

Revista de Direito
Mercantil

Industrial
Econômico
Financeiro

Nova Série Ano XIX
N. 39 Julho-Setembro/1980



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Conselho Editorial:

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, FRAN MARTINS, GEORGE COELHO DE SOUZA, GERD WILLI ROTHMANN, HERNANI ESTRELLA, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, NELSON ABRÃO, OSCAR BARRETO FILHO, PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, RODOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO, RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, SYLVIO MARCONDES, THEÓPHILO AZEREDO SANTOS, WALDIRIO BULGARELLI, PAULO SALVADOR FRONTINI, NEWTON DE LUCCA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Secretários Executivos:

NEWTON SILVEIRA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772

01501 — São Paulo, SP.

SUMÁRIO

HOMENAGEM AO PROF. ERNESTO LEME

- Os mestres do Direito Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo — Prof. Ernesto Leme 9

DOCTRINA

- Do regime legal da venda das ações de Sociedades de Economia mista pertencentes à União Federal — Arnaldo Wald 23
- Oferta de caução, em lugar de depósito em dinheiro, na concordata preventiva — Néelson Abrão 37
- As sociedades limitadas face ao regime do anonimato no Brasil — Egberto Lacerda Teixeira 40
- Problemas jurídicos das filiais de sociedades estrangeiras no Brasil e de sociedades brasileiras no exterior — Alberto Xavier 76
- O usufruto de ações ao portador e a posição da companhia emissora — José Alexandre Tavares Guerreiro 84
- Menor — Venda de ação — Plínio Paulo Bing 91
- Reservas, reserva de lucro e provisões — Benedito Garcia Hilário 96
- A teoria "ultra vires societatis" perante a Lei das Sociedades por Ações — Waldírio Bulgarelli 111

JURISPRUDÊNCIA

- Seguro — Correção monetária — Cabimento a despeito de não regulamentada a Lei 5.488, de 27.8.68 — Termo inicial — Comentário de Vera Helena de Mello Franco 127
- Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória — Comentário — Mauro Rodrigues Penteado 136
- Sociedade comercial — Responsabilidade limitada — Natureza — Cotas — Cessão — Falta de registro na Junta Comercial — Transformação em irregular — Solidariedade dos sócios cedentes — Ação de indenização procedente — Apelação provida — Voto vencido — Comentário de Carlos Alberto Senatore 183
- Marca comercial — Marcas semelhantes — Depósitos no Departamento Nacional da Propriedade Industrial — Registros pendentes — Carência de ação — Recurso provido — Comentário de Newton Silveira 190
- Sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Sociedade civil — Prestação suplementar — "Déficit" da empresa — Responsabilidade subsidiária do sócio pelas obrigações sociais — Adoção, em face do art. 1.396 do CC, de forma estabelecida nas leis comerciais, ressalvada a obediência a textos da lei civil, entre os quais se inclui o art. 19, IV — Recurso extraordinário não conhecido — Comentário de José Alexandre Tavares Guerreiro 192

ATUALIDADES

- Comentários sobre o projeto de Lei 1.734, de 1979, do Deputado Federal Jorge Arbage — Newton de Lucca 203
- Empréstimo compulsório — Correção monetária — Sua contabilização e efeitos fiscais — Luiz Mélega 213
- Sobre a opção de compra de ações — José Alexandre Tavares Guerreiro 226

ÍNDICE REMISSIVO

231

COLABORAM NESTE NÚMERO:

ALBERTO XAVIER

Ex-Professor da Faculdade de Direito de Lisboa — Professor do Curso de Pós-Graduação da PUC de São Paulo — Presidente do Gabinete de Estudos Jurídicos do Investimento Internacional e Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

ARNOLDO WALD

Catedrático de Direito das Faculdades de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, Universidade do Estado da Guanabara e Universidade Federal Fluminense e da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

BENEDITO GARCIA HILÁRIO

Advogado em São Paulo.

CARLOS ALBERTO SENATORE

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo.

ERNESTO LEME

Professor Catedrático Aposentado de Direito Comercial e Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Advogado em São Paulo.

LUIZ MÉLEGA

Advogado em São Paulo.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON ABRÃO

Professor Livre-Docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NEWTON SILVEIRA

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Diretor da "Cruzeiro do Sul/Newmarc, Patentes e Marcas" — Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito de Autor — Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

PLÍNIO PAULO BING

Advogado no Rio Grande do Sul.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

WALDÍRIO BULGARELLI

Bacharel, Doutor, Livre-Docente e Professor Adjunto de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP — Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; do Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

deixar de ser livres em certa medida para que realizem o Direito. A tese de que a regra geral é impotente por si só para resolver o caso particular indica que o centro de gravidade da criação jurídica situa-se na decisão concreta e não na regulamentação genérica” (ob. cit., p. 52). Há de se aceitar, pois, quase como um dogma, que a pretensão injusta não pode ser repelida, seja porque falte no sistema do Direito Positivo uma regra específica, seja ainda porque a solução que se lhe aponta é flagrantemente injusta ou absurda. No primeiro caso, cabe o recurso aos princípios gerais do Direito para suprir a omissão de lei; no segundo, a elaboração jurisprudencial pela interpretação que adapta a norma caduca à realidade sempre nova e palpitante da vida. O direito serve à vida e é um instrumento para alicerçar-se a solução justa dos interesses em conflito. . .

Quanto ao termo inicial, correta a sua fixação como o do momento em que a seguradora sabedora de sua obrigação de pagar não o fez.

A sua recusa deve marcar o termo inicial.

A sentença, no caso, não criou situação nova. A obrigação de pagar fora contratualmente estabelecida. Não surgiu a partir da sentença justo, portanto, que seus efeitos se protraíam no tempo, retroagindo até o momento em que, oficialmente, a seguradora tomou conhecimento da necessidade de cumprir sua obrigação e não o fez.

Era o que nos cumpria ponderar.

Vera Helena de Mello Franco

FORMAÇÃO DE CONTRATO PRELIMINAR SUSCETÍVEL DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA.

Cabe recurso extraordinário quando se discute qualificação jurídica de documento: saber se ele é mera minuta (punctação) ou contrato preliminar.

Distinção entre minuta, em que se fixa o conteúdo de certas cláusulas, mas se deixam em aberto outras, e contrato preliminar.

O art. 639 do CPC pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encardados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar.

Negativa de vigência, no caso, do art. 191 do CCom. e do art. 639 do CPC.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

RE 88.716 — RJ — (Segunda Turma) — Relator: O Sr. Min. Moreira Alves — Recorrentes: Distribuidora de Conestíveis “Disco” S/A. e outros — Recorrido: Supermercados Pão de Açúcar S/A.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 11 de setembro de 1979 — *Djaci Falcão*, pres. — *Moreira Alves*, relator

RELATÓRIO

O Sr. Min. Moreira Alves: A sentença de primeiro grau assim expôs e decidiu as questões que se discutem nestes autos:

“Vistos, etc.

Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A. propôs ação consignatória contra Supermercados Pão de Açúcar S/A, objetivando o depósito da quantia de Cr\$ 10.000.000,00 sob a alegação de que é devedora da referida quantia, representada por nota promissória de sua emissão, recusando-se a ré a recebê-la na data do vencimento, ou seja, 28 de outubro de 1974.

Citada, a ré ofereceu a contestação de fls., alegando, em síntese, preliminarmente, que a autora é carecedora de ação, porquanto não é devedora da quantia, porém mera depositária da mesma. No mérito, diz que não houve recusa e se tivesse havido seria justa, pois o eventual recebimento da quantia importaria em dar aos acionistas da autora oportunidade de se desvencilharem da obrigação que assumiram de consumir um negócio de compra e venda de ações.

Com a Contestação a ré juntou os documentos de fls.

Réplica a fls.

Saneador a fls., do qual a ré interpôs agravo retido (fls.) por não haver apreciado as preliminares levantadas.

No mesmo despacho foi deferida prova pericial, encontrando-se a fls. o laudo do perito, a fls. o do assistente técnico da autora e a fls. o do assistente técnico da ré.

Em apenso tramita, por dependência, uma ação proposta por Supermercados Pão de Açúcar S/A., contra Antonio do Amaral, Virgínia Pereira, Francisco Antonio Domingues Amaral e Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A., objetivando a adjudicação compulsória de ações da última suplicada, que teriam sido objeto de negociações entre os três primeiros réus e a autora.

Alega a autora, em resumo, que mediante contrato preliminar para compra e venda de ações os três primeiros réus se comprometeram a vender-lhe 97% das ações da última ré, de que são titulares; que as condições do negócio ficaram estabelecidas no contrato, tendo a autora, diante da manifestação das partes, feito um depósito de Cr\$ 10.000.000,00; que não obstante tratar-se de obrigação irretratável, os réus se negam a firmar o contrato definitivo, em face do que propõe a presente ação pedindo a sua procedência com as cominações cabíveis.

A inicial veio instruída com os documentos de fls.

O réu Antonio do Amaral contestou a fls., alegando, em síntese preliminarmente, que a autora é carecedora de ação, pois o réu só poderia ser condenado a entregar as ações ao portador ou a transferir os direitos relativos às nominativas, caso já tivesse celebrado com a autora contrato de venda ou cessão de direitos, o que não ocorreu. No mérito, alega: que firmou com a autora o documento de com a mais firme intenção de vir a concluir a transação ali mencionada, na qual foram feitas algumas algumas estimativas de valores a serem posteriormente confirmados; que, entretanto, após algumas manobras protelatórias para a conclusão do negócio, a autora ofereceu condições inaceitáveis, sendo ela a única culpada pela não consumação da transação; que no documento de fls. foram fixadas apenas algumas premissas de um contrato a ser aperfeiçoado e completado em outro documento, cuja existência foi prevista na própria opção, não dando margem a execução *in natura*; que, assim, espera a improcedência da ação com as cominações cabíveis.

Com a contestação o suplicado juntou os documentos de fls.

Os réus Virgínia Pereira e Francisco Antonio Domingues Amaral contestaram a fls., aduzindo, em linhas gerais, argumentos semelhantes aos que já havia expandido o primeiro contestante.

Réplica a fls.

A fls. encontra-se a contestação de Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A., sobre a qual se pronunciou a autora a fls.

Saneador a fls., do qual a autora interpôs agravo de instrumento retido (fls.), agravando igualmente os réus a fls.

Na audiência ocorreu o que consta do termo de fls. dos autos da ação consignatória, tendo as partes apresentado os memoriais que se encontra a fls. dos mesmos autos, por Supermercados Pão de Açúcar S/A., e a fls., por Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A.

É o relatório.

Tudo bem visto e examinado, decido.

Embora a ação de consignação em pagamento proposta por Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A., tenha precedido, na distribuição, o pedido de adjudicação compulsória formulado por Supermercados Pão de Açúcar S/A., este será apreciado em primeiro lugar.

A autora, no item XII de sua inicial, letras *a*, *b*, e *c* (fls.), pede sejam os réus condenados, nos termos dos arts. 639 e 640 do CPC, a procederem à imediata entrega das ações ou à transferência dos direitos a elas referentes, que a citada sociedade anônima (referindo-se à Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A.) se abstenha de praticar quaisquer atos que possam beneficiar os réus na qualidade de acionistas e que, nos termos do art. 644 do CPC, sejam os réus condenados a pagar à autora a importância diária de Cr\$ 500,00 desde que não cumpram no dia certo a condenação que lhes vier a ser imposta.

Verifica-se, desde logo, que há uma certa imprecisão nos pedidos da autora, pois rotula a ação de adjudicação compulsória, mas invoca as disposições dos arts. 639 e 640 do CPC e pede ao mesmo tempo a fixação de uma multa para o caso do descumprimento da sentença, quando cada uma dessas hipóteses tem seus pressupostos próprios, não admitindo aplicação cumulativa.

Mas, abstraindo esse aspecto, examinaremos a pretensão da autora levando em conta apenas o seu objetivo final, que é em última análise a transferência das ações objeto de um contrato intitulado pelas partes de contrato preliminar para compra e venda de ações (fls.).

É certo que o contrato preliminar, desde que contenha todos os requisitos do contrato definitivo, comporta execução específica, seja através de adjudicação compulsória, conforme o caso, seja através de uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado, sendo isso possível e não excluído pelo título.

Resta saber, portanto, se na hipótese sob exame o contrato de fls. preenche os requisitos do contrato principal.

Entendo que não.

Com efeito, não obstante, intitulado de "contrato preliminar", longe está o documento firmado pelas partes de ser como tal caracterizado, porquanto ali se estabeleceram apenas negociações preliminares como base para um futuro contrato. Ou, para adotar uma terminologia muito em voga, hoje em dia, especialmente no campo das relações internacionais, as partes firmaram apenas um "protocolo de intenções", manifestando uma delas o desejo de vender e a outra de comprar, mediante condições que seriam definitivamente estabelecidas em novas negociações.

Em verdade, em várias cláusulas do contrato é adotada a forma condicional, como, por exemplo, na cláusula 6.ª (fls.), em que se estabeleceu que "se a compra e venda das referidas ações vier a ser aperfeiçoada...", o que demonstra de forma inequívoca a possibilidade de não se consumir a compra e venda.

É certo que na cláusula 5.ª ficou dito que o instrumento era irrevogável para os acionistas, ou seja, os réus. Mas essa irrevogabilidade há de ser entendida como mera impossibilidade de desistir das futuras negociações, ou seja, de dar o assunto por encerrado antes que fossem examinadas todas as condições da operação a ser realizada. E essa cláusula, evidentemente, não poderia vincular os réus de modo absoluto, pois se assim se entendesse ficariam eles praticamente à mercê da compradora, que baseada nessa irrevogabilidade poderia impor-lhes as condições que lhe aprouvesse.

Mas, tanto o documento de fls. não continha todas as condições do negócio que a minuta do contrato definitivo (fls.) alterou-o substancialmente, seja quanto ao preço, seja quanto à forma de pagamento, além de estabelecer para os réus obrigações que não se encontravam previstas naquele chamado contrato preliminar.

Ora, esse contrato apenas abriu as negociações e foi reduzido a escrito para maior garantia das partes. Mas não pode produzir todos os efeitos de um contrato definitivo por lhe faltarem os requisitos fundamentais, entre os quais e principalmente o pleno acordo de vontade no tocante ao preço e condições da operação.

Então, a adjudicação compulsória pleiteada com base nele não pode ser concedida porque afora o depósito inicial de Cr\$ 10.000.000,00 como prova de firmeza de intenção de negociar, nenhum outro pagamento foi feito e nem poderia tê-lo sido, porquanto não se chegou a estabelecer o preço. E a alternativa de uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado (art. 639 do CPC) não pode ser considerada porque o contrato de fls. deixou várias questões em aberto, de modo que transformá-lo em definitivo através de sentença significaria negociar pela parte violentando-lhe a vontade, quando a aplicação daquele dispositivo só é cabível nos casos em que todas as condições já estão estabelecidas no contrato preliminar, dispensando novas negociações, e ainda assim a parte obrigada se recusa a concluir o contrato. A hipótese aqui é bem outra, pois os réus se recusaram a assinar um contrato que não era mera conclusão do anterior, mantido em todos os seus termos, mas sim um novo instrumento, com cláusulas e condições diversas que por qualquer razão não lhes convieram.

Assim, tenho por improcedente a pretensão da autora, Supermercados Pão de Açúcar S/A.

Quanto à consignatória, a discussão a respeito da natureza do depósito afigura-se-me irrelevante.

Na verdade, não há dúvida de que os Cr\$ 10.000.000,00 foram entregues, seja a título de depósito como garantia das negociações, seja a título de empréstimo para reforçar o capital de giro de Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A., como procuraram caracterizar seus representantes legais.

Mas, considerando como empréstimo, teria cabimento a consignatória porque a promissória se venceu em 28.10.1974 e a credora se recusou a receber a quantia, como ela mesma se justificou em sua contestação (fls. — *in fine* dos autos da consignatória). E considerada apenas como depósito para garantia das negociações, ainda assim teria cabimento a consignatória, porquanto não tendo as partes chegado a bom termo na conclusão do negócio impunha-se a sua restituição, sendo injusta, portanto, a recusa por parte da credora.

Dessa forma, impõe-se a procedência da ação consignatória, e improcedência da ação de adjudicação compulsória proposta por Supermercados Pão de Açúcar S/A.

Por todo o exposto, julgo procedente a ação consignatória, subsistente o depósito e efetuado o pagamento a que o mesmo se refere, e improcedente a ação de adjudicação compulsória, condenando a ré da primeira e autora da segunda ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor de cada uma das ações, tendo em vista as cifras que representam.

P.R.I." (fls.).

Contra essa sentença foi interposta apelação, a que, por maioria de votos, se deu provimento, nos termos do voto do relator, os quais são estes:

"Acordam os Juízes da 6.ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça, do Estado do Rio de Janeiro, aqui integrando o relatório de fls. por unanimidade, julgar desertos os agravos retidos de fls., ambos dos autos da ação denominada de adjudicação compulsória; e, também por votação unânime, negar provimento ao agravo retido de fls., dos autos da ação consignatória; e, por maioria, dar provimento à apelação, a fim de julgar improcedente a ação consignatória e procedente a ação ordinária, convertendo em pagamento, na forma ali pedida, o depósito de dez milhões de cruzeiros (Cr\$ 10.000.000,00), em mãos da primeira apelada, e condenando o segundo e os terceiros apelados a, trinta (30) dias, contados do trânsito em julgado deste acórdão, assinar o contrato definitivo de compra e venda das ações objeto do contrato preliminar e a fazer, dentro do mesmo prazo comum de trinta (30) dias, a transferência à apelante das mesmas ações, sob pena de a este pagarem a multa de cinquenta mil cruzeiros (Cr\$ 50.000,00), por dia de atraso, condenados os vencidos ainda no pagamento das custas dos processos e de honorários de advogado, de dez por cento (10%) sobre o valor de cada uma das ações.

Os agravantes de fls., em suas razões e contra-razões da apelação, respectivamente, nem sequer a esses recursos se referiram. Daí, de conformidade com o § 1.º, segunda parte, do art. 522 do CPC, serem esses agravos reputados desertos.

Incontestável é a *legitimatio ad causam* da autora da ação consignatória. E as razões invocadas pela ré, ao argüir essa preliminar, dizem todas elas respeito ao mérito da causa.

É a autora da consignatória parte legítima para essa ação, pois que, no caso, concorrem, em tese, todas as suas condições, quais sejam: possibilidade jurídica, legitimidade para a causa e interesse de agir. E isso porque, para a providência pedida pela autora, prevista dentro do ordenamento jurídico, tem ela pertinência e há necessidade da intervenção dos órgãos jurisdicionais para decidir a contenda.

Liebman, em lição invocada por J. J. Calmon dos Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, III-129), define o direito ao pronunciamento sobre o mérito, ou seja, a “hipótese de fato abstratamente tutelável pelo direito objetivo” e, não, como o direito a uma decisão favorável.

O direito de obter a tutela jurisdicional, pleiteada para um alegado direito subjetivo, não se confunde com a existência, ou não deste último direito. Se existe, procede a ação; em caso contrário, é ela julgada improcedente.

Se falece ao autor o direito ao pronunciamento sobre o mérito, por não apresentar-se em Juízo com todos os requisitos da ação, entre os quais o da possibilidade jurídica, é ele dela carecedor, pois não é titular de interesse legítimo na lide que ajuíza.

Para que se verifique a “*legitimatio ad causam*” é necessário que haja identidade entre os sujeitos da relação processual e as pessoas a quem ou contra quem a lei concede a ação” (Pedro Batista Martins, vol. 3.º/233).

Agora, se indevido era, ou não, o pagamento oferecido pela autora da consignatória aos réus, isso é questão de mérito.

As soluções de ambas as ações estão intimamente ligadas, a de uma afetando inevitavelmente a da outra.

A apelante, de um lado, e os 2.º e 3.ºs apelados, de outro, divergem profundamente na caracterização e conceito do documento básico da ação ordinária. Enquanto que, para a primeira, trata-se de um contrato preliminar, que satisfaz todos os requisitos do contrato definitivo, para os segundos, nele “foram apenas fixadas algumas premissas” (*litteris*), tratando-se de “um mero protocolo de intenções” (textual).

A sentença recorrida acolheu a tese dos ora 2.º e 3.ºs apelados, entendendo seu prolator que o documento em causa não contém todos os requisitos do contrato definitivo, pois que os ora 2.º e 3.ºs apelados “ficariam praticamente à mercê da compradora, que poderia impor-lhes as condições que lhe aprouvessem”. E argumenta mais o Dr. Juiz *a quo* que tanto esse “documento não continha todas as condições do negócio, que a minuta do contrato definitivo alterou-o substancialmente, seja quanto ao preço, seja quanto a forma de pagamento, além de estabelecer para os réus obrigações que não se encontravam previstas naquele chamado contrato preliminar” (textual).

A sentença apelada incide em evidente equívoco, pois que tal malsinado documento se apresenta com todos os elementos essenciais à validade do contrato principal, a saber: *res, pretium et consensus*, este último, apenas quanto aos promitentes vendedores, que assumem o compromisso de venderem 97% das ações da Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A. à apelante pelo preço efetivamente não determinado, mas determinável, mediante elementos e critérios pré-acordados pelas partes vinculadas ao contrato preliminar e dele constante.

Não entram em divergência os Doutos quanto à legitimidade de assim proceder-se, pois não fica a fixação do preço ao exclusivo arbítrio de um dos contraentes.

Ficou estipulado no pré-contrato de compra e venda, cláusula 3, que “o preço final das ações mencionadas será aquele que resultar da apuração da efetiva situação líquida patrimonial da Empresa, tendo como pressupostos” aqueles indicados no desdobramento da cláusula 3, a saber:

1.º) — Cr\$ 55.000.000,00, correspondente ao sistema operacional da Empresa, valor esse somente reduzível se houver substancial modificação nos elementos que o compõem (cláusula 3.1), excluídos desse sistema operacional o indicado na cláusula 3.1.2;

2.º) — o estoque da Empresa, apurada em inventário e já fixado seu preço pelo do custo atual (cláusula 3.2).

Para apuração da efetiva situação líquida da Empresa, cujo valor corresponde ao preço das ações prometidas vender, nos termos da cláusula 3, ficaram indicados os elementos a serem adotados, no desdobramento dessa mesma cláusula 3.

Tiveram os contratantes até mesmo o cuidado de estabelecer não só o preço das mercadorias em estoque, apuradas em balanço (cláusula 3.2) que será o de seu custo atual, assim como o máximo do passivo exigível, que é de Cr\$ 110.000.000,00 (cláusula 3.3).

Não se esqueceram ainda os contratantes de prever a possibilidade da permanência, no patrimônio da Empresa, de algum imóvel, atribuindo à Bolsa de Imóveis do Rio de Janeiro o encargo de avaliar (cláusula 3.4).

Chegaram as partes contratantes à minúcia de fixar valor dos aluguéis de imóveis pertencentes aos 2.º e 3.ºs apelados ocupados pela Empresa (cláusula 3.1.1.).

Nada, absolutamente nada concernente à taxação do preço foi deixado ao arbítrio exclusivo de uma das partes, o que acarretaria a nulidade do contrato (art. 1.125 do CC).

Comentando o art. 1.125 do CC, assim se pronuncia Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 16, p. 34, n. 2): “O arbítrio de um dos contratantes não pode prevalecer na compra e venda, que exige o consenso das partes sobre o preço, ou, no mínimo, sobre o modo eqüitativo de fixá-lo.”

No caso da avença *sub judice* foi o que ocorreu: houve um consenso expresso das partes sobre o modo eqüitativo de fixar o preço da transação.

Ainda Carvalho Santos (ob. e vol. cit., pp. 24 e 31) esclarece que “O contrato só tem existência quando as partes acordarem no preço, o que pressupõe a necessidade de ficar ele, por qualquer forma, determinado”, o que ocorre, também “quando é suscetível de ser fixado com os dados que se encontram no contrato”, sendo que “quanto à maneira de determiná-lo, à lei não interessa prescrever”, pois que “as partes são livres de escolher o critério pelo qual se decidirá o preço da cousa e se sujeitam, naturalmente, ao que convençionaram”.

Quanto ao elemento *consensus*, reza a cláusula 5 do contrato preliminar, literalmente: “este instrumento fixa as condições possíveis de compra e venda das ações, motivo pelo qual é irretroatável para os acionistas (os apelados), valendo como opção a favor do pretendente (o apelante), dentro do prazo de 30 dias fixados no item 4”.

Diante dos termos incisivos dessa cláusula contratual, inadmissível denominar-se de “simples protocolo de intenções” essa peça dos autos, que, em verdade, é um contrato preliminar unilateral *irretroatável* para os 2.º e 3.ºs apelados, como expressamente nele se consignou, estabelecida uma opção de compra a favor da apelante a ser exercida dentro em trinta dias.

Desde o momento em que firmaram o Contrato preliminar unilateral para a compra e venda de ações, os 2.º e 3.ºs apelados, ficaram, pelo prazo de 30 dias obrigados a vendê-las.

Já para o apelante, valia ele como uma “opção” a ser exercida, ou não, em igual prazo.

E assim, é que pensavam, em verdade, ambas as partes contratantes, como se vê das cartas de fls., transcritas no relatório desta apelação.

Na missiva de fls., os apelados são categóricos, quando dizem que a compra e venda das ações se tornou definitiva, como o exercício da “opção” por parte da apelante.

Agora, por razões de interesse exclusivamente de ordem pessoal deles 2.º e 3.ºs apelados, procuram negar seus compromissos, fugindo de cumpri-los, esquecidos de que já afirmaram ser definitiva a transação.

Chiovenda, citado por Alcides Mendonça Lima (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 6.º, tomo 2.º, p. 757, n. 1.741), é incisivo ao apreciar a finalidade do compromisso de concluir contrato: “As partes não estipulam contratos pelo prazer de permutar declarações de vontade, mas em vista de certas finalidades, para cuja consecução estabelecem relações entre si”.

Não se deve olvidar, na interpretação da vontade das partes contratantes, a entrega, pela apelante aos apelados, da vultuosa quantia de Cr\$ 10.000.000,00 quando da assinatura do contrato preliminar. Não o fariam, por certo, se aquele documento fosse "simples protocolo de intenções".

Não menos infeliz o fundamento de que o pré-contrato não continha todas as condições do negócio, tanto que a minuta do contrato definitivo o alterou substancialmente.

A minuta, ainda que assim procedesse, não tinha, como não tem, força para alterar o contratado pelas partes, salvo se por ambas aceitas. Então, bastaria ela, a minuta, a substituir, no que o inovou, o pré-contrato, e só no que o alterou.

Na verdade, a minuta pode ser tomada como tentativa, no caso frustrada, de uma ou de ambas as partes, de alterar, parcial ou totalmente o contratado, ao qual não afeta, por não acolhida pelas partes contratantes.

A apelante, com a ação em que é autora objetiva a condenação dos réus a fazer-lhe a entrega das ações objeto do contrato preliminar ou a transferência dos direitos a elas referentes dentro do prazo que foi fixado, sob pena do pagamento de multa de Cr\$ 500.000,00 por dia de atraso.

Exerceu a apelante, pela carta de fls., transcrita no relatório deste recurso, a opção que lhe fora assegurada, realizada, assim, a condição única a que se subordinava o contrato preliminar unilateral.

E isso mesmo reconhecem os 2.º e 3.ºs apelados, quando, em sua carta de fls., também transcrita no referido relatório, dirigiram-se à apelante, para informar-lhe admitir que a compra e venda das ações objeto do contrato preliminar unilateral tornara-se definitiva.

Daí em diante, não havia mais um contrato preliminar unilateral, apenas obrigando os 2.º e 3.ºs apelados a vender à apelante o grupo de ações que refere, se este manifestasse, dentro em trinta dias, sua concordância em comprá-las. Com essa manifestação positiva de parte da apelante, realizada estava a condição única a que se subordinava o pré-contrato unilateral, convertendo-se ele em um contrato preliminar bilateral, obrigando ambas as partes contratantes por todas suas cláusulas.

Perfeita a formulação da inicial, que comporta pedidos alternativos como se deduz do relatório desta apelação, merecendo acolhida sua pretensão de compeli-se os 2.º e 3.ºs apelados, quando invoca o art. 644 do CPC, dentro do prazo que for marcado e sob as penas pecuniárias pedidas, assinar o contrato definitivo de compra e venda, com a conseqüente entrega da coisa vendida.

Incontestavelmente, a sentença decisória da ação ordinária é condenatória e executiva, por força do que dispõe o art. 639 do CPC, que outra coisa não fez que manter esses efeitos da sentença proferida por fulcro no art. 1.006 do Código de Processo de 1939, na política da economia processual.

A isso José Frederico Marques (*Instituições*, vol. 5.º, p. 320, n. 1.257), citado por Mendonça Lima (ob., vol. e t. cit., p. 763, n. 757) chama de "condenação simultânea com a execução".

Como já foi dito, o elemento *pretium*, do contrato de promessa de compra e venda, deve ser determinado, mediante os elementos já prefixados pelas partes contratantes. Para isso, razoável é um prazo de trinta dias, a partir do trânsito em julgado deste acórdão. Isto feito, compete ao apelante efetuar o pagamento do restante do preço, na forma contratada.

Findo, pois, esse prazo de trinta dias, satisfeita a obrigação contratual por parte do ora apelante, deverão os 2.º e 3.ºs apelados fazer a transferência das ações vendidas à apelante. Não o fazendo aqueles, sujeitam-se ao pagamento a esta de uma multa, multa essa que foi expressamente pedida na inicial.

Dispõe o art. 644 do CPC que se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, sem distinguir, como o faz o seu art. 287, se fungível ou infungível, poderá o credor pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo Juiz.

Cabe ainda ao Juiz, como ensina Mendonça Lima (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 6.º vol., tomo II, p. 779, n. 1.802), fixar o prazo, seu início e o valor da multa, se essas medidas não estiverem previstas no contrato.

A finalidade da *astreinte*, como execução indireta, é a de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer, mediante a ameaça de uma pena sujeita a aumentos indefinidos, não tendo por limite nem mesmo o valor da própria obrigação.

Assim, para que a *astreinte*, atinja seu objetivo, da capitulação do devedor por não haver fortuna que possa resistir a uma pressão contínua e incessantemente acentuada, no dizer de Josseland, referido por Mendonça Lima (ob. e loc. cit., p. 776), a pena pecuniária não pode ser de valor meramente simbólico, e nem também exagerado.

Na fixação dessa pena, no caso concreto destes autos, é de levar-se em conta que a apelada já está no desembolso de Cr\$ 10.000.000,00, que, pelo contrato, se convertem em princípio de pagamento do preço da compra e venda. Conseqüentemente, o valor dessa multa deve superar em muito a soma da taxa da inflação e dos juros comuns, que incidiria sobre esse depósito, em um total nunca inferior a 4% ao mês, ou seja, mensalmente Cr\$ 400.000,00 e, diariamente, Cr\$ 13.333,33. Para que seja eficiente a medida da *astreinte*, no caso, a pena de multa deve ser fixada, não no valor pedido de Cr\$ 500.000,00, sem dúvida elevado, mas no de Cr\$ 50.000,00.

A apelada Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A figura no contrato preliminar de compra e venda de ações, que firmou, como interveniente, assumindo, assim, o compromisso de ter em seu poder a quantia de Cr\$ 10.000.000,00 a ela entregue pela apelante, nos termos da cláusula 8 do referido contrato, importância essa que se converteria em pagamento inicial aos 2.º e 3.ºs apelados, tornada efetiva a compra e venda das ações.

Logo, *contrarius sensus*, desfeita a transação, e somente se desfeita, teria ela interveniente, a ora 1.ª apelada, o direito a devolver a mencionada quantia à apelante.

Não houve, até então, o desfazimento do negócio, quer de forma amigável, quer judicialmente.

Lícito, assim, não era à 1.ª apelada recorrer ao pagamento por consignação, que somente tem força de pagamento se "concorrem, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento" (CC, art. 974).

No caso, com relação à pessoa do devedor e ao tempo não concorrem os requisitos indispensáveis à validade do pagamento.

Assim é que o pagamento deve ser feito ao credor ou a seu representante legal (art. 943 do CC). E a apelante somente se tornaria credora dos Cr\$ 10.000.000,00 desfeito que fosse o negócio, o que não ocorreu.

Resulta daí, também, que, no que concerne ao tempo, o pagamento por consignação foi indevido. E isso porque a promissória representativa da dívida estava vinculada a um contrato, que somente a tornaria exigível pela apelante a partir do instante em que fosse desfeito o contrato preliminar.

A modalidade do pagamento do preço está prevista nas cláusulas 6.1 e 6.2, sendo que a primeira dispõe a conversão do depósito de Cr\$ 10.000.000,00 em pagamento inicial, enquanto a segunda fixa o número de prestações do restante do preço, seus valores percentuais e as datas dos respectivos pagamentos, nenhuma antes de passados sessenta dias do pagamento inicial, ou seja, da conversão do depósito de Cr\$ 10.000.000,00 nesse pagamento inicial, o que não se deu até então, dado aos obstáculos opostos pelos 2.º e 3.ºs apelados.

Não há, assim, que falar em descumprimento de parte da apelante, de sua obrigação contratual, pelo não oferecimento de qualquer parcela restante do pagamento do preço, sendo indevida, pois, a invocação, pelos 2.º e 3.ºs apelados, da *exceptio non adimpleti contractus* (fls.).

Já o teor do voto vencido é o seguinte (fls.):

"*Data venia* da eminente maioria, confirmo a sentença apelada, porque toda a matéria em tela nos autos está centralizada no aforismo jurídico — *Pacta sunt servanda* — cuja tradução é cumpram-se os pactos; os contratos devem ser observados."

Vale, por outro lado, notar que é um modo elegante de afirmar: "O contrato faz lei entre as partes."

Assim, o deslinde da controvérsia está em verificar-se: se há contrato, na sua expressão formal ou de pré-contrato.

Evidentemente, inexistente contrato formal, mas, tão-só, uma troca de escritos que objetivam a futura formação de um contrato que, frente à lei comercial, precisa conter: o objeto do contrato e o preço certo ou incerto e meramente resultante de operação aritmética.

Assim, emerge a necessidade de apurar-se: se a matéria está sujeita à disciplina do Direito Comercial ou Civil ou Processual.

Tenho, *data venia*, de quem pense o contrário, como certo que o problema é de Direito Comercial.

Carvalho de Mendonça J. X. no *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I, nota 306 é expresso em proclamar a existência de atos de comércio por dependência, dizer: — “atos de comércio por dependência ou conexão promanam... das palavras do art. 18 do Título único anexo ao Código: obrigações sujeitas às disposições do Código Comercial e o art. 1.º do Regulamento n. 737.”

Adiante, na nota 360, do citado volume, ensina o clássico doutrinador:

“Existe uma série de atos que o comerciante pratica não no exercício normal de sua profissão, mas em virtude ou no interesse deste exercício.”

No caso enfocado, trata-se de compra e venda do controle acionário de estabelecimentos comerciais e ainda Carvalho de Mendonça, na nota 765, do mesmo volume, diz:

“O contrato de venda de estabelecimento comercial, operação mercantil, conforme dissemos no n. 956 supra, não pode deixar de ter forma escrita para regular as relações entre os contratantes. A tradição opera-se ordinariamente, com a verificação do inventário e mediante a entrega das chaves da casa, realizando-se assim a transferência de todos os elementos móveis corpóreos, que nela se acham. Se há imóveis no ativo, é da substância a escritura pública, devidamente transcrita, para que se opere a transferência da propriedade. De ordinário, a venda do estabelecimento comercial acompanha a cessão do contrato de locação. Sabe-se que na locação a prazo fixo, para a cessão é indispensável o expresso consentimento do locador (CC, art. 1.201, parágrafo único), a menos que o contrato originário — permita a transferência.”

Ora, está, deste modo expresso que a venda de estabelecimento mercantil é ato sujeito ao império do Direito Comercial.

Portanto, examinados os instrumentos que poderiam dar nascimento a um pré-contrato de compra e venda mercantil, verifica-se: a não fixação do preço, o que é relegado para a fase de aperfeiçoamento, por acordo de vontades, o que não ocorreu.

Ainda do exame dos instrumentos, resulta a existência, apenas, de provocação para apresentação do requisito essencial do preço, o que não aconteceu sob a forma de preço certo.

Por outro ângulo, sob o aspecto de preço incerto, na dogmatização do Direito Civil (CC, arts. 1.123 e 1.124) teria este resultar de simples operação aritmética e não de deslinde de futuras demandas; e, sob o prisma do Direito Comercial, mais tolerante que o comum, teria que atender-se ao art. 194 do CCom., que diz:

“Art. 194 — O preço da venda pode ser incerto, e deixado na estimação de terceiros; se este não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitadores”.

Note-se que nos instrumentos não há a menor alusão a estimação de preço por terceiro, o que vale dizer: não é possível, após recusa ou impossibilidade, recorrer-se ao arbitramento.

Emerge, pois, que o requisito essencial do preço inexistente, o que torna o chamado pelo apelante de pré-contrato, um simples protocolo de intenções, como com exatidão batizou a sentença de primeira instância.

O ponto de vista aqui expandido tem total apoio, tanto no tocante ao Direito Civil, como ao Comercial, com o que ensina Carvalho de Mendonça, no *Tratado* citado, V, VI, 2.ª parte, Anotações 1, 2 e 3 à nota 621, p. 40, onde se lê:

O Cód. Civil permite às partes, ao invés de designarem logo este terceiro, prometerem designá-lo.

Parece que esta disposição não se pode admitir em matéria comercial, *ex vi* do art. 194 do CCom.

Este terceiro designado pelas partes não é um árbitro no sentido jurídico da palavra, escreve Pipia, “nem um *quid medium* entre o árbitro e perito, nem um amigável compositor, mas um mandatário” *proveritate* (*Trattato*, V, 4, n. 278). Este mandatário é comum, isto é, de ambas as partes...”

Nestas condições, fica a evidência que tanto o Direito Civil, como o Comercial não toleram compra e venda com preço incerto que teria de ser fixado, não pelas partes, ou por terceiro que indicassem, mas sim por *sui generis* sentença judicial de fixação de preço de compra e venda, o que viola o conceito de liberdade de contratar que é assegurado, contrário senso, pelo *Pacta sunt servanda*.

Finalmente, vale acentuar que a simples leitura do chamado pré-contrato de fls. dos autos de adjudicação compulsória que ora se integra no presente voto, desatende *in totum*, os preceitos de Direito Civil e Comercial, no que tange à fixação de preço incerto em compra e venda.

Portanto, é útil, embora em resumo, enumerar-se algumas das demandas que surgiram ou poderão surgir, da fixação final do preço, fazendo com que o apelante comprador ficasse com a posse da coisa vendida, tendo pago só dez milhões de cruzeiros, fazendo o que bem entenda, a espera de que a notória inflação da moeda tornasse vil o pagamento total da compra.

Nestas condições, a análise do chamado pré-contrato de fls. dos autos de adjudicação compulsória, com o objetivo de precisar-se algumas das ações que poderiam ser necessárias para a fixação final do preço que, *data venia*, não é nada determinável.

1.ª) Ação ordinária para apuração do valor final das ações, com base no n. 3 que quer a situação líquida patrimonial da empresa;

2.ª) Ação para fixação dos aluguéis prevista no n. 3.1.1;

3.ª) Ação para apuração dos estoques da empresa pelo custo atual, prevista no n. 3.2;

4.ª) Ação para apuração do passivo máximo exigível possibilitada pelo n. 3.3;

5.ª) Ação para verificação se o máximo aludido no n. 3.4 foi ou não ultrapassado;

6.ª) Ação para fixação da forma de entrega dos demais imóveis, aludida no n. 3.4.1;

7.ª) E, etc., como qualquer pessoa afeita ao Direito poderá prever.

Por último, é de notar-se que o apelante poderá demandar a restituição da quantia que entregou em depósito, com correção monetária e juros.

Confirmo, pois, pelos fundamentos, a sentença apelada e mais, porque a hipótese é regulada, expressamente, pelos arts. 194 do CCom., e 1.123 e 1.124 do CC.

Houve embargos de declaração, que foram rejeitados pelo seguinte acórdão (fls.):

“Acordam os Juízes da 6.ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça, do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, rejeitar os presentes embargos.

Diz a embargante, textualmente: “Foi omissis, *data venia*, o acórdão por não haver declarado expressamente a improcedência do pedido da ação de adjudicação compulsória formulado contra a sociedade ora embargante e a consequência natural a sucumbência da apelante nessa parte que é sua condenação ao pagamento das despesas e dos honorários advocatícios, na forma do que preceitua o art. 20 e seus parágrafos do Código de Processo Civil”.

Isso exposto, assim conclui a embargante a sua petição de embargos: “Pelo exposto, pede e espera a embargante que esta Câmara conheça do presente recurso e lhe dê provimento para tornar expressa a improcedência da ação de adjudicação compulsória contra a ora embargante e a condenação da vencida nas despesas e nos honorários de advogados”.

Somente a um equívoco enorme pode-se atribuir a origem destes embargos. E isso porque bastaria uma simples leitura da inicial da ação de “adjudicação compulsória” para ver-se haver ela sido intentada apenas contra o 2.º e os 3.ºs apelados, e, nunca, contra a primeira apelada, ora embargante.

Supermercados Pão de Açúcar S/A foi claro, como não poderia deixar de ser, na inicial da referida ação, pedindo a citação de Antônio Amaral, o 2.º apelado, de Virgínia

Pereira e do Dr. Francisco Antonio Domingues Amaral, os 3.ºs apelados, “para os termos da Ação de Adjucação Compulsória”, bem como quando encerra esse seu petitório pleiteando a condenação somente daqueles réus.

No que concerne à ora embargante, o único pedido foi que ela se abstinisse de “praticar quaisquer atos que possam beneficiar os réus na qualidade de acionistas, passando a cumprir a sentença no que se referir à transferência das ações nominativas, eventualmente emitidas” (fls. da ação de adjucação compulsória).

Foram interpostos, então, embargos infringentes (fls.), que, por maioria de votos, foram parcialmente recebidos por acórdão onde se lê:

“Acordam os Juizes do 4.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em rejeitar as preliminares de nulidade do acórdão e de intempestividade dos embargos, em decisão unânime, e, por maioria de votos, em receber parcialmente os embargos para que sejam os réus condenados à entrega das ações, dentro em 30 dias, sob pena de valer o acórdão como título de transferência, vencidos os Des. Abeylard Gomes e Moraes e Barros que recebiam integralmente os embargos.

Rejeita-se a preliminar de nulidade do acórdão. Não houve, da parte deste, condenação *extra petitum*. O pedido da ação de adjucação é a entrega ou transferência do direito sobre as ações, sob a cominação de uma multa. Ora, o acórdão embargado, considerando que essa transferência se há de realizar através da assinatura do contrato de compra e venda definitiva, a qual constitui obrigação de fazer dos promitentes vendedores, a ela os constrangeu mediante a imposição de uma pena pecuniária.

E nenhuma incerteza gera o acórdão embargado. O instrumento do contrato de fls. contém os elementos fundamentais da compra e venda, civil ou comercial. Bastaria que o instrumento do contrato definitivo contivesse tais elementos. E nada impede que, até então, permaneça o preço indeterminado, mais determinável, como se acha.

Rejeita-se a preliminar de intempestividade dos embargos. São conexas as ações de consignação do pagamento e da adjucação compulsória. A *causa petendi* delas (remota, se se quiser) é uma só: o contrato preliminar de compra e venda das ações. Não é nem o depósito, nem o mútuo. Depósito propriamente não houve, inclusive porque depósito de coisa fungível é mútuo; aliás, é a embargada que afirma que iniciou assim o pagamento do preço. Nem a 1.ª embargante recebeu, por empréstimo, da embargada os 10 milhões de cruzeiros. Se mútuo acaso houve, foi celebrado entre os acionistas e a 1.ª embargante, a quem interessava ter desde logo o numerário, possivelmente para atender despesas inadiáveis.

Mas a conexão que enseja o litisconsórcio não é a conexão entre pedidos, de modo que não se pode cogitar de litisconsórcio quando, como no caso vertente, as ações é que são conexas. Pressupõe o litisconsórcio a existência de co-autores ou de co-réus, a pluralidade de partes, por conseguinte a mesma ação, e neste caso trata-se de autor de uma ação e réus de uma outra. Acresce que o litisconsórcio, na ação de adjucação compulsória, foi rejeitado pelo acórdão embargado, que a considerou procedente apenas contra o 2.º e 3.º apelantes, o voto vencido não contemplou a questão e o julgamento dos embargos de declaração, que foi unânime, repeliu também o litisconsórcio, ressaltando que o 1.º embargante não foi réu na referida ação.

Por tais razões não poderiam os embargantes merecer o favor do art. 191 do CPC: contagem em dobro do prazo para recorrer.

Ocorre que entre a hipótese prevista nesse artigo (litisconsórcio com diferentes procuradores) e a que se configura nestes autos (ações conexas em que têm o autor de uma delas e os réus da outra interesses comuns, sendo representados por procuradores diferentes e ambas as ações sendo julgadas na mesma sentença e mesmo acórdão) há fundamento jurídico idêntico, de sorte que a analogia (permitida pelo art. 126) se impõe. Não havendo conexão de pedidos, senão de ações, não existindo litisconsórcio, senão comunhão de interesses entre partes das ações, por analogia aplica-se o art. 191 citado e conta-se em dobro o prazo para recorrer.

E recebem-se parcialmente os embargos para, ao invés de condenar os réus à assinatura do contrato definitivo, dentro em 30 dias, sob pena pecuniária, condená-los à entrega das ações, nesse mesmo prazo e nos termos estritos de um dos pedidos formulados na “ação de adjucação compulsória” (entrega das ações ou transferência dos direitos a elas refe-

rentes, dentro em determinado prazo, sob pena de pagamento de multa) valendo, no caso contrário, o acórdão como título de transferência delas.

O instrumento, que consta das fls. dos autos, registra manifestação de vontade das partes quanto ao acordo que celebram (“deliberaram reduzir a escrito, como de comum acordo e intenção e vontade manifestadas por cada uma delas...”, preâmbulo), menciona a coisa (97% das ações... cláusula 1) e indica o preço, que é o preliminar de 40 milhões de cruzeiros (cláusula 2) e o “final que resultará da apuração da efetiva situação líquida patrimonial da empresa” (cláusula 3); o preço determina-se na base de certos critérios que as cláusulas 3.1 a 3.4 mencionam cuidadosamente.

Entregou uma das partes à empresa, de que as outras partes são acionistas, de 10 milhões de cruzeiros, contra uma nota promissória emitida pela empresa e avalizada pelos referidos acionistas, depósito que se converteria em pagamento inicial e parcial do preço quando a compra e venda se aperfeiçoasse.

Impossível assim admitir hajam as partes, que manifestaram as suas vontades em consonância com as suas intenções, conforme expressamente disseram para o fim de proclamar a autenticidade do negócio impossível admitir hajam as partes firmado “um simples protocolo de intenções” ou projeto de acordo — expressões que, aliás, não têm o menor sentido jurídico.

É verdade que, em certas cláusulas, está previsto um “acerto” futuro e por isso se pretendeu que não há nenhum contrato. Mas o contrato se aperfeiçoa desde que haja o consenso relativamente aos elementos essenciais (*essentialia negotii*). “Os elementos essenciais ou *essentialia negotii* formam o núcleo fundamental do contrato. São indispensáveis. Está neles a essência do acordo” (Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.^a ed., 1965, p. 210).

Esse acordo, e não aquele “acerto”, é que é fundamental, e suficiente. Não se pode assim pretender que a eventual falta de acordo sobre os elementos acessórios do contrato, ao qual anteriormente se chegaria, signifique não tenha havido acordo acerca dos elementos essenciais. “Os elementos naturais (*naturalia negotii*) chamam-se assim porque a lei os reputa conforme com a natureza do contrato, mas não indispensáveis para a sua existência material e validade jurídica “e” os elementos acidentais (*accidentalialia negotii*), chamados corretamente “cláusulas acessórias”, não fazem parte do conteúdo necessário nem do conteúdo normal do contrato” (Inocêncio Galvão Telles, op. cit., pp. 211 a 213).

Aliás a doutrina, não apenas a brasileira, senão também a alienígena, propende no sentido de assentar que para a obrigatoriedade, assim do contrato preliminar, como do definitivo, basta que as partes estejam de acordo quanto aos elementos fundamentais do contrato. (“Da notare che la promessa non produce l’obbligazione se non quando sia completa, cioè contenga tutti quelli che saranno gli elementi essenziali del futuro contratto definitivo, cosicchè tutto sia predisposto per l’accordo delle dichiarazioni di volontà”, Ludovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, p. 139; “Une fois l’accord réalisé sur les points essentiels, les clauses accessoires doivent être établies, conformément à la loi et à l’usage”... “Pour que la réponse d’acceptation forma avec l’ensemble des pourparlers antérieurs un contrat, il faut qu’il y ait entente sur des points essentiels du contrat”... “il n’y a donc pas vente s’il n’y a pas eu entente sur le prix ou détermination de tous les objets du contrat... Mais s’il y a entente sur ces deux points, cela suffit...”, René Demogue, *Traité des Obligation en général*, I, t. II, pp. 232-234). O problema da formação progressiva do contrato, que se equaciona particularmente em relação aos contratos preliminares, contemplou Carnelutti, e resolveu-o no sentido de que o contrato surge desde o momento em que as partes acordam sobre o seu *contenuto minimo*, a menos que elas subordinem a eficácia do acordo ao acordo quanto aos elementos acidentais: “soltando perchè ciò sia, deve essere chiaramente manifestata la volontà di subordinare la efficacia del contratto, ormai formato, all’avverarsi di tale condizione”, uma condição suspensiva (“Formazione progressiva del contratto”, *Rivista di diritto commerciale*, vol. XIV, P. seconda, pp. 308 e segs.). “Ho cercato di dimostrare che, una volta avvenuto l’accordo sui punti essenziali, la riserva sui punti accessori non impedisce o sospende la formazione del contratto... (“Ancora sulla formazione progressiva del contratto”, *Rivista di diritto commerciale*, vol. XV, P. prima, p. 339).

Em verdade, havendo o consenso relativamente aos elementos essenciais do contrato, considerado o seu tipo, o contrato se reputará formado, nada obstando a circunstância de faltar o acordo acerca de elementos acessórios, bastando que sejam estes ulteriormente

determináveis: “El contrato preliminar, para existir y ser válido, há de reunir los requisitos necesarios para los contratos en general, siendo necesario que en él se indique la especie del futuro contrato definitivo; pero no que sean igualmente determinados todos los elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación ulterior” (Jaime Santos Briz, *La contratación privada*, 1966). E, na doutrina brasileira: “Também em qualquer contrato, pode certo ponto, inclusive essencial, ser reservado para solução ulterior, desde que haja critério prestabelecido, ou que não fique, de qualquer modo, na dependência de arbítrio unilateral (Darcy Bessone, *Da compra e venda*, p. 114). Vede ainda acórdão na apelação cível 90.170, 1975, do qual foi Relator o eminente Des. Olavo Tostes, e em que se ressalta que “há quase unanimidade da opinião de que, para a obrigatoriedade do contrato preliminar, basta que os contraentes tenham se posto de acordo sobre os elementos fundamentais do contrato”.

Ora, no caso vertente, não se subordinou a eficácia do consenso à ultimação do acordo sobre pontos não essenciais, os quais, de resto, são suscetíveis de determinação: a do preço, mediante a intervenção de terceiro, ou terceiros, peritos, contabilistas, que apurem a “efetiva situação líquida patrimonial da empresa” (cláusula 3), o passivo exigível; a da fiança (cláusula 7.2.1) através da oferta de fiador idôneo, nos termos da lei civil; a dos aluguéis dos imóveis de propriedade dos acionistas mercê da invocação aos usos e costumes, ou ao arbitramento. No caso vertente não ficou a determinação de tais elementos acessórios a critério de uma das partes exclusivamente — essa seria a impossibilidade jurídica, que acarretaria não a invalidade, mas a inexistência do contrato. Configura-se a presença de todos os elementos imprescindíveis, o consenso, a coisa e o preço, estabeleceu-se a obrigação de transferir a propriedade de bens determinados e a do pagamento do preço correspondente. E porque se previu a celebração de um contrato definitivo, compreensivo também de outras obrigações (cláusula 7.), intitulou-se o instrumento corretamente de “contrato preliminar para compra e venda de ações”.

Irrelevante a circunstância de haver a empresa emitido e entregue ao promitente comprador uma nota promissória, ao receber os 10 milhões de cruzeiros — empresa da qual os promitentes vendedores tinham 97% das ações e eram diretores. O procedimento não revela a incerteza ou precariedade do negócio, por isso que, vinculado o título ao negócio, visava precisamente a reforçá-lo, propiciando ao promitente comprador uma garantia, no caso de seu arrependimento.

Demais, a assegurar, o cumprimento das obrigações assumidas, convencionaram as partes que o contrato “é irratável para os acionistas, valendo como opção para o pretendente, no prazo de 30 dias” (cláusula 5). Previu-se, pois o direito de arrependimento para uma das partes, a promitente compradora, e tanto assim é que se lhe assegurou o “direito de, a seu critério, renunciar à aquisição”, mediante a devolução da quantia depositada (cláusula 9).

O direito à aquisição, que era suscetível de renúncia, o promitente comprador manifestou dentro do prazo (fls.) e, em consequência, reconheceram os promitentes vendedores que, então, a compra e venda preliminar se tornara definitiva (carta de fls.), essa mesma compra e venda que pretendem eles agora que não exista. Que faltava apenas? A mera formalização do contrato, a redação do instrumento que inclusive dispusesse acerca dos direitos e obrigações acessórios da compra e venda. Também reconheceram os promitentes vendedores que, naquele momento, desaparecendo a incerteza que pendia sobre o contrato, oriunda da possibilidade de arrependimento de parte do promitente comprador, e tornando-se assim definitiva a compra e venda, bastaria somente, para comprová-la, redigirem as partes o instrumento adequado. Eis a razão pela qual nas cartas de fls., os promitentes vendedores referem “formalizar a compra e venda”, “formalizar o negócio”.

A rigor, portanto, nesse momento, os 10 milhões de cruzeiros, que se achavam depositados em poder da empresa, converteram-se em pagamento inicial do preço. A ação de consignação, ajuizada pela empresa, não podia, pois, senão ser considerada improcedente, por essa razão, e porque a devolução da quantia correspondente cabia apenas na hipótese da renúncia à aquisição por parte do promitente vendedor, a qual se não verificou. Os promitentes vendedores não podiam retratar-se.

Ultimada, a compra e venda e paga uma parte do preço, ficando o pagamento do restante na dependência da aplicação dos critérios referidos, uma vez que o promitente comprador ressalvou desde logo o direito dos promitentes vendedores “de receber o saldo

do preço final" (fls.), impunha-se a estes a prestação do fato relativo à entrega das ações ou a transferência do direito a elas referente (pedido formulado nas fls. da petição inicial).

No direito vigente incumbe ao credor o direito a exigir o desempenho direto da obrigação de fazer, ou as perdas e danos. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumpriu a obrigação, a outra parte, sendo isso possível ou não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado (art. 639 do CPC). A opção, diante do desempenho direto ou das perdas e danos, incumbe ao credor, não ao devedor, porque a obrigação não se convencionou como alternativa. Da prestação de fato ou do pagamento das perdas e danos se exime o devedor somente se demonstrar a impossibilidade de cumprimento da obrigação.

Essa demonstração não foi feita.

Há, pois, de se atender um dos pedidos do autor, a entrega das ações, que se deve realizar dentro em 30 dias, sob pena de produzir a decisão judicial o mesmo efeito do contrato

Recebem-se parcialmente os embargos tão-somente para reformar o acórdão embargado quanto à condenação, que se impôs ao réu da ação de adjudicação compulsória, a assinar a escritura definitiva, e a fazer a transferência das ações, sob pena pecuniária.

A condenação à entrega das ações não exclui a assinatura do instrumento do contrato, a presente decisão judicial não substitui esse instrumento. Não se ordena aos embargantes assinarem-no, porque se reconhece que, dentro no prazo mencionado no acórdão embargado, possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acordo, que faltam — nesse particular acolhem-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos. Ao invés de se condenarem os embargantes a assinar o contrato definitivo e a fazerem, dentro de 30 dias, a transferência das ações, sob cominação (elementos já determinados e elementos por se determinar) (*plus*), tão-somente se condenam os embargantes à entrega das ações (elementos já determinado) (*minus*), valendo a decisão judicial como título que legitima a transferência, ou produz o mesmo efeito do contrato. Legitima a transferência e produz o mesmo efeito do contrato mas não supre a sua formalização: "Não é que a sentença *vaudra pour contrat*, na linguagem de Pothier. Apenas servirá para integrar o instrumento que deve ser lavrado ou para conseguir bem cuja entrega independa de qualquer outra formalidade, que não seja apenas o recibo... Não é a sentença, por si própria, que produz o mesmo efeito do contrato, qual seja o definitivo. O mesmo efeito é o decorrente da declaração da vontade do réu-vencido a ser inserto no instrumento definitivo, por via da sentença se indispensável (escritura de compra e venda), ou se necessário para qualquer outro ato, que prescinda de formalidade especial — autorização para entrega de bem móvel em poder de terceiro adquirido pelo autor do réu" (Alcides Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI vol., t. II, pp. 759-760) (fls.).

A fls., encontram-se os dois votos vencidos, cujo teor é este:

"Fiquei vencido porque recebi os embargos para reformar o acórdão embargado e restabelecer a sentença do dr. Juiz de 1.º grau, que julgou procedente a ação de consignação em pagamento e improcedente a de adjudicação compulsória.

Com a devida vênia da douda maior, entendo que o contrato celebrado entre as partes, que deu origem ao litígio, não pode ser considerado *contrato preliminar*, de molde a ensejar execução compulsória, nos termos do art. 639 do CPC.

Na doutrina alemã os contratos preliminares têm o nome de *Vorvertrag*, na italiana *contratti preliminari*, e na francesa *avant-contrats*. No direito romano chamavam-se de *pacta preparatoria*, *pacta de contrahendo*.

Os eminentes advogados das partes litigantes, os jurisperitos que emitiram pareceres para esclarecimento dos julgadores e o erudito acórdão da lavra do douto Des. Ebert Chamoun, citaram opiniões de juristas alienígenas a respeito da natureza e da essência do contrato preliminar.

Prefiro, entretanto, ficar com a prata da casa, com a opinião do grande tratadista J X. de Carvalho Mendonça, que "o contrato preliminar deve conter exatamente as cláusulas do contrato futuro, a cuja formação tende, para que na ocasião de ser aperfeiçoada a conclusão deste último, não surjam dificuldades e dúvidas". Mais adiante Carvalho de Mendonça enfatiza: "Parece singular que as partes ao invés de concluírem definitivamente o contrato, o adiem firmando contrato preliminar. Neste contrato, fixa-se, entretanto, o

acordo final das partes, que por motivos de conveniência ou de necessidade, não pode assumir desde logo a forma definitiva. Não há mais dúvidas sobre o contrato e por isso as partes querem ter a segurança de vê-lo realizado, amparando a possibilidade de fraudes e de prejuízos. O contrato preliminar é um contrato autônomo.”

O contrato preliminar, gênero de que o contrato de promessa é a espécie, deve conter no seu bojo todas as cláusulas constantes do contrato definitivo; vale dizer, o contrato definitivo já deve estar modelado, plasmado no antecrato.

Só há contrato preliminar se as negociações referentes ao contrato definitivo já foram completadas e o contrato definitivo não é celebrado por uma razão de outra ordem, como por exemplo, não poder uma das partes desembolsar a importância que o contrato definitivo requer.

A *contrario sensu*, se para a celebração do contrato definitivo ainda há pontos em aberto, não se pode falar em contrato preliminar ou contrato de promessa.

Se as negociações ainda não estão findas, é mister que haja acordo sobre os pontos do contrato, mesmo não essenciais, porque às vezes é difícil saber quais os pontos essenciais e quais os pontos não essenciais.

O contrato que deu origem à demanda e que se acha à fls. dos autos da ação de adjudicação compulsória foi denominado pelas partes de contrato preliminar para a compra e venda de ações.

O eminente Relator deu relevo a isso.

Mas o *nomen juris* com que as partes tratam o instrumento celebrado é de somenos, o que importa é examinar o conteúdo do contrato, a sua amplitude e a sua essência.

Que diz o referido documento?

Começa por explicar que as partes reduziram a escrito sua intenção e vontade “*rati-ficando entendimentos que estão realizando*”.

Quer dizer, as negociações não eram pretéritas, mas continuariam se processando até a lavratura do contrato definitivo.

Depois de estabelecido o preço preliminar da compra e venda das ações, constou do documento que “os imóveis de propriedade dos acionistas que estão atualmente pagos pela empresa, serão objeto de novos contratos de locação comercial, fixando-se desde logo o prazo de 10 anos, e como valor do aluguel a percentagem de 1,1/2% sobre as vendas das lojas existentes nos aludidos imóveis, com um aluguel mínimo a ser estipulado”.

Aqui já há uma questão que só poderia ser resolvida no contrato definitivo: o aluguel mínimo dos referidos imóveis, aluguel esse que deveria resultar do consenso das partes.

Mais adiante, também se fala que “os demais imóveis deverão ser entregues aos acionistas mediante forma de direito a ser estudada”.

Evidentemente, essa forma tinha de ser estudada em conjunto pelas partes contratantes.

A matéria transcendeu do contrato provisório, deferida que foi para o definitivo.

O contrato é condicional, tanto que diz a cláusula 6 “se a compra e venda das referidas ações vier a ser aperfeiçoada” e a cláusula 7 é expressiva: “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”.

Uma dessas cláusulas era a pretendente garantir com fiança idônea e capaz, todas as obrigações que viesse a assumir para com os acionistas.

Na parte final consta que a importância de Cr\$ 10.000.000,00 paga contra a entrega de uma promissória contra a empresa e avalizada pelos acionistas converter-se-á em pagamento inicial aos acionistas “na contingência do aperfeiçoamento da compra e venda das ações aqui referidas”.

A própria redação do contrato leva à conclusão de que a transação ali estipulada, poderia ser ou não aperfeiçoada, dependendo do êxito de futuros entendimentos.

Aperfeiçoar, diz Aurélio Buarque de Holanda no seu Novo Dicionário, é *acabar com perfeição, concluir com esmero, completar, perfazer*.

O douto Relator impressionou-se com o fato de constar do instrumento que ele era irrevogável para os acionistas, mas essa irrevogabilidade tem de ser apreciada em termos.

Não pode ser considerada como irrevogabilidade ou imutabilidade.

No meu entendimento, o contrato era irrevogável para os acionistas, porque não podia ser por eles alterado nos pontos em que houvera acordo.

Admitir-se o contrário, seria colocar uma das partes à mercê da vontade da outra, que imporia as suas condições, tanto mais que muitos pontos importantes ficaram em aberto para serem resolvidos no contrato definitivo.

Por exemplo: a entrega de determinados imóveis da empresa aos acionistas, mediante forma de direito a ser estudada.

Essa é uma cláusula de grande importância, porque influi obviamente até no preço da transação.

Parece que foi ela o pomo da discórdia, tornando inviável a assinatura do contrato definitivo, porque uma das partes subestimava o valor desses imóveis e eram eles superestimados pela outra.

Que o contrato *sub judice* era provisório, di-lo em letras redondíssimas a cláusula 4: "a pretendente deseja e os acionistas concedem o prazo de trinta dias, contados desta data, para as apurações prévias e preliminares dos valores indicados nos pressupostos referidos no item 3, prazo dentro do qual os acionistas não poderão praticar qualquer ato que desfigure os pressupostos referidos, nem oferecer a venda, alienar e ou onerar as ações de que são titulares".

Expirado esse prazo, poderiam os acionistas dispor das ações.

Dir-se-á que isso foi antes do exercício da opção por parte da pretendente, pois os próprios acionistas, em carta escrita a 2 de outubro de 1974, admitiram expressamente que o exercício da opção tornara definitiva a compra e venda das ações.

Não é possível interpretar literalmente esse documento, dando exagerado valor às suas palavras.

A letra mata e o espírito vivifica.

Obviamente a compra e venda não poderia ter se tornado definitiva, porque nem sequer houvera a compra e venda, tanto assim que era pedida a remessa da minuta do contrato de compra e venda "para o indispensável exame".

Tollitur questio!

Estamos diante de um negócio jurídico comercial.

Isso é o óbvio ululante.

O Código Comercial no art. 191 estabelece que "o contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado, logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e mais condições".

Não se presumindo na lei a existência de palavras supérfluas, conclui-se que não basta o consenso quanto à coisa e ao preço, mas é necessário ainda que as partes estejam acordos no que respeita às restantes condições do negócio: "não outras cláusulas" como explica Pontes de Miranda.

No caso vertente não houve acordo a respeito de diversas questões que ficaram em aberto para serem dirimidas no contrato definitivo, importando criação de uma rede bastante complexa de direito e obrigações recíprocas, de prestações e contraprestações de várias naturezas.

Como bem salientou o Dr. Juiz, transformar um contrato provisório em definitivo através de sentença significaria negociar pela parte, violentando-lhe a vontade.

O contrato objeto do litígio, di-lo a cláusula 5, fixa as condições possíveis de compra e venda das ações, quer dizer, as condições sobre as quais já haviam acordado as partes e que sucessivos entendimentos haveriam de completar até a lavratura do contrato definitivo.

Mas a verdade é que as partes se desavieram e o contrato definitivo tornou-se inviável.

Há contratos e contratos.

O contrato celebrado entre as partes não pode ser apreciado da maneira simplista por que o fizeram o acórdão embargado e o acórdão da lavra do eminente Relator dos embargos.

Regras indiscriminadamente aplicadas conduzem a soluções iníquas e até absurdas.

O referido contrato é complexo por envolver uma transação vultosa entre duas poderosas redes de Supermercados, uma do Rio e outra de São Paulo.

Basta dizer que o sistema operacional da Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A, abrange trinta e seis lojas instaladas e em pleno funcionamento, depósitos e oficinas nos seus respectivos contratos de locação em pleno vigor, bem como todos os equipamentos e máquinas que neles se encontram, veículos e outras dependências ou implementos.

O acórdão recebeu parcialmente os embargos para que sejam os réus condenados à entrega das ações, dentro em trinta dias, sob pena de valer o julgado como título de transferência.

Diz o acórdão: “a condenação à entrega das ações não exclui a assinatura do instrumento do contrato, a presente decisão judicial não substitui esse instrumento. Não se ordena aos embargantes assinarem-no porque se reconhece que dentro do prazo mencionado no acórdão embargado possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acórdão que faltam — nesse particular acolhem-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos”.

É a própria maioria quem reconhece as insuperáveis dificuldades para ser celebrado o contrato definitivo, uma vez que há um dissenso irremediável entre as partes.

O julgado é contraditório e afigura-se-me inexequível, porque determina *tout court*, que as ações sejam entregues no prazo de trinta dias.

Tudo indica que na espécie não se trata apenas de ações ao portador que se transferem pela simples tradição, mas de nominativas que se transferem *ex vi legis*, por termo lavrado no livro de transferência das ações nominativas, datado e assinado pelo cedente e cessionário ou seus legítimos representantes.

Ex positis, recebi os embargos para julgar improcedente a ação de adjudicação compulsória e procedente a consignatória, subsistente o depósito e efetuado o pagamento a que o mesmo se refere, condenada a vencida nas custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor de cada uma das ações.

Abeylard Pereira Gomes — Desembargador Substituto.

VOTO VENCIDO

Com o permanente e sempre alto respeito aos eminentes juízes que compuseram a douta maioria vencedora, dela, entretanto, ousamos divergir, para receber integralmente os embargos, de modo a que, por inteiro, prevaleça a sentença do ilustrado juiz de primeiro grau, de fls.

Inicialmente, subscrevemos sem restrições o lúcido voto do erudito Des. Abeylard, fazendo nossas as suas razões.

Cumprе salientar, como primeira consideração, que embargantes são a empresa “Disco” e seus sócios e que a empresa “Pão de Açúcar” não embargou e nem poderia fazê-lo, eis que, por maioria, foi a vitoriosa quando do julgamento da apelação, a da sentença de fls., que julgou conjuntamente as ações opostas de consignação e de adjudicação compulsória.

Não poderia, por isso, a decisão dos presentes embargos reformar *in peius* o acórdão da Sexta Câmara Cível, fazendo-o em proveito da embargada. É que houvera condenação *ultra petita* da Sexta Câmara Cível, ao determinar a assinatura da escritura, o que não fora pedido, bem como ao impor cominação sequer sugerida. Por esses defeitos do acórdão, votaria por sua anulação e somente não o fiz, porque julgaria o mérito a favor dos embargantes, sendo minha atitude validada pelo disposto no § 2.º do art. 249 do CPC.

O pedido da embargada, feito a fls. da ação de adjudicação compulsória, foi atendido com ampliação pelo acórdão de fls. Fora pedida apenas a entrega das ações ou a transferência dos direitos a elas relativos. O julgado embargado, entretanto, condenou os embar-

gantes a assinar o contrato definitivo de compra e venda das ações, a transferir para os vencedores os mesmos títulos e ainda pelo eventual não cumprimento ou retardamento cominou multa que não foi pedida.

Este Quarto Grupo, entretanto, por maioria, reformou o acórdão embargado, tornando-o ajustado ao pedido da vencedora da apelação, beneficiando-a, pois que validou, sem que lhe fosse pedido, julgado nulo por conceder mais do que lhe fora pedido.

É tranqüilo em doutrina que é problema exclusivamente de direito e não de fato a classificação de um negócio jurídico. Assim sendo, parece-nos inabonável a solução encontrada de consagrar-se como pré-contrato e não como simples registro de tratativas o escrito de fls. Não contém os elementos essenciais do contrato prometido, para que o juiz possa prestigiar o negócio jurídico acertado. É o escrito simples tratativa, situação que se não confunde com a do pré-contrato.

Simple "protocolo de intenções", mero "projeto de acordo", não é ainda o pré-contrato, na sua conceituação doutrinária e jurisprudencial. No caso presente, em várias passagens e cláusulas do escrito de fls., se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo já fixado, sem o necessário acertamento. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimentos, não pode prover o juiz.

A promessa de concluir o contrato, como quer o art. 639 do CPC, quando sanciona o promitente inadimplente, não é e nem pode ser a obrigação de concordar com o que se quer impor, a de executar o conteúdo de cláusulas de conteúdo não estabelecido, mas tão-somente a de firmar o ato jurídico prometido, mas tal qual foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações. Tendo o contrato suas condições, os elementos acidentais valem aqui tanto quanto os essenciais. Não se impõem nem se presumem condições.

Existiam no escrito condições a definir, cláusulas a encher, não podendo o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende de futuro entendimento e de apreciação e valoração de dados ainda não colhidos. Se assim o fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois que se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declarações de vontade que elas não fizeram.

Sabe-se que a compra e venda, civil ou mercantil, somente é válida quando certas as partes a respeito da coisa, preço e condições. Não houve, no caso, um geral ou completo acertamento. As ações seria atribuído um valor. Dependeria o seu preço da prévia verificação da situação patrimonial da empresa embargante. Pode, como se sabe, qualquer comprador ou vendedor discordar dos valores que vierem a ser atribuídos a um patrimônio, já que a verificação bem que pode aviltá-lo ou inflá-lo. Incerto o preço da venda, discutível o seu montante, como é que pode ser vislumbrado um acordo sobre ele? E que coisas seriam alienadas? Somente as ações? Que imóveis ou bens de outra natureza permaneceriam no patrimônio da empresa e quais os que dele seriam excluídos? Por que preço seriam locados os imóveis não alienados e que continuariam servindo de base geográfica aos diversos estabelecimentos da empresa? Não havia também ainda qualquer acordo a respeito da fiança e do fiador. Não sendo certos a coisa, o preço e as condições, como outorgar-se a adjudicação compulsória? Era muito complexa a negociação.

Incerto o que seria vendido, incerto o montante do preço e não determinadas as condições cogitadas, é profundamente temerário prover sobre o que é tema de vontade das partes e tão-somente delas. Que critérios terá o juiz, para arrolar bens como compreendidos na venda futura das ações? Como impor-se o preço como sendo o certo, se dependente de condicionantes? Como impor o juiz um fiador e fixar os limites dessa garantia? Seriam, para os dois acórdãos proferidos neste feito, os dez milhões de cruzeiros o pagamento inicial do preço, ou melhor, uma sua parcela. E as outras? Quanto seriam e em quanto montariam? Como e quando se pagariam as outras, ou o restante, se parcelamento não houver? Qual seria mesmo o montante do preço, se não estão certas sequer as coisas alienadas nem concluídas as verificações do patrimônio da empresa alienada?

Ainda que estivessem absolutamente certas as coisas, as condições e o preço da venda, o que, no nosso entender, não ocorre, ainda aqui, com o devido respeito, decidiui contra a lei a maioria do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Com efeito, mandou este Colégio simplesmente que os vendedores entregassem a coisa, sem que o comprador pague o preço, de resto ainda não determinado, não conhecido, mesmo que fosse determinável, à vista de elementos constantes do escrito de fls.

Para nós, esse preço é desconhecido, indeterminado, sem possibilidade de acertar-se, dado o conjunto de coisas remetidas para futuro entendimento entre as partes. Entendemos, por isso, haver o julgado deste Grupo violado o art. 1.092 do CC, porque, mesmo que existisse contrato, pré-contrato, ou o que fosse, não poderia o juiz determinar a entrega da coisa vendida, sem que fosse pago o preço. Determinou o Grupo, ao confirmar a maioria da Câmara, que era válida a venda de coisa não bem determinada por preço incerto e que o contrato vislumbrado fosse cumprido por uma parte, sem a contraprestação da outra.

A esse acórdão opuseram-se embargos de declaração que, ainda por maioria de votos, foram rejeitados nos termos do voto do Relator, *verbis*:

“Acordam os Juizes do 4.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em rejeitar os embargos, vencido o Des. Moraes e Barros que os recebia em parte para declarar que as condenações constantes do acórdão não abrangem os pontos sobre os quais não haviam ainda chegado a acordo os pré-contratantes; e o Des. Abeylard Gomes, no mesmo sentido e, também, para esclarecer que não foi imposta pena pecuniária no acórdão.

Não há obscuridade no acórdão embargado, que proclamou que o ato jurídico realizado é uma verdadeira compra e venda, não tendo as partes apenas assinado respectivo instrumento no qual se referissem os elementos acidentais do contrato. A pena pecuniária foi excluída, porque o acórdão serve de título à transferência das ações e ainda por causa da especial natureza jurídica desses bens. E acentuou-se que foram os embargantes condenados à entrega das ações, valendo a decisão judicial como título que legitima a transferência e produz o mesmo efeito do contrato e se esclareceu a seguir, mediante a citação de doutrina, que “não é que a sentença valha como contrato, apenas integra o instrumento que deva ser lavrado, ou para conseguir bem cuja entrega independa de qualquer outra formalidade, que não seja apenas o recibo...” (fls.).

Não há contradição no acórdão embargado. Proclamou-se que a compra e venda se ultimou porquanto foram presentes os seus elementos essenciais. Reconheceu-se que lhe faltam elementos meramente acidentais, sua ausência não obstando à obrigatoriedade do contrato.

Não há omissão no acórdão embargado. Está patente que não caducou a obrigação de contratar, pelo fato de não haver sido assinado o instrumento do contrato. Não se confunde a obrigação oriunda de um contrato (que é efeito essencial dele) com o dever, que acaso assumem as partes (efeito circunstancial) de assinar o instrumento desse contrato. E claro é que subsiste aquela, malgrado haver sido ultrapassado o prazo oposto ao cumprimento desta.

Não houve infringência ao art. 639 do CPC (aliás a matéria não pode ser objeto de embargos de declaração), por isso que, tal como se referiu expressamente, a decisão judicial não substitui o instrumento do contrato — torna compulsória a entrega das ações, legitimando-a e produzindo assim esse efeito fundamental do contrato.

E afinal preclusa é a questão da inépcia da petição inicial, inclusive porque não há, nesse particular, divergência entre o acórdão e o voto vencido” (fls.).

Os votos vencidos declaram:

“Recebia, parcialmente, os embargos de declaração, posto que e porque, no meu entender, mais de um vício afeta o acórdão.

Não é de corrigir-se em embargos de declaração a vacilação do julgado, quando flutua no estabelecer a exata natureza jurídica do escrito de fls., escrito que é relevante, fundamental, para o desate da controvérsia, isto é, quando ora o conceitua como uma compra e venda já ultimada, ou já aperfeiçoada, ou quando o considera uma simples promessa de compra e venda, cujo cumprimento se pediu com acerto jurídico através da

ação própria, e de adjudicação compulsória, fundada essa na emissão, que não ocorreu, da declaração de vontade dos ora vencidos.

Da maioria vencedora dissentimos o Des. Abeylard e eu, pois que caracterizávamos o documento de fls. como simples registro das tratativas, ou seja, o escrito que recolhia e fazia certas as intenções das partes, as já acolhidas e as simplesmente manifestadas.

Posto que variassem as causas que fundamentariam a decisão da nobre maioria, o decreto foi o mesmo.

Reitero que, a meu ver, não se está diante do que seria o cumprimento de um contrato de promessa de compra e venda, mas de simples tratativas, de negociações iniciadas, às quais em certas passagens, o acórdão dá o tratamento de compra e venda já acertada.

Se se trata de uma compra e venda já perfeita, por que motivo a ação vitoriosa, proposta por habilíssimos advogados, foi a de adjudicação compulsória? Fundara-se o futuro adquirente nos arts. 639 e 640 do CPC, os quais asseguram a conclusão dos contratos prometidos.

Estaria o acórdão mudando a *causa petendi*? Estaria o julgado passando do cumprimento da promessa de contratar para a execução do contrato prometido, como se ele já estivesse celebrado e perfeito?

Reconheceu existir uma compra e venda ultimada, quando o autor da ação vitoriosa pretendia o cumprimento de uma promessa e a execução do prometido.

Foi, aqui, infeliz o Grupo, pois que decidiu claramente *ultra petitem*. Reconheceu já existir uma compra e venda e deu-lhe a devida execução, quando o autor da ação vitoriosa, ação de adjudicação, pedia o reconhecimento e a eficácia de simples promessa.

Além do mais, se a compra e venda já se aperfeiçoara, como proclamou o acórdão, por que motivo teria a autora vitoriosa escolhido como ação a de adjudicação compulsória, fundada, como expressamente declara e pede, nos arts. 639 e 640 do CPC?

A proteção da compra e venda já concertada e perfeita é de fazer-se por outra ação que não a eleita pela autora vitoriosa, ação que afinal veio a prosperar.

Como reconheceu o acórdão ora embargado, existiam vários assuntos deixados pelos que seriam os pré-contratantes para um posterior acerto contratual. Foram eles, entretanto, *em bloco*, dados pelos julgados de segundo grau como já perfeitamente delineados, definitivos e concertados que já estariam pelos futuros contratantes.

Sendo certo que as condenações constantes do acórdão não abrangem os pontos das negociações a respeito dos quais não chegaram a acordo das partes, não há a nosso ver, como deixar-se de aclarar o julgado, para dizer que tais acordos laterais estão fora do campo da execução, pois que sobre eles não houve nem poderia haver provimento jurisdicional em qualquer sentido. Não se conhecem nem as prestações nem as contraprestações, contratos onerosos que são. Não encheu o julgado, nem poderia fazê-lo esses grandes vazios contratuais. Não houve, nem poderia haver, uma condenação civil em branco.

Sendo os presentes embargos de simples declaração e não infringentes, ou modificativos, eu, por isso, os recebo, para o exclusivo fim de tornar certo que as condenações constantes do acórdão embargado não abrangem as negociações a respeito das quais não tinham chegado a acordo as partes.

VOTO VENCIDO

Com a devida vênia do eminente Relator e dos que o acompanharam, recebia parcialmente os embargos.

Não há como se falar, na espécie, em caducidade da obrigação de contratar e inépcia da inicial, matérias que não foram objeto do voto vencido.

O Juízo dos embargos é angusto.

Seus limites não podem ultrapassar a divergência entre a maioria e o voto vencido.

O voto vencido não faz a menor referência à caducidade do contrato e inépcia da inicial.

Ao revés, entendo que o deslinde da controvérsia estava em verificar-se se há contrato, na sua expressão formal ou de pré-contrato, concluiu inexistir contrato formal, mas tão-só uma troca de escritos objetivando a futura formação de um contrato.

Nenhuma omissão houve, portanto, do acórdão nessa parte.

Também não é possível apreciar a alegada infringência do art. 639 do CPC, pois envolve matéria de mérito, cuja apreciação é incomportável no âmbito dos embargos de declaração.

Como salientam os embargantes, o acórdão não foi claro no tocante à pena pecuniária; entretanto ela foi excluída, como elucida o Relator a fls.

Quanto a isso, não há a menor dúvida.

O acórdão, entretanto, padece do grande vício da *contradição*.

Ora fala em contrato preliminar de compra e venda, pré-contrato, ora fala em compra e venda, como a fls., quando diz: “ultimada a compra e venda”.

Ora afirma que o contrato objeto do litígio contém os elementos do contrato definitivo, ora que “dentro do prazo mencionado no acórdão embargado, possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acordo que faltam — nesse particular aceitam-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos”.

A *contradição* é manifesta.

Não é possível tergiversar: ou o contrato que chamo de *contrato provisório* e o Relator de pré-contrato tem todos os elementos constitutivos do contrato definitivo ou não tem.

A verdade é que não tem, como esclarece o doutíssimo Des. Hamilton de Moraes e Barros em seu fulgurante voto vencido, o que torna inexequível o acórdão embargado.

Os elementos do acordo não estarão determinados nem em 30, nem em 60, nem em 90 dias, dada a divergência total e absoluta entre as partes litigantes.

Em face do exposto, recebo parcialmente os embargos para declarar que não foi imposta pena pecuniária e que as condenações constantes do acórdão embargado, não podem abranger os pontos em aberto, sobre os quais não houve acordo entre os litigantes, e o próprio acórdão acha muito difícil haver.

Para concluir, faço meus os argumentos expendidos, com o brilho costumeiro, pelo talentoso Des. Hamilton de Moraes e Barros (fls.).

Contra essa decisão foi interposto recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *d* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, onde, além de dissídio de jurisprudência, se alega a negativa de vigência dos arts. 2, 499, 500, 501, 505, 512 (*reformatio in peius*), 128, 459, 460, 293 (julgamento *ultra vel extra petitum*), 204, parágrafo único, 267, IV (inércia da inicial da ação adjudicatória), 165, 458 (contradição na decisão recorrida), 461 (incerteza na mesma decisão), 373, parágrafo único (indivisibilidade de documento), 295, IV, 267, VI (decadência), 639, 640 e 890 e segs., todos do CPC; bem como dos arts. 1.122, 1.123, 1.126, 85, 531 e segs., 620, 622, parágrafo único, 675, 676 e 972 e segs. do CC; e 191 do CCom.

O recurso extraordinário foi admitido pelo seguinte despacho (fls.):

“Inconformados com o aresto de fls., complementado, em embargos declaratórios, a fls., Distribuidora de Comestíveis Disco S/A e outros interpuseram, tempestivamente, recurso extraordinário para o Excelso Pretório, com base nas alíneas *a* e *d* do permissivo, nos termos da petição de fls., impugnada a fls.

Segundo a petição recursal, a recorrida e os segundos recorrentes, em 1974, entabularam negociações para a eventual aquisição da rede de supermercados do primeiro recorrente. E, com base nessas negociações, firmaram as partes o documento de fls., que a recorrida sustentara conter um contrato preliminar (contrato-promessa) com todas as consequências daí emergentes, inclusive a execução coativa.

Julgando a lide, em grau de embargos infringentes, o acórdão de que ora se recorre entendeu tratar-se de um contrato perfeito e acabado, contrariando o ponto de vista de que o aludido documento se referiria a meras negociações preliminares, sem, por conseguinte, força vinculante, tanto mais quanto haviam ficado fora do acordo de vontades vários aspectos do negócio, dependentes de accertamentos futuros.

Segundo a *Súmula 454*, simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

No caso, entretanto, não se cogita de simples interpretação de cláusulas contratuais, mas da questão de saber, à luz dos preceitos legais invocados e questionados, se se perfez, ou não, o contrato, questão basilar para a solução desta discutidíssima demanda, conforme se depreende dos próprios termos dos votos constantes do acórdão recorrido.

Abre-se ainda a esfera recursal extraordinária na parte relativa à executoriedade do conteúdo obrigacional do referido instrumento, assim como na parte atinente à indagação sobre a natureza jurídica do ato de entrega da quantia recebida pela primeira recorrente.

Vê-se, pois, que, longe de constituírem matéria de fato ou de mera interpretação de cláusulas, os temas discutidos e decididos resvalam para a incidência das regras de direito concernentes à qualificação jurídica do negócio, o que torna o caso suscetível de ser apreciado pela via extraordinária.

Se pela alínea *a* razoável afigura-se, portanto, o seguimento do feito, o mesmo incommo, todavia, no que tange à alínea *d*, eis que nenhum dissídio se demonstrou à luz das exigências da *Súmula 291*.

São estas as razões que levam a admitir o recurso pela alínea *a*. Prossiga-se.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Moreira Alves (Relator) — 1. Do exame dos autos, verifica-se que a questão fundamental neles discutida é a de saber qual a natureza jurídica do documento a fls. do apenso (relativo a ação de adjudicação compulsória): se, como o qualificou a sentença, “negociações preliminares como base para um futuro contrato” ou “protocolo de intenções” (fls.); ou se, como o caracterizaram os votos vencedores na apelação e nos embargos infringentes, contrato.

Não se trata, portanto, como pretende a recorrida, de matéria concernente a simples interpretação de cláusulas contratuais — o que pressupõe a existência de um contrato, e que, consoante a *Súmula 454*, implicaria a inadmissibilidade do recurso extraordinário —, mas, sim, de apurar a qualificação jurídica de um documento, para determinar-se se ele configura um contrato, ou se traduz, apenas, etapa nas tratativas que antecedem à celebração do contrato, e que, reduzidas a escrito, configuram o que os autores mais antigos (assim, Mueller, *De minuta vulgo von Punctuationem*, Jonae, 1690) denominavam, em latim, *minuta*, termo vertido pelos juristas alemães para o seu idioma com o emprego das expressões *Entwurf*, *Project*, *Punctuation* (projeto, *punctação*).

Corretas, portanto, estas considerações que se encontram no despacho que admitiu o recurso extraordinário:

“No caso, entretanto, não se cogita de simples interpretação de cláusulas contratuais, mas da questão de saber, à luz dos preceitos legais invocados e questionados, se se perfez, ou não, o contrato, questão basilar para a solução desta discutidíssima demanda, conforme se depreende dos próprios termos dos votos constantes do acórdão recorrido” (fls.).

2. Não há dúvida de que o acórdão ora recorrido, mesmo depois dos esclarecimentos que se fizeram por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios não se utilizou de expressões rápidas para caracterizar a natureza jurídica que emprestou do documento controvertido.

Com efeito, ao declarar os embargos infringentes, ora usa expressões que indicam a existência, no caso de contrato definitivo (“tornando-se assim definitiva a compra e venda” ou “última da compra e venda e paga uma parte do preço...”, impunha-se a estes a prestação do fato relativo à entrega das ações ou a transferência do direito a elas referente... fls.), ora se utiliza de termos que implicam a ocorrência, na espécie, de contrato preliminar (“intitulou-se o instrumento corretamente de “contrato preliminar para a compra e venda de ações” ou “ao invés de se condenarem os embargantes a assinar o contrato definitivo e a fazerem, dentro em 30 dias, a transferência das ações, sob cominação... tão-somente se condenam os embargantes à entrega das ações... valendo a decisão judicial como título que legitima a transferência, ou produz o mesmo efeito do contrato”,

fls.). O que é certo, porém, é que já esse acórdão se fixava, de forma indistigável, na tese de que, no caso, o documento em causa não configurava a redução a escrito de tratativas, mas se caracterizava como contrato.

A vacilação sobre se esse contrato seria preliminar ou definitivo se acentuou na fundamentação do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios. Aí, há passagens que são categóricas no sentido da existência de contrato definitivo (“Não há obscuridade no acórdão embargado, que proclamou que o ato jurídico realizado é uma verdadeira compra e venda, não tendo as partes apenas assinado respectivo instrumento no qual se referissem os elementos acidentais do contrato” e “Não há contradição no acórdão embargado. Proclamou-se que a compra e venda se ultimou porquanto foram presentes os seus elementos essenciais. Reconheceu-se que lhe faltam elementos meramente acidentais, sua ausência não obstando à obrigatoriedade do contrato”, fls.).

Por isso mesmo, em voto vencido, o Sr. Des. Hamilton de Moraes e Barros acentuou:

“Não é de corrigir-se em embargos de declaração a vacilação do julgado, quando flutua no estabelecer a exata natureza jurídica do escrito de fls., escrito que é relevante, fundamental, para o desate da controvérsia, isto é, quando ora o conceitua como uma compra e venda já ultimada, ou já aperfeiçoada, ou quando o considera uma simples promessa de compra e venda, cujo cumprimento se pediu com acerto jurídico através de ação própria, a de adjudicação compulsória, fundada essa na emissão, que não ocorreu, da declaração de vontade dos ora vencidos” (fls.).

De qualquer sorte — e é isso o que importa para a solução da questão preliminar de saber se, no caso, houve tratativas ou contrato (independentemente da caracterização deste como contrato preliminar ou definitivo, já que ambos são vinculatórios, ao contrário daquelas) —, é inequívoco que o acórdão recorrido se manifestou pela existência de contrato, e não de tratativas.

E, de um exame mais aprofundado do texto do acórdão prolatado nos embargos infringentes, chega-se à conclusão — afastada, ainda, a imprecisão, que se observa no seu dispositivo, de se condenarem os então embargantes à entrega das ações “que se deve realizar dentro em 30 dias, sob pena de produzir a decisão judicial o mesmo efeito do contrato” (fls.), o que parece dar a entender que se determinou a execução do contrato definitivo, antes de a sentença suprir a falta da emissão da declaração de vontade a que se teriam obrigado os promitentes vendedores — chega-se à conclusão, repito, de que ele caracterizou o documento em discussão como sendo um contrato preliminar de compra e venda, o que, aliás, vem claramente expresso na ementa do acórdão (fls.):

“Procedência do pedido de entrega da coisa, em cumprimento de contrato preliminar de compra e venda: Validade e eficácia do pré-contrato diante da existência de acordo relativamente aos elementos essenciais do contrato e da possibilidade de determinação ulterior dos elementos acessórios. Sanção direta das obrigações de fazer, oriunda de contrato prévio”.

3. Portanto, do acórdão recorrido se extraem os seguintes fatos certos:

a) — Segundo os votos vencedores, o documento sobre o qual se controverte caracteriza contrato preliminar de compra e venda, porquanto houve acordo entre as partes sobre os elementos essenciais desse negócio (*consensus, res e pretium*). Sendo um deles (o preço) determinável, não tendo havido, apenas, acordo com relação a elementos acidentais (como os referentes aos fiadores e ao aluguel mínimo dos imóveis), acordo esse possível de ser suprido por critério legal, usos, costumes e arbitramento; é o que decorre destas passagens (fls.):

— “É verdade que, em certas cláusulas, está previsto um “acerto” futuro e por isso se pretendeu que não há nenhum contrato. Mas o contrato se aperfeiçoa desde que haja o consenso relativamente aos elementos essenciais (*essentialia negotii*). Os elementos essenciais ou *essentialia negotii* formam um núcleo fundamental do contrato. São indispensáveis. Está neles a essência do acordo... Esse acordo, e não aquele “acerto” é que é fundamental, e suficiente. Não se pode assim pretender que a eventual falta de acordo sobre os elementos acessórios do contrato, ao qual anteriormente se chegaria, signifique não tenha havido acordo acerca dos elementos essenciais”;

“Em verdade, havendo o consenso relativamente aos elementos essenciais do contrato, considerado o seu tipo, o contrato se reputará formado, nada obstando a circunstância de

faltar acordo acerca de elementos acessórios, bastando que sejam estes ulteriormente determinados"; e

"Ora, no caso vertente, não se subordinou a eficácia do consenso à últimação do acordo sobre pontos não essenciais, os quais, de resto, são suscetíveis de determinação: a do preço, mediante a intervenção de terceiro, ou terceiros, peritos, contabilistas, que apurem a "efetiva situação líquida patrimonial da empresa" (cláusula 3), o passivo exigível; a da fiança (cláusula 7.2.1) através da oferta de fiador idôneo, nos termos da lei civil; e a dos aluguéis dos imóveis de propriedade dos acionistas mercê da invocação aos usos e costumes, ou ao arbitramento. No caso vertente não ficou a determinação de tais elementos acessórios a critério de uma das partes exclusivamente — essa seria a impossibilidade jurídica, que acarretaria não a invalidade, mas a inexistência do contrato. Configura-se a presença de todos os elementos imprescindíveis, o consenso, a coisa e o preço, estabeleceu-se a obrigação de transferir a propriedade de bens determinados e a do pagamento do preço correspondente. E porque se previu a celebração de um contrato definitivo, compreensivo também de outras obrigações (cláusula 7.), intitulou-se o instrumento corretamente de "contrato preliminar de compra e venda de ações";

Por isso mesmo que faltava acordo entre as partes sobre certas obrigações (o que integraria, também, o conteúdo do contrato definitivo), esses votos vencedores, na parte dispositiva do acórdão, salientaram:

"A condenação à entrega das ações não exclui a assinatura do instrumento do contrato, a presente decisão judicial não substitui esse instrumento. Não se ordena aos embargantes assinarem-no, porque se reconhece que, dentro no prazo mencionado no acórdão embargado, possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acordo, que faltam — nesse particular acolhem-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos. Ao invés de se condenarem os embargantes a assinar o contrato definitivo e a fazerem, dentro em 30 dias, a transferência das ações, sob cominação (elementos já determinados e elementos por determinar) (*plus*), tão-somente se condenam os embargantes à entrega das ações (elemento já determinado) (*minus*), valendo a decisão judicial como título que legitima a transferência, ou produz o mesmo efeito do contrato. Legitima a transferência e produz o mesmo efeito do contrato, mas não supre a sua formalização...";

b) — já os votos vencidos entenderam que, no caso, não há sequer contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória, porquanto, pelo art. 191 do CCom. (e, na espécie, tratar-se-ia de negócio mercantil), "o contrato de compra e venda é perfeito e acabado, logo que o comprador e o vendedor se acordem na coisa, no preço e mais condições", e, no caso, várias questões ficaram em aberto para serem dirimidas no contrato definitivo; é o que resulta destas passagens:

"Só há contrato preliminar se as negociações referentes ao contrato definitivo já foram completadas e o contrato definitivo não é celebrado por uma outra ordem, como por exemplo, não poder uma das partes desembolsar a importância que o contrato definitivo requer. *A contrario sensu*, se para a celebração do contrato definitivo ainda há pontos em aberto, não se pode falar em contrato preliminar ou contrato de promessa. Se as negociações ainda não estão findas, é mister que haja acordo sobre os pontos do contrato, mesmo *não essenciais*, porque às vezes é difícil saber quais os pontos *essenciais* e quais os pontos *não essenciais*" (fls.).

"O Código Comercial no art. 191 estabelece que "o contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado, logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e mais condições" ... No caso vertente não houve acordo a respeito de diversas questões que ficaram em aberto para serem dirimidas no contrato definitivo, importando criação de uma rede bastante complexa de direito e obrigações recíprocas, de prestações e contraprestações de várias naturezas" (fls.); e

"Simples "protocolo de intenções", mero "projeto de acordo", não é ainda pré-contrato, na sua conceituação doutrinária e jurisprudencial. No caso presente, em várias passagens e cláusulas do escrito de fls., se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração, não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo já fixado, sem o necessário acerto. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimento, não pode prover

o juiz. A promessa de concluir o contrato, como quer o art. 639 do CPC, quando sanciona o promitente inadimplente, não é nem pode ser a obrigação de concordar com o que se quer impor, a de executar o conteúdo de cláusulas de conteúdo não estabelecido, mas tão-somente a de firmar o ato jurídico prometido, mas tal qual foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações. Tendo o contrato suas condições, os elementos acidentais valem aqui tanto quanto os essenciais. Não se impõem nem se presumem condições" (fls.).

4. Como se vê, em síntese, a questão jurídica fundamental que se discute nestes autos é esta: se, no curso de negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais, e reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas), ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados irretratáveis, de mera minuta (*punctação*), sem o caráter vinculante de contrato preliminar, e, conseqüentemente, insuscetível de adjudicação compulsória?

Essa questão é largamente examinada na doutrina estrangeira, havendo, a propósito, três correntes de opinião:

a) — aquela segundo a qual o contrato — preliminar ou definitivo — só se aperfeiçoa quando as partes estão de acordo com todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais e acidentais;

b) — a pela qual o contrato — preliminar ou definitivo — se perfaz com a concordância, apenas, sobre os elementos essenciais dele, salvo se elas se reservarem, para ulteriores tratativas, sobre os elementos acidentais; e

c) — aquela de acordo com a qual o contrato — preliminar ou definitivo — se reputa celebrado no momento em que as partes acordam sobre os pontos essenciais, ainda que se tenham reservado para discutir os pontos secundários, pois se não vierem a chegar a acordo sobre estes o juiz o suprirá levando em conta a natureza do negócio.

Na Itália, onde a legislação civil e comercial é omissa a esse respeito, os autores divergem de orientação. Pela primeira corrente, manifesta-se Scialoja ("*Sull'articolo 37 del Codice di Commercio*", publicado, originariamente na *Rivista del Diritto Commerciale*, 1909, I, p. 477, e reproduzido, posteriormente, nos *Studi Giuridici*, vol. IV, p. 105 e segs.) com estas palavras:

"Mi è toccato di leggere in una recente decisione, che non cito più particolarmente per non colpire il peccatore insieme col peccato, che il contratto si perfeziona quando il consenso si é fissato sugli *essentialia negotii!* Evidentemente in tal modo si sovvertono tutte le nozioni fondamentali del diritto contrattuale; perchè gli elementi essenziali del negozio sono soltanto quelli senza dei quali un negozio o non può esistere in generale o non appartiene a quella determinata categoria giuridica; mentre per la formazione di un singolo contratto in concreto può avere per le parti valore decisivo uno degli elementi accidentali e l'ammissione o l'esclusione di uno degli elementi naturali".

Contra essa orientação, levantou-se Carnelutti ("*Formazione progressiva del contratto*", in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XIV — 1916 — parte segunda, p. 308 e segs.; e retomou o assunto em outro artigo "*Ancora sulla formazione progressiva del contratto*", publicado na mesma revista, vol. XV, 1917, p. 339 e segs.), assim resumindo sua posição:

"Io ho esaminato i casi, in cui i contraenti si accordano sui punti essenziali del contratto, riservando ulteriori trattative sui punti accessori; mi son servito, per esprimere questa situazione, della frase: *formazione progressiva del contratto*, senza voler con ciò punto stabilire una distinzione tra due tipi di contratto, ma solo una distinzione tra due modi della sua formazione. E ho cercato di dimostrare che, una volta avvenuto l'accordo sui punti essenziali, la riserva sui punti accessori non impedisce o sospende la formazione del contratto; tutt'al più può farne dipendere la perfezione da una condizione (sospensiva), consistente nel raggiungimento dell'accordo ulteriore sulle condizioni di dettaglio" ("*Ancora sulla formazione progressiva del contratto*", revista citada, p. 339).

Analisando a opinião de Carnelutti, Candian ("*Questionis in tema di formazione dei contratti*", in *Rivista del Diritto Commerciale*, parte prima, vol. XIV, 1916, p. 856 e segs.) acentuou que a reserva sobre os pontos acessórios deveria ter significado inequívoco de subordinação da eficácia do contrato ao acordo sobre tais pontos, o que levou Carnelutti a salientar, no segundo dos artigos acima citados (p. 338), que, para Candian, não bastava

uma reserva genérica sobre condições de pormenor, mas era necessário uma reserva específica, "tale da far presumere la essenzialità, nell'intenzione delle parti, della clausola riservata". E entre Carnelutti e Candian se estabeleceu, também, esta divergência: para aquele, a reserva de acordo ulterior sobre elementos acidentais não impedia a formação do contrato, mas atuava como condição suspensiva deste, de forma que, não ocorrendo o acordo, o contrato não se tornava eficaz; para este, havendo a reserva específica (o que fazia presumir ser ela essencial para as partes), o contrato não se formava enquanto não se verificasse o acordo com relação aos elementos acidentais, e ainda que as partes tivessem chegado a acordo definitivo sobre os elementos essenciais, esse acordo não constituía contrato preliminar ou definitivo, mas apenas as obrigava a continuar nas tratativas para alcançar a concordância sobre os elementos acidentais, o que, se afinal não fosse possível, desvincularia totalmente as partes.

Alguns anos mais tarde, em 1924, Graziani ("In tema di formazione dei contratti", publicado, primeiramente, no *Foro Italiano*, 1924, I, p. 562, e republicado nos *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, p. 333 e segs.) retomou o tema, examinando as teses de Scialoja, Carnelutti e Candian, e sustentou a posição de Candian (a reserva sobre elemento acidental deveria ter o significado de que as partes a ela quiseram subordinar o nascimento do contrato, e que essa reserva impedia a formação mesma do contrato, não sendo condição suspensiva do contrato, já formado com o acordo sobre os elementos essenciais). Graziani apenas se afastou de Candian num ponto: negou a existência, decorrente do acordo sobre os elementos essenciais, de vínculo obrigatório para as partes no sentido de que elas continuem as tratativas para alcançar a concordância sobre os elementos acidentais sob reserva; em seu entender, o acordo sobre os elementos essenciais era irretroatável apenas para o efeito de que, se as partes chegassem à concordância sobre os elementos acidentais, nesse exato momento, de modo automático, o contrato se formava, vinculando-as irrevogavelmente. São dele estas palavras:

"Se per contro le parti si sono già accordate su alcuni o su tutti gli elementi del contratto, tranne uno, allorchè esse si accordano sugli elemento o sull'unico elemento riservato, l'accordo viene in quell'istante ad assersi verificato su tutti gli elementi contrattuali, il consenso sull'oggetto del contratto è da questo momento posto in essere, il contratto è perfezionato, e le parti sono l'una verso l'altra irrevocabilmente legate" (ob. cit., p. 341).

De certa forma, as teses de Candian e de Graziani, na parte em que sustentam que a reserva de acordo posterior sobre elementos acessórios obstava à formação do contrato preliminar ou definitivo, encontravam apoio em precedente legislativo específico, o Código da Prússia (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), que, depois de estabelecer, no § 120 do Título V da Primeira Parte, o princípio geral de que a minuta subscrita por ambas as partes, e em que haja acordo sobre todas as condições essenciais do negócio, tem o mesmo valor de um contrato formal, determinava, no § 125 do mesmo Título, que, se faltar na minuta condições essenciais, ou se nela tiverem as partes expressamente se reservado para ajuste sobre determinadas condições acessórios, semelhantes *punctações* se consideram somente como tratativas. Por isso, Koch (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, erster Theil, erster Band*, 5.ª ed., p. 196, nota 2, Berlim, 1870), ao comentar o referido § 120, observava que, apesar de estarem determinados os elementos essenciais, era preciso que não houvesse reservas sobre cláusulas acessórios, pois, nesse caso, o consentimento definitivo estaria suspenso. O que, aliás, era assim explicado por Dernburg (*Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, erster Band*, 5.ª ed., § 106, 2, Halle, 1894): "das Geschäft gilt als Einheit, so dass es als Ganzes gewollt und genehmigt wird" (o negócio vale como unidade, de modo que ele é querido e consentido como um todo).

Mais recentemente, em 1961, Scognamiglio (*Contratti in generale*, n. 25, p. 89 e segs.) se deteve sobre esse tema ("Ma può avvenire — ed è l'ipotesi di maggior rilievo — che la proposta, ancorchè incompleta, sia accettata dal destinatario, concordando le parti sulla opportunità di rinviare ad epoca successiva l'accordo su tutti gli altri punti non ancora regolati"), e firmou posição que se enquadra na terceira das correntes a que aludimos atrás: o contrato se forma se falta acordo sobre pontos que não requerem específica disciplina, ou podem ser regulados por meio de integração do conteúdo contratual (normas jurídicas, supletivas, usos, etc.); ao contrário, não se constitui, na hipótese em que a falta dessa disciplina não pode ser suprida por tais meios de integração.

Em outros países, como a Alemanha, a Austria, a Suíça, Portugal, essa questão tem sido regulada em suas legislações.

O Código Civil alemão, distinguindo o dissenso explícito do dissenso implícito (*der offene und versteckte Dissens*), disciplina o primeiro — que é o que interessa no caso presente — no § 154, onde se lê:

“§ 154. Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden woll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist” (Enquanto as partes não acordarem sobre todos os pontos de um contrato, sobre os quais, segundo a declaração ainda que de uma só delas, deve haver acordo, o contrato, na dúvida, não se tem por concluído. O acordo sobre pontos particulares também não é vinculante, ainda quando tenha sido redigida uma minuta. Se se convencionou que o contrato projetado seria celebrado com forma especial, na dúvida ter-se-á o contrato como não concluído até que essa forma seja observada).

Com base nesse parágrafo, acentuam Enneccerus — Nipperden (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts — Allgemeiner teil, erster Band, zweiter Halband*, 14.ª ed., § 163, p. 689) que, se por exemplo, ao concluir um contrato de compra e venda as partes concordaram sobre a coisa e o preço, mas não ainda sobre qual delas deverá suportar as despesas de transporte, ponto esse, conforme a declaração de uma ou de ambas, deverá ainda estabelecer-se acordo, o contrato ainda não se tem por firmado, segundo o § 154, 1.ª parte; do B.G.B. (dissenso explícito ou manifesto). E, em seguida, salientam que o mesmo § 154 coloca em relevo a circunstância de que, ainda quando as partes têm redigido uma minuta (*Punktation*) sobre o acordo que firmaram sobre alguns pontos do contrato, essa minuta não as vincula enquanto elas não concordarem sobre todos os pontos. Essas regras *so não se aplicam se, inequivocamente*, as partes quiseram que o contrato se concluísse antes do acordo total, por entenderem que chegariam a ele, posteriormente, sobre os pontos acessórios. No mesmo sentido, Von Tuhr (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, zweiter Band, erste Hälfte*, § 62, p. 482), que explicita que o princípio se aplica não apenas aos *elementos essenciais* do negócio, mas também aos *naturais e acidentais* que qualquer das partes queira incluir no contrato (“Das gilt nicht nur von den essentialia negotii, sondern auch von den Accidentalien und den naturalia negotii, welche ein Kontrahent verabredet haben will”). Por outro lado, comentando o § 154 do B.G.B., Hölder (*Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, p. 338) extrai dele o princípio de que acordo incompleto não é acordo (“*Unvollständige Einigung ist keine Einigung*”), o que decorre, aliás, da observação de Kohler (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Band*, § 225, pp. 503-4) de que o ato jurídico — inclusive o contrato — exige uma vontade exteriorizada de forma completa.

A presunção estabelecida no § 154 do B.G.B. é, admiravelmente captada neste comentário que acompanha a tradução francesa publicada pelo *Comité de législation étrangère* (tomo I, p. 183):

“La disposition de l'article 154 part de cette idée que le contrat ne peut être définitivement conclu que lorsque le consentement a porté sur tous les points qui doivent faire parti du contenu du contrat; si donc les parties avaient stipulé les clauses principales et laissé les autres en suspens, il n'y aurait pas encore de convention obligatoire, même sur les points qui eussent fait l'objet d'un accord de volonté; même si toutes les clauses avaient été convenues séparément, rien ne serait encore définitif, tant qu'il n'y a pas eu consentement sur l'ensemble”.

Essa orientação — que se aproxima, decididamente, da tese sustentada na Itália por Scialoja — foi seguida pelo novo Código Civil português, que, em seu art. 232, disciplinando o âmbito do acordo de vontades, se utilizou de fórmula que bem exprime o princípio de que só abstratamente há que distinguir elementos essenciais e elementos acidentais, porquanto estes, quando, concretamente, devam figurar num negócio jurídico, passam a ser essenciais desse negócio jurídico concreto. Reza o art. 232.º do atual Código Civil português: “O contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”.

Mesmo sob o império do Código Civil anterior — o de 1867 —, omisso a respeito, era essa a orientação que preconizavam os autores que enfrentaram especificamente essa questão, como Ascensão Barbosa (*Do Contrato-Promessa*, 2.^a ed., p. 94 e segs.) e Galvão Telles (*Manual dos Contratos em Geral*, 3.^a ed., n. 80, p. 186 e segs.). Este último bem distingue as negociações preliminares (ainda quando a acordo parcial haja sido reduzido a escrito) do contrato preliminar:

“Quase sempre a celebração de um contrato é antecedida de negociações preliminares que ocupam espaço de tempo mais ou menos longo, a que se pode chamar fase ou período pré-contratual. Os futuros contraentes avizinham-se, sondam-se reciprocamente, manifestam as suas intenções, discutem, procurando chegar a acordo. E só depois de determinado o conteúdo do acordo em toda sua extensão, poderá haver contrato.

Muitas vezes, à medida que se vão estabelecendo certas bases, fixando certos pontos, reduzem-se a escrito, possivelmente com as assinaturas dos interessados, para não regressar à sua discussão. Mas de nada valem estes escritos fragmentários ou parciais quando se não forme um acordo total.

Consequindo esse total acordo, se a lei não exige documento e as partes também o não convencionam, ou convencionam-no com simples valor reprodutivo, o contrato surge no mesmo instante, — o que ainda é mais visível quando as partes lhe dão forma escrita. O contrato pode não ser o acordo definitivo, mas um contrato-promessa ou preliminar”.

Outro foi o caminho seguido pelo Código Suíço das Obrigações, que optou, em seu art. 2.^o, pela terceira das orientações a que aludi anteriormente. Reza esse art. 2.^o, na versão oficial francesa:

“Art. 2. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des point secondaires ont été réservés.

A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les régle en tenant compte de la nature de l'affaire.

Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats”.

Apesar da amplitude e da generalidade dos termos empregados nesse dispositivo, a doutrina faz distinções que restringem o seu âmbito de aplicação. Assim, adverte Von Tuhr (*Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, erster Halbband*, § 24, V, pp. 167-168) que esse artigo estabelece apenas uma presunção que cai diante da prova de que o acordo futuro sobre os pontos secundários era condição da celebração do contrato. E Theo Guhl (*Das Schweizerische Obligationenrecht*, 5.^a ed., § 13, I, p. 94), ao dar exemplos sobre o que se deve entender por pontos essenciais e por pontos secundários, deixa a entrever, claramente, que os pontos essenciais não se adstringem aos elementos essenciais exigidos pelo tipo de contrato a ser celebrado. Com efeito, diz ele que “como ponto essencial no sentido do art. 2.^o” (“Als wesentlicher Punkt im Sinne von OR 2...”) podem ser dadas como exemplo as informações sobre peso, se o peso é o da saída ou o da chegada da mercadoria junto ao comprador; e, no tocante, aos pontos secundários, exemplifica com as condições do pagamento, desde que não se trate de compra de imóvel ou de compra da totalidade das ações de uma sociedade por ações imobiliárias.

Com a mesma orientação do Código Suíço das Obrigações, encontra-se o Código Civil austríaco, que, em seu § 885, dispõe:

“§ 885. Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet und von den Parteien unterfertigt worden (Punktation), so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind” (Se não existe ainda um documento formal, mas um escrito estabelece os pontos principais e foi assinado pelas partes, este escrito institui os direitos e as obrigações que nele foram expressos).

Mas também no direito austríaco a expressão *Hauptpunkte* (pontos principais) não se restringe exclusivamente aos elementos essenciais de determinado tipo de negócio jurídico, mas abarca, como acentua Ehrenzweig (*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, zweiter Band*, 2.^a ed., § 313, IV, a, p. 139), e é seguido por Gschnitzer, no *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Dr. Heinrich Klang, Zweiter Band, zweiter Halbband*, p. 885, “aqueles pontos do contrato que não podem ser supridos pela lei (costumes comerciais)” (“... diejenigen Vertragspunkte, die nicht durch Gesetz (Verkehrssit) ergänzt werden Können”); e, mais adiante, fazendo a distinção entre a

Punktation e o *Vorvertrag* (pré-contrato), o mesmo *Ehrenzweig* (ob. cit., n. 313, V, 1, p. 145) diz que a *Punktation* é vinculante para as partes se ela “encerra os pontos principais e aqueles pontos acessórios que, segundo a vontade das partes (ou de uma delas) devem ser regulados contratualmente” (“die Hauptpunkte und diejenigen Nebenpunkte enthält, die nach dem Willen der Beteiligten (oder eines von ihnen) vertragsmässig geregelt werden sollten”).

Portanto, como se vê, mesmo no direito suíço e no direito austríaco, os pontos essenciais ou principais não se adstringem, exclusivamente, aos elementos essenciais do tipo contratual em causa, e a força vinculativa do documento em que se fixa o acordo sobre esses pontos pode depender, também, do acordo sobre pontos secundários se, pela vontade das partes, deverem eles ser regulados contratualmente.

Ainda recentemente, esse problema foi estudado, em profundidade, na Itália, por Tamburrino (*I Vincoli Unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954).

Em capítulo sob o título “*Subli accordi provvisori e preparatori in ordine al contenuto del contratto definitivo*” (pp. 99 e segs.). Tamburrino teve o mérito de dar relevo, exatamente, à questão que se discute nestes autos, o que fez nestes termos:

“Però, in alcuni casi, può essere necessario od utile fissare vincolativamente dati punti e clausole su cui si è già raggiunto l'accordo, ovvero precisare in parte, sempre vincolativamente, il contenuto del futuro contratto, di modo che su quei punti e clausole non si abbia più a ritornare: ove il contratto si concluderà, quelle clausole saranno senz'altro clausole del futuro contratto, quel contenuto parziale e limitato farà parte senz'altro dell'oggetto del medesimo. Vincolo che può essere assunto reciprocamente e corrispettivamente da entrambi i futuri contraenti, o anche da uno solo di essi, quando le clausole o i punti fissati concernano il comportamento di uno soltanto, fissando obblighi e vincoli per uno solo degli stessi” (ob. cit., p. 100).

Em seguida, e depois de dar exemplo de contratos de conteúdo complexo, em que pela variedade de obrigações que serão assumidas é conveniente a fixação dos pontos em que as partes já chegaram a acordo, acentua que a importância prática desses acordos foi reconhecida por autores — como Carrara — que “a propósito della minuta distinguono tra minuta che non ha alcun valore vincolante ma è semplice appunto o schema o preoggetto, e minuta che consacra l'accordo intervenuto su alcuni o su tutti i punti essenziali, riservando, espressamente o tacitamente, successive discussioni sui punti non convenuti o su quelli secondari” (pp. 100-101).

Salienta, então, Tamburrino que a característica dessa hipótese está na circunstância de que, de um lado, as partes querem ter firme os acordos parciais, e, de outro, não querem obrigar-se à conclusão definitiva do contrato (p. 101). Ademais, diz ele (p. 103), “é evidente — a nostro avviso — che, in linea di principio, e salva diversa norma della legge imperativa, non può parlarsi di contratto perfetto quando non vi sia l'incontro del consenso su tutti i punti presi in esame dalle parti, siano essenziali o meno”, certo como é que “il contratto surge sole quando l'accordo è completo e investe tutto il suo contenuto”.

Qual o valor jurídico desses acordos provisórios nos quais os acordantes se vinculam a parte do conteúdo global que deverá ter o contrato definitivo, sem perderem a liberdade de, por não haver concordância sobre a parte restante, poderem não vir a celebrá-lo? A essa indagação responde Tamburrino (pp. 104-105):

“Trattando dello scopo pratico tenuto presente dalle parti, si è messo in luce la duplice finalità cui le mesemesime mirano: da un lato la libertà delle ulteriori trattative e la eventualità della conclusione del contratto definitivo, dall'altro la ferma ed irrevocabile fissazione attuale delle clausole, dei punti o delle parti del contenuto contrattuale su cui si è raggiunto l'accordo, di modo che in ordine a dette clausole, punti o parti non è necessaria la manifestazione di alcun'altra volontà: se il contratto si concluderà, esse entreranno senz'altro a far parte del medesimo. Al momento della conclusione del contratto definitivo, le parti non manifestano alcuna volontà particolare al riguardo, nè possono, per effetto del vincolo preparatorio, modificare, revolvere, annullare o negare il loro valore e la loro efficacia alle clausole predeterminate. Il vincolo che da questi accordi provvisori surge è dunque vincolo a mantener ferme le clausole già determinate ove il contratto si concluderà: formazione progressiva della volontà contrattuale in ordine al contenuto, nel senso che le clausole progressivamente convenute e fissate rimangono ferme, e su esse la manifestazione della volontà contrattuale si è già definitivamente effettuata”.

Daf, a diferença que há entre esses *acordos provisórios* e os contratos preliminares unilaterais ou bilaterais, e que assim é exposta por Tamburrino (p. 106) com relação à hipótese em que o acordo provisório é vinculativo apenas para uma das partes (pois esse é o objeto de seu livro que trata dos “vínculos unilaterais na formação progressiva do contrato”):

“Nel caso dell'accordo provvisorio che studiamo, e che impegni una sola della parti, questa é vincolata esclusivamente, ove il contratto si concluda, alla osservanza di quelle predeterminate clausole che rimangono ferme: a differenza di quanto avviene nella opzione e nel preliminare, essa rimane in una posizione di libertà in ordine alla conclusione del contratto, ma se al contratto medesimo vorrà addivenire, la sua libertà troverà un limite nella soggezione al vincolo provvisorio, nella impossibilità di modificare e revocare le clausole predeterminate e nella necessità di osservarle”.

Em outras palavras, esses acordos não se confundem com o contrato preliminar porque, por eles, não há obrigação de as partes celebrarem o contrato definitivo por não chegarem a acordo com relação às cláusulas em aberto; mas, se quiserem concluir o contrato definitivo, estão vinculadas ao que já foi firmado no acordo provisório, de sorte que o contrato definitivo se aperfeiçoa no exato momento em que chegam à concordância sobre o restante do conteúdo contratual.

6. No direito brasileiro, no tocante à disciplina dos contratos comerciais — e, no caso, não se nega que a questão se coloca no campo do direito comercial (compra e venda de ações de sociedade anônima a ser celebrada por comerciantes) — há também texto genérico sobre o momento da formação do contrato mercantil, embora não seja ele vazado em termos tão claros, para a solução do problema em causa, como o dos Códigos da Alemanha, de Portugal, da Suíça, da Áustria. É ele o art. 126, que reza:

“Art. 126. Os contratos mercantis são obrigatórios, tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e os reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária”.

Examinando esse artigo, adverte J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, n. 543, p. 486, Rio de Janeiro, 1925) que: “O objeto da convenção ao qual se refere o artigo 126 citado significa os elementos integrais do contrato”. E, em nota a esse texto, faz remissão ao art. 191 do Código Comercial, na parte em que estabelece: “O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço e nas condições”.

Mais adiante, tratando, especificamente, da fase que pode preceder à conclusão do contrato mercantil — a fase pré-contratual ou de elaboração —, acentua J. X. Carvalho de Mendonça (ob. cit., n. 544, pp. 487-488):

“Aqueles negociações ou práticas preliminares, combinações nas quais cada uma das partes procura para si condições mais favoráveis, não constituem contrato; não obrigam, ainda que do resultado decorresse uma série de pontos assentados, ou ainda redigidos por escrito (1).

Qualquer das partes pode livremente se retirar, romper ou modificar as combinações prévias, sempre a título provisório, sem receio de responsabilidade pela culpa extracontratual, ou, conforme se diz, da responsabilidade pré-contratual. É necessário que se manifeste a vontade de obrigar-se, firmando-se nitidamente a proposta e a aceitação sobre todos os pontos do contrato, para que este surja”.

E, em nota (a de n. 1, pp. 487-8), escreve:

“É o que os alemães chamam *Punktation* e os italianos *puntuazione*.”

Se, porém, se passa uma minuta completa sobre todos os pontos do contrato, ao menos sobre todos os pontos principais, podendo ser os outros supridos por disposições legais, e as partes a aprovam, e se de acordo com a lei ou a vontade das partes não tenha de ser dado ao contrato forma *ad solemnitatem*, firma-se entre elas vínculo obrigatório. A minuta de contratos e negociações faz prova por si só ou acompanhada de outras provas (Regul. n. 737, de 1850, art. 152, § 5.º). Isto não quer dizer que haja aí um contrato preliminar. O perigo desta minuta com força de contrato está no campo fiscal.

O Cód. Civil austríaco dispõe no art. 885: “Se o ato formal do contrato não se acha ainda redigido, mas existe uma minuta dos pontos principais adotada e firmada pelas

partes, esta minuta estabelece imediatamente os direitos e ônus que aí estão expressos". O juiz regula os pontos acessórios não incluídos na minuta.

O Cód. suíço das obrigações no art. 2.º dispõe: "Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle, en tenant compte de la nature de l'affaire. Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats".

O nosso direito não sufraga estas teses. Aproxima-se do Cód. Civil alemão no art. 154. — Bem se compreende que o ajuste sobre certos pontos de um contrato está subordinado ao consentimento sobre os outros, que não se pode admitir consentimento fragmentário e que enquanto o acordo não é completo, as partes não têm passado do período preparatório à fase definitiva (Leduc, *Des avant contrats*, p. 69)".

Por conseguinte, para J. X. Carvalho de Mendonça, nos contratos mercantis, o contrato (preliminar ou definitivo) só se aperfeiçoa no momento em que o consentimento se estabelece sobre todos os pontos discutidos pelas partes, só se admitindo que, se elas se omitirem sobre pontos secundários, estes podem ser supridos exclusivamente com normas dispositivas, como as dos arts. 132, 133, 137 do CCom. Por isso mesmo, logo após as transcrições dos textos austríaco e suíço, que admitem a formação do contrato ainda que haja reserva das partes sobre pontos secundários. Carvalho de Mendonça observa que "o nosso direito não sufraga estas teses", e arremata: "Aproxima-se do Cód. Civil alemão no art. 154".

Em verdade, vai além do § 154 do B.G.B. E isso ressalta nítido da regra do Código Comercial contida na primeira parte do art. 191, que diz respeito à compra e venda mercantil, terreno em que se desenvolveu toda a controvérsia objeto destes autos nas instâncias ordinárias, razão, aliás, por que deixo de lado a alegação, feita no recurso extraordinário, sobre a existência, no caso, de contrato atípico.

Dispõe o art. 191, primeira parte:

"Art. 191. O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço, e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento de outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (art. 127)".

Ao contrário do art. 1.126 do CC, que alude, apenas, ao objeto e ao preço (o que não impediu Carvalho Santos — *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVI, p. 39, Calvino Filho Editor, Rio de Janeiro, 1936 — de observar que a compra e venda civil não se aperfeiçoa, "se, embora acordados no preço e na coisa, não entraram as partes em entendimento, sendo expresso o seu desacordo sobre essas cláusulas secundárias, por isso que, em casos tais, diante do desacordo manifestado, a lei não pode suprir a vontade das partes, que, em sentido contrário, se haviam manifestado"), ao contrário, repito, do art. 1.126 do CC, que alude, apenas, ao objeto e ao preço, o art. 191 do CCom. exige, para o aperfeiçoamento da compra e venda mercantil, o acordo sobre a coisa, o preço e as condições.

"Condições" nesse texto não é expressão empregada no sentido técnico de condição encarada subjetivamente (cláusula que faz depender a eficácia do contrato de acontecimento futuro e incerto), pois à condição em sentido técnico o mesmo art. 191 se refere pouco adiante, ao estabelecer: "... nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição". "Condições", aí, como bem acentua Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, vol. XXXIX, 2.ª ed., § 4.265, I, p. 6), está empregada no sentido de "outras cláusulas":

"Lê-se no Código Comercial, art. 191, 1.ª alínea: "O contrato de compra-e-venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições" — entenda-se nas outras cláusulas".

Portanto, no direito comercial brasileiro, só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar do contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados.

Se, no curso das negociações, concordam com relação a certos pontos e deixam em aberto outros, ainda que, em documento escrito, estabeleçam a irretroatibilidade quanto aos

pontos já acertados e declarem que os demais serão objeto de acordo posterior, o contrato preliminar ou definitivo somente surgirá no momento em que houver a concordância sobre estes, completando-se, assim, o acordo sobre o conteúdo global do contrato. Enquanto esse acordo posterior não ocorrer, continua-se no terreno das tratativas, não sendo permitido, porém, a qualquer das partes, isoladamente, se quiser vir a celebrar o contrato, desrespeitar o acordo sobre os pontos já acertados, e sendo certo, por outro lado, que, no momento em que ocorrer a concordância sobre as cláusulas em discussão, o contrato, independentemente de ratificação do acordo parcial, se reputa aperfeiçoado, vinculando-se as partes ao seu adimplemento.

Não se admite, em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no direito suíço e no direito austríaco, que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo.

7. No caso presente, o próprio acórdão recorrido, expressamente, reconhece que o documento de fls. 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. Com efeito, acentua ele, a fls.: “É verdade que, em certas cláusulas, está previsto um “acerto” futuro e por isso se pretendeu que não há nenhum contrato”.

E, mais adiante (fls.): “Ora, no caso vertente, não se subordinou a eficácia do consenso à ulatimação do acordo sobre pontos não essenciais, os quais, de resto, são suscetíveis de determinação: a do preço, mediante a intervenção de terceiro, ou terceiros, peritos, contabilistas, que apurem a “efetiva situação líquida patrimonial da empresa” (cláusula 3), o passivo exigível; a da fiança (cláusula 7.2.1) através da oferta de fiador idôneo, nos termos da lei civil; a dos aluguéis dos imóveis de propriedade dos acionistas mercê de invocação aos usos e costumes, ou ao arbitramento.”

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), 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, estabelecem 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 determinável por usos e costumes ou arbitramento judicial, mas, sim, em que deixaram elas, em aberto, o *quantum* desse aluguel.

Também os votos vencidos são categóricos na afirmação da existência de cláusulas em aberto.

Lê-se no voto do Des. Abeylard Pereira Gomes:

“No caso vertente não houve acordo a respeito de diversas questões que ficaram em aberto para serem dirimidas no contrato definitivo, importando criação de uma rede bastante complexa de direitos e obrigações recíprocas, de prestações e contraprestações de várias naturezas.

Como bem salientou o Dr. Juiz, transformar um contrato provisório em definitivo através de sentença, significaria negociar pela parte, violentando-lhe a vontade” (fls.).

E, adiante (fls.):

“Diz o acórdão: “A condenação à entrega das ações não exclui a assinatura do instrumento do contrato, a presente decisão judicial não substitui esse instrumento. Não se ordena aos embargantes assinarem-no porque se reconhece que dentro no prazo mencionado no acórdão embargado, possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acordo que faltam — nesse particular acolhem-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos”.

É a própria maioria quem reconhece as insuperáveis dificuldades para ser celebrado o contrato definitivo, uma vez que há um dissenso irremediável entre as partes”.

E, no voto do Des. Hamilton de Moraes e Barros, depois de amplas considerações sobre os pontos em aberto, se encontram estas palavras:

“Existiam no escrito condições a definir, cláusulas a encher, não podendo o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende de futuro entendimento e de apreciação e valoração de dados ainda não colhidos. Se assim se fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois que se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declarações de vontade que elas não fizeram” (fls.).

Aliás, da simples leitura do documento em causa (deixada de lado a impropriedade do *nomen iuris* que 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 estabelecem pontos já acertados, mas em que se expressam outros a serem 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 aludidos 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 hipotecas que oneram atualmente imóveis que pertençam 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 disciplinariam essas questões deixadas em aberto).

Por tanto, a circunstância de a minuta ter estabelecido, na cláusula 5, que “este instrumento fixa as condições possíveis de compra e venda das ações, motivo pelo qual é irretroatável para os Acionistas, valendo como opção a favor da pretendente dentro do prazo de 30 (trinta) dias fixado no item 4”, tem um único sentido: o de que os pontos já acertados eram irretroatáveis para os recorrentes (e, com a impropriamente denominada “opção” passaram também a ser irretroatáveis para a recorrida), o que não sucedia, pela própria natureza das coisas, com os que haviam sido, expressamente, deixado em aberto para serem estipulados *se a compra e venda viesse a ser aperfeiçoada*. O que torna claro que a concordância da recorrida, por meio da impropriamente denominada “opção”, transformou a minuta de vínculo unilateral dos recorridos sobre os pontos acertados em vínculo bilateral nessa mesma medida, e não traduziu aceitação de oferta de que não poderia surgir contrato (preliminar ou definitivo) de compra e venda, pela simples razão de que havia questões em aberto, a serem decididas pelas partes posteriormente, não podendo o juiz, pelo nosso sistema jurídico (ao contrário do que ocorre em sistemas como o suíço ou o austríaco, por força de textos expressos de lei) substituir-se às partes, e deliberar por elas nos pontos sobre os quais não chegaram a acordo.

A minuta em causa (antes da “opção” da recorrida) era um exemplo típico da hipótese estudada por Tamburrino (ob. cit., p. 106), ou seja, “dell'accordo provisorio che studiamo, c che impegni una sola delle parti, questa è vincolata esclusivamente, ove il contratto si concluda, alla osservanza di quelle predeterminate clausole che rimangono ferme: a differenza di quanto avviene nella opzione e nel preliminare, essa rimane in una posizione di

libertà in ordine alla conclusione del contratto, ma se al contratto medesimo vorrà addivenire, la sua libertà troverà un limite nella soggezione al vincolo provvisorio, nella sua impossibilità di modificare e revocare le clausole predeterminate e nella necessità di osservare". E essa vinculação provisória e eventual de uma das partes, que, com o exercício da "opção", passou a ser de ambas as partes, com isso não teve, evidentemente sua natureza jurídica mudada, senão apenas de *vinculação provisória e eventual unilateral* passou a ser *vinculação provisória e eventual bilateral*. Mas sempre *vinculação provisória e eventual*, diferente, portanto, de contrato preliminar unilateral ou bilateral.

Por isso mesmo é que as partes desse acordo provisório e eventual, quando houve o exercício da "opção", continuaram suas tratativas, não apenas para tornar determinados os pontos determináveis (como o da fixação do preço), mas para preencher os pontos em aberto e que integravam indissolavelmente o complexo negocial a que se propunham. E a demonstração, também evidente, disso se encontra na circunstância de que nunca entenderam que os dez milhões de cruzeiros, com o exercício da "opção", se tivessem transformado em *sinal*, tanto assim que as notas promissórias de valor correspondente e que eram garantia da devolução da quantia depositada foram substituídas por outras com data final igual à das datas das prorrogações de prazo para a conclusão do contrato definitivo; e tanto assim também que nessas tratativas posteriores ao acordo provisório e eventual se chegou a elaborar uma minuta de "contrato de venda e compra de ações da Sociedade Distribuidora de Comestíveis "Disco" S.A. e outras avenças" (fls.), que é bem diversa daquele acordo provisório e eventual (até no tocante ao pagamento do preço), o que não seria admissível se se tratasse, apenas, de uma formalização de contrato preliminar anterior.

8. Por outro lado, para que possa ser julgada procedente a ação a que alude o art. 639 do CPC, é mister que, não apenas se trate de contrato preliminar, mas também que esse contrato preliminar contenha todos os elementos do contrato definitivo.

Como bem observa Amílcar de Castro (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, p. 181), "o art. 1.006, § 2.º, do Código anterior exigia que o contrato preliminar preenchesse as condições de validade do definitivo, ao passo que o art. 639 fala: "sendo isso possível e não excluído pelo título", *mas esta cláusula equivale àquela exigência, e o direito continua a ser o mesmo*" (os grifos são meus). Ora, as condições de validade de um contrato pressupõem, como antecedente lógico, as condições de existência dele, e estas, no tocante à compra e venda mercantil, consoante o disposto no art. 191 do Código Comercial, se traduzem no acordo, na coisa, no preço e nas condições (ou seja, nas demais cláusulas). Daí a razão por que Micheli (*Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, livro sexto, Tutela dei Diritti, pp. 533-534), ao comentar o art. 2.932, primeira parte, do Código Civil italiano (do qual o art. 639 do CPC brasileiro é tradução, como se vê da comparação dos dois textos: "Se colui che à obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza que produca gli effetti del contratto non concluso" e "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"), escreve a propósito das expressões *qualora sia possibile*: "Il requisito in questione può avere particolare importanza quando si tratti di obblighi, sorgenti da contratti preliminari, i quali contengono solo alcuni degli elementi del contratto definitivo. In tali ipotesi il giudice dovrà, di caso in caso, determinare se sia possibile giuridicamente far luogo ad un'esecuzione in forma specifica. Vi sono, infatti, delle ipotesi in cui nel contratto preliminare mancano troppi elementi che dovranno entrare poi nel contratto definitivo; si pensi, ed esempio, al caso in cui le parti abbiano assunto il reciproco impegno di prestarsi reciprocamente a trattare per raggiungere l'accordo sulle condizioni del futuro contratto. È evidente che in questa ipotesi, ed in altre consimili, il giudice non può surrogarsi alla parte inadempiente, perfezionando così il contratto definitivo".

No mesmo sentido, manifesta-se Barbosa Moreira (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, vol. II, p. 44):

"O primeiro pressuposto da obtenção de sentença que produz o mesmo efeito do contrato não concluído acha-se expresso nas palavras "sendo isso possível". A possibilidade ou a 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 de não depender exclusiva-

mente 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. Tratando-se de obrigação fundada em contrato preliminar, é indispensável, para acolher-se a pretensão do credor, que aquele negócio jurídico contenha todos os elementos do definitivo: ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas apenas fazer desnecessária, por meio de sentença, a declaração de vontade que, incidindo sobre cláusulas e condições já estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo. Em outras palavras: a sentença não tem a virtude de criar, sequer em parte, o objeto ou o conteúdo do contrato que se deveria concluir: o que pode faltar, e que ela torna supérflua, é só a declaração de vontade, não emitida pelo devedor”.

Em verdade — e nisso não atentaram ambos esses autores —, quando as partes reduzem a escrito os pontos já acertados e se reservam para discutir, posteriormente, os demais, ainda não há sequer contrato preliminar, como se demonstrou atrás. Por isso, nesses casos, a ação do art. 639 do CPC brasileiro (correspondente à do art. 2.932 do Código Civil italiano) não é admissível por falta de um pressuposto antecedente ao da possibilidade: o pressuposto de que se trate de contrato preliminar. O exemplo correto de impossibilidade, em se tratando de contrato preliminar, é o dado por Barbosa Moreira ao dizer: “como por exemplo a de não depender exclusivamente do devedor a conclusão do contrato (é o caso de promessa de compra e venda de imóvel celebrada sem a participação da esposa; a promessa, como tem decidido esta Corte, é existente e válida, apenas não é eficaz — daí não poder ser usada a ação do art. 639 do CPC — enquanto a mulher não der sua concordância).

De qualquer sorte, porém, o que é certo é que, mesmo quando se pudesse pretender que tais acordos poderiam ser qualificados como contratos preliminares, não poderiam eles ensejar a procedência da ação do citado art. 639 do CPC, porquanto, como acentua Barbosa Moreira (loc. cit.) “a sentença não tem a virtude de criar, sequer em parte, o objeto ou o conteúdo do contrato que se deveria concluir; o que pode faltar, e que ela torna supérflua, é só a declaração de vontade, não emitida pelo devedor”. Ou, como acentuou em voto vencido, o Des. Hamilton de Moraes e Barros (fls.): “A promessa de concluir o contrato, como quer o art. 639 do CPC, quando sanciona o promitente inadimplente, não é e nem pode ser a obrigação de concordar com o que se quer impor, a de executar o conteúdo de cláusulas de conteúdo não estabelecido, mas tão-somente a de formar o ato jurídico prometido, mas tal qual foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações”.

9. Decidindo, como decidiu, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 191 do CCom. e ao art. 639 do CPC, inaplicáveis à espécie em face dos elementos objetivos que serviram de premissa expressa da conclusão a que ele chegou.

Firmado esse ponto, dele decorre, necessariamente, que os dez milhões de cruzeiros objeto da ação de consignação em pagamento, entregues à Distribuidora de Comestíveis Disco S.A. a título de depósito irregular (depósito de coisa fungível), a esse título permaneciam em poder dela quando da propositura da referida ação, sendo-lhe lícito consigná-los em pagamento, pois, com o não aperfeiçoamento da compra e venda, desaparecera a causa que lhe dera ensejo, e a recusa do depositante em recebê-los era injustificada, até porque a restituição do depósito estava garantida por nota promissória de valor a ele correspondente.

Por essas razões, e deixando de lado as questões relativas a nulidades processuais por se verificar a hipótese prevista no § 2.º do art. 249 do CPC, conhecimento do recurso e lhe dou provimento, para julgar a recorrida carecedora da ação de adjudicação compulsória, e procedente a ação de consignação em pagamento, mantidas as cominações quanto a custas e a honorários de advogado estabelecidas na sentença de primeiro grau, que, assim, fica restaurada, corrigida, apenas, na parte em que ela julgou improcedente a ação de adjudicação compulsória, quando, em verdade, a autora, ora recorrida, era carecedora dela.

VOTO

O Sr. Min. Décio Miranda: Sr. Presidente, há vários dias tenho dedicado horas à leitura dos memoriais que recebi de ambas as partes, contendo farto material de estudo sobre os problemas envolvidos no recurso extraordinário ora sob julgamento.

Não devo esconder que me impressionaram fortemente a cláusula do documento preliminar, segundo a qual o ali estabelecido se transformava em negócio irretroatável para os

vendedores, e, ao mesmo tempo, a confirmação por parte do comprador, a quem se reservou uma opção, pela carta de fls. dos autos. Seguida esta carta, esta manifestação de opção do comprador, por uma carta do vendedor, que considerava então definitivo o negócio, af se fechava o círculo que aparentemente conduziria à possibilidade de execução específica do contrato por via judicial.

Ocorre, porém, que, como bem salientaram os votos vencidos no Tribunal de Justiça, e com abundância de demonstração agora acentuou o eminente Relator, ficaram em aberto cláusulas a serem completadas por novo acordo entre as partes envolvidas. Sem precisar entrar na distinção entre cláusulas essenciais e cláusulas principais da avença, o fato é que entre essas cláusulas sobre as quais pendia acordo futuro, havia as relativas à retirada de certos imóveis do acervo vendido; à fixação de um aluguel mínimo, que em qualquer caso seria devido, pelos imóveis que os acionistas vendedores continuariam locando à empresa comercial; além disso, a fórmula a ser estudada para a transferência de certos bens; e, por fim, uma quarta espécie a depender de acerto, a fiança a ser dada às obrigações dos compradores.

Mostrou o eminente Relator que essas cláusulas em aberto não podiam ser supridas por sentença.

E, realmente, durante a leitura desses memoriais, pus-me a imaginar, sob o aspecto prático, como poderia o Juiz resolver esses problemas, suprir essas declarações de vontade, quando nenhum critério predeterminado se estabelecera para o cumprimento dessas projetadas obrigações. Se, de um lado, o aluguel firme seria o valor de 1,5% sobre as vendas, como fixar o Juiz um aluguel mínimo, que fosse do aprazimento de ambas as partes, para a situação em que aquele aluguel de 1,5% não proporcionasse rentabilidade adequada?

Enfim, todas estas questões não teriam senão uma solução violenta por parte do Juiz, porque nenhum critério legal ou predeterminado nas tratativas informariam a solução a ser dada.

Se isto, sob o ponto de vista prático, já me impressionara, agora, ante a demonstração minuciosa e brilhante que o eminente Sr. Ministro Relator fez do Direito aplicável, segundo os precedentes legislativos dos países cuja tradição jurídica acompanhamos, e em conformidade com o próprio Direito brasileiro, ficou bem à vista que, se não há critério predeterminado no contrato prévio, ou se não há critério legal, é impossível ao Juiz suprir tais cláusulas, sobre as quais as partes não chegaram a acordo.

O voto do eminente Relator dispensa-me de maiores considerações, para, como fez S. Exa., conhecer do recurso, por negativa de vigência do art. 191 do CCom. e do art. 639 do CPC, e lhe dar provimento, para o fim mencionado no douto voto, inclusive com a declaração de que os recorridos são carecedores da ação de adjudicação proposta e se mostra procedente a ação de consignação em pagamento.

VOTO

O Sr. Min. Cordeiro Guerra: Sr. Presidente, o erudito e preciso voto do eminente Relator me trouxe à lembrança um conceito de Eça de Queiroz sobre a crítica portuguesa, a respeito, não sei se de um livro de poemas de Guerra Junqueiro ou de Antero de Quental, de que há certas obras literárias que o máximo que a crítica pode fazer é dizer onde se encontram e quanto custam.

O voto de S. Exa. foi tão primorosamente deduzido e fundamentado, que, a rigor me bastaria dizer, com simplicidade, que estou plenamente de acordo com os seus fundamentos e as suas conclusões. Mas os doutos Advogados de tal modo se empenharam na defesa dos seus pontos de vista e, por igual, se esforçaram para facilitar o conhecimento da causa pelos demais julgadores, que eu também quero mostrar que, de minha parte, na medida de minhas modestas capacidades, procurei apreciar a causa com a atenção que ela merecia.

Assim, fui consultar o Tratado de Direito Civil Belga, de Henri De Page, e lá se encontra que um contrato não se forma senão quando a vontade de todas as partes, que nele intervêm, concordam sobre todos os pontos que constituem o seu objeto. Desde o instante em que uma só vontade ou um só ponto permaneça em suspenso, o contrato não se forma. Esta regra não está formulada em nenhum texto, mas ela resulta da definição

mesma do contrato. É o que se lê no original — p. 467, vol. 3.º das obrigações do *Traité Élémentaire du Droit Civil Belge*, 2.ª ed., 1948:

“Un contrat n'est formé que lorsque les volontés de toutes les parties qui y interviennent concordent sur tous les points qui en constituent la matière. Dès l'instant ou une seule volonté, ou un seul point, demeurent en suspens, le contrat ne se forme pas. Cette règle n'est formulée par aucun texte, mais elle résulte de la définition même du contrat.”

Por igual, para que se chegue a um contrato há, evidentemente, uma elaboração progressiva, e a primeira fase do período pré-contratual é aquela das proposições, dos *pouparlers* e dos acordos preliminares. O contrato não existe, senão quando um concurso de vontades se estabelece, como disse, sobre todos os pontos, mesmo os acessórios. Não há contrato, se não há acordo sobre todos os pontos principais ou acessórios. É o que diz expressamente De Page:

“Cela est vrai même pour les accords préparatoires, car nous savons que le contrat n'existe que si le concours des volontés s'est formé sur tous les points, même accessoires” (idem, p. 470).

E as propostas, os *pouparlers* e os acordos preparatórios não têm, como tais, nenhum valor obrigatório. Eles não fazem senão preparar o contrato; não o constituem. Se os contratos se formam — na opinião de De Page — esses acordos preparatórios nem sempre se integram no contrato final; dependem, evidentemente, do acordo das partes (idem p. 472).

Esses ensinamentos de De Page não discrepam da lição de Scialoja, Holder, Tamburino e outros como salientou o eminente Relator Henri De Page em seus comentários chama por igual a atenção para o Código das Obrigações suíço, em que o juiz pode suprir a vontade das partes ou determiná-las, quando a lei o autoriza, o que o nosso Direito não comporta, tal como o belga, e foi muito bem observado na lição de J. X. Carvalho de Mendonça.

Por outro lado, é de ver-se que o nosso Código de Processo é também muito sábio, quando diz, no art. 639, que a adjudicação compulsória só é admissível:

“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.”

Ora, o título, na espécie, no meu entender, não se define, realmente, como pré-contrato, porque não se chegou a acordo sobre todos os pontos da negociação. Como se dar, pois, execução compulsória sobre o que não foi acordado? Dá-se a execução compulsória sobre aquilo que já ficou definitivamente estabelecido em todas as suas cláusulas, sendo isso possível.

De outro modo, chegar-se-ia à conclusão esdrúxula, a que se chegou neste caso, de se mandar entregar as ações do controle de uma companhia sem que o preço tivesse sido pago ou depositado. Esta é a verdade. Considerou-se que havia obrigação de entregar, em trinta dias, as ações, e o preço não tinha sido pago ou depositado. É uma observação feita pelo eminente Des. Hamilton de Moraes e Barros, que faz uma crítica segura e irônica das conclusões do acórdão recorrido.

Por esses fundamentos, aliás dispensáveis, que apenas invoco como homenagem aos nobres Advogados das partes e em atenção ao esforço louvável e brilhante que fizeram, nos termos dos votos que me precederam, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA ATA

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Min. Leitão de Abreu, depois do voto do Relator e dos Mins. Décio Miranda e Cordeiro Guerra que conheciam do recurso e lhes davam provimento. Falou, pelo recte. o Dr. Victor Nunes Leal. Falou pela recda. o Dr. Alfredo Buzaid.

Presidência do Sr. Min. Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Mins. Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Décio Miranda, 5.º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min. Leitão de Abreu: Responsável pela celeuma jurídica que agita estes autos é um documento que as partes, naturalmente com a assistência de doutos causídicos, como pedia o vulto dos interesses em jogo, denominaram “contrato preliminar para compra e venda de ações”. Mas que valem nomes? — dizem na sua prosa erudita os juristas, repetindo o que classicamente já se afirmara em verso: *that which we call a rose by any other name smell as sweet*. Estribada nessa idéia, a primeira voz, com teor decisório, a fazer-se ouvir no processo, depois de examinar, meticolosamente, o dito papel, concluiu que o chamado contrato preliminar, além de não ser preliminar, não era sequer contrato, porém simples “protocolo de intenções”, o que vem a dar numa espécie de não ser jurídico, em algo que não tem carta de cidade no mundo do direito. Donde julgar-se procedente ação consignatória dos ora recorrentes e improcedente ação de adjudicação compulsória dos recorridos.

Provocada censura sobre essa decisão, o colégio de segundo grau, negando a insignificância jurídica, que se atribuíra ao escrito, reconheceu-lhe, de modo inequívoco, a condição de contrato, e, de maneira que se afirma não ser isenta de ambigüidade, o caráter de contrato preliminar. A sentença apelada teria incorrido em evidente equívoco, porque o malsinado documento se apresentava com todos os elementos essenciais à validade do contrato preliminar. Se o preço se achava efetivamente não determinado, era ele determinável, mediante elementos e critérios pré-acordados pelas partes vinculadas ao contrato preliminar e dele constante. Logo, por não ficar a fixação do preço ao exclusivo arbítrio de um dos contraentes, existente era o contrato.

Essa conclusão reuniu a maioria, porém não a unanimidade dos sufrágios, pois um ilustre juiz sustentou, com abundância de razões, que o equívoco, imputado à sentença, não só não era evidente, como, principalmente, não era equívoco. “Evidentemente — asseverou —, “inexiste contrato formal, mas, tão-só, uma troca de escritos que objetivam a futura formação de um contrato que, frente à lei comercial, precisa conter: o objeto do contrato e o preço certo ou incerto e meramente resultante de operação aritmética”. Depois de argumentar que não havia fixação do preço, o que era relegado para a fase de aperfeiçoamento, por acordo de vontades, não ocorrido, decretou: “Emerge, pois, que o requisito essencial do preço inexistente, o que torna o chamado pelo apelante de pré-contrato, um simples protocolo de intenções, como, com exatidão, batizou a sentença de primeira instância”.

O vigor com que se opõe uma evidência a outra leva a crer que este termo não se usa, acepção comum, ou filosófica, segundo a qual uma proposição é evidente se todo o homem que tenha a sua significação presente ao espírito e que formule expressamente a questão de saber se ela é verdadeira ou falsa, não pode absolutamente duvidar de sua veracidade. Seja como for, este enérgico diálogo a respeito do ser ou do não ser, da existência, ou não existência, na hipótese, de contrato, se prolonga, com brilho e erudição, nos embargos infringentes e, por fim nos embargos de declaração. Ao passo que, nos infringentes, a maioria, com base na exegese das cláusulas do instrumento, que era objeto da contenda, rejeitava os embargos, visto reafirmar ter o citado instrumento se intitulado corretamente de “contrato preliminar para compra e venda de ações”, a minoria, agora com dois dissidentes, apoiando-se, também, na interpretação de cláusulas do mesmo documento, insiste em que este não pode ser considerado contrato preliminar, de molde a ensejar a execução compulsória, nos termos do art. 639 do CPC: “O contrato preliminar” — discorre um dos votos vencidos —, “gênero de que o contrato de promessa é a espécie, deve conter no seu bojo todas as cláusulas constantes do contrato definitivo; vale dizer, o contrato definitivo já deve estar modelado, plasmado no ante-contrato”. Como, para a celebração do contrato definitivo, ainda havia pontos em aberto, não se podia falar em contrato preliminar ou contrato de promessa, “simples ‘protocolo de intenções’, mero ‘projeto de acordo’”, — entende o outro voto dissidente —, “não é ainda o pré-contrato, na sua conceituação doutrinária e jurisprudencial. No caso presente, em várias passagens e cláusulas do escrito de fls., se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo já fixado, sem o necessário acertamento. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimentos, não pode prover o juiz”. Pouco adiante,

acrescenta: “Existiam no escrito condições a definir, cláusulas a encher, não podendo o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende de futuro entendimento e de apreciação e valoração de dados ainda não colhidos. Se assim o fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois que se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declarações de vontade que elas não fizeram”. Nos embargos de declaração, também rejeitados por maioria, foram repiados, por vencedores e vencidos, os pontos de vista anteriores, quanto à caracterização do chamado contrato preliminar, além de se examinarem questões atinentes à parte em que o acórdão dos embargos infringentes havia sido recebido, para reformar o acórdão embargado quanto à condenação, que se impusera ao réu da ação de adjudicação compulsória.

Interposto recurso extraordinário, pelas alíneas *a* e *d*, o nobre Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em fundamentado despacho, admitiu o apelo pela primeira das alíneas.

Doutamente, o eminente Relator do feito, nesta instância, depois de expor, com precisão, os termos em que a controvérsia se acha travada, assim resume o problema em debate: “Como se vê, em síntese” — explana Sua Excelência — “a questão jurídica fundamental que se discute nestes autos é esta: se, no curso de negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais, e reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados irretiráveis, de mera minuta (punctação), sem o caráter vinculante de contrato preliminar, e, conseqüentemente, insuscetível de adjudicação compulsória?”. “Essa questão”, — prossegue — “é largamente examinada na doutrina estrangeira, havendo, a propósito, três correntes de opinião: a) aquela segundo a qual o contrato — preliminar ou definitivo — só se aperfeiçoa quando as partes estão de acordo com todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais e acidentais; b) a pela qual o contrato — preliminar ou definitivo — se perfaz com a concordância, apenas, sobre os elementos essenciais dele, salvo se elas se reservarem, para ulteriores tratativas, sobre os elementos acidentais; e c) aquela de acordo com a qual o contrato — preliminar ou definitivo — se reputa celebrado no momento em que as partes acordam sobre os pontos essenciais, ainda que se tenham reservado para discutir os pontos secundários, pois se não vierem a chegar a acordo sobre estes o juiz o suprirá levando em conta a natureza do negócio.”

Cada uma dessas correntes de opinião é submetida, em seguida, a completo e profundo exame, nada se deixando na sombra, seja quanto aos seus traços capitais, seja quanto às distinções que, aqui e ali, são estabelecidas acerca do âmbito de aplicação das direções doutrinárias menos rigorosas relativamente aos elementos exigidos para que o contrato, preliminar ou definitivo, se complete ou aperfeiçoe.

Dessas três correntes, somente se coaduna com o direito, no tocante à disciplina dos contratos comerciais, aquela segundo a qual o contrato — preliminar ou definitivo — só se aperfeiçoa quando as partes estão de acordo com todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais e acidentais. Em abono dessa conclusão, invoca o eminente Relator a lição de J. X. Carvalho de Mendonça, para quem, “nos contratos mercantis, o contrato (preliminar ou definitivo) só se aperfeiçoa no momento em que o consentimento se estabelece sobre todos os pontos discutidos pelas partes, só se admitindo que, se elas se omitirem sobre pontos secundários, estes podem ser supridos exclusivamente com normas dispositivas, como as dos arts. 132, 133 e 137 do CCom. Por isso mesmo, logo após as transcrições dos textos austríaco e suíço, que admitem a formação do contrato ainda que haja reserva das partes sobre pontos secundários, Carvalho de Mendonça observa que “o nosso direito não sufraga estas teses”, e arremata: “Aproxima-se do Código Civil alemão no art. 154”.

“Em verdade” continua o Min. Moreira Alves — “vai além do art. 154 do B.G.B. E isso ressalta nítido da regra do Código Comercial contida na primeira parte do art. 191, que diz respeito à compra e venda mercantil, terreno em que se desenvolveu toda a controvérsia objeto destes autos nas instâncias ordinárias, razão, aliás, porque deixo de lado a alegação, feita no recurso extraordinário, sobre a existência, no caso, de contrato atípico”.

Transcreve, logo após, o art. 191 do CCom. que diz:

“Art. 191 — O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço, e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepende-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (art. 127)”.

“Condições”, nesse texto — sublinha — é expressão empregada, como frisa Pontes de Miranda, no sentido de “outras cláusulas”.

“Portanto” — conclui — “no direito comercial brasileiro, só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar do contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados.

“Se, no curso das negociações” — explicita — concordam com relação a certos pontos e deixam em aberto outros, ainda que em documento escrito, estabeleçam a irretratabilidade quanto aos pontos já acertados e declarem que os demais serão objeto de acordo posterior, o contrato preliminar ou definitivo somente surgirá no momento em que houver a concordância sobre estes, completando-se, assim, o acordo sobre o conteúdo global do contrato. Enquanto esse acordo posterior não ocorrer, continua-se no terreno das tratativas, não sendo permitido, porém, a qualquer das partes, isoladamente, se quiser vir a celebrar o contrato, a desrespeitar o acordo sobre os pontos já acertados, e sendo certo, por outro lado, que, no momento em que ocorrer a concordância sobre as cláusulas em discussão, o contrato, independentemente de ratificação do acordo parcial, se reputa aperfeiçoado, vinculando-se as partes ao seu adimplemento.

“Não se admite” — remata — “em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no direito suíço e no direito austríaco, que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo”.

Assim colocada a questão, entrega-se o nobre Relator à análise, quer do acórdão recorrido, quer dos votos vencidos, quer das cláusulas mesmas do chamado contrato preliminar, para terminar por entender que a vinculação provisória e eventual unilateral que se estabeleceu inicialmente por via do documento em exame passara, diante do exercício da opção, a ser vinculação provisória e eventual bilateral. Mas sempre — salienta — vinculação provisória e eventual, diferente, portanto, de contrato preliminar unilateral ou bilateral. Ao dito papel atribui-se, destarte, a condição de simples tratativa ou punção.

2. Apesar do vigor e da carga persuasiva com que essa opinião é sustentada nas instâncias ordinárias, apesar do brilho com que essa tese é defendida pelo eminente Relator, não me convenci desde logo ser totalmente despida de consistência jurídica a posição adotada, em relação à natureza do citado documento, pelos votos que prevaleceram, no julgamento da apelação e dos embargos, tanto de declaração como infringentes.

Os numerosos, eruditos e lípidos pareceres, exarados por sumidades oraculares de nossas letras jurídicas, pareceres produzidos pelas partes, em confronto, não haviam, de outro lado, espancado, de modo completo, as vacilações a que o estudo prévio e apressado da questão deram origem. Pareceu-me indispensável, diante disso, examinar mais de espaço o problema em presença dos autos. Onde o pedido de vista, que me habilitou a formar a convicção, que me cumpre agora manifestar.

As partes estavam conscientes e seguras acerca da natureza jurídica do pacto que celebravam. Aliás, não teriam, com todas as letras, denominado esse pacto de “contrato preliminar para compra e venda das ações”. É certo que o *nomen iuris* dado a um negócio jurídico não lhe define, só por si, o ser. Podem as partes conferir tal ou qual denominação ao ato que celebram sem que este revista o caráter que lhe é emprestado, pois a natureza do ato jurídico se determina em face dos elementos que o compõem ou informam e não da qualificação que lhe imprimam os seus autores. Daí não se infere, todavia, que não cumpra emprestar relevo ao nome com que os figurantes designam o ato que praticam, mormente quando, como ocorre na espécie, se trata de pessoas que, além de se presumirem possuidoras de larga experiência comercial, devem ter elaborado o contrato, dados os vultosos interesses que estavam em jogo, com assistência jurídica idônea. Por isso mesmo, não só se mostram categóricos os enunciados por meio dos quais se define a natureza do contrato,

como não se vislumbra dissenso, entre os intervenientes no negócio, quanto ao sentido e alcance do ato que praticavam.

Não infirma essa asserção a circunstância de se denunciar alguma ambigüidade na redação de certas cláusulas constantes do contrato, uma vez que a tudo sobrepara a feição vinculante que a este, expressamente, se confere nos seus pontos capitais, não de modo eventual ou transitório, porém de maneira definitiva e permanente. Em outras palavras: a obrigatoriedade que ressaí, no seu conjunto, do pacto definido como contrato preliminar é incompatível com a condição, que se lhe atribui, de mera tratativa ou punctação. Inconciliável com isso se revela, notadamente, a opção que os acionistas, na cláusula quinze, asseguraram, de maneira irretroatável, ao pretendente para a aquisição das ações. Exercida a opção, dentro do prazo, nasceram em relação aos contratantes direitos e obrigações, que transcendem o âmbito do mero protocolo de intenções, isto é, de simples minuta que, por não revestir caráter vinculante, é privado de qualquer valor jurídico.

Somente porque se tinha em mente estabelecer, com o exercício da opção, vínculo bilateralmente obrigatório é que, nos termos da cláusula 8.ª, foi entregue à Empresa, no ato da assinatura do contrato, a importância de dez milhões de cruzeiros, "importância que se converteria em pagamento inicial aos acionistas na contingência do aperfeiçoamento da compra e venda das ações". Obrigatório o contrato, unilateralmente, para os acionistas, desde que se firmou o documento contratual, obrigatório se tornou ele, bilateralmente, a partir da opção, pois a contar daí, como está dito na mesma cláusula, a referida importância se converteria em pagamento inicial aos acionistas.

Objeta-se que a conversão da mencionada soma em pagamento inicial do preço das ações somente se daria na hipótese do aperfeiçoamento da compra e venda delas e que o aperfeiçoamento desse negócio jurídico não ocorreria enquanto não se efetuasse o contrato definitivo, ou seja, o contrato de que constituiria mero projeto, sem conteúdo definitivamente obrigatório o documento firmado em 4.9.1974.

Essa interpretação leva a admitir, no entanto, — contra a natureza das coisas, — que a promitente-compradora, entidade comercial, e, portanto, essencialmente de fins lucrativos, haja desviado tamanha importância do giro dos seus negócios, ainda que transitoriamente, para entregá-la à empresa cujo controle acionário visava empolgar, sem haver estabelecido com os acionistas dela, na posse da maioria das ações, acordo de vontades pelo qual os mesmos acionistas se houvessem obrigado, em face do exercício do direito de opção, a transferir-lhe o comando acionário da mencionada empresa. A inaceitabilidade da exegese que empresta ao chamado contrato preliminar de compra e venda o caráter de simples minuta ou punctação se torna, porém, ainda mais clara, quando se adverte que a importância entregue para conversão em pagamento inicial representa nada menos que uma quarta parte do preço estimado em princípio para a compra e venda de ações avaliadas, com base na situação líquida patrimonial da Empresa, em quarenta milhões de cruzeiros (cláusula 2.ª).

Não bastasse isso para mostrar que o documento firmado no dia quatro de setembro estava longe de constituir, na vontade das partes, simples protocolo de intenções, carente, como tal, de valor jurídico, desfaria qualquer dúvida a esse respeito o comportamento posterior das partes, traduzido na troca de cartas entre elas realizada ao iniciar-se o mês de outubro seguinte. Na expedida a primeiro desse mês, a compradora, dizendo ratificar os termos do contrato preliminar para compra e venda de ações, exercia a opção prevista na cláusula 5.ª, propondo-se, daí em diante, para o aperfeiçoamento da compra e venda das ações, a examinar documentação imprescindível para atender as condições contratuais, bem como a apreciar, em conjunto, a minuta do contrato. Logo no dia seguinte, os vendedores, acusando o recebimento dessa carta, cujo texto transcrevem, informavam admitir que a compra e venda das ações objeto da opção cujo exercício tornara definitiva, fosse formalizada até o dia 10 próximo, impreterivelmente, acrescentando que aguardavam a remessa, com razoável antecedência em relação à data já referida, da minuta do contrato de compra e venda das ações, para o indispensável exame.

Dos termos dessa troca de cartas, colige-se, antes de tudo, que os vendedores, diante da opção, deram, expressamente, como definitiva a compra e venda das ações, não havendo falar, pois, ao menos desde então, quanto ao documento do dia 4 de setembro, em acordo provisório, não vinculante, realizado para mera documentação de tratativas. Verifica-se, em seguida, estarem os vendedores tão persuadidos de se acharem vinculados por obrigação

de fazer, concebida de modo preciso, que se propõem formalizar a compra e venda dentro de uma semana, aproximadamente, pois a carta era datada de 2 de outubro e o prazo que assinavam para o ato de formalização se esgotaria, impreterivelmente, no dia 10 do mesmo mês. Conclui-se daí, não só estarem as partes absolutamente convictas de que haviam, na verdade, firmado contrato preliminar de compra e venda, e não inexpressivo protocolo de intenções, como estarem, ainda, persuadidas que as cláusulas contratuais, como fixadas no contrato preliminar, permitiam, em prazo brevíssimo, cerca de uma semana, a formalização do contrato que se haviam obrigado a concluir.

Desautoriza isso o modo pelo qual um dos votos vencidos defende a opinião de que o escrito primitivo consubstancia simples tratativa. Afirma o douto magistrado: "Simple "protocolo de intenções", mero "projeto de acordo" não é ainda o pré-contrato, na sua conceituação doutrinária e jurisprudencial. No caso presente, em várias passagens e cláusulas do escrito de fls., se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo já fixado, sem o necessário acertamento. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimentos, não pode prover o juiz".

Se houvesse vazios de vontade, pontos inexistentes, cláusulas em branco, sem conteúdo fixado, não concordariam as partes em que estavam habilitadas a formalizar o contrato no prazo estipulado, prazo exíguo, dentro no qual seria impraticável a feita do contrato definitivo. Se a indeterminação fosse tal como se pretende, isto é, se não suscetível de determinabilidade segundo critérios objetivos, não teria a promitente-compradora, no ato da assinatura do contrato preliminar, entregue à Empresa, para servir de princípio de pagamento do preço, dez milhões de cruzeiros, quantia correspondente a vinte e cinco por cento da importância estimada, em princípio, como representativa do ativo líquido da entidade, cujo controle acionário se intentava obter. A razão está, assim, com a opinião que prevaleceu, no acórdão recorrido, ou seja, que as cláusulas dadas como indeterminadas comportavam determinação, em face dos elementos delas constantes, dando lugar, pois, a relação jurídica atual e definitiva.

Sufragando, neste particular, a opinião adotada pelo aresto recorrido, reporto-me à demonstração, que nele se faz, acerca da determinabilidade das cláusulas, a que se recusa esse característico. Não está em branco, nem é inexistente, por exemplo, a cláusula em que a compradora se obriga a garantir com fiança idônea e capaz todas as obrigações que viesse a assumir para com os acionistas, uma vez que não se deixou ao alvedrio da compradora indicar fiador que bem entendesse, mas quem dispusesse de meios, objetivamente verificáveis, para garantir o credor contra o inadimplemento do devedor. Vale o mesmo em relação à "forma de direito a ser estudada", pois seria determinável, mediante critério técnico, dentre as formas de direito viáveis, a que melhor se ajustasse ao interesse das partes. "Substituir, em prazo a ser determinado, todas as garantias pessoais dos acionistas em favor da Empresa" não significa, igualmente, que esse prazo não pudesse ser determinado segundo critério de razoabilidade. Também não faltam elementos para a fixação do aluguel mínimo a ser estabelecido, quer em face do que se acha estipulado na cláusula na qual se provê quanto a essa obrigação, quer em presença dos usos comerciais.

É verdade que tais cláusulas, bem como outras, sobre as quais se trava a controvérsia, necessitam determinação. Mas é exato, por igual, que, embora com certo grau de indeterminabilidade, possuem, contudo, grau de determinabilidade, que as fazem obrigatórias. Não se trata, por conseguinte, no caso, de acordo provisório, em que as partes se comprometeram a firmar contrato, cujo conteúdo fosse não só indefinido, como indefinível, não só indeterminado, como indeterminável. Ao invés de indefiníveis ou indetermináveis, as cláusulas de acordo são definíveis e determináveis, com base em dados objetivos. Desse modo, o acordo de vontades, expresso no contrato preliminar de compra e venda, é vinculante, já que esse acordo diz respeito a todas as cláusulas contratuais, não obstante exigirem algumas delas especificação complementar do seu conteúdo.

A questão de saber se o contrato preliminar ou pré-contrato comporta cláusulas indeterminadas, porém determináveis, não é isenta de insegurança ou vacilações no direito alemão. Aí se prescreve, art. 154 do B.G.B., que "enquanto as partes não acordarem sobre todos os pontos de um contrato, sobre os quais, segundo a declaração ainda que de uma

só delas, deva haver acordo, o contrato, na dúvida, não se tem por concluído". O problema é enfrentado por Karl Larenz, que ao tratar do pré-contrato, examina a hipótese de ser este realizado, quando as partes desejem estabelecer desde logo uma vinculação contratual, conquanto se apresentem à conclusão do contrato principal alguns obstáculos, particularmente quando não possam prever todas as circunstâncias capazes de assumir importância relativamente ao conteúdo do contrato principal. Assim — diz ele — dois empresários desejam constituir uma sociedade para cumprir determinado mandato que esperam lhes seja confiado; mas como ainda desconhecem as particularidades do mandato não podem estabelecer a classe e a extensão das cotas com que cada uma deva entrar. "Se presenta aqui una dificultad" — observa. "Si el precontrato ha de cumplir su finalidad entonces, si una de las partes rehusa la conclusión del contrato principal, podrá demandar a la otra, y la sentencia que estime la demanda será ejecutable según el § 894 ZPO. Sin embargo, el juez no puede constreñir a la conclusión de cualquier contrato de sociedad, de compraventa, etc., sino a la conclusión de un contrato de tal clase con un contenido determinado. Como" — pregunta — "podrá el juez establecer tal contenido siendo así que las partes han dejado fuera del precontrato puntos esenciales del contrato principal que ha de ser concluido después? De otra parte, si todos los puntos esenciales del contrato principal han sido ya establecidos en el precontrato, entonces el contrato principal se presentará como inútil; en este caso las partes hubieran podido concluir de inmediato el contrato principal, condicionándolo eventualmente (p. ej., bajo la condición de que se otorgue el mandato que se espera). La jurisprudencia exige (RG, JW, 38, 2.742) que el contenido del contrato principal sea determinable en el sentido de que pueda ser establecido por el juez "por vía de interpretación" del precontrato. En un caso concreto (RGZ, 106, 176) fué negada esta posibilidad: las partes se habían obligado exclusivamente a la subiguiente fundación de una sociedad mercantil, cualquiera que fuese su forma jurídica, colectiva, de responsabilidad limitada o anónima; lo mismo aconteció en otro caso (RGZ, 124, 83) en que debería enajenarse una finca, no abándose establecido el precio en el precontrato, sino limitándolo en cuanto al máximo. El RG estimó en este caso que la determinación de las condiciones del contrato principal no podría depender de la libre determinación de ambas partes. En un fallo posterior (JW, 38, 2.742) estableció el RG que de la naturaleza del precontrato deriva el que sólo pueda pedirse una escasa concreción de sus cláusulas, ya que se concluye cabalmente porque el contenido del contrato definitivo depende del posterior desarrollo de las cosas. Debería bastar el que "aun para la más amplia interpretación, en armonía con los §§ 157 y 242, quepa comprobar la concurrencia de un contenido susceptible de integrar un contrato principal, adecuado en lo posible a las circunstancias del caso y exigible para las partes". Según esto deben ser visibles en el precontrato determinados "principios objetivos" por los que ha de orientarse el contenido del contrato principal" (*Derecho de Obligaciones*, t. I, pp. 99-100).

Visível é a flutuação que se observa, diante dos casos citados por Larenz, na maneira pela qual o judiciário germânico tem solvido o problema concernente à amplitude do acordo acerca das cláusulas contratuais. Tomando posição menos rigorosa, o último dos acordãos mencionados pelo autorizado tratadista admite, em cláusulas de pré-contrato, certo grau de indeterminação ou mais escassa concreção, quando o conteúdo do contrato definitivo dependa "del posterior desarrollo de las cosas". Entende mesmo dever bastar para mais ampla interpretação, em harmonia com os §§ 157 e 242 do BGB, o ter de comprovar-se a concorrência de um conteúdo suscetível de integrar um contrato principal, adequado quanto possível às circunstâncias do caso e exigível para as partes. Definindo a posição assumida, em face do problema, por esse julgado, afirma Larenz que, segundo tal decisão, devem transluzir no precontrato determinados "principios objetivos", que sirvam de guia na fixação do conteúdo do contrato principal.

O pensamento de Larenz adquire maior nitidez, porém, no tocante ao assunto, no compêndio que dedicou ao estudo da parte geral do direito civil alemão. Depois de se reportar à interpretação, em termos estritos, do art. 154 do Código Civil alemão, assevera: "Trata-se, contudo, somente de uma regra de interpretação. Podem as partes convencionar que o contrato, com o conteúdo sobre o qual já concordaram, tenha validade, e que a regulação dos pontos ainda em aberto seja deixada para um acordo posterior". ("Es handelt sich indessen nur um eine Auslegungsregel. Die Parteien können vereinbaren, dass der Vertrag mit dem Inhalt, über den sie sich bereits geeinigt haben, gelten solle, und dass die egelung der noch offen gebliebenen Punkte eine Späteren Absprache überlassen bleiben solle" (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1977, 4.^a ed., p. 465).

Ora, no caso vertente, estão suficientemente determinados, no contrato preliminar, os princípios objetivos, em face dos quais se devem preencher as cláusulas que reclamam complementação. Além disso, é inequívoco terem as partes convenicionado que as cláusulas ainda parcialmente em aberto fossem reguladas mediante acordo posterior, sem que a obrigatoriedade do precontrato ficasse na dependência desse acordo. Cabe acentuar, ainda, que as cláusulas, que se concede haverem sido deixadas parcialmente em aberto, não são, de modo algum, cláusulas em branco, mas cláusulas onde se estabeleceram elementos objetivos, nos quais se traçam os critérios, que devem presidir à sua final determinação. Frise-se mais que a margem de indeterminação que denotam certas cláusulas do precontrato não exclui ter existido acordo quanto a elas, no que diz respeito à sua substância. Desse modo, não há falar, em relação a elas, propriamente, em falta ou ausência de acordo, mas em acordo cujos termos definitivos, a serem fixados ulteriormente, cumpria estabelecer, para repetir as palavras de Larenz, segundo princípios objetivos.

Por tudo isso, a conclusão a que chego é a de que o documento de fls., em vez de protocolo de intenções ou punção, constitui, na verdade, mero contrato preliminar, que se tornou bilateralmente obrigatório para as partes que nele intervieram. Por via de consequência, não conheço do recurso no que diz respeito à ação consignatória, que o acórdão recorrido, a meu ver com acerto, julgou improcedente.

Conquanto divirja, pois, nessa parte, do voto do eminente Relator e dos demais votos que o acompanharam, penso, no entanto, que lhes assiste razão, quando julgam a recorrida carecedora da ação de adjudicação compulsória. Isto porque, embora o pacto sobre cuja natureza se contende, constitua, a meu ver, um contrato preliminar, neste não se contém todos os elementos do contrato definitivo. Pelas razões deduzidas, neste particular, pelo eminente Min. Moreira Alves, conheço, nesta parte, do recurso e lhe dou provimento.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O Sr. Min. Moreira Alves (Relator): — Sr. Presidente, com a devida vênias do eminente Min. Leitão de Abreu, mantenho meu voto, pelos fundamentos ali amplamente deduzidos.

Não posso, no entanto, deixar de observar que a conclusão de S. Exa., que julga improcedente a ação de consignação em pagamento, por entender que, no caso, há contrato preliminar e não apenas tratativas, e dá pela carência da ação de adjudicação compulsória por não conter o contrato preliminar os requisitos necessários para esse fim, encerra, *data venia*, contradição inamovível. Com efeito, a carência da ação de adjudicação torna certo que S. Exa. reconhece que o contrato preliminar não pode transmutar-se em contrato definitivo; e, em assim sendo, não pode negar S. Exa. que os dez milhões de cruzeiros, entregues a título de depósito, não se converteram em sinal e início de pagamento, o que só ocorreria se houvesse contrato definitivo. Ora, se por falta de celebração do contrato definitivo, e não sendo possível a adjudicação compulsória, os dez milhões de cruzeiros conservam sua natureza de coisa dada em depósito, como negar-se ao depositário o direito de restituí-los por haver cessado a causa do depósito?

No caso, dada a vinculação da natureza da entrega dos dez milhões de cruzeiros (depósito ou sinal e princípio de pagamento) com a do acordo de vontades (tratativas, contrato preliminar ou contrato definitivo), a sorte da ação de consignação em pagamento é decorrência natural do destino da ação de adjudicação compulsória: a carência desta acarreta, necessariamente, a procedência daquela.

VOTO

O Sr. Min. Djaci Falcão (Presidente): Esclareço que, quando se iniciou o julgamento, eu havia elaborado umas notas, mas não as tenho presentes. Todavia, como não pretendo ver a apreciação do recurso adiada por mais uma vez, e me encontro esclarecido sobre os temas em debate, resumo o meu voto nas seguintes palavras: afigura-se-me, em princípio, improcedente a arguição de nulidade do acórdão objeto deste recurso, sob a alegação da *reformatio in pejus* e do julgamento *extra petita*. Isto se deduz, especialmente, dos votos proferidos pelos eminentes Des. Abeylard Gomes e Moraes e Barros do que da conclusão a que chegou a maioria, ao condenar os réus à entrega das ações e assinatura de um con-

trato, como se houvesse uma promessa de compra e venda perfeita e acabada, ou mesmo uma compra e venda definitiva.

O acórdão — estou lembrado de seus termos — na verdade, se apresenta vacilante e contraditório. Todavia, como bem ressaltou o eminente Relator e os votos que o acompanharam, inclusive do eminente Min. Leitão de Abreu, impõe-se aplicar ao caso, por ser adequado, o § 2.º, do art. 249, do CPC. Assim também entendo, acompanhando, porém, a conclusão esposada pelo eminente Relator, *data venia* do eminente Min. Leitão de Abreu.

No caso, não se trata de mera interpretação de cláusula contratual, a ensejar a aplicação da *Súmula* 454.

Houve, sem dúvida, uma errônea qualificação jurídica dos atos em causa. Os documentos trazidos aos autos não consubstanciam, na verdade, um contrato perfeito e acabado de compra e venda e nem sequer uma promessa de compra e venda eficaz. O documento firmado, salvo engano em 1974, e a troca de correspondência que se lhe seguiu revelam apenas um simples acordo preparatório e provisório, prevendo, inclusive, certos subseqüentes. Daquele não resultou uma obrigação de contratar, eis que não havia um acordo total, completo, sobre elementos ponderáveis, imprescindíveis à feitura do negócio jurídico. Não se completara o acordo sobre a coisa, o preço e as condições, consoante a exigência expressa no art. 191 do CCom. Além disso, a locução “Contrato Preliminar para Compra e Venda de Ações” a mim não impressiona, face ao disposto no art. 85, do CC. É de considerar-se a intenção manifestada nas declarações de vontade. Na espécie, a meu entender, não se completou o acordo de vontade das partes, pois havia uma vinculação parcial, provisória. As diversas peças do processo, lidas pelo relator, revelam a falta de acordo entre as partes sobre certas obrigações que haveriam de integrar o contrato. Houve troca de cartas, apresentação de minutas de contrato, mas sem que chegassem a um acordo.

Com estas singelas considerações, chego à conclusão de que, no caso, não foi ultrapassada a fase de negociações preliminares desse contrato que se tinha em vista, contrato complexo, compreendendo alienação de ações, transmissão de prédios, realização de locações e operações jurídicas. Aspectos da maior importância do negócio, inclusive o preço, dependente de critérios de cálculo ainda não estabelecidos com exatidão, condicionados a acordos futuros, revelam a inexistência de um contrato definitivo, ou de uma promessa de venda consumada.

Com estas rápidas considerações, concluindo meu voto, acompanho o eminente Relator e os que o seguiram na inteireza do seu voto, *data venia* do eminente Min. Leitão de Abreu, conhecendo do recurso extraordinário, para julgar a recorrida carecedora da ação de adjudicação, e procedente a ação de consignação em pagamento, movida pela recorrente.

Este é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Relator, vencido o Min. Leitão de Abreu que conhecia em parte e nesta parte provia o recurso.

Presidência do Sr. Min. Djaci Falcão. — Presentes à sessão os Srs. Mins. Leitão de Abreu, Moreira Alves e Decio Miranda. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Cordeiro Guerra. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.

(RE 88.716 — RJ — (Segunda Turma) — Pub. in RTJ 92/250).

COMENTÁRIO

1. Retomando as palavras iniciais contidas na declaração de voto do eminente Min. Cordeiro Guerra, atrás transcrita, diríamos que o máximo que se pode pretender, diante do acórdão examinado, é dizer — parafraseando o conceito de Eça de Queiroz sobre um livro de poemas de Guerra Junqueiro ou Antero de Quental — que há certas decisões a respeito das quais o máximo que o crítico pode fazer é indicar o repertório de jurisprudência em que foram publi-

cadadas. Com efeito, é de tal modo proficiente o exame recebido pela matéria não apenas nos votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, como na maior parte das manifestações exaradas nas Instâncias inferiores, que pouco ou nada resta a acrescentar.

Quer-nos parecer, contudo, que além da evidente utilidade representada pela maior divulgação dessa substanciosa decisão, não há nenhuma demasia em aqui consignar o resultado das reflexões feitas sobre o tema, já com um certo distanciamento desse pronunciamento que tanto honra o Poder Judiciário de nosso País.

2. Iniciando por uma perfunctória análise descritiva do acórdão do STF e dos decisórios transcritos em seu Relatório, não poderíamos deixar de mencionar a simplicidade e a precisão da sentença de 1.^a Instância, que não necessitou derramar-se em citações doutrinárias, tão ao gosto dos chamados magistrados “juristas”, para ministrar, no caso concreto, a prestação jurisdicional que mais pareceu, ao seu ilustre prolator, conforme a prova dos autos.

Chama a atenção do observador, de outra parte, a má sorte a que esteve fadada a recorrida, cujas razões somente foram acolhidas, parcialmente, por um voto do STF e, integralmente, pela 6.^a Câmara Cível e pelo 4.^o Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, porém obrando a 2.^a Instância de forma tão tumultuada, que não houve como fugir aos apodos de decisões *ultra petitum* e *in reformatio in pejus*, ferina e procedentemente assestados pelo eminente Des. Hamilton de Moraes e Barros, em seus votos vencidos (respectivamente, pelo fato de o 4.^o Grupo de Câmaras haver reconhecido como definitiva uma compra e venda, dando-lhe a devida execução, ao passo que a autora pleiteara tão-somente o reconhecimento e a execução específica de um contrato preliminar e por tentar adequar, no julgamento dos embargos infringentes, uma condenação manifestamente imprecisa, da lavra da 6.^a Câmara Cível, em detrimento dos embargantes). Quiçá as imprecisões e inadequações apontadas é que culminaram por abrir caminho a que o Excelso Pretório reexaminasse e reformasse a decisão de 2.^a Instância, ensejando, assim, a aprofundada análise da questão, encontrada, sobretudo, no voto do eminente Min. Relator, Prof. José Carlos Moreira Alves.

Dentre tantas virtudes e qualidades encontradas no referido voto, impressiona sobremaneira a incursão empreendida no Direito Comparado, com a separação, de um lado, dos sistemas legislativos que somente reputam definitiva a contratação quando acordes as partes sobre todas as cláusulas e condições do negócio (Portugal e Alemanha, importando tal princípio, no último país citado, em regra de interpretação aplicável na falta de expressa declaração das partes a respeito, como preleciona Fábio Konder Comparato, no artigo citado linhas abaixo), e, de outro, os que consideram perfeito o ajuste quando haja acordo sobre os pontos essenciais ou principais do negócio (Suíça e Áustria). Esse tratamento legislativo diversificado poderia sugerir que o tema não está sujeito a princípios científicos definitivamente sedimentados, resultando, antes, de opção do legislador, à vista das peculiaridades do respectivo ordenamento jurídico e das condições econômico-sociais; no que toca às promessas de contratar, todavia, parece-nos que a orientação legislativa deverá ser claramente definida em prol de sua execução específica, sob pena de essa etapa do procedimento negocial ter suas finalidades frustradas, como procuraremos demonstrar no item 4, abaixo.

3. Aspecto bastante interessante que foi discutido nas decisões comentadas refere-se à natureza da matéria *sub judice*. A questão foi primeiramente suscitada no voto vencido do Des. Abeylard Pereira Gomes, que, com apoio em J. X. Carvalho de Mendonça, concluiu tratar-se de matéria sujeita à disciplina do Direito Comercial. Esse entendimento foi endossado pelo eminente Min. Moreira Alves, que pôs em destaque as conseqüências práticas dessa colocação, resultantes do diverso tratamento acerca da conclusão dos contratos em nossas legislações civil e comercial: na primeira, basta que o *consensus* das partes se relacionem ao objeto e ao preço (CC, art. 1.126); já nos termos da legislação comercial, “o contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço, e nas condições...” (CCom., art. 191, 1.^a parte). Daí haver o ínclito Min. Relator concluído que “no direito comercial brasileiro só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar do contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados”.

Esse entendimento, contudo, não é unânime na doutrina nacional. Para o Prof. Fábio Konder Comparato, “a expressão *condições*, no texto do art. 191 do mesmo Código, não se refere a outros bens ou interesses, diversos dos *essentialia negotii*, mas aos próprios elementos do preço e da coisa, objeto principal do sinalagma contratual. Importa assinalar que ambos esses elementos, na compra e venda, não precisam ser precisos e determinados, bastando a sua determinabilidade. Quanto à coisa, é expresso o Código Comercial, em seu art. 192, figurando aí os lucros futuros a título meramente exemplificativo. Quanto ao preço, não são menos expressos os arts. 193 e 194. Em suma, a exigência de determinação precisa da coisa e do preço, na compra e venda, salvo estipulação expressa das partes a respeito, é manifestamente contrária ao ditado legislativo” (*in* artigo intitulado “Reflexões sobre as promessas de cessão de controle acionário”, publicado na RF 266/17 e segs.).

Se, no caso submetido a julgamento, havia ou não consenso a respeito do elemento essencial *pretium* é difícil aquilatar-se sem o exame dos quatro volumes dos autos, dados os ponderosos argumentos alinhados num e noutro sentido (em favor da tese da existência de acordo, cumpre considerar, além das manifestações contidas no acórdão, as observações do Prof. Comparato, expendidas no artigo citado).

4. Por derradeiro, parece-nos oportuno tecer algumas considerações acerca dos negócios de cessão de controle societário, de que constitui modalidade o submetido ao crivo do Judiciário no acórdão sob exame, para o que nos valem os das judiciosas lições do Prof. Fábio Konder Comparato, lançadas no artigo citado. Como elucida o preclaro jurista, os contratos preliminares constituem uma técnica empregada para a solução de variadas exigências econômico-sociais. Nas suas modalidades conhecidas por contratos-normativos, contratos-tipo ou contratos de adesão, a sua utilização decorre da “necessidade de estandardização dos contratos em série, fruto da produção industrial em massa e do consumo coletivo, como modos de ser típicos da vida em sociedade, numa civilização industrial”. Já na hipótese de contratações em que há uma grande complexidade dos bens ou interesses que constituem objeto das prestações das partes — como é o caso da negociação sobre a qual se manifestou o Judiciário, na

decisão comentada — recorre-se amiúde às modalidades de contratos preliminares conhecidas por pactos de preferência ou promessas de contratar. É compreensível que a cessão do poder de disposição sobre uma empresa, integrada por trinta e seis (36) lojas, instaladas e em funcionamento, obedeça a um *iter* mais alongado, denominado pela moderna doutrina contratual, como nos ensina Comparato, procedimento negocial (ordenação regular de atos tendentes à criação, modificação ou extinção de uma relação negocial). As promessas de contratar têm justamente por função tornar obrigatória a contratação, quando as partes não querem ou não podem, desde logo, contratar definitivamente. Após indagar sobre qual a relevante razão de ordem prática que orienta as partes no sentido da celebração de uma promessa de contratar, e não de um contrato definitivo subordinado a condição suspensiva ou a termo inicial, o preclaro jurista paulista apresenta as justificativas: “fundamentalmente, é a falta de precisão sobre todos os elementos do contrato definitivo. Com efeito, se esses elementos todos já são conhecidos e constituem objeto do acordo das partes, a duplicação negocial é perfeitamente inútil: ou se faz, desde já, o contrato definitivo, ou não se faz contrato algum. Daí por que constitui, segundo me parece, evidente paralogismo a posição dos que sustentam que a obrigatoriedade das promessas de contratar depende de um acordo geral sobre todos os elementos do contrato definitivo: como se multiplicação de promessas de contratar, nos dias que correm, se originasse de uma mania repetitiva ou de curioso vício de tartamudez jurídica. Atente-se para a necessária ocorrência desses dois fatos: as partes querem, desde logo, vincular-se à celebração de um contrato definitivo, embora ainda não tenham esclarecido ou concordado com todos os pontos desse futuro contrato. É exatamente essa combinação de *obrigatoriedade* e de *provisoriiedade* que constitui a *ratio essendi* do negócio”.

É evidente, também, que as maiores incertezas e indefinições residam na exata quantificação do preço a ser prestado por uma das partes, posto que o mesmo se refere a uma gama extremamente variada e variável de elementos. Isso não impede, todavia, que os contratantes já se ponham de acordo, preliminarmente, sobre o modo e a forma por que se deverá pautar essa quantificação, donde falar-se, com respaldo nos textos legais minuciosamente examinados pelo Prof. Comparato, em acordo sobre o preço. O que se nos afigura relevante é ter presente a seriedade e a definitividade desse tipo de ajuste, cujo escopo único e final é a cessão do controle societário, finalidade essa que restará totalmente frustrada se judicialmente o acordo vier a redundar na composição de perdas e danos, mormente se uma das partes, como no caso vertente, recebeu previamente uma vultosa importância que representava cerca de um quarto do valor total estimado da transação.

Mauro Rodrigues Penteadó

SOCIEDADE COMERCIAL — Responsabilidade limitada — Natureza — Cotas — Cessão — Falta de registro na Junta Comercial — Transformação em irregular — Solidariedade dos sócios cedentes — Ação de indenização procedente — Apelação provida — Voto vencido.

A falta de averbação na Junta Comercial, da cessão de cotas sociais, transforma a sociedade de responsabilidade limitada em irregular.