou que prevaleça o arbítrio de suas convicções pessoais, porque embora tenha mais discricionariedade para julgar do que nas hipóteses de aplicação de conceitos semanticamente mais precisos, está vinculado ao dever de fundamentar sua decisão em valores, princípios e condutas socialmente aceitos:

A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, “janelas para o ético”.

Nessa conciliação, a atividade do juiz exerce tarefa de importância. Seu arbítrio, no entanto, na aplicação do princípio da boa-fé, não é subjetivo, pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente, tem de aplicar<sup>241</sup>.

A aplicação da boa-fé ao direito das obrigações permitiu a percepção da relação obrigacional como uma totalidade orgânica orientada pela ordem de cooperação, onde coexistem os deveres principais e secundários da prestação, como salienta Mário Júlio de Almeida Costa<sup>242</sup>:

Numa compreensão globalizante da relação jurídica creditícia, apontam-se ao lado dos deveres de prestação – tanto deveres principais de prestação, como deveres secundários -, os deveres laterais, além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: a relação obrigacional complexa, ainda designada relação obrigacional em sentido amplo ou, nos contratos relação contratual.

Ainda segundo o autor, modernamente, a relação obrigacional não é apenas vista como vínculo entre credor e devedor tendo como elemento a prestação, mas como organismo dirigido à satisfação do credor, mas que não se exaure na prestação, e envolve deveres secundários:

<sup>240</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2011, p. 140.

<sup>241</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FVG, 2006, p. 42.

<sup>242</sup> COSTA, Mário Julio de Almeida Direito das obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina: 2006, p 63

[...] são derivados de uma cláusula contratual, de dispositivo de lei “ad hoc” ou do princípio da boa-fé. Esses deveres já não interessam diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, ante ao exato processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa<sup>243</sup>.

Esses deveres secundários, que decorrem dos princípios normativos, dentre eles a boa-fé objetiva, abrangem toda a relação jurídica e são “examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal”<sup>244</sup>.

Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>245</sup> utiliza a denominação deveres gerais de conduta, salientando que não se tratam de acessórios derivados da relação obrigacional, mas de deveres que estão acima da relação obrigacional e que decorrem dos princípios normativos, irradiando sobre ela e sobre seus efeitos, impondo-lhe limites de acordo com princípios e valores socialmente aceitos e reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

A partir da interpretação da boa-fé como norma de conduta leal e correta esperada do homem probo, a doutrina se esforçou para identificar o rol de deveres anexos dela decorrentes, o que não será aqui pormenorizado em virtude do escopo da pesquisa. Importa, no entanto, destacar o dever de cooperação, assim descrito por Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>246</sup>:

Tradicionalmente, a obrigação, especialmente o contrato, foi considerada a composição de interesses antagônicos, do credor de um lado, do devedor de outro. Tal esquema era adequado ao individualismo liberal, mas é inteiramente inapropriado à realização do princípio constitucional da solidariedade, sob o qual a obrigação é tomada com um todo dinâmico, processual, e não apenas como estrutura relacional de interesses individuais. O antagonismo foi substituído pela cooperação, tido como dever de ambos os participantes e que se impõe aos terceiros, como vimos na tutela externa do crédito. Revela-se a importância não apenas da abstenção de condutas impeditivas ou inibitórias, mas das condutas positivas que facilitem a prestação do devedor.

Desse modo, a mesma cooperação que norteou os contratantes na celebração do pacto, também deverá nortear seu cumprimento e o relacionamento pós-contratual das partes:

<sup>243</sup> COSTA, Op. cit., p. 63.

<sup>244</sup> COUTO E SILVA, Op. cit., p. 93.

<sup>245</sup> LÔBO, Op. cit., p. 77.

<sup>246</sup> Idem, p. 93.

Incutindo a ideia de cooperação, o dever de boa-fé muitas vezes procurará contrabalançar a circunstância de o contrato emergir da contraposição objetiva de interesses, interesses que nenhuma razão jurídica ou econômica excluirá que sejam por vezes agressivamente afirmados e perseguidos pelas partes. A cooperação nunca deixará de constituir um dever implícito no contrato, dado o objetivo e a configuração básicos de qualquer contrato, do qual resultará sempre, por inacabado que seja, um embrião de disciplina, a impor deveres de lealdade e justiça à conduta das partes<sup>247</sup>.

O vínculo obrigacional não se identifica mais como direito do credor, mas como uma relação de colaboração, que “substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor”<sup>248</sup>.

Diante desse panorama, como corolário da cláusula geral da boa-fé objetiva e do dever de cooperação, surge o princípio do dever de mitigar o próprio prejuízo ou, no jargão do direito comparado, *duty to mitigate the loss*.

De acordo com o referido princípio, os contratantes devem tomar as medidas possíveis e necessárias para não agravar o dano, ou seja, à parte a quem a perda aproveita é vedado permanecer propositadamente inerte diante do dano ou agir de modo a potencializá-lo, pois tal atitude infringe os deveres de cooperação e lealdade esperados do contraente, uma vez que causará (ou agravará) dano evitável e desnecessário ao patrimônio da contraparte.

A mitigação dos prejuízos representa a convergência da boa-fé objetiva e a busca da potencialização da eficiência nas relações contratuais:

Por outras palavras, admitir-se a prioridade do interesse do credor deixa de reclamar o sacrifício ilimitado da posição do devedor, essencialmente porque esse sacrifício ilimitado atentaria contra os valores agregados da eficiência – por exemplo, impondo o dever de boa-fé que o credor veja recobertos pela responsabilidade contratual do inadimplente apenas aqueles danos que ele próprio não seria capaz de compensar ou superar com maior eficiência do que o próprio inadimplente (tomando em suma o “mitigation principle” como corolário da boa-fé contratual)<sup>249</sup>.

O principal fundamento da denominada doutrina dos danos evitáveis no Direito americano e inglês não é o interesse individual, mas o social<sup>250</sup>, uma vez que permeado por valores sociais e não objetiva apenas resguardar direitos subjetivos na visão clássica, mas proteger e favorecer a sociedade como um todo.

<sup>247</sup> ARAUJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 580.

<sup>248</sup> PERLINGERI, Pietro. Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 212.

<sup>249</sup> ARAUJO, Op. cit., p. 571-572.

<sup>250</sup> McCORMICK, Charles Tilford. Handbook on the law of damages. St. Paul: West. 1935, p. 127.

Sob a ótica do Direito Econômico, o objetivo da regra consiste em evitar-se o desperdício de recursos econômicos pela inércia do credor em relação a possível afastamento do dano, mediante esforço razoável, pois, diante da escassez, os recursos representam valor social relevante que sempre que possível deve ser preservado<sup>251</sup>.

No âmbito do direito pátrio, embora não exista dispositivo expresso sobre tal dever com caráter de generalidade<sup>252</sup>, Véra Maria Jacob de Fradera<sup>253</sup> entende que a regra da mitigação dos prejuízos decorre do princípio da boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil<sup>254</sup> e do dever anexo de cooperação que dele deriva:

No sistema do Código Civil de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa do contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação. (...)

Outro aspecto a ser destacado é o da positivação do princípio da boa-fé objetiva, no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e/ou incumbências das partes, no caso, as do credor.

Com base nesse entendimento e em proposta apresentada pela referida autora à III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal foi editado enunciado com a previsão da regra da mitigação, aprovado com a seguinte redação: “Enunciado nº 169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”<sup>255</sup>.

O enunciado inspirou-se no artigo 77 da Convenção de Viena, sobre venda internacional de mercadorias, segundo o qual “a parte que invoca a quebra do

<sup>251</sup> FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law, 1999, p. 806-807.

<sup>252</sup> “Há, entretanto, previsão da norma de mitigação para os contratos de seguro no Código Civil, *in verbis*: art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro”. (LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2011, p. 129).

<sup>253</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: *Revista trimestral de direito civil*. RTDC, v. 19, jul/set, 2004, p. 109-119.

<sup>254</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>255</sup> Proposta apresentada por Véra Jacob Fradera na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal *apud* TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor*. Disponível no endereço eletrônico: [http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_duty.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc). Acesso em 15.07.2014.

contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”.

A doutrina normalmente descreve como consequências da violação ao princípio da boa-fé objetiva a obrigação de indenizar ou a invalidade da estipulação contratual. No entanto, no contexto da regra do dever de mitigar as perdas, outro possível desdobramento é o impedimento de a parte se valer de direito ou posição que estaria legitimada a exercer caso tivesse agido de boa-fé. Nesse sentido, Clóvis Couto e Silva<sup>256</sup>:

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte.

O princípio da boa-fé atua defensivamente e ativamente; defensivamente impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou ativamente criando deveres.

Desse modo, a inobservância pelo credor do dever de agir segundo a boa-fé objetiva pode ter como consequência a perda do direito de indenização por danos que poderia ter evitado com esforço razoável, pois o Direito das Obrigações moderno implica atitudes cooperativas entre credor e devedor.

Sob essa ótica, constitui abuso de direito a exigência de indenização pelo credor que pretende ser ressarcido apesar de não ter agido segundo os ditames da boa-fé objetiva e de modo cooperativo para evitar a ocorrência ou o agravamento de danos através de esforço razoável:

Diante do inadimplemento de uma obrigação, a boa-fé impõe que o credor colabore com o devedor e evite danos ao seu próprio patrimônio, de forma a evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes. Havendo possibilidade de evitar o prejuízo por meio de esforços razoáveis, a conduta socialmente esperado do homem probo é que aja de forma a que tais danos não ocorram. Se, no entanto, o credor viola tal norma imposta pela boa-fé e posteriormente pretende obter reparação pelos danos sofridos, o exercício ao seu direito à indenização é abusivo, pois excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé<sup>257</sup>.

<sup>256</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português *apud* LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2011, p. 153.

<sup>257</sup> LOPES, Op. cit., p. 158.

Diante desse panorama, respondendo a indagação supra, o comprador de participação societária, cuja operação é garantida pelo *escrow*, não pode, a pretexto de reaver a maior soma possível da quantia depositada ou de antecipar as perdas indenizáveis para alcançar o período de vigência do *escrow*, provocar ou agravar prejuízo, por exemplo, promovendo denúncia espontânea de débitos tributários da sociedade adquirida perante o Fisco.

Pela perspectiva até aqui tratada, entende-se que tal conduta do comprador extrapola a seara do exercício regular do direito, constituindo-se em abuso de direito e violação do princípio do dever de mitigar as perdas, corolários da boa-fé objetiva.

Isso porque se os indivíduos se dispuseram a, por meio do contrato, desenvolver determinado projeto comum, a cooperação deverá nortear não apenas suas tratativas e o cumprimento do contrato, mas também seu inadimplemento. Com efeito, se o projeto não se concretizou do modo pactuado, fazendo com que um dos contratantes descumpra suas obrigações, caberá à contraparte, independente no motivo do inadimplemento, cooperar para que a frustração do projeto cause o menor prejuízo possível.

As contraposições no sentido de o dever de cooperação não alcançar tal patamar, porque socialmente aceitável que as partes cooperem entre si apenas no contexto de normalidade contratual e que retornem as posições de antagonistas diante do inadimplemento, não parecem superar as balizas da boa-fé e os valores que informam o Direito Privado contemporâneo.

Numa sociedade que adota a cooperação como valor, a conduta leal esperada do credor diante do inadimplemento contratual, no atual contexto social e histórico, será o de empregar os esforços razoáveis para minimizar os danos ou evitais que os prejuízos evitáveis ocorram.

Nas palavras de Paula Forgioni<sup>258</sup>, a boa-fé no Direito Comercial não acompanha padrões que refletem altruísmo exacerbado, mas indica retidão de comportamento no mercado segundo modelos ali esperados, ao se ligar a um “*standard* de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta”.

---

<sup>258</sup> FORGIONI, Op. cit., p. 101.

A cooperação e a lealdade decorrentes da boa-fé constituem deveres implícitos dos contratantes. Nesse sentido, Clóvis do Couto e Silva<sup>259</sup> afirma que “a boa-fé enriquece o conteúdo da obrigação de modo que a prestação não deve apenas satisfazer os deveres expressos”, corroborando o entendimento de que, segundo o imperativo da função social do contrato, este não pode servir de instrumento para atuações abusivas, causadoras de danos à parte contrária ou a terceiros.

A adoção do dever de mitigação é um modo de efetivamente impor o dever de cooperação entre as partes, não por questões puramente morais, mas econômicas, de melhoria da dinâmica contratual, porque evita o desperdício de recursos econômicos socialmente relevantes.

Com efeito, não se trata de empregar a cooperação como expressão vazia, destacada da realidade dos contratantes e judicialmente inexigível. A regra da mitigação, extraída da boa-fé, axiologicamente informada pelo dever de cooperação, é dotada de teor significativo de concreção e possui parâmetros relativamente precisos de aplicação.

Sob essa ótica, portanto, no que tange à segunda indagação, é possível concluir-se que no âmbito do *escrow*, embora normalmente celebrado sob a égide da autonomia privada e entre agentes paritários, o princípio do dever de mitigar as perdas se mantém aplicável, ainda que não expressamente convencionado, porque os deveres de cooperação e lealdade nunca deixam de compor o contrato, ainda que implicitamente, ressalvada, em todo caso, a análise do caso concreto.

---

<sup>259</sup> COUTO E SILVA, Op. cit., p. 68.

## 5 CONCLUSÃO

No âmbito de um ordenamento jurídico fundado na propriedade privada, a circulação de bens e riquezas é produto do exercício da autonomia privada, um dos princípios normativo-jurídicos que fundamentam a ordem jurídica privada contemporânea, que consiste no poder de autoregulação dos próprios interesses pelos indivíduos. A liberdade de iniciativa econômica é expressão da autonomia privada no campo constitucional como princípio da ordem econômica e social.

O contrato, aspecto da liberdade individual, é o resultado da livre manifestação de vontade das partes e, no contexto do Direito Comercial, representa o instrumento de realização da atividade mercantil.

A função econômica constitui elemento identificador do contrato, mas os deveres de lealdade e de cooperação devem ser considerados pelos contratantes como parâmetro para a realização do fim lucrativo do contrato mercantil e da busca de êxito de sua atividade econômica.

A atribuição de força vinculante ao princípio da boa-fé e aos usos e costumes diminui os custos da transação, na medida em que aumentam o grau de certeza e confiança dos agentes econômicos e viabilizam o cálculo mais acertado de estratégias.

Os contratos mercantis de longa duração, para evitar ou diminuir os riscos de renegociações ou de rompimento posteriores ao ajuste, decorrentes do problema da assimetria das informações, amiúde preveem mecanismos de pacificação de controvérsias futuras, como o contrato de *escrow*, que funciona como fator adicional de previsibilidade e segurança jurídica, na medida em que viabiliza a execução coativa do ajuste ou a reparação dos danos decorrentes de eventual inadimplemento.

O *escrow* é um contrato de depósito, trilateral e atípico, com função de garantia, na modalidade *depósito em favor de sujeito alternativamente determinado*, oriundo do direito anglo-saxão, que se caracteriza pelo fato de sua constituição estar acompanhada de um negócio jurídico conexo, que regula a restituição da coisa ao depositante ou sua entrega ao beneficiário, ou seja, o *escrow* está subordinado a um negócio jurídico previamente celebrado, cujas vicissitudes determinarão a individualização do sujeito legitimado a exigir o bem depositado.

A subordinação do depositário às instruções fixadas pelas partes do negócio jurídico que lhe é conexo e a eventualidade do *status* de credor do beneficiário que lhe permite exigir a entrega do bem depositado constituem traços essenciais do *escrow*.

O *escrow*, normalmente consistente em depósito de coisa fungível, pode ser exigido por meio da Ação de Depósito prevista nos artigos 905 e seguintes do Código de Processo Civil, regulando-se a execução da sentença pelas disposições pertinentes às execuções que tenham por objeto coisas de gênero (fungíveis).

Considerada a perspectiva de ordem processual como meio de conformação da expectativa de acesso à ordem jurídica justa, o beneficiário do *escrow*, não depositante, está legitimado para exigir a entrega do bem através da Ação de Depósito, tendo em vista tratar-se do instrumento processual cabível para exigir o bem de depositário que se revelou infiel.

Diante da exclusão do procedimento especial da Ação de Depósito, sugerida pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, verificada a infidelidade do depositário, o credor poderá se valer das prerrogativas do artigo 461, § 5º (ou artigo 522 do Anteprojeto), requerendo a determinação de medidas para a efetivação da tutela específica da obrigação de restituição do bem entregue *in escrow*.

No âmbito das operações de fusões e aquisições, o *escrow* se opera mediante reserva de parte do preço da negociação, normalmente confiada a instituição financeira, a fim de garantir o pagamento de perdas indenizáveis decorrentes de contingências, derivadas de fatos geradores ocorridos até a data de fechamento do negócio ou da inexatidão de declarações prestadas na fase preliminar.

O princípio do dever de mitigar as perdas, corolário da cláusula geral da boa-fé objetiva impede que o comprador de participação societária, cuja operação é garantida pelo *escrow* de provocar ou agravar prejuízos, com o intuito de reaver a maior soma possível da quantia depositada ou de antecipar as perdas indenizáveis para alcançar o período de vigência do *escrow*.

Embora o *escrow* seja normalmente celebrado em ambiente em que a autonomia privada figura como protagonista e por agentes paritários, o princípio do dever de mitigar as perdas se mantém aplicável, ainda que não expressamente

convencionado, pois os deveres de cooperação e lealdade nunca deixam de compor o contrato, mesmo implicitamente.

## REFERÊNCIAS

- ALEU, Doler. El nuevo contrato de seguro. Buenos Aires: Astrea, 1970.
- ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Saraiva, 1973.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- AMARAL, Francisco dos Santos. A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, in Revista de direito comparado luso-brasileiro, ano I, nº 1, julho 1982, pp. 157-175.
- ANTUNES, João Tiago Morais. Do contrato de depósito *escrow*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ANTUNES, José Engrácia. Direito dos contratos comerciais. Coimbra: Almedina, 2014.
- \_\_\_\_\_. A transmissão da empresa e seu regime jurídico. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 48, p. 39-85, 2008.
- \_\_\_\_\_. Contratos comerciais: noções fundamentais, in Direito e Justiça, Revista da Universidade Católica Portuguesa, volume especial, Lisboa, 2007.
- ARAGÃO, Egas Moniz. Reforma processual: 10 anos. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez. 2004.
- ARAUJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARRIEN, Gotzone Múgica. Los contratos informáticos. revista de estúdios jurídicos, económicos e sociales, volume I, ano 2003. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.uax.es/publicacion/los-contratos-informaticos.pdf>. Acesso em 04/09/2014.
- ARJONA, José M<sup>a</sup> Álvarez (Coord.); PERERA, Ángel Carrasco (Coord.). Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas. Elcano: Aranzadi, 2001.
- ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ASCARELLI, Tullio. Il negozio indireto, in Studi in tema di contratti. Milano: Giuffrè, 1952.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos inominados ou atípicos. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- \_\_\_\_\_. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. São Paulo: Atlas, 2002.
- BAINBRIDGE, Stephen M. Mergers and Acquisitions. 2 ed. New York: Foundation Press, 2009.

- BARASSI, Ludovico. Depositi fiduciari di somme o di titoli: fiducia, mandato, agency, escrow, in *Fiducia, Trust, Mandato Ed Agency*. Quaderno nº 2, Milano: Giuffrè, 1991, p. 271-283.
- BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação – conclusão – prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: Cedam, 2000.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969
- BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BIAGIVI, Walter. *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Il Foro Italiano*, v. LXIII (1938), I, p. 260 a 263.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- BOBBIO, Norberto, *Direitos do homem, Direitos do homem. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001.
- BRANCO, Adriano Castello; MUNIZ, Ian. *Fusões e aquisições. Aspectos fiscais e societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269-304.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Fusões, incorporações e cisões de sociedade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998
- BYRNE, Thomas M. *Escrow and bankruptcy*, in *The business lawyers*. ABA, v. 48, february 1993, p. 761-811.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil. Volume IV*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CÂMARA, Paulo. *Aquisição de empresas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- CAMPOS, Diogo de Leite. *Contrato em favor de terceiro*. Coimbra: Almedina, 1980.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

- CARNEY, William J. *Mergers and Acquisitions*. New York: Aspen Publishers, 2009.
- CEBRIÁ, Luis Hernando. *El contrato de compraventa de empresa. Extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- CARRASSI, Carla. *Escrow agréments nel diritto inglese ed il contratto di distribuizione di prodotti*, in *Giurisprudenza Italiana*. 143 (1991), parte IV, p. 563-568.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1933.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 12. ed, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2008.
- COELHO DA ROCHA, Manuel Antônio. *Instituições do direito civil*. v.2 São Paulo: Saraiva, 1984
- COLE, Brett. *M & A titans. The pioneers who shaped wall street's mergers and acquisitions industry*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008.
- COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A reforma da empresa*. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, v. 2, nº 50, abr/jun 1983.
- COSTA, Mário Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina: 2006.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In: CAETANO, Marcelo *et al*. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FVG, 2006.
- DE MARTINI, Angelo. *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giurisprudenza Italiana*, v. XCVIII (1946), parte I, p. 321-332.
- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. v. II, 6 ed, Campinas: Bookseller, 1999.
- DIERCKX, Filip. *L'utilisation de l'escrow account dans les opérations de contre-achat*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 1985, p. 821-837.
- DI MARZIO, Fabrizio. *Verso il nuovo diritto dei contratti*. In DI MARZIO, Fabrizio (org.). *Il nuovo diritto dei contratti*, milano: Giuffré, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Rui Pinto. Tipicidade e atipicidade dos contratos. Coimbra: Almedina, 2000.

FARNSWORTH, Edward Allan. Contracts. 3. ed. New York: Aspen Law, 1999.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria crítica do negócio jurídico. Revista do Direito Privado da UEL – Volume 2 – Número 1, Janeiro/Abril 2009.

Disponível no endereço eletrônico:

[http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara\\_Ferreira\\_Teoria\\_Critica\\_Neg%C3%B3cio\\_Jur%C3%ADdico.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Neg%C3%B3cio_Jur%C3%ADdico.pdf). Acesso em 18/08/2014.

FERRI, Luigi. L'autonomia privata. Milano: Giuffrè, 1959.

FINEZ RATÓN, José Manuel. Garantías doble cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos. Barcelona: Bosh, 1994.

FORSTER, Nestor José. Alienação Fiduciária em garantia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1976.

FORGIONI, Paula; OCHMAN, Renato. Riscos da importação de cláusula contratual no direito brasileiro. Valor econômico. Caderno Legislação & Tributos. São Paulo, ano 3, nº 633, 7 nov. 2002.

FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRADERA, Vera Maria Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 19, jul/set, 2004, p. 109-119.

GALLO, Paolo. Contratto a favor del terzo in diritto comparato, in Digesto delle Discipline Privative, Sezione Civile, IV, UTET, Torino, 1995, p. 251-257.

GIORGIANNI, Francesco. Depositi bancari anomali a vantaggio di un terzo, in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni, ano LXVIII (1970), p. 10-30.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 747. São Paulo, jan., 1998.

GRASSETTI, Cesare. Deposito a scoppio di garanzia e negozio fiduciario, in Rivista di Diritto Civile, anno XXXIII (1941), I, p. 97-110.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. O direito posto e o direito pressuposto. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005

\_\_\_\_\_. Um novo paradigma dos contratos? Revista Trimestral de Direito Civil, n. 5, jan-mar, São Paulo, 2001

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração. Teoria da imprevisão e fato do príncipe. O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005

GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRISI, Giuseppe. Il deposito in funzione di garanzia. Milano: Giuffrè, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67537/70147>. Acesso em 22/09/2014.

KANT, Emmanuel. Princípios sobre a metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela, *in* Textos Seleccionados. São Paulo: Abril Cultural, 1980

LAMY FILHO, Alfredo (Coord.); PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). Direito das companhias. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito das companhias. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A ciência do direito e a elaboração dos conceitos jurídicos. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, ano 30, nº 81, p. 5-12, mar 1991.

\_\_\_\_\_. Rompimento da boa-fé e conflito de interesses. Pareceres. São Paulo: Singular, 2004.

LISBOA, José da Silva (Visconde de Cairu). Princípios de direito mercantil e leis de marinha. 6. ed. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1874.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: questões controvertidas no novo código civil. São Paulo: Método, 2005.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. São Paulo: Nova Cultural, 1978.

LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Problemas actuales de la teoria contractual. Disponível no endereço eletrônico: [www.comunidad.derecho.org/acader/artlorenzettiacademia.doc](http://www.comunidad.derecho.org/acader/artlorenzettiacademia.doc). Acesso em 08/07/2014.

LUMINOSO, Angelo. Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo do garanzia, in *Giurisprudenza Commerciale (società e falimento)*, ano VIII (1981), p. 425-451.

LUPOLI, Maurizio. La realizzazioni dela funzione di garanzia ,mediante il deposito a favor o nell'interesse di um terzo, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni*, anno LXVIII (1970), p. 441-466.

MACHADO, João Baptista. Il deposito nel'interesse del tezo, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, ano XXIV (1961), p. 310-352.

\_\_\_\_\_. *Contrato a favor del terzo*, in *Digesto dele Discipline Privatische*, Sezione Civile, UTET, Torino, 1995, p. 235-250.

MACPHERSON, C. B. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. Tradução Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre: Fabril, 1994.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória*. 4. ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

McCORMICK, Charles Tilford. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West. 1935.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed., v. 6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MILLER JR., Edwin L. *Mergers and aquisitons. A step-by-step legal and practical guide*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008.

MONTES, V.L.; LOPES, A. *Derecho civil: parte general*. 2. ed., Valencia:Tirant Lo Blanch, 1995.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

NEGRI, Giovanni, deposito nel diritto romano, mediavale e moderno, in *Digesto delle Discipline Privative*, Sezione Civile, V, UTET, Torino, 1989, p. 247-251.

NICITA, Antonio; SCOPPA, Vincenzo. *Economia dei contratti*. Carozzi Editore, 2005.

NICOLÒ, Rosario. Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositário, in *Il Foro Italiano*, v. LXII (1937), p. 1476-1483.

\_\_\_\_\_. Deposito e contrato a favore di terzo, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni*, ano XXXVII (1939), p. 451-459.

NOGUEIRA, Silmara Bega. *Contrato de escrow: como garantia de acesso ao código-fonte*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Universidade de São Paulo, 2004.

OLTHMANN. V. R. *going into escrow – escrow knowledge to enhance one's estate*, Xlibris Corporation, EUA, 2001.

OSÓRIO, José Diogo Horta. *Da tomada do controlo de sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e sua harmonização com o direito português*. Coimbra: Almedina, 2001.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Volumes II e III, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESO NAVARRO, Emilio del. *Que tipos de contratos del mercado actual cubren mejor sus necesidades?* Disponível em <http://www.onnet.es/06062001.htm>. Acesso em 08/07/2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little Brown and Company, 1992.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação de culpa e impossibilidade de restituição*, in *Direito e Justiça*, v. VIII, Tomo 2 (1994), p. 45-76 e v. IX, Tomo I (1995), p. 47-102.

PROVAGGI, Gabriella. *Agency escrow*, in *Fiducia, Trust, Mandato Ed Agency*. Quaderno nº 2, Milano: Giuffrè, 1991, p. 291-308.

REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em 05/08/2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1990.

ROCHA, Dinir Salvador Rios da (Coord.); Quattrini, Larrisa Teixeira (Coord.). *Fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

SANTOS JUNIOR, E. *Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, abril 1997, p. 565-604.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 51, novembro 1955, p. 29-47.

SHERMAN. Andrew J. *Mergers & acquisitions*. 3 ed. New York: Amacom, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. Volume 2, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOTO, Carlos Manuel Diez. *El depósito profesional*. Barcelona: Bosh, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VASCONCELOS, Pedro pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2002.

VERÇOSA, Haroldo M. D. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos – O Código Civil de 2002 e a crise dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VIVANTI, Leo. *Deposito in funzione di garanzia e inadimplemento del depositario*, in *Giurisprudenza Italiana*. V. XC (1938), I, 1, p. 401-406.

VOIELLO, Rosella. *Depositi fiduciari*, in *Fiducia, Trust, Mandato Ed Agency*. Quaderno nº 2, Milano: Giuffrè, 1991, p. 285-290.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord.); WATANABE, Kazuo (Coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WEBER, Max. General economic history. Glencoe: The Free Press, 1950.



## **ANEXOS**

ANEXO A

Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de  
Lei n.º 8.046, de 2010)

ANEXO B  
Capítulo VIU do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Da Sentença  
Condenatória de Fazer, Não Fazer ou Entregar Coisa

ANEXO C  
Relatórios de Fusões e Aquisições