

Minuta de transação que não observou forma prescrita em lei: mera negociação que não resultou em contrato válido

Daniel DIAS*

RESUMO: O parecer trata de caso em que advogados negociaram uma transação para pôr fim a litígio envolvendo honorários advocatícios. Foi enviada minuta de acordo via e-mail e WhatsApp, a qual foi “aceita” pelo consulente. Contudo, logo em seguida, algumas das pessoas envolvidas desistem do acordo previsto na minuta, a qual nunca chegou a ser sequer assinada. Diante disso, o consulente ajuíza ação de cobrança dos honorários advocatícios. Em segundo grau, o tribunal de justiça condena os réus a pagarem integralmente os honorários pleiteados pelo consulente, mas depois, em julgamento de embargos de declaração, reduzem o valor da condenação ao valor previsto no acordo. O parecer analisa se a negociação entre as partes chegou a formar um contrato de transação; em seguida, em havendo contrato, se a transação foi validamente celebrada; e, por fim, em sendo validamente celebrado, se ele produz plenamente seus efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação; minuta contratual; contrato de transação; pressupostos de existência; requisitos de validade; abuso de direito; *venire contra factum proprium*.

SUMÁRIO: 1. Síntese do caso e consulta; – 2. Considerações teóricas; – 2.1. Plano de existência: elementos para formação contratual; – 2.1.1. Consenso ou acordo de vontades; – 2.1.2. Proposta e aceitação; – 2.1.3. Atos preparatórios: minuta; – 2.1.4. Consequência da falta de declaração de vontade: inexistência de contrato; – 2.2. Plano de validade: exigência de forma do contrato de transação; – 2.3. Plano de eficácia: abuso de direito (*venire contra factum proprium*); – 3. O caso sob consulta; – 3.1. Ausência de contrato por falta de acordo de vontades; – 3.2. Subsidiariamente: contrato de transação nulo por inobservância da forma exigida; – 3.3. Subsidiariamente: execução abusiva do suposto contrato de transação; – 4. Conclusão.

1. Síntese do caso e consulta

Trata-se de ação proposta pelo consulente, cujo objeto é a divisão de honorários sucumbenciais entre ele e outros advogados que atuaram conjuntamente em alguns processos judiciais. Os réus da ação são os dois escritórios de advocacia que atuaram junto ao consulente nesses processos (“réus”).

O consulente pediu a condenação dos réus ao pagamento de honorários a serem arbitrados, dando à causa o valor de R\$ 2.086.102,57. Da leitura da inicial, depreende-se que, antes de ingressar com a referida ação judicial, o consulente chegou a pleitear o pagamento dos seus honorários em juízo, na ação rescisória em que atuara como advogado e na qual pleiteia um terço dos honorários, mas o seu pleito foi contestado pelos réus, forçando-o a ingressar em juízo por meio de ação autônoma para obter o reconhecimento e a satisfação do seu direito.

* Professor nos cursos de graduação e mestrado acadêmico da FGV Direito Rio. Doutor em direito civil pela USP. Mestre pela PUC-SP. Pesquisador visitante na LMU (Munique), no Instituto Max Planck (Hamburgo) e na Harvard Law School. Advogado e consultor jurídico.

Em paralelo a isso, “os réus, por meio da primeira ré [...], chegaram a redigir um acordo (anexos, mensagem de encaminhamento e cópia da minuta) no qual o ora autor receberia R\$ 450.000,00” para assim “encerrar a sua atuação na causa, renunciando a todos e quaisquer valores a que fizesse jus”. E que “a proposta, intelectualmente redigida pelos réus, foi enviada ao autor na manhã do dia 02.05.2019, via WhatsApp” (do celular do representante de um dos réus ao celular do consulente). Na sequência são apresentadas fotos de conversas de WhatsApp e da minuta do acordo.

Em uma dessas fotos de conversas de WhatsApp, pode-se ver o representante de um dos réus enviando um arquivo de texto (doc) intitulado “acordo” e, em seguida, a seguinte mensagem: “Bom dia. Tudo bem? Mandei acima a minuta”. Ao que o consulente respondeu, perguntando se os demais envolvidos no acordo estariam de acordo com a minuta. Em seguida, prossegue falando o consulente: “Boa noite [...]! Mandei e-mail ao senhor formalizando meu aceite em relação à proposta”. Na sequência, a outra parte respondeu: “Boa noite. Todo mundo está de acordo. Vamos formalizar amanhã”.

Ainda segundo relato da petição inicial, o consulente afirma que, “talvez pelas dificuldades entre si, os réus acabaram por não honrar a proposta”. Poucas horas depois do envio da minuta por WhatsApp, os réus apresentaram “manifestação absolutamente surpreendente”, na qual se afirmou que o consulente, “desde que se desligou da primeira ré, ‘não atuou de maneira alguma no processo’ [...]”. O consulente relata que, “tão logo leu a peça, com espanto, [...] chegou a perguntar se a proposta ainda estava vigente, tendo-lhe [sido] respondido [...] que sim”. Contudo, “a ausência de confirmação, formalização ou pagamento nos dias seguintes levou o autor [o consulente] a retirar o seu aceite, de modo formal, poucos dias depois”.

Os réus apresentaram contestação. A tese central de defesa é a de que não “há que se cogitar de rateio e (ou) arbitramento de honorários de sucumbência para atender advogado que (i) não era nem nunca foi responsável pela condução do processo, (ii) jamais demonstrou ter sido contratado como um terceiro advogado”, (iii) não estava sequer constituído para atuar nos processos e (iv) não possui qualquer vínculo com os ora Réus – estes, sim, formalmente contratados pelos clientes e devidamente constituídos como procuradores, mediante instrumento de mandato”.

Em relação à negociação de acordo, os Réus afirmaram que “o Autor trouxe a estes autos instrumento de transação que seria celebrado com os ora Réus e os clientes, a fim de encerrar as atividades jurídicas que ele vinha prestando até então”. Mas que o acordo

não se concluiu, porque, no processo de negociação, a confiança entre as partes teria se acabado: “E esse acordo só não se concluiu porque os Réus e os seus clientes [...] descobriram as gravações clandestinas que o Autor já providenciara na época, fator que eliminou qualquer resíduo de confiança que pudesse existir entre eles”.

Encerrada a instrução, a ação foi julgada improcedente. Na sentença, o juiz concluiu que o “pedido não merece acolhimento”. Como fundamento, alegou que, “no decorrer da instrução processual, muito embora afirme o autor ser procurador da parte na demanda incidental que ocasionou os honorários sucumbenciais, restou demonstrado que o autor não exercia a função de mandatário [...], muito menos em condição de igualdade com os réus, o que afasta por completo sua pretensão de recebimento de terça parte dos honorários sucumbenciais naquela demanda percebidos pelos réus”.

Na sentença, sobre a negociação de acordo, nada foi dito.

O consulente interpôs apelação em face dessa sentença. A apelação foi provida pelo Tribunal de Justiça, para acolher os pedidos do consulente. O fundamento mais importante adotado pelo Tribunal para a reforma da sentença foi a já referida minuta de acordo formulada pelos réus para resolução extrajudicial do litígio.

Segundo o tribunal, a minuta do acordo foi enviada ao consulente via *WhatsApp* “com a informação de que todos os proponentes estariam de acordo e que seria formalizada no dia seguinte [...]. A proposta foi aceita imediatamente pelo autor [o consulente] conforme se visualiza, todavia não efetivada por parte dos proponentes. Assim, observa-se que houve violação do princípio da boa-fé objetiva por parte dos apelados”.

Em seguida, o tribunal cita o art. 422 CC, que prevê o dever geral de agir segundo a boa-fé, cita ensinamento doutrinário que afirma a necessidade de observância de deveres de boa-fé também na fase pré-contratual, de tratativas. Partindo disso, afirma que, no caso, “verifica-se que o acordo só não foi concretizado por desistência dos demandados em visualizável quebra da boa-fé objetiva, pois acabaram por criar expectativa de comportamento futuro (realização de acordo para pagamento dos trabalhos exercidos pelo advogado), todavia, agiram posteriormente de maneira completamente oposta ao esperado, deixando de assinar o acordo, mesmo depois de aceito pelo ora recorrente. Trata-se de uma situação de *venire contra factum proprium*”.

Na sequência, o tribunal transcreve trecho de depoimento em audiência do representante de um dos escritórios réus e parte integrante do acordo negociado, no qual explica “os motivos da não efetivação do acordo minutado por parte dos proponentes”:

[...] Especificamente com relação a isso eu sempre fui absolutamente refratário em fazer qualquer pagamento em favor do Dr. T.S.N. [o consulente], porque não houve nenhum acordo com ele com relação ao recebimento de honorários e participação na causa. [...] nós ficamos sabendo, por meio de outros colegas, que o T.S.N. [o consulente] estaria ofertando o crédito desta ação pra várias pessoas na cidade, escritórios grandes, escritórios que compram ações, pessoas que compram créditos, e isso acendeu uma luz vermelha, porque, quer dizer..., e eu comuniquei isso ao cliente, [...]. E quando nós levamos isso ao nosso cliente, eles imediatamente disseram “olha, não tem como fazer acordo”. [...] O que aconteceu em relação à minuta foi isso, ela foi feita, recebendo uma pressão do cliente que se sentia pressionado a resolver isso com receio de alguma medida que atrapalhasse o recebimento do crédito, e nós até sabíamos que essa minuta estava sendo concebida e tinha sido inclusive circulada, mas nós não assinamos a minuta né, e de fato esse acordo, essa tentativa de acordo, não se perfectibilizou. [...].

Contudo, prossegue o tribunal, “não restou comprovado nos autos que T.S.N. [o consulente] estaria espalhando informações a respeito da ação do cliente, ou que haveria má-fé na elaboração de atas notarias das conversas, visto que inclusive se tratam (sic) das atas utilizadas no presente feito com a finalidade de comprovar o direito perseguido, qual seja o rateio proporcional dos honorários de sucumbência”.

Apesar da ausência da “assinatura dos proponentes na proposta de acordo, as declarações ali contidas possuem relevância visto que, como já abordado, a legislação civilista protege a fase de propositura de contrato ao dispor em seu artigo 427 que ‘A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso’”.

Dessa maneira, “percebe-se que os proponentes reconhecem que a atividade prestada pelo Dr. T.S.N. [o consulente] não seria apenas de um mero paralegal, mas sim de ‘elaboração de minutas de peças processuais, memoriais e recursos, na discussão de estratégias processuais e na prestação de consultoria jurídica’, ao mesmo passo que reconheceram, pelo menos na fase da propositura do acordo que o valor devido pelos serviços advocatícios prestados seria na importância de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais),

valor este que condiz com a atuação na qualidade de advogado que prestou os serviços ali reconhecidos, o que não é comum à atividade do paralegal ou auxiliar administrativo”.

Partindo de todo esse desenvolvimento, o acórdão passou a tratar do arbitramento dos honorários que seriam devidos ao consulente em virtude dos serviços prestados. O tribunal condenou os réus a pagarem R\$ 2.086.102,58 ao consulente, invertendo os ônus sucumbenciais.

Os réus opuseram embargos de declaração em face desse acórdão. Dentre outros vícios, alegaram “omissão quanto às partes do acordo que são desfavoráveis ao embargado, visto que o acordo deixa claro que o embargado não possuía procuração para atuar nos autos, bem como o recorrido aceitou naquela oportunidade receber o importe de R\$ 450.000,00 [...], valor consideravelmente inferior ao concedido no acórdão”.

O tribunal reconheceu ter havido omissão quanto às partes do acordo que seriam desfavoráveis ao consulente, em especial, com o fato de que o consulente teria aceitado naquela oportunidade receber o montante de R\$ 450.000,00, valor consideravelmente inferior ao concedido no acórdão (R\$ 2.000.000,00). Nesse sentido, argumentou o tribunal:

Percebe-se que o acordo proposto pelos ora embargantes e posteriormente não efetivado restou utilizado para a fundamentação do acórdão, no sentido de que o trabalho na qualidade de advogado exercido pelo autor/embargado foi reconhecido pelos recorrentes, pelo menos em um determinado período, bem como os valores contidos na proposta não seriam condizentes ao trabalho de um mero para legal conforme descrição pela tese defensiva.

Contudo, de acordo com o princípio da indivisibilidade da prova, o acórdão deve ser utilizado como meio de prova em sua integralidade, ou seja, não apenas para demonstrar o exercício do trabalho da advocacia (cumulado às demais provas), mas também nos termos que são contrários/limitam a pretensão autoral.

Segundo o juízo de segundo grau, por força do princípio da indivisibilidade da prova, o acordo deveria ser utilizado não apenas para demonstrar a prestação de serviços de advocacia pelo consulente, mas também “nos termos que são contrários/limitam a pretensão autoral”.

Ou seja, também deveria ser levado em conta o fato de que o consulente teria aceitado a remuneração de R\$ 450 mil à época em que recebeu a minuta de acordo. Segundo o

acórdão, “tal aceite em momento anterior é capaz de limitar a pretensão autoral, de modo que o recorrido somente fará jus ao recebimento do valor ali contido”.

O juízo acolheu então os embargos de declaração, para “sanar a omissão referente ao princípio da indivisibilidade da prova e limitar a condenação dos réus ao pagamento de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em favor do autor/recorrido, valor este que deverá ser arcado na proporção de 50% (cinquenta por cento) por cada escritório [...]”.¹

A parte consulente apresentou então embargos de declaração. Em resumo alegou, em primeiro lugar, que os réus inovaram na defesa ao alegarem a existência de acordo, sendo o acórdão omissivo quanto à impossibilidade de se alegar nova tese de defesa. Em seguida, afirmou as seguintes omissões do acórdão quanto ao direito material: o acordo jamais existiu; se existisse, seria nulo por vício de forma; e, por fim, se existisse e fosse válido, estaria sujeito à exceção de contrato não cumprido.

Em contrarrazões dos embargos de declaração, a parte ré respondeu, alegando, em resumo, que não houve inovação de tese de defesa e que seria irrelevante a discussão sobre a existência, validade e eficácia do acordo: a proposta de acordo e o aceite do consulente seriam meras questões de prova.

Com base nesse resumo do caso, o consulente formula o seguinte questionamento: é possível concluir que houve um contrato válido e eficaz de transação apto a restringir o seu direito de crédito a honorários advocatícios no valor de R\$ 300 mil?

2. Considerações teóricas

A análise do caso requer algumas considerações teóricas sobre os três planos do negócio jurídico: existência, validade e eficácia. No Brasil, essa tripartição foi desenvolvida especialmente por Pontes de Miranda, de modo que essa classificação hoje é conhecida como “escada ponteana”, em homenagem ao jurista.²

Para que um acontecimento da vida negocial tenha impacto jurídico e seja considerado um contrato, ele deve passar por esses três planos, cumprindo as exigências legais de cada um. Se o fato apenas alcançar o plano da existência, mas não o da validade, ele será

¹ Conforme a minuta de acordo, os R\$ 150 mil restantes seriam pagos pelo cliente dos escritórios réus. Como esse cliente não participou do processo objeto da consulta, o acórdão descontou o valor que seria devido por ele ao condenar os escritórios.

² Cf., p. ex., TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, vol. 1: lei de introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

considerado um contrato inválido. Entretanto, se ele atravessar os planos de existência e validade, mas não o da eficácia, será um contrato existente e válido, contudo, ineficaz.

2.1. Plano de existência: elementos para formação contratual

Em primeiro lugar, há o plano da existência. O contrato precisa, antes de mais, satisfazer certos pressupostos mínimos para existir.

2.1.1. Consenso ou acordo de vontades

Um desses elementos é o acordo de vontades das partes envolvidas, o consenso entre elas acerca de um determinado objeto. Esse elemento é tão forte que a própria ideia de contrato se sobrepõe à de acordo de vontades.

Em um contrato, os contratantes vinculam-se reciprocamente, isto é, cada um vincula a si mesmo e por meio disso simultaneamente o outro. A autovinculação de cada um é, segundo a ideia fundamental do contrato, um ato de liberdade. O contrato baseia-se na autodeterminação de cada parte, porque exige a concordância de ambas. Ao mesmo tempo, isso significa que cada um só pode realizar sua própria autodeterminação em um contrato na medida em que respeita a do outro, concordando com o outro acerca de algo que ambos desejam em comum.³

Sob as diversas perspectivas pelas quais se observe o contrato, o consenso entre os envolvidos emerge como sua base fundamental. Sob a perspectiva estrutural, “o contrato representa um encontro ou uma fusão de duas ou mais vontades, que se (re)encontram num determinado texto”. Já sob a perspectiva ontológica, “o contrato é uma manifestação de liberdade das pessoas, traduzindo, por excelência, a livre produção de efeitos jurídicos. A autonomia privada tem, justamente no contrato, a sua mais alta expressão”.⁴

2.1.2. Proposta e aceitação

Em termos legais, no Código Civil, a formação contratual está regulada no modelo de contratação entre ausentes, segundo o qual uma das partes (o proponente) emite a sua declaração (a proposta) ao destinatário e, passado um espaço de tempo relevante, este

³ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. 1: Allgemeiner Teil. 14. Aufl. München: Beck, 1987, p. 40.

⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. II: direito das obrigações, t. II: contratos; negócios unilaterais. Coimbra: Almedina, 2010, p. 171-172.

aceita ou não. Dessa maneira, a formação de um contrato pressupõe dois atos jurídicos: a proposta (art. 427 CC) e a aceitação (art. 431 CC).

A declaração de vontade para configurar proposta precisa atender a dois requisitos: completude e intenção inequívoca de contratar. Este último requisito se subdivide em dois: para ser proposta, a declaração de vontade precisa ser (i) séria, no sentido de que o declarante não está brincando nem fazendo gracejos; e (ii) definitiva ou firme, no sentido de que o declarante não está declarando algo em termos dubitativos ou hipotéticos, mas detém uma certeza típica de quando já se superou a hesitação natural da negociação, uma vez que a simples aceitação da proposta “dá lugar ao aparecimento do contrato, sem que, ao declarante, seja dada nova oportunidade de exteriorizar a vontade”.⁵

2.1.3. Atos preparatórios: minuta

A proposta e a aceitação são “elementos necessários, dentro do processo analítico de formação do contrato entre ausentes”. As partes podem, porém, no exercício da sua liberdade, “introduzir outros elementos nesse processo, seja como modo de mais eficazmente se conseguir a prossecução do consenso, seja como via adequada para enfrentar particulares circunstâncias que se lhes deparem”.⁶

São o que a doutrina chama de “atos preparatórios” para celebração contratual. Segundo Menezes Cordeiro, os atos preparatórios são “todos aqueles que, inserindo-se, pelo seu objetivo, no processo de formação de um contrato, não possam reconduzir-se à proposta, à aceitação ou à rejeição, relativamente ao contrato definitivamente pretendido”.⁷

Entre os diversos atos preparatórios possíveis, destaca-se a minuta. Trata-se de “documento no qual as partes vão exarando os diversos pontos a inserir no futuro contrato, à medida que sejam acordados”. O contrato, todavia, “é aprovado no seu todo”. Assim, “os pontos sectoriais acordados, mesmo quando lançados num papel, não vinculam os contraentes antes da aprovação global final”.⁸

Nos atos preparatórios, como na minuta, falta o subelemento da intenção inequívoca de contratar, mais especificamente o subelemento da definitividade, referido acima.

⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. II: parte geral; negócio jurídico. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014, § 101, p. 319.

⁶ Ibid., § 94, p. 296.

⁷ Ibid., § 94, p. 296.

⁸ Ibid., § 95, p. 297.

Havendo minuta, as partes ainda estão negociando, não havendo que se falar ainda de contrato pronto e acabado.

2.1.4. Consequência da falta de declaração de vontade: inexistência de contrato

Tanto a proposta quanto a aceitação são declarações de vontade qualificadas. São declarações de vontade em que o declarante manifesta a vontade de propor a formação de um contrato e de aceitá-lo. Em não havendo essa declaração de vontade, não há proposta ou aceitação e, conseqüentemente, contrato.

Essa problemática surge na prática especialmente no caso de “contratações” envolvendo fraude, em que um dos “contratantes” se passa por outra pessoa e “celebra o contrato” mediante aposição de assinatura falsa no termo contratual. É em casos como esse que doutrina e jurisprudência afirmam assertivamente a consequência da inexistência contratual por conta da ausência de declaração de vontade.

Carlos Elias, consultor do senado e um dos elaboradores do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, afirma que “um negócio com assinatura falsificada constitui hipótese de inexistência do negócio jurídico, pois falta um requisito essencial: a manifestação de vontade do sujeito que estaria praticando o ato”. Por exemplo, um cheque ou um instrumento contratual com assinatura falsa “não existe no mundo jurídico e, por isso, o prejudicado pode, a qualquer momento, pleitear a declaração de sua inexistência”.⁹

Também “não se trata de caso de nulidade, pois isso presumiria haver uma vontade do sujeito com algum vício. Todavia, nesse caso, não há vontade do titular, e sim de um falsário que imitou a assinatura do real titular”. A parte integrante do contrato “seria a pessoa cuja assinatura foi falsificada: ela não manifestou a sua vontade e, portanto, não se pode falar que a sua vontade é viciada (nem vontade houve!)”.¹⁰

Os tribunais também se posicionam nesse sentido. Em um caso em que um dos negociantes se passou por terceiro, falsificando a assinatura deste no instrumento contratual, o TJDFT concluiu que esta assinatura não vale como aceitação e, portanto, não houve contrato.

⁹ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Considerações sobre os planos dos fatos jurídicos e a substituição do fundamento do ato de vontade. Núcleo de Estudos e Pesquisas de Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2020, p. 7.

¹⁰ Ibid., p. 8.

Em trecho central da decisão, consta que, “embora tenha havido proposta negocial pelos recorrentes, não houve a emissão da vontade receptícia, ou seja, a aceitação da proposta formulada, de modo que não foi estabelecido o liame obrigacional entre as partes negociantes”. De fato, “a falsificação da assinatura de uma das partes negociantes comprova a ausência de emissão de vontade receptícia, essencial para que o negócio jurídico bilateral em análise pudesse ser constituído”.¹¹

Como se verá melhor adiante, o caso sob consulta envolve uma negociação para celebração de contrato de transação. No caso dessa espécie contratual, que envolve concessões mútuas para resolver um (possível) litígio, há um rigor especial com a exigência de clareza da declaração de vontade das partes envolvidas. Exige-se, portanto, declaração de vontade expressa, não sendo possível interpretar o silêncio como uma manifestação tácita de aceitação.¹²

Em conclusão, da própria ideia ou noção de contrato, extrai-se que a formação de um contrato pressupõe um acordo de vontades entre as partes envolvidas. Nos termos do Código Civil, é necessário haver proposta e aceitação. Se não houver esse acordo de vontades entre as partes envolvidas, não havendo proposta ou aceitação de todas as partes envolvidas, não há portanto contrato.

2.2. Plano de validade: exigência de forma do contrato de transação

A juridicidade do contrato não se resume à presença de vontades concordantes. Agrega-se também requisitos que garantem a higidez da vontade das partes. Ao plano da existência, soma-se então o plano da validade.

As vontades concordantes, por exemplo, devem ser livres e esclarecidas. Sob a perspectiva dogmática, “o contrato postula duas ou mais partes iguais livres e esclarecidas, sendo fundamentalmente tratado, nos sistemas continentais, pelo Direito Civil: obrigações parte geral. Quando falte a liberdade ou o esclarecimento, o próprio Direito comporta as vias de correção e, designadamente: a anulação do contrato viciado”.¹³

Nesse contexto, existe a possibilidade de ser exigida forma especial para a validade do contrato (arts. 104 III e 107 CC), de modo que, se o contrato não revestir a forma prescrita em lei, haverá nulidade do contrato (art. 166 IV CC).

¹¹ TJDF, apelação cível n. 0022216-34.2015.8.07.0009, relator Álvaro Ciarlini, Dje 22.01.2022.

¹² TJSE – AC 201800828298 – (27050/2018), 9-10-2019, Rel. Des. Ricardo Múcio Santana de A. Lima.

¹³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. II, t. II, cit., p. 173.

Segundo o art. 840 CC, o primeiro artigo do capítulo sobre o contrato de transação, “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Transações ocorrem, portanto, “quando as partes de uma relação conflituosa chegam a um consenso”, pondo fim “às discussões e contendas, pacificando os interesses por intermédio de um acordo em que cada um perde ou abre mão de parte dos direitos que julga possuir”, obtendo “a paz com a segurança jurídica equiparada à coisa julgada impeditiva de reabertura de polêmica”.¹⁴

A transação é uma espécie contratual formal. Segundo o art. 842 CC, “a transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz”.

Essas formalidades têm relação com o fato de a transação ser um contrato que previne ou elimina um litígio entre as partes. Por isso, mesmo no caso em que é autorizada a transação por instrumento particular, não se aceita, por exemplo, que o contrato seja provado por testemunhas, mesmo que em complemento a prova escrita. Em comentário ao art. 1.029 CC/1916, correspondente em parte ao referido art. 842 CC/2002, Carvalho Santos leciona que, “pelas circunstâncias e pela sua própria natureza, a transação jamais poderá ficar dependente da prova testemunhal, que, no caso do começo de prova por escrito, teria de ser apresentada, para completá-la”.¹⁵

Atualmente, esse cuidado com a forma do contrato de transação segue sendo ressaltado pela doutrina. No caso em que é autorizada a transação por instrumento particular, Ênio Santarelli Zuliani aconselha a adoção de medidas adicionais que confirmem “a autenticidade dos subscritores, como o de obter testemunhas presenciais e reconhecimento de firmas”.¹⁶

2.3. Plano de eficácia: abuso de direito (*venire contra factum proprium*)

Aos planos da existência e validade, soma-se, por fim, o plano da eficácia. Mesmo que tenha sido celebrado de maneira válida, o contrato pode não produzir os seus efeitos.

¹⁴ ZULIANI, Ênio Santarelli. Comentários aos arts. 693 a 853. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 753.

¹⁵ João Manuel de Carvalho Santos. *Código civil brasileiro interpretado*, vol. XIII: arts. 972-1.036. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 391.

¹⁶ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 1208-1209.

Um exemplo marcante disso advém da estipulação de uma condição, cláusula que subordina os efeitos do contrato a evento futuro e incerto (art. 121 CC). Quando o que é subordinado é a produção – e não a cessação – dos efeitos, está-se diante de condição suspensiva. Segundo o art. 125 CC, “subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.

Uma outra figura que pode intervir no plano da eficácia é o abuso do direito. Um direito pode ter o seu exercício obstado se este for considerado abusivo. O abuso do direito encontra previsão geral no art. 187 CC, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O instituto do abuso do direito é muito vasto, sendo hoje seu estudo fracionado em figuras parcelares, correspondentes a grandes grupos de situações abusivas.¹⁷ A principal delas é o *venire contra factum proprium*. Esta locução significa literalmente “vir contra fato próprio” e “materialmente: contradizer o seu próprio comportamento”. A expressão “traduz, em Direito, o exercício de uma posição jurídica em contradição com uma conduta antes assumida ou proclamada pelo agente”.¹⁸

O *venire contra factum proprium* é hoje entendido como expressão de proteção à confiança. Trata-se da linha de entendimento predominante na doutrina¹⁹. Há, portanto, exercício abusivo do direito, por comportamento contraditório, quando um agente adota comportamento capaz de gerar em outra pessoa a confiança de que ele irá se comportar de uma determinada maneira; e essa pessoa, além de confiar de fato nisso, adequa-se de tal maneira a essa expectativa que a adaptação a uma situação jurídica distinta não mais pode ser exigida, por violar a boa-fé.²⁰

¹⁷ Sobre a evolução do abuso do direito e o seu estado atual de concretização em grandes grupos de situações abusivas, v. CODEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I: parte geral, t. IV: exercício jurídico. Coimbra: Almedina, 2007, p. 239 ss.

¹⁸ *Ibid.*, p. 275.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 95 ss.; GOMES, Elena de Carvalho. *Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 83 ss. No direito alemão, cf. DETTE, Hans Walter. *Venire contra factum proprium nulli conceditur: Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchworts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 45 ss.; MEDICUS, Dieter; LORENZ, Stephan. *Schuldrecht*, vol. 1: Allgemeiner Teil. 21. Aufl. München: Beck, 2015, nm. 139, p. 60; LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht AT*. München: Vahlen, 2023, nm. 85, p. 35; LARENZ, Karl. *Schuldrecht I*, cit., § 10 II b), p. 133. No direito português, cf. CODEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 752 ss.

²⁰ BGH WM 1980, p. 341, trecho também citado por DETTE, Hans Walter. *Venire*, cit., p. 46, embora esse autor não funde o *venire* na boa-fé, mas apenas no princípio da confiança.

Na concretização da confiança, a doutrina propõe trabalhar com um “modelo de quatro proposições, válido em geral”. Essas proposições podem ser entendidas como pressupostos gerais para aplicar o instituto do *venire* aos casos concretos.

A primeira proposição ou pressuposto é haver uma *situação de confiança* em conformidade “com o sistema e traduzida na boa fé subjectiva e ética, própria da que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias”. A situação da “pessoa que não adira à aparência ou que o faça em desrespeito de deveres de cuidado merece menos protecção”.²¹

A segunda é haver uma *justificação para essa confiança*, consistente em “elementos objetivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível”. Esse pressuposto exige que a confiança “se tenha alicerçado em elementos razoáveis, susceptíveis de provar a adesão de uma pessoa normal”.²²

A terceira proposição é a presença de um *investimento de confiança* correspondente a, “da parte do sujeito, ter havido um assentir efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada”. Esse pressuposto demanda que o confiante tenha efetivamente “desenvolvido toda uma actuação baseada na própria confiança, actuação essa que não possa ser desfeita sem prejuízos inadmissíveis”. Ou seja: “uma confiança puramente interior, que não desse lugar a comportamentos, não requer protecção”.²³

O quarto e último pressuposto é o de *imputação da situação de confiança* ao sujeito que vai ser atingido pela protecção dada àquele que confiou: “tal pessoa, por acção ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao fator objetivo que a tanto conduziu”. Essa proposição pressupõe “a existência de um autor a quem se deva a entrega do confiante do tutelado”. A protecção da confiança de uma pessoa resulta, em geral, na oneração de uma outra; “isso implica que esta outra seja, de algum modo, a responsável pela situação criada”.²⁴

3. O caso sob consulta

O caso sob consulta, como narrado acima, apresenta uma situação em que o consulente e o representante de um dos réus da acção em causa negociaram um acordo para prevenir

²¹ CODEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I, t. IV, cit., p. 292-293.

²² *Ibid.*, p. 292-293.

²³ *Ibid.*, p. 292-293.

²⁴ *Ibid.*, p. 292-293.

o litígio entre eles e outras pessoas. Sob qualquer aspecto que se analise essa negociação, porém, não é possível extrair dela os efeitos jurídicos de um contrato.

Sob a perspectiva do plano da existência, a conversa entre eles não pode ser considerada um contrato. Ela pode ser considerada apenas como uma negociação que não chegou a bom termo, mais especificamente a um contrato de transação.

Mas mesmo que se parta da premissa de que o contrato se formou, este seria nulo, uma vez que não foram observadas as exigências de forma do contrato de transação.

E, por fim, ainda que se assuma que houve contrato válido, a sua execução, nas condições em que ocorreram no caso, levam a uma conclusão de abuso do direito (art. 187 CC) por parte dos réus.

3.1. Ausência de contrato por falta de acordo de vontades

A conversa entre o consulente e o representante de um dos réus não gerou contrato, porque as partes não chegaram a um acordo de vontades. Como visto acima, para haver contrato, é necessário que haja consenso entre as partes envolvidas. Em termos legais, conforme o regramento do Código Civil, para haver contrato, é necessário haver proposta e aceitação entre as partes.

A mensagem enviada inicialmente pelo representante de um dos réus, oferecendo R\$ 450 mil para encerrar o litígio com o consulente, não pode ser considerada uma proposta. A mensagem dizia respeito ao representante de um dos réus e mais outras pessoas na qualidade de devedores. Acontece que, ao que as provas do caso indicam, nenhum dos pretensos devedores do acordo concordaram com os termos da mensagem.

Em primeiro lugar, o documento correspondia a uma mera minuta. Essa é a forma como o próprio representante de um dos réus se referiu ao arquivo de Word enviado via WhatsApp, contendo o texto do idealizado acordo, conforme se verifica da foto apresentada pelo consulente em sua petição inicial. A minuta de um contrato, como visto acima, não passa de um ato preparatório de celebração contratual, mas que não chega a configurar uma proposta. Para ser considerada uma proposta, como também visto acima, a mensagem deveria revestir a característica da definitividade, exatamente o que falta a uma minuta.

Em segundo lugar, o comportamento posterior das partes confirma essa interpretação de que a mensagem era uma mera minuta não vinculante. Segundo o Código Civil, “a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio” (art. 112, §1º, I CC). Essa regra pode ser aplicada, por analogia, para se interpretar o sentido de declarações pré-negociais.

No caso, após o envio da minuta, as partes se retiraram em seguida da negociação, não pagaram o valor projetado e, sendo ajuizada a ação de cobrança de honorários pelo consulente, negaram que o consulente tivesse qualquer direito a honorários (fruto ou não de acordo). Além disso, em sede de contestação, os réus alegaram que não houve acordo, porque, conforme descrito acima, desistiram dele no curso da negociação.

No curso do processo, uma das partes integrantes da minuta como devedor, em depoimento em audiência, explicou claramente que houve o processo de negociação, que o acordo foi minutado, mas que nunca foi concluído. No meio do processo de negociação, os projetados devedores desistiram da negociação e a minuta nunca foi assinada.

Em seguida, como também visto acima, a decisão original do tribunal de justiça reconheceu que não houve acordo, afirmando que, no caso, “verifica-se que acordo só não foi concretizado por desistência dos demandados”.

Não sendo uma proposta, a declaração do representante de um dos réus pode ser entendida apenas como uma sondagem, como uma declaração típica de um processo de negociação em que uma das partes quer entender, quer verificar, se a outra concordaria em fechar contrato em um determinado valor, mas ainda sem de fato estar propondo celebrar o contrato naquele determinado valor.

Não sendo proposta a mensagem do representante de um dos réus, por consequência lógica, as declarações de concordância do consulente não constituem aceitação. Por mais que o consulente tenha dito que “aceitou os termos da minuta”, de aceitação propriamente dita não se trata. Também quando disse que estava retirando sua aceitação, também aqui não se trata propriamente de retratação.

Por fim, o próprio acórdão do tribunal de justiça que, em sede de julgamento dos embargos de declaração, reduziu o crédito de honorários do consulente, reconheceu que não houve acordo. Como descrito acima no item de síntese do caso, o tribunal afirmou

que se percebe “que o acordo proposto pelos ora embargantes e *posteriormente não efetivado* restou utilizado para a fundamentação do acórdão, no sentido de que o trabalho na qualidade de advogado exercido pelo autor/embargado foi reconhecido pelos recorrentes” (grifo aditado). Apesar disso, *contraditoriamente* reduziu a condenação ao valor previsto na minuta, retirando assim de uma mera minuta os efeitos de um contrato.

O argumento de princípio da indivisibilidade da prova não convence, uma vez que aquilo que supostamente limitaria a pretensão autoral não são “fatos”, mas sim os efeitos jurídicos de um acordo vinculante, de um contrato portanto. Não havendo contrato, não há que se alegar que o princípio da indivisibilidade da prova imponha restrição do crédito a valor mencionado na minuta.

No caso, portanto, não houve acordo de vontades entre as partes.

Do ponto de vista processual, a existência de um contrato de transação é um fato modificativo do direito do consulente, sendo dos réus o ônus de provar os fatos que embasam a formação de um tal contrato (art. 373 II CPC). Não só isso não foi feito, como eles mesmos reconheceram na contestação que o acordo não se concluiu, exatamente o que foi também declarado pelos acórdãos proferidos pelo tribunal de justiça.

3.2. Subsidiariamente: contrato de transação nulo por inobservância da forma exigida

Mesmo que se entenda que houve a celebração de um contrato, este contrato não é válido por inobservância de forma exigida. O contrato supostamente celebrado teria sido uma transação, espécie que exige escritura pública, termo nos autos, ou instrumento particular, conforme previsto no art. 842 CC.

No caso, a transação recaía sobre direitos contestados em juízo, uma vez que o rateio dos honorários já havia sido solicitado judicialmente pelo consulente e contestado em juízo, na própria ação originária em que os honorários sucumbenciais foram constituídos. Somente após essa contestação em juízo é que o consulente teve de ajuizar ação judicial autônoma. Dessa maneira, a transação deveria ter sido feita “por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz”, conforme dispõe o art. 842, *in fine*, CC.

Mas mesmo que se entendesse que o caso não é de direito contestado em juízo, sendo portanto admissível instrumento particular, ainda assim não teria havido observância da forma, porque nunca houve a formalização por instrumento particular, com as assinaturas das partes, por exemplo. As trocas de mensagens por WhatsApp ou por e-mail, com envio de mera minuta, não configuram instrumento particular no sentido do art. 842 CC. A forma exigida por lei não foi, portanto, observada, até porque nem todas as partes negociantes manifestaram anuência, mesmo que só por e-mail ou WhatsApp.

Não tendo sido observância da forma prescrita em lei, é nulo o suposto acordo de vontades, conforme prevê o art. 166, IV, CC.

3.3. Subsidiariamente: execução abusiva do suposto contrato de transação

Mesmo que se assuma que o contrato de transação tenha sido validamente celebrado, a sua execução seria abusiva e, portanto, obstada, por violar a boa-fé (art. 187 CC). A execução neste momento da transação representaria *venire contra factum proprium*.

No caso, todos os quatro pressupostos do *venire contra factum proprium*, apresentados acima, estão preenchidos no caso. Já cotejando-os com o caso, pode-se afirmar que a execução agora é abusiva, porque reflete comportamento contraditório, violando (i) uma confiança (ii) justificada, (iii) em relação à qual o consulente fez investimentos, sendo tudo isso (iv) imputável às partes que serão afetadas por essa tutela da confiança do consulente.

Em primeiro lugar, o consulente confiou que ele e as demais partes envolvidas não teriam chegado a um consenso em relação à transação. Essa confiança é extraível do seu comportamento posterior de ter ajuizado ação contra os réus na qual afirma que não haveria entre as partes uma transação vinculante.

Em segundo lugar, houve justificação para a confiança do consulente. Como já referido mais de uma vez neste parecer, os réus se retiraram da negociação, não pagaram o valor previsto e, em juízo, negaram na contestação e em depoimento pessoal a consumação de um acordo. Isso tudo é justificativa da confiança do consulente de que não havia contrato entre as partes e que aquilo que foi minutado pelo representante de um dos réus não seria cumprido.

Em terceiro lugar, houve investimento da confiança. Esse estado de coisas firme e prolongado levou a que o consulente se adequasse a essa confiança, no sentido de que adotou comportamentos reais conformando-se a ela. No caso, o consulente ajuizou ação judicial de cobrança de honorários advocatícios, com todas as implicações negativas decorrentes disso: indisposição com antigo professor, colegas de escritório e clientes. Experimentou assim as desvantagens e dissabores que queria ter evitado ao ter negociado a transação que, porém, nunca se consumou.

Por fim, em quarto e último lugar, a situação de confiança é imputável aos réus, que são as pessoas que vão ser atingidas pela proteção dada ao consulente. Sob essa perspectiva, quem vai ter de pagar “a mais” comparativamente com o valor da suposta transação, são os próprios réus, de modo que o quarto e último requisito também está preenchido.

Enfim, os réus quererem executar o suposto contrato agora, depois de uma decisão em segundo grau desfavorável baseada na minuta de contrato, é um comportamento extremamente oportunista e contraditório com o que vinham apresentando até então, sempre negando a existência de qualquer acordo.

Além de oportunista e contraditório, a execução de contrato é extremamente prejudicial para o consulente. Executá-lo agora implica deixar o consulente no pior dos mundos: depois de ter passado por todos os dissabores de uma batalha judicial, receberia bem menos do que sempre pleiteou.

Se o consulente se interessou lá atrás por uma negociação de acordo em valor bem menor do que aquilo que pleiteava, era exatamente para não brigar, para não ter de ajuizar uma ação de cobrança, para não passar pelas agruras pessoais e profissionais associadas a um processo. Hoje, o que se tem, é exatamente isso: um processo que se arrasta há anos; relações tensionadas e portas profissionais fechadas; para, depois de tudo disso, os réus quererem pagar um ínfimo do valor devido ao consulente configura, portanto, *venire contra factum proprium*.

A execução, a esta altura, deste suposto contrato seria, portanto, fruto de um comportamento contraditório e abusivo por parte dos réus, sendo inadmissível por violar a boa-fé (art. 187 CC). Se era para pagar o valor do “acordo”, deveriam tê-lo feito antes. Não é razoável que, somente hoje, depois de cinco anos, e de amargarem derrota judicial, eles digam que devem e queiram pagar o valor do “acordo”.

4. Conclusão

São as principais conclusões do presente parecer:

- (i) Não houve contrato, porque a negociação entre as partes não chegou a termo, tendo as projetadas partes devedoras desistido e se retirado da negociação.
- (ii) Se as partes tivessem chegado a um acordo, este seria nulo porque não foi observada a forma prevista em lei (art. 166, IV, CC); no caso, a negociação referia-se a um contrato de transação, sendo exigível escritura pública, termo nos autos ou, ao menos, instrumento particular (art. 842 CC), mas nenhuma dessas formas foi observada, havendo portanto vício de forma que implica nulidade.
- (iii) Na suposição de que teria havido contrato de transação validamente celebrado, a sua execução, nas circunstâncias atuais, seria abusiva por violação da boa-fé. A execução tardia da suposta transação configuraria a esta altura *venire contra factum proprium*: uma verdadeira contradição do comportamento dos réus que deixaria o consulente em uma situação prejudicial inadmissível.

É o parecer.

Como citar:

DIAS, Daniel. Minuta de transação que não observou forma prescrita em lei: mera negociação que não resultou em contrato válido. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 3, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
2.10.2024