

COPYLUX Copiadora
XI de Agosto
p 78 T 21 Fls. 11

111

Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP

**Novos Estudos e Pareceres
de Direito Privado**

2009

 Editora
Saraiva

15. (Parecer) Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica

CONSULTA

1. O Sr. José de Sousa Cintra nos dá a honra de formular consulta acerca de algumas questões que vêm sendo debatidas em processo arbitral instaurado perante o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em que são partes o Sr. José de Sousa Cintra ("Sr. Cintra") e a Cervejaria Petrópolis S.A. ("Cervejaria Petrópolis"). Passamos a fazer um breve histórico dos fatos relevantes.

2. Em 24 de janeiro de 2007, a Cervejaria Petrópolis encaminhou ao Sr. Cintra uma "oferta vinculativa de aquisição" tendo por objeto a totalidade do capital social da Cervejarias Cintra Indústria e Comércio Ltda. ("Cervejarias Cintra"). Esta oferta foi aceita pelo Sr. Cintra.

3. De acordo com os termos da oferta, o preço total da US\$ 160 milhões seria pago: uma parte diretamente ao Sr. Cintra (US\$ 35 milhões), outra parte (US\$ 99 milhões) mediante assunção de dívidas do Sr. Cintra junto a Caixa Geral de Depósitos ("CGD"), de Portugal, o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) e o FUNDES (Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social) e, por fim, uma terceira parcela, no valor de US\$ 26 milhões, que permanecerá retida, para garantia de contingências da Cervejarias Cintra (cláusula nº 4).

4. A oferta não estipulava data determinada para a celebração do contrato de compra e venda de quotas que concretizaria o negócio final. Foi, porém, previsto que, salvo acordo prévio e expresso entre as partes, o "Fechamento" ocorreria no segundo dia útil após a conclusão do processo de determinação dos valores das contingências; este processo, por sua vez, deveria ser concluído em no máximo 7 (sete) dias corridos, contados após a conclusão da *due diligence* que seria realizada pela Cervejaria Petrópolis (cláusulas 3.d; 6, *caput*; e 6.1.ii).

5. Prevía a oferta, ademais, que a parte que deixasse de cumprir a obrigação de consumir a aquisição "se obriga desde já a indenizar imediatamente a outra parte (inocente) no valor equivalente a US\$ 25.000.000 (vinte e cinco milhões de dólares dos Estados Unidos)" (cláusula 5, *in fine*).

6. Conforme se depreende dos documentos apresentados pelo consultante, até o início de março de 2007 a Cervejaria Petrópolis não havia obtido a transferência ou a assunção ou liquidação das dívidas com os credores da Cervejarias Cintra. Por essa razão, bem como pela discordância com o desejo da Cervejaria Petrópolis de utilizar, como veículo da aquisição, uma sociedade com sede no Panamá, o Sr. Cintra notificou a ofertante dando por resolvido o contrato.

7. A Cervejaria Petrópolis, entendendo que a notificação fora feita antes do prazo, ajuizou medida cautelar a fim de impedir que o Sr. Cintra negociasse as quotas da sociedade com terceiros. A respectiva liminar foi concedida e posteriormente revogada. O Sr. Cintra, por seu turno, propôs ação de instauração compulsória de juízo arbitral. Por fim, as partes acordaram quanto à instauração de arbitragem perante a Câmara de Comércio Brasil-Canadá, atualmente em curso.

Em virtude do exposto, a consultante formulou os seguintes quesitos: 1º) "Qual a natureza jurídica do item 5 da denominada Oferta Vinculativa de Aquisição celebrado em 24 de janeiro de 2007; especificamente, trata-se de cláusula de arrependimento ou de cláusula penal compensatória?"; 2º) "O instrumento em questão reunia elementos bastantes e suficientes para viabilizar sua execução específica, de modo a ensejar, por exemplo, a incidência do disposto no art. 466-B (artigo 639) do Código de Processo Civil?"; 3º) "A falta de menção na Oferta Vinculativa tratada importa na impossibilidade de exigir a execução específica?"; 4º) "As obrigações assumidas pela Compradora são cumulativas? O descumprimento de uma ou de qualquer delas, por si só, importa em inadimplemento contratual?"; 5º) "À vista tanto do conteúdo, quanto da forma que se apresenta a Oferta Vinculativa (como por exemplo, o próprio insumo da Compradora que estampa o instrumento), pode-se afirmar que o Contrato deve ser interpretado, em caso de divergência interpretativa, de modo favorável a uma das partes? Qual delas e qual a razão?"; 6º) "Analisando-se a carta enviada à Caixa Geral de Depósitos de Portugal pela Compradora no dia de 02.04.2007, pode-se afirmar que houve desistência de sua parte quanto à execução específica da Oferta?"; 7º) "Levando-se em consideração o fato colocado no quesito acima, e, também, a circunstância de que jamais houve a realização do depósito ou pagamento do preço perante a Caixa Geral de Depósitos de Portugal, pode-se afirmar que a Compradora apresenta comportamentos contraditórios? Em caso positivo, qual a consequência jurídica deste tipo de comportamento conflitante?"

Passamos a responder.

PARECER

I. O regime jurídico do contrato preliminar no direito brasileiro. Classificação do contrato preliminar conforme o grau de previsão do conteúdo do contrato definitivo; eficácia forte e eficácia fraca. Distinção entre requisitos para a configuração do contrato preliminar e pressupostos de admissibilidade para a execução específica

8. A "oferta vinculativa de aquisição" da totalidade do capital social da Cervejarias Cintra, uma vez aceita pelo Sr. Cintra, consubstanciou-se em contrato preliminar de aquisição de quotas. Esta qualificação é essencial para o deslinde do caso, como se verá a seguir.

9. O contrato preliminar (*Vorvertrag*, para os alemães; *contratto preliminare*, para os italianos; *contrato-promessa*, para os portugueses; *avant-contrat*, para os franceses) tem por objeto a celebração futura de um novo contrato, dito "contrato definitivo" (*vide*, dentre outros, Bianca, *Diritto civile*, tomo III, 2ª edição, Giuffrè, Milão, 2000, p. 181). Trata-se de categoria contratual do notório interesse prático, comumente utilizada em negócios de cessão de controle societário (Fábio Konder Comparato, *Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário, Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, pp. 228 a 244).

10. Há contratos preliminares em que a obrigação de realizar o contrato definitivo é mais forte – surge obrigação de prestar declaração de vontade passível de substituição por sentença – e contratos preliminares com obrigação mais fraca, conversível em perdas e danos. Uma das questões mais tormentosas em torno do tema diz respeito justamente à consideração de a parte inocente, diante do inadimplemento da promessa de contratar, poder pleitear o cumprimento exato em juízo, isto é, à questão de saber se cabe *execução específica* (ou execução direta de prestar declaração de vontade).

11. Não obstante o Código Civil de 1916 contivesse, de certo modo, o embrião da teoria do contrato preliminar, ao tratar, em seu art. 1.088, da *promessa de escritura* (cf. Alcides Tomasetti Jr., *Execução do contrato preliminar*, tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982, pp. 229 a 233), é certo que dela não cuidou de modo expresso, ao contrário do Código Civil em vigor. Por essa razão, durante a vigência do Código Civil de 1916 a execução do contrato preliminar veio a ser regulada pelo diploma processual.

12. As primeiras normas gerais acerca da eficácia direta das promessas de contratar vieram, pois, no Código de Processo Civil de 1939, *verbis*: "Art. 1.006. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida

por enunciada, logo que a sentença de condenação passe em julgado. §1º Os efeitos da declaração de vontade que dependam do cumprimento de contra-prestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta. §2º Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições do definitivo".

13. Já no Código de Processo de Civil de 1973, abertamente inspirado no art. 2.932 do Código Civil italiano, foram previstos os pressupostos para execução das obrigações de prestar declaração de vontade. No que nos interessa, foi ela estabelecida mediante os seguintes dispositivos: "Art. 639 <atual art. 466-B>. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado" (reforços gráficos nossos). "Art. 640 <atual art. 466-C>. Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que o intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer. nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível." "Art. 641 <atual art. 466-A>. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida."

14. Durante a vigência do Código Civil de 1916, o caso mais célebre envolvendo a execução forçada do contrato preliminar foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 11 de setembro de 1979 (Recurso Extraordinário nº 88.716/RJ). O exame deste precedente é interessante, para o presente parecer, porque o contrato que originou o litígio também teve por objeto a compra e venda de ações de uma sociedade, à semelhança do acordo celebrado entre Cervejaria Petrópolis e o Sr. Cintra.

15. A lide decidida pelo STF tinha por base instrumento denominado pelas partes "contrato preliminar para compra e venda de ações", que havia sido celebrado entre duas grandes redes de supermercado (Disco e Pão de Açúcar), tendo por objeto a futura compra das ações da primeira pela segunda. Conforme o julgado, a promitente vendedora havia se recusado a celebrar o contrato definitivo de compra e venda previsto no documento, o que levou a promissária compradora a ajuizar ação de adjudicação compulsória. Ocorre que alguns pontos do regramento negocial haviam sido deixados em aberto, passando as partes, então, a discutir sobre a própria qualificação do documento firmado (se contrato preliminar ou se mera minuta) e – o que mais nos importa – sobre a possibilidade de execução específica do contrato. Essa questão, a nosso ver, significa, em conceitos mais recentes, saber se a obrigação de realizar o contrato definitivo era mais forte ou mais fraca (de obrigação forte ou fraca, trataremos a seguir, mas veja-se Medicus, *Tratado de las relaciones obligacionales*, trad., Bosch, vol. I, § 3º, "crédito normal" e "crédito incompleto" na linguagem desse autor).

16. Como corolário de uma longa discussão, o STF, em decisão criticável terminou por entender que a qualificação do documento não era a de contrato preliminar, e sim de mera minuta ou punctuação, devido à inexistência de acordo sobre todas as cláusulas que haveriam de compor o conteúdo do contrato de compra e venda de ações. Parece oportuno transcrever o seguinte trecho do voto do relator, Ministro Moreira Alves, no qual também se encontram referidas as cláusulas que, em sua ótica, impediam a configuração de verdadeiro contrato preliminar (a concepção do relator sobre o que seja contrato preliminar, como veremos adiante, era excessivamente restritiva): "No caso presente, o próprio acórdão recorrido, expressamente, reconhece que o documento de fls. 28 a 31 do apenso — a que as partes denominaram 'contrato preliminar para compra e venda de ações' — não continha acordo sobre todas as cláusulas que deveriam integrar o contrato a ser firmado por elas. [...] Como se vê, a não ser no tocante à apuração da efetiva situação líquida patrimonial da empresa, necessária para a fixação do quantum do preço (elemento essencial), em que há realmente a determinabilidade (preço determinável, segundo critérios fixados pelas partes) que não impede a formação do contrato, no que diz respeito à idoneidade dos fiadores e aos aluguéis dos imóveis não há que se dizer que tais elementos são determináveis, porque a determinabilidade só ocorre quando a determinação não se faz no momento da conclusão do contrato, mas as partes, aí, estabeleceram o elemento objetivo (assim, por exemplo, a cotação da Bolsa, em certo dia) que irá produzi-la. Se, porém, num negócio complexo, em que um de seus elementos diz respeito ao aluguel que será cobrado de certos imóveis, as partes declaram que estipularão posteriormente esse aluguel, não há, evidentemente, que se falar em aluguel determinado por usos e costumes ou arbitramento judicial, mas, sim, em que deixaram elas, em aberto, o quantum desse aluguel. [...] Aliás, da simplex leitura do documento em causa (deixada de lado a impropriedade do nomen iuris que lhe foi atribuído: 'contrato preliminar para compra e venda de ações'), verifica-se que se trata, inequivocamente, de um projeto de contrato ou minuta (instrumento que 'fixa condições possíveis de compra e venda das ações'), em que se estabeleceram pontos já acertados, mas em que se expressam outros e ser determinados posteriormente, 'se a compra e venda das referidas ações vier a ser aperfeiçoada'. Assim, na cláusula 3.1.1 (que diz respeito aos elementos que irão possibilitar a determinação do preço definitivo) se lê: 'Os imóveis de propriedade dos ACIONISTAS que estão atualmente ocupados pela EMPRESA serão objeto de novos contratos de locação comercial, fixando-se, desde logo, o prazo de 10 (dez) anos e, como valor do aluguel, a percentagem de 1,5% (um e meio por cento) sobre as vendas das lojas existentes nos aluguéis imóveis, com um aluguel mínimo a ser estipulado, contratos esses abrangidos pelo sistema operacional aqui referido'. Na cláusula 3.4.1, declara-se: 'Os demais imóveis deverão ser entregues aos ACIONISTAS mediante forma

de direito a ser estudada: ...' E, na cláusula 7, se estabelece: '7. Do contrato definitivo de compra e venda das ações a ser celebrado se, nos termos dos itens seguintes, vier a ser aperfeiçoada a compra e venda das ações, constarão cláusulas: 7.2.1. garantir com fiança idônea e capaz todas as obrigações que vier a assumir para com os ACIONISTAS. 7.2.2. substituir, em prazo a ser determinado, todas as garantias pessoais dos ACIONISTAS em favor da EMPRESA bem como liberar as hipotecas que oneram atualmente imóveis que pertenciam ou passem a pertencer ao patrimônio dos ACIONISTAS'. As expressões 'com aluguel mínimo a ser estipulado', 'mediante forma de direito a ser estudada', 'garantir com fiança idônea e capaz' e 'substituir, em prazo a ser determinado' traduzem, de modo inequívoco, que as partes ainda não haviam chegado a acordo sobre esses pontos, reservando-os para decisão posterior (daí, chegarem a acentuar, na cláusula 7 dessa minuta, que 'do contrato definitivo de compra e venda das ações a ser celebrado se, nos termos dos itens seguintes, vier a ser aperfeiçoada a compra e venda das ações, constarão cláusulas' nas quais se disciplinaria essas questões deixadas em aberto)" (cf. pp. 88 a 91 do voto do Ministro Relator).

17. A decisão suscitou muitas críticas. Estas, contudo, dizem respeito mais à qualificação atribuída ao documento firmado pelas partes (minuta e não contrato preliminar) do que propriamente ao resultado do julgamento. Ainda que se mostrasse mais adequado reconhecer a existência de contrato preliminar, a verdade é que a possibilidade de execução direta foi corretamente afastada, diante do contexto acima aludido. Era contrato preliminar com obrigação fraca, isto é, sem dar direito à execução específica. Nesse sentido, o próprio voto vencido, do Ministro Leitão de Abreu, reconheceu a configuração de contrato preliminar, mas rejeitou a possibilidade de sua execução específica — é a obrigação fraca —, justamente por conta da existência de diversos pontos em aberto que não haviam sido objeto de acordo entre as partes.

18. Medicus, na obra já citada, expõe que a obrigação normal não é um vínculo simples, mas, ao contrário, é vínculo complexo porque tem várias faculdades: acionabilidade, executoriedade, coercitividade extrajudicial, poder de dispor e possibilidade de servir de fundamento para conservação da prestação. Paralelamente, há os "créditos incompletos" que não têm todas ou algumas dessas cinco faculdades; o exemplo clássico é o da obrigação natural, mas há outros casos. Às vezes, falta a acionabilidade por algum tempo, se, por exemplo, há pacto de non petendo temporário; outras vezes, falta o poder de dispor, como quando, no interesse do devedor, o crédito não é transferível a terceiro etc. O que nos importa aqui, porém, é o tipo de acionabilidade porque, às vezes, a obrigação é acionável e a condenação é na mesma prestação prometida; é o que chamamos de "obrigação forte", sob o "princípio da condenação natural" (Naturalcondemnatio). Inversamente, outras vezes, a obrigação é fraca e não

cabe a execução específica. Medicus exemplifica com a condenação à restauração da vida matrimonial e com as obrigações infungíveis. Sobre essas, escreve: "Más ampliamente prohíbe el § 838 ZPO la ejecución natural de la condena a la prestación de servicios no fungibles en un contrato de servicios. En tales prestaciones puede el acreedor hacer tránsito a una acción de resarcimiento de daños (según § 326 vid. infra § 43, II); ésta entonces se ordena normalmente en dinero y se ejecuta sin especialidad según los §§ 803 isg. ZPO".

19. Portanto, uma obrigação resultante de contrato preliminar pode ser forte ou fraca, conforme dê ou não direito à execução específica. Delinca-se, neste ponto, uma distinção capital para a compreensão da atual disciplina do contrato preliminar no direito brasileiro. Os elementos necessários para a configuração do contrato preliminar não podem ser confundidos com os pressupostos indispensáveis à execução específica do acordo. Esta dualidade poderia parecer sutil à quem não atentasse para um dado essencial: que o contrato preliminar não é um tipo contratual com conteúdo definido, mas sim uma categoria suscetível de gradação, conforme a possibilidade de predeterminar o conteúdo do contrato definitivo. Essa gradação, com obrigações mais fracas e mais fortes, é devida, no caso, à variável complexidade da operação econômica subjacente.

20. Esta característica da categoria foi bem captada por Alcides Tomasetti Jr., que delincoou, aliás, três graus de predeterminação do conteúdo do contrato definitivo: "«A» análise da preliminaridade contratual revela a elasticidade do primeiro contrato relativamente à compreensibilidade, maior ou menor, do conteúdo do segundo, com a consequência de se apresentar, no encadeamento contrato preliminar-contrato definitivo, uma programação variável quanto à estabilização e a fixação do regime contratual cujo introdução é diferida.

a) No estágio mais completo dessa programação, o conteúdo do contrato definitivo já está totalmente preestabelecido no contrato preliminar. Exemplo que ilustra o grau máximo de fixação antecipada do conteúdo do contrato definitivo dá-se, na espécie já lembrada, em que as partes, por documento particular, prometem outorgar a propriedade integral de um imóvel que lhes pertence em comum, ao possuidor atual, também condômino, recebendo, em contrapartida, deste último, a renúncia de parte ideal de herança que lhe caberia juntamente com os demais figurantes no contrato-promessa. Neste caso, aguarda-se, simplesmente, o término do inventário, devendo então os promitentes outorgar a escritura definitiva do acordo de permuta já delineado em seus extremos. [...].

b) Um termo médio de programação existe quando algo falta – do conteúdo do contrato definitivo, na projeção antecipada pelo contrato preliminar – que não depende de ou pode facilmente prescindir de declarações inovativas dos figurantes, aos quais cabe propriamente então concluir um segundo contrato, isto é, fazer todo o necessário e suficiente para que este produza os efeitos que-

ridos. [...]. c) O termo mínimo de programação do contrato definitivo ocorre, na relação jurídica contratual preliminar, quando, fixada, no primeiro contrato, a base do regime negocial cuja introdução é diferida, subsistem todavia em aberto pontos negociais que carecem de acordos residuais ulteriores, em virtude da complexidade ou da determinação *in fieri* do conteúdo do segundo contrato no momento em que se dá a conclusão do preliminar" (Execução do contrato preliminar, ob. cit., pp. 22 a 24, negritos no original).

21. É evidente, pois, que, nos contratos preliminares que necessitam de integração mediante acordos posteriores, situação normalmente presente em operações econômicas de maior complexidade (sirva de exemplo o contrato do julgado acima referido), deve-se necessariamente distinguir, em sucessão, a conclusão do contrato preliminar, o processo subsequente de integração do conteúdo contratual e a concretização do contrato definitivo. Nestas hipóteses, é perfeitamente possível que o contrato preliminar seja validamente concluído, tenha alguma eficácia e, no entanto, caso o processo subsequente de integração do conteúdo contratual não chegue a bom termo, fique inviabilizada a execução direta do contrato definitivo. Essa dualidade permite, pois, analisar adequadamente a disciplina do contrato preliminar no direito brasileiro, eis que sua dispersão pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil poderia ensejar alguns equívocos.

22. Os arts. 462, 463 e 464 do Código Civil de 2002 têm em vista o contrato preliminar em sua relação com a possibilidade de execução específica. O primeiro artigo dispõe que "O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado". De acordo com essa norma, o contrato preliminar será existente, válido e eficaz (eficácia genérica), desde que apresente os "requisitos essenciais" do tipo contratual definitivo. A expressão "requisitos essenciais", constante já do art. 305 do Projeto Coelho Rodrigues, concluído em janeiro de 1893, evoca a clássica tripartição dos elementos (ou, em perspectiva diversa, dos efeitos) do negócio jurídico (*essentia negotii, naturalia negotii e accidentalia negotii*). Deixando-se de lado as contencidas críticas à classificação, pode-se afirmar que elementos essenciais são aqueles necessários à existência de um determinado tipo negocial (e, portanto, não podem ser afastados pelas partes); elementos naturais são os que, embora não necessários à configuração típica do negócio jurídico, advêm da própria natureza do negócio (podendo ou não ser afastados pelas partes, caso estejam previstos em normas jurídicas dispositivas ou cogentes); e elementos acidentais são aqueles que existem em um determinado negócio jurídico *in concreto*, sem que o tipo negocial os exija e sem derivarem de sua própria natureza.

23. A expressão "requisitos essenciais" do art. 462 do Código Civil corresponde aos elementos essenciais e às exigências legais sobre eles (os requisitos

propriamente). Em se tratando de contrato preliminar de compra e venda, bastará, pois, para a sua existência, validade e eficácia genericamente considerada, que estejam presentes os elementos essenciais da compra e venda e seus requisitos; isto é, o acordo quanto à coisa e quanto ao preço (*res, pretium et consensus*) em perfeita regularidade. Entretanto, para a eficácia forte (a execução específica), isto não basta. A presença dos elementos essenciais típicos do contrato definitivo não faz com que o contrato preliminar se torne automaticamente suscetível de execução direta. A viabilidade dessa execução dependerá da consideração da espécie de contrato preliminar, incluindo as cláusulas que houverem sido estipuladas pelas partes e, na hipótese de previsão de *iter* integrativo subsequente à conclusão do contrato preliminar, o comportamento sucessivo das partes e de seu eventual acordo quanto aos pontos em aberto.

24. A admissibilidade de execução específica do contrato preliminar somente pode ser aferida mediante cuidada análise das circunstâncias do caso concreto. Não é outro o sentido da norma do Código de Processo Civil: "Art. 639 <atual art. 466-B>. *Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado*" (reforços gráficos nossos).

25. Essa norma deve ser combinada com os dispositivos do Código Civil de 2002, *verbis*: "Art. 463. *Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente*" (reforços gráficos nossos). "Art. 464. *Exgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser à natureza da obrigação*" (reforços gráficos nossos).

26. Evidente, portanto, que os artigos 462, 463 e 464 do Código Civil não podem ser interpretados de modo literal, e cada um isoladamente, como, por exemplo, se o art. 463 prescrevesse, em radical alteração do sistema vigente antes da promulgação do Código de 2002, que a execução direta do contrato preliminar somente pode ser afastada em caso de cláusula *expressa* de arrependimento. Ao contrário, todos os três artigos devem ser conciliados entre si e ainda com os dois subsequentes (arts. 465 e 466) e mais, com os arts. 466-B e 466-C do Código de Processo Civil. De outro modo, estar-se-ia negando a própria natureza do contrato preliminar, instrumento flexível e graduável de acordo com a operação econômica subjacente.

27. Alcançado este ponto, pode-se sintetizar o regime jurídico do contrato preliminar, no direito brasileiro. A primeira questão é deixar claro que, para qualificar um contrato como preliminar, deve-se verificar a presença dos elementos essenciais do tipo contratual definitivo. Se houver esses elementos e se também seus requisitos estiverem presentes (art. 462 do Código Civil), teremos um contrato preliminar existente, válido e eficaz (eficácia forte ou fraca). A partir daí, uma vez qualificado o contrato preliminar, o regime jurídico se biparte; deve-se analisar a espécie de contrato preliminar de que se trata, à luz de sua interpretação completa, incluindo, agora, os elementos acidentais e todas as circunstâncias relevantes do caso concreto, especialmente a vontade das partes e o grau de predeterminação do conteúdo do contrato definitivo, e concluir, assim, se sua eficácia é forte ou fraca. Será fraca conforme a vontade das partes ou se o procedimento integrativo previsto não for suficientemente desenvolvido, quando então não caberá a execução direta de prestar declaração de vontade – será possível, se for o caso, perdas e danos (veja-se, por exemplo, o art. 465 do Código Civil). No caso inverso, a sentença poderá suprir a vontade do inadimplente.

II. O contrato preliminar de compra e venda de quotas e a necessidade de integração do conteúdo mediante acordos posteriores. Impossibilidade de execução específica

28. Voltando ao caso sob exame, cabe indagar, então, primeiramente, se o conteúdo do contrato preliminar celebrado entre o Sr. Cintra e a Cervejaria Petrópolis traz todos os elementos essenciais do contrato definitivo. A verificação da existência dos elementos essenciais da compra e venda é simples: basta que a coisa e o preço sejam determinados ou determináveis, consoante as normas gerais do Código Civil (arts. 482 a 489). No caso presente, é indubitável que as partes acordaram quanto à coisa (as quotas da Cervejarias Cintra) e quanto ao preço (US\$ 160 milhões), sendo este último determinável nos moldes previstos na cláusula 4 da avença. A presença destes "requisitos essenciais" não leva, porém, como vimos, a concluir pela admissibilidade da execução específica do contrato preliminar de compra e venda de quotas; leva somente a considerar que o contrato preliminar foi, *in casu*, válida e eficazmente concluído.

29. Ingressando, porém, na segunda e necessária fase de análise, deve-se qualificar o contrato preliminar conforme sua eficácia fraca ou forte – tendo em vista o grau de predeterminação do conteúdo do contrato definitivo. Ora, sob este aspecto, não há dúvida de que o contrato preliminar tinha grau mínimo de predeterminação do conteúdo. Havia diversas cláusulas (isto é, pontos do regramento contratual) em aberto. A eficácia do contrato preliminar em questão era e eficácia fraca; estava sujeita a acordos posteriores de complementação de

conteúdo, a atos a realizar pela Cervejaria Petrópolis e até mesmo a eventos futuros e incertos.

30. Sob esse último aspecto, é possível dizer que o contrato preliminar foi celebrado sob condição resolutive. Com efeito, as partes dispuseram, já nas "premissas" do negócio: "2. Os termos da presente Oferta Vinculativa passam a obrigá-los irrevogável e irretroativamente, a partir desta data (ressalvadas as hipóteses previstas no Item 5.1 abaixo), o Sr. José de Sousa Cintra, seus herdeiros ou sucessores, como parte vendedora na Aquisição e o Comprador à efetiva realização da Aquisição". Lê-se, ainda, em repetição, na cláusula 5: "5. A Oferta Vinculativa, a partir da assinatura do Comprador e do Vendedor obriga ambas as partes, de forma irrevogável e irretroatível, a consumarem a Aquisição conforme os termos e condições aqui estabelecidos, com exceção dos casos previstos no Item 5.1 ('Exceções') [...] 5.1 Comprador reconhece que as dívidas junto ao BNDES e FUNDES (mencionadas respectivamente no Item 4.1 (c)) dependerão de anuência prévia das entidades credoras para a consumação válida entre as partes da Aquisição aqui pretendida. A partir desta data será da responsabilidade do Comprador, com total cooperação do Vendedor, tomar as providências necessárias para a obtenção de anuência prévia em cada caso. Assim, caso as partes não logrem sucesso em obter qualquer uma das duas anuências prévias, a obrigação do Vendedor e do Comprador em fecharem a Aquisição não será vinculativa e ambas as partes ficarão totalmente livres, sem ônus e isentos de qualquer responsabilidade entre si".

31. Vê-se, pois, que a não-obtenção, antes da data do fechamento, da anuência do BNDES e do FUNDES teria a consequência de resolver totalmente a eficácia do contrato preliminar. As partes convertem-se acerca da data de fechamento e de suas circunstâncias. Para o Sr. Cintra, a referida data correspondeu ao dia 28 de fevereiro de 2007. Já para a Cervejaria Petrópolis, a data em questão verificou-se no dia 6 de março de 2007 (cf. alegações iniciais apresentadas no processo arbitral em curso). No entanto, o que se depreende com certeza dos documentos juntados pelas partes, com as suas respectivas alegações iniciais, é que a anuência do BNDES e do FUNDES não foi dada, nem mesmo se se considerar o fechamento no dia 6 de março. Isso está claro, de um lado, pela inexistência de documento comprobatório da aludida anuência e, de outro, pela carta do Unibanco datada de 5 de março, em que se lê que a instituição financeira envidará os "melhores esforços na obtenção das aprovações dos demais bancos membros do sindicato junto ao BNDES, e ao próprio BNDES como credor e repassador dos recursos". Teria havido, pois, a ocorrência da condição resolutive predisposta na cláusula 5.1 do contrato preliminar, de modo a resolver a eficácia do acordo.

32. Mais importante, porém, é o que diz respeito aos pontos necessitados de integração por meio de acordos ulteriores ou de atos a praticar pela Cervejaria

Petrópolis. Em primeiro lugar, os próprios instrumentos jurídicos para a celebração da compra e venda de quotas não foram predeterminados com precisão, o que naturalmente acarretaria a necessidade de novos acordos entre as partes. Nesse sentido, a cláusula 3: "3. [...] (d) A Aquisição será formalizada por meio dos instrumentos jurídicos necessários para a sua implementação e na data da assinatura do Contrato de Compra e Venda (ou outra denominação que venha a ser adotada), será feita a cessão e transferência da Goldensand ao Comprador ou sua parte relacionada, e o Comprador fará com que sejam cumpridos os desembolsos de recursos conforme acordado ('Fechamento') [...]".

33. Em segundo lugar, permaneceu em aberto o modo pelo qual a compradora assumiria a dívida do vendedor perante a Caixa Geral de Depósitos de Portugal, isentando o vendedor de responsabilidade, *verbis*: "4. [...] (b) [...] A Dívida Caixa Geral, será integralmente assumida pelo Comprador, devendo o mesmo cumprir com todos os termos exigidos pela CGD, inclusive por meio da emissão de uma garantia bancária de um banco de primeira linha em favor da CGD, que seja aceita por esta instituição, nos exatos termos do modelo que se encontra na forma do Anexo III à presente. Imediatamente após a assinatura desta Oferta Vinculativa e seu aceite pelo Vendedor, o Comprador tomará todas as providências, com a cooperação do Vendedor, para iniciar a assunção da Dívida Caixa Geral, visando a cessão da referida dívida para o Comprador ou uma parte relacionada aceita pela CGD, resultando na quitação total e isenção de qualquer responsabilidade a partir da cessão da dívida, o que deverá ocorrer até o dia do Fechamento, no máximo. Caso por qualquer razão o Comprador não consiga formalizar a cessão da Dívida Caixa Geral, inclusive por não aceitação da CGD, então o Comprador desde já se obriga a efetivar, no dia do Fechamento, a liquidação total da Dívida junto à CGD".

34. Novo acordo seria necessário no que diz respeito à dívida do vendedor perante o BNDES e o FUNDES, como se vê do seguinte trecho da cláusula 4: "4. [...] (c) US\$ 55,000,000.00 (cinquenta e cinco milhões de dólares dos Estados Unidos), referentes ao saldo de dívidas da Sociedade mantidas junto ao BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) e FUNDES (Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social), que o Comprador fará com que seja integralmente pago nos termos acordados com os respectivos credores, isentando o Vendedor de toda e qualquer responsabilidade a partir do dia do Fechamento. [...]".

35. Como toda assunção de dívida, as acima transcritas também deveriam ser negócios trilaterais; havia exigência da presença do credor, do devedor primitivo e do devedor que assumiria o débito (cf. art. 299 do Código Civil). Portanto, com relação às assunções de dívida estipuladas, mais do que cláusulas em aberto, estávamos diante de verdadeiros negócios coligados ao contrato de

compra e venda. Esses negócios demandavam a participação de terceiros, os credores do Sr. Cintra e Cervejaria Cintra. Ora, a participação de terceiros acarreta a impossibilidade de execução específica do contrato preliminar, como adverte José Carlos Barbosa Moreira, ao analisar o art. 639 (atual 466-B) do Código de Processo Civil: "O primeiro pressuposto da obtenção de sentença que produza o mesmo efeito do contrato não concluído acha-se expresso nas palavras 'sendo isso possível'. A possibilidade ou impossibilidade tem de ser apreciada, caso a caso, pelo órgão judicial. Ainda não se encontrou fórmula genérica que englobe todas as hipóteses de impossibilidade; esta pode originar-se de variadas circunstâncias, como, por exemplo, a de não depender exclusivamente do devedor a conclusão do contrato: a sentença poderia suprir a falta da sua declaração de vontade, não porém a de terceiro(s) que precisasse(m) assentir ou intervir no ato" (O novo processo civil brasileiro, 19ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 211).

36. Mas não é só. Conquanto o preço fosse determinável, uma de suas parcelas (o "valor retido") também estava sujeita ao acordo posterior das partes quanto às contingências da Cervejaria Cintra. Este acordo deveria ter sido formalizado mediante a elaboração de dois documentos que integrariam o contrato de compra e venda, na forma de anexos, a serem rubricados pela partes. Nesse sentido, os seguintes dispositivos do contrato: "4.2 O Valor Retido visará garantir especificamente, e tão-somente, as seguintes contingências da Sociedade: (a) 'Contingências Relevantes': são as contingências decorrentes dos casos listados no Anexo I à presente Oferta Vinculativa, conforme os termos e condições contemplados em tal Anexo, com a ressalva de que os Valores Considerados (conforme lá referidos) serão revisados e acordados entre as partes ao final da Due Diligence (nos termos do Item 6 e parágrafos subsequentes). (b) 'Contingências Adicionais': são as contingências da Sociedade a serem levantadas e apontadas pelo Comprador (inclusive os custos tributários mencionados no Item 6.4), discutidas e acordadas entre Comprador e Vendedor, de boa fé e com razoabilidade, e cujos dados referidos no Anexo II serão preenchidos pelo Comprador em relação às mesmas, ao final dos trabalhos de Due Diligence identificados no Item 6 abaixo e, após, passam a integrar os termos e condições da presente Oferta Vinculativa. [...]" "6. [...] Ao final da Due Diligence, o Comprador (i) apontará casos de Contingências Adicionais, cujos dados deverão ser preenchidos no Anexo II desta Oferta Vinculativa e (ii) informará ao Vendedor os Valores Considerados revisados das Contingências Relevantes constantes nesta data no Anexo I. Todos os Valores Considerados revisados das Contingências Relevantes deverão ser discutidos e acordados entre as partes, de boa fé e com razoabilidade, bem como a inclusão das Contingências Adicionais e seus Valores Considerados. [...] 6.3. A versão que for acordada de boa fé entre as partes para o Anexo I e o Anexo II, será

rubricada entre as partes e passarão a fazer parte integrante desta Oferta Vinculativa para todos os seus fins".

37. Por fim, não houve nem mesmo o acordo prévio quanto à pessoa jurídica que adquiriria as quotas da Cervejaria Cintra. O contrato preliminar deixou mais este ponto em aberto, na medida em que a compradora se reservou a faculdade de "designar uma parte relacionada como veículo de aquisição" (cláusula 3.b). De fato, a compradora chegou a indicar uma parte a ela supostamente relacionada; o Sr. Cintra, porém, recusou a indicação sob o argumento de que não havia prova de que tal empresa era efetivamente parte relacionada.

38. Por todos os fatos apontados, não temos dúvida em afirmar que o contrato preliminar celebrado entre o Sr. Cintra e a Cervejaria Petrópolis não permitia a execução específica. Era contrato preliminar de eficácia fraca, incapaz de gerar obrigação de prestar declaração de vontade suscetível de substituição por sentença.

III. Interpretação de cláusula penal. A multa da cláusula nº 5

39. A cláusula nº 5 dispôs: "5. A Oferta Vinculativa, a partir da assinatura do Comprador e do Vendedor, obriga ambas as partes, de forma irrevogável e irretirável, a consumarem a Aquisição conforme os termos e condições aqui estabelecidos, com exceção dos casos previstos no Item 5.1 ('Exceções'), bem como obriga os Garantidores, solidariamente, também de forma irrevogável e irretirável, a garantir o cumprimento de todas as obrigações assumidas nos termos da presente. Caso qualquer uma das partes deixe de cumprir a sua obrigação de consumir a Aquisição, salvo no caso das Exceções, tal parte infratora se obriga desde já a indenizar imediatamente a outra parte (inocente) no valor equivalente a US\$ 25,000,000 (vinte e cinco milhões de dólares dos Estados Unidos)" (negritos nossos).

40. A parte final, que transcrevemos em negrito, da cláusula nº 5, é inequivocamente uma prefixação de perdas e danos, mas, exatamente – confirmando o que escrevemos na parte II deste parecer –, cientes as partes de que a transferência definitiva das ações, por força dos inúmeros atos necessários para se chegar a ela, poderia não ocorrer, fizeram a previsão da cláusula penal para as perdas e danos decorrentes do chamado "interesse negativo", isto é, cobertura dos prejuízos que não existiriam, se as partes não tivessem entrado em negociação. Trata-se, pois, de prefixação das perdas e danos para o caso de arrependimento ou outra causa de inadimplemento (por exemplo, impossibilidade imputável a uma das partes), que viesse a paralisar definitivamente o *iter* que levaria a transferência das ações – é cláusula penal penitencial.

41. O próprio valor da multa demonstra a correção desse entendimento, eis que se percebe pela quantia determinada que não se tratou de indenização prefixada para compensar tudo que a parte inocente obterá com a celebração do contrato definitivo (interesse positivo); portanto, não é uma cláusula penal compensatória posta como alternativa à transferência das ações. É, repetimos, prefixação da indenização do interesse negativo, isto é, de valor previsto para repor o contratante na situação em que estaria, se não houvesse mantido a expectativa de celebrar o contrato definitivo (af incluídos, pois, por exemplo, prejuízos com viagens, serviços de secretárias, realizações de *due diligence*, contratação de advogados etc.).

42. Aliás, o próprio teor da cláusula penal penitencial confirma que as partes conscientemente afastaram a possibilidade de execução específica do contrato preliminar. Ao comentar o art. 2.932 do Código Civil italiano — que inspirou diretamente as normas sobre o tema contidas no Código de Processo Civil brasileiro —, Giovanni Gabrielli observa que a cláusula penal pode ser interpretada no sentido apontado. Em suas palavras: “*Convém, todavia, observar que não seria exato considerar absolutamente indispensável, para o fim de excluir a possibilidade de execução específica, que a vontade tenha se manifestado expressamente mediante cláusula particular: tamanho rigor seria claramente injustificado frente à formulação do art. 2.932 do Código Civil. Assim, por exemplo, também a presença, no contrato preliminar, de uma cláusula penal, certamente não por si só, mas em concorrência com outras circunstâncias e especialmente com os indícios dedutíveis do comportamento das partes sucessivo à conclusão do contrato preliminar, pode constituir elemento idôneo para concluir que as próprias partes reservaram, mesmo no momento do contrato definitivo, a possibilidade de escolha quanto à introdução do regime de interesses acordado*” (*Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milão, 1970, pp. 49 e 50).

43. Diversos indícios levam, no caso, à nossa interpretação. Primeiramente, a própria literalidade da linguagem empregada, eis que, nessa cláusula destinada a regular a hipótese de inadimplemento de uma das partes, não só inexistiu menção à execução específica como figuram as expressões “*desde já*” e “*imediatamente*”, as quais conferem caráter de solução inexorável à indenização pactuada. Em segundo lugar, o próprio comportamento posterior das partes, circunstância interpretativa sempre de grande importância, é revelador: em dado momento, os representantes da Cervejaria Petrópolis se expressam de modo a admitir que o contrato preliminar contemplava a possibilidade de arrependimento. Trata-se de mensagem enviada no Sr. Cintra, via fax, em 28 de fevereiro de 2007, onde se lê: “[...] *Aguardamos sua manifestação no prazo de 24 horas, após o que entenderemos seu silêncio como arrependimento*”.

Também em 2 de abril deste ano o procurador da Cervejaria Petrópolis, constituído a fim de representá-la perante a Caixa Geral de Depósitos de Portugal, solicitou ao Sr. Cintra que encaminhasse ao banco pedido “*no sentido de que as nossas garantias financeiras a essa instituição bancária sejam canceladas, uma vez que o negócio entre Vossa Sa. e a Cervejaria Petrópolis não se concretizou conforme notificação de 1 de março de 2007* [...]”.

44. Interpretando a cláusula 5, acima transcrita, à luz não somente da literalidade da linguagem nela empregada, mas também e principalmente do contexto contratual e de todas as circunstâncias relevantes (arts. 112 e 113 do Código Civil), conclui-se que se trata de prefixação de perdas e danos pelo interesse negativo, fixada em cláusula penal penitencial, dita também multa penitencial. Sobre essa última qualificação da cláusula penal, que tem em vista sua função, é ilustrativo o seguinte trecho de Rubens Limongi França: “*Tomando-se por base a função da cláusula, pode ela ser: a) punitiva; b) compensatória; c) liberatória (ou penitencial). Punitiva é aquela que tem por função estabelecer, tão-somente, uma pena, para o caso de inadimplemento. Compensatória é aquela que tem por função compensar as perdas e danos presumidos, em virtude do inadimplemento. Liberatória, ou penitencial, é aquela por cuja virtude, uma vez paga, o devedor se libera da obrigação. [...] É a multa poenitentialis ou pactum displicentiae, de velha tradição jurídica. [...] Ligada ao direito de arrependimento, tem sido regulada por vezes juntamente com a cláusula penal própria, conforme se vê nos arts. 1.002 e 1.003 do Esboço, de Teixeira de Freitas, bem assim no Código argentino, art. 658. [...] A diferença básica, entretanto, como se viu, entre uma e outra, está no fato de que, enquanto a cláusula penal própria se destina a reforçar a obrigação e constitui um direito a favor do credor, a cláusula liberatória ou multa penitencial atua como agente de enfraquecimento da obrigação e se entende a favor do devedor” (*Teoria e prática da cláusula penal*, Saraiva, São Paulo, 1988, pp. 126, 127 e 208).*

45. A presença de pena para o inadimplemento do contrato preliminar também foi expressamente contemplada no art. 830º do Código Civil português, verbis: “*1. Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negociada do falto, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida. 2. Entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa. [...]”*

46. Comemorando o dispositivo, assevera João Calvado da Silva: “*Ou seja, a regra geral da execução específica é supleiva, podendo as partes afastá-la por convenção expressa ou tácita — convenção tácita que se verifica, nos termos do*

no 2 do art. 830º, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa. À pena fixada para o caso de não cumprimento da promessa, porque não entregue no momento da conclusão do contrato, mas simplesmente prometida, deve chamar-se multa penitencial. Multa penitencial e não cláusula penal compensatória, porque esta, embora não possa ser cumulado com o cumprimento, não afasta ao credor a possibilidade de optar pela exigência deste, em coerência com a função que desempenha de reforço e de garantia de cumprimento, a que induz como meio de coerção. Ora a lei, no 2º do art. 830º, presume, em termos relativos, que as partes quiseram, ao fixar uma pena para o caso de não cumprimento, afastar a execução específica do contrato-promessa, pela qual, portanto, o credor não pode optar" (Sinal e contrato-promessa, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 149 e 150).

47. Em síntese, não temos dúvida em afirmar que a parte final da cláusula nº 5 do contrato preliminar substancia cláusula penal penitencial, encerrando prefixação de eventuais perdas e danos decorrentes de interesse negativo.

IV. Outras questões

48. Indaga a consulente, ainda, acerca da possibilidade de interpretar a "oferta vinculativa de aquisição" de modo favorável a uma das partes, eis que do próprio instrumento contratual consta o logotipo da Cervejaria Petrópolis, que seria, assim, a autora do texto. Com efeito, no âmbito dos contratos de adesão (art. 423 do Código Civil), vigora, no direito posto, a chamada *interpretatio contra proferentem* ou *interpretatio contra stipulatorem*. Embora no caso não se trate de contrato de adesão, a verdade é que essa diretriz hermenêutica remonta a fragmentos do Digesto e já se encontrava em uma das célebres regras de Pothier para a interpretação das convenções em geral: "Na dúvida, uma cláusula deve se interpretar contra aquele que estipulou uma coisa, e não contra aquele que contraiu a obrigação".

49. A interpretação contratual, a nosso ver, seguindo a grande maioria dos juristas italianos, tem duas fases. A primeira, fase subjetiva, é a de procurar a "vontade comum", o que corresponde ao art. 112 do Código Civil. Se, depois disso, não houver mais questões duvidosas, contradições ou omissões, não é preciso passar à segunda fase. Se, porém, houver ainda questões a resolver, passa o intérprete – fase objetiva – a usar a boa-fé e os usos (art. 113 do Código Civil) e, ainda, na falta de solução, outros critérios objetivos complementares, por exemplo, art. 114 e art. 424 (que é o caso presente). Por esse último critério, empregado agora para qualquer contrato, o estipulante tem o ônus de falar claro (*clare loqui*); assim, no caso, respeitadas as fases referidas – subjetiva e objetiva fundamental, arts. 112 e 113 do Código Civil –, entendemos que as eventuais dúvidas que remanescerem devem ser resolvidas contra a Cervejaria Petrópolis.

50. Indaga a consulente, por fim, sobre o comportamento contraditório da Cervejaria Petrópolis posteriormente ao contrato celebrado com o Sr. Cintra. Saliente-se em especial a carta enviada em 2 de abril ao Sr. Cintra, solicitando que encaminhasse pedido à Caixa Geral de Depósitos de Portugal, para que as garantias antes outorgadas pela Cervejaria Petrópolis à instituição financeira fossem canceladas, "uma vez que o negócio entre Vossa Sa. e a Cervejaria Petrópolis não se concretizou conforme notificação de 1 de Março de 2007 [...]"; bem como o fato de não ter sido realizado depósito ou pagamento do preço tanto perante o Sr. Cintra quanto perante os seus credores. Esse comportamento, somado a outros atos verificados após a conclusão da avença (v.g., a menção ao "arrepentimento" contida em mensagem transmitida via fax ao Sr. Cintra) denotam a clara intenção de não requerer a execução específica do contrato preliminar celebrado entre as partes. Assim, o pedido, agora, desse tipo de execução configura comportamento contraditório por parte da Cervejaria Petrópolis.

51. Uma das aplicações do princípio da boa-fé objetiva diz respeito a essa proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Sobre essa proibição, como princípio jurídico a ser aplicado na interpretação, tivemos oportunidade de observar: "A expressão *venire contra factum proprium* substancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da regra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas – em todos, mas especialmente na parte contrária. É figura jurídica antiga – ao que parece, medieval – mas tem estado presente de forma cada vez mais intensa no direito civil dos últimos 100 anos; mereceu artigo de Aureliano Coutinho, em 1893, no primeiro número da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, e, mais recentemente, monografias como a de Díez-Picazo (La Doctrina de los Propios Actos, Barcelona, Bosch, 1963) ou tópicos extensos em obras sobre a boa-fé (Menezes Cordeiro, Da Boa-Fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 1985). No direito inglês, tem imensa aplicação através da figura do estoppel. Do ponto de vista que agora nos interessa, pode-se dizer que tanto a lei brasileira <em regras tópicas> quanto a jurisprudência, ainda que sem referência nominal, consagram largamente a proibição de *venire contra factum proprium*. É o que se vê, por exemplo, com recurso a uma espécie de renúncia tácita, no art. 150 do Código Civil brasileiro, ao vedar a lei o pedido de anulação de ato jurídico, 'quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava'. No mesmo sentido, o art. 1.146 do Código, impedindo, na venda de gêneros que se costumam experimentar (venda a contento sob condição suspensiva), que o comprador venha declarar que não aceita os gêneros remetidos, se pagou o preço após o recebimento" (Revista Forense, volume 351, pp. 277 e ss.; a citação encontra-se nas pp. 279 e 280). Assim, não fosse pela clara inadmissibilidade da execução específica

já demonstrada, o pedido formulado pela Cervejaria Petrópolis deveria ser negado, porque configura comportamento contraditório, em desrespeito às idéias jurídicas universalmente consagradas no mundo romano-germânico. No campo processual, além disso, provada a má-fé, haveria perdas e danos.

V. Conclusão

52. Isto posto, passamos a responder aos quesitos. Ao 1º ("Qual a natureza jurídica do item 5 da denominada Oferta Vinculativa de Aquisição celebrada em 24 de janeiro de 2007; especificamente, trata-se de cláusula de arrependimento ou de cláusula penal compensatória?"): A partir da interpretação da cláusula 5 da "oferta vinculativa de aquisição", à luz não somente da literalidade da linguagem nela empregada, mas também e principalmente do contexto contratual e de todas as circunstâncias interpretativas relevantes (arts. 112 e 113 do Código Civil), conclui-se que se trata de cláusula penal penitencial ou liberatória, também chamada "multa penitencial". No caso, seus efeitos foram prefixar a indenização pelo interesse negativo, afastando a possibilidade de execução forçada do contrato preliminar. Ao 2º e ao 3º ("O instrumento em questão reúne elementos bastantes e suficientes para viabilizar sua execução específica, de modo a ensejar, por exemplo, a incidência do disposto no art. 639 do Código de Processo Civil, considerando, notadamente, que sua uliminação dependeria de vários pactos adjetos, como a assunção de garantias perante instituições financeiras, a realização de alterações de Contratos Sociais, no Brasil e em Portugal, dentre outros?") e ("A falta de pormenorização na Oferta Vinculativa tratada importa na impossibilidade de exigir a execução específica?"): Não há dúvida de que o contrato preliminar celebrado entre o Sr. Cintra e a Cervejaria Petrópolis não pode ser objeto de execução específica. Trata-se de espécie de contrato preliminar dependente de manifestação de vontade de terceiros e carecido de integração mediante acordos ulteriores, os quais não se verificaram no caso concreto. Por essas razões, inadmissível a execução específica, nos termos do art. 466-B do Código de Processo Civil. Ao 4º ("As obrigações assumidas pela Compradora são cumulativas? O descumprimento de uma ou de qualquer delas, por si só, importa em inadimplemento contratual?"): Sim, o inadimplemento das obrigações assumidas pela Cervejaria Petrópolis – quer as de meio quer as de resultado –, isoladamente ou em conjunto, importa em inadimplemento contratual. Nessas condições, a consilente é credora de multa penitencial fixada na cláusula 5 do contrato preliminar. Ao 5º ("À vista tanto do conteúdo, quanto da forma que se apresenta a Oferta Vinculativa (como, por exemplo, o próprio logotipo da Compradora que estampa o instrumento), pode-se afirmar que o Contrato deve ser interpretado, em caso de divergência interpretativa, de modo favorável a uma das partes? Qual delas e qual a razão?"): Levando-se em conta

que as disposições contratuais foram elaboradas pela Cervejaria Petrópolis (o que parece ter ocorrido, por se tratar de uma oferta encaminhada ao Sr. Cintra, redigida em papel timbrado da ofertante), as cláusulas do contrato, na dúvida, após o entendimento da vontade de comum e da utilização da boa-fé e dos usos, deverão ser interpretadas favoravelmente ao Sr. Cintra, conforme o princípio jurídico *interpretatio contra proferentem*. Ao 6º e ao 7º ("Analisando-se a carta enviada à Caixa Geral de Depósitos de Portugal pela Compradora na data de 02.04.2007, pode-se afirmar que houve desistência de sua parte quanto à execução específica da Oferta?") e ("Levando-se em consideração o fato colocado no quesito acima, e também, a circunstância de que jamais houve a realização do depósito ou pagamento do preço perante a Caixa Geral de Depósitos de Portugal, pode-se afirmar que a Compradora apresentou comportamentos contraditórios? Em caso positivo, qual a consequência jurídica deste tipo de comportamento conflitante?"): Diversos atos ou omissões da Cervejaria Petrópolis, após a celebração do contrato preliminar (v.g., a carta datada de 2 de abril e a inexistência de depósito do preço), denotam a clara intenção de não requerer a execução específica do contrato preliminar celebrado entre as partes. O pedido de execução direta configura, assim, comportamento contraditório por parte da Cervejaria Petrópolis e viola a boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil). Também por essa razão, se não fosse pela clara inadmissibilidade da execução específica do contrato preliminar, o referido pedido de execução direta deveria ser julgado improcedente. É o nosso parecer.

S.M.J.

São Paulo, 20 de julho de 2007.

Antonio Junqueira de Azevedo

