



Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tulio Ascarelli  
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,  
respectivamente anexos aos  
Departamentos de Direito Comercial e de  
Direito Econômico e Financeiro da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da  
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PIILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Coordenador:*

WALDÍRIO BULGARELLI

*Redatores:*

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES  
GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA,  
NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHIEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

*Edição e distribuição da*

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802  
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

*Diretor Presidente:*

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

*Diretor Superintendente:*

ANTONIO BELLINELLO

*Diretor Editorial:*

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

*Diretor de Produção:*

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

**MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO**

*Diretor:*

ROBERTO GALVANE

*Gerente:* KUNJI TANAKA

*Assistente:* MELISSA TREVIZAN CHIBANE

**CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433**

*Digitização e diagramação eletrônica:* CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2  
— Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA  
PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

# SUMÁRIO

---

## DOCTRINA

- **Minority withdrawal rights and the illiquidity problem; a comparative study between New York and Brazilian law on close corporations** — Flávio R. Bettega ..... 5
- **As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”** — Fábio Konder Comparato ..... 23
- **Execução específica de cláusula arbitral** — Celso Barbi Filho ..... 29
- **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária** — Luiz Alfredo Paulin ..... 39
- **O direito de recesso na incorporação, fusão ou cisão de sociedades** — Norma Jonssen Parente ..... 67
- **As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais** — José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo ..... 76
- **Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar** — Fábio Konder Comparato ..... 104

## ATUALIDADES

- **Alguns aspectos heréticos da Lei antitruste (Lei 8.884/94)** — João Luiz Coelho da Rocha ..... 108
- **A cédula de produto rural** — Waldirio Bulgarelli ..... 114

## JURISPRUDÊNCIA

- **Sigilo bancário — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ..... 119

## **CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO**

### **ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO**

Advogada em São Paulo, Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Econômico.

### **CELSO BARBI FILHO**

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais.

### **FÁBIO KONDER COMPARATO**

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

### **FLÁVIO R. BETTEGA**

Advogado em Curitiba; Mestre em Direito pela Tulane University, EUA.

### **HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA**

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

### **JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA**

Advogado no Rio de Janeiro.

### **JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA**

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Internacional Privado.

### **LUIZ ALFREDO PAULIN**

Advogado em São Paulo.

### **NORMA JONSSSEN PARENTE**

Prof.<sup>a</sup> da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Advogada.

### **WALDIRIO BULGARELLI**

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

## NOTA SOBRE A EXECUÇÃO ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR

FÁBIO KONDER COMPARATO

1. Fonte dos arts. 639 e 640 do CPC — 2. Estado atual do direito italiano, no que concerne à exegese da norma do art. 2.932 do "Codice Civile" — 3. A interpretação jurisprudencial do art. 639 do nosso CPC.

Em artigo publicado nesta Revista (32/77), posteriormente reestampado em *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial* (Rio, Ed. Forense, 1981, p. 228), examinei a questão das condições de exequibilidade das promessas de contratar, especificamente no tocante à cessão de controle acionário.

Volto agora ao tema, sob novo ângulo, analisando o efetivo alcance da regra consubstanciada no art. 639 do CPC, a qual admite, sob as condições aí fixadas, que a sentença judicial se substitua à declaração de vontade negocial devida pelo réu. Parece-me que uma investigação da fonte dessa disposição normativa pode ajudar a dissipar alguns equívocos de interpretação que se vêm manifestando, vez por outra, na prática contratual.

### 1. Fonte dos arts. 639 e 640 do CPC

É curioso verificar que a generalidade dos comentadores de nosso Código de Processo Civil desconhece a origem imediata dos dispositivos constantes dos arts. 639 e 640. Todos os autores, seguindo nesse passo Pontes de Miranda, apontam para o § 894, 1.ª alínea, da Ordenação Processual Civil alemã de

1950,<sup>1</sup> a qual consagrou a teoria da manifestação de vontade ficta. Mas os comentários que o grande juriconsulto escreveu sobre o Código de 1973 nada mais foram do que uma adaptação ao novo direito do que havia antes escrito sobre o Código de 1939. Escapou-lhe, então, o fato óbvio de que os artigos mencionados do nosso estatuto processual em vigor constituem a tradução, pura e simples, das normas contidas no art. 2.932 do CC italiano de 1942.

Basta conferir:

Art. 2.932. Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto "(1) Se colui che è 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 che produca gli effetti del contratto non concluso. (2) Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il

1. "§ 894. Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung (1) Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Vorschriften der §§ 726, 730 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist."

trasferimento della proprietà de una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di um altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.”

Art. 639. 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 produz o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Art. 640. Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exível.

Essa identidade normativa aconselha, como medida de elementar *prudentia iuris*, que, antes de avançarmos qualquer interpretação das citadas normas do nosso Código de Processo Civil, examinemos o entendimento que a doutrina e a jurisprudência italiana deram ao disposto no art. 2.932 do CC/42.

## 2. Estado atual do direito italiano, no que concerne à exegese da norma do art. 2.932 do “Codice Civile”

O entendimento prevalecente, entre os autores italianos, a respeito da natureza do provimento jurisdicional regulado nesse dispositivo do Código Civil, vai no sentido de considerá-lo de efeito constitutivo e não condenatório.<sup>2</sup> Enten-

de-se, em consequência, que o autor da demanda judicial exerce nesse particular um autêntico direito potestativo, segundo a concepção de Chiovenda.

Daí por que é quase unânime a opinião de que a norma foi mal colocada no capítulo do Código Civil dedicado à execução forçada (se é que um Código Civil deve conter normas tão claramente processuais). Observa-se, a esse propósito, que os efeitos da sentença judicial produzem-se de imediato, com o seu trânsito em julgado, sem que haja necessidade de uma ulterior atividade executiva.<sup>3</sup>

Em consequência, como salientam os autores e confirma a jurisprudência italiana, a sentença proferida com base na norma do art. 2.932 do CC produz sempre efeitos *ex nunc*, não podendo, em hipótese alguma retroagir à data do descumprimento do contrato.<sup>4</sup>

*L'esecuzione forzata, Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno*, t. 20, Turim (Utet), 1985, p. 320.

3. Entre nós, Pontes de Miranda propende pela natureza condenatória da sentença prevista no art. 639 do CPC, com base em um argumento fraquíssimo de mera localização do dispositivo: “Temos de partir de um argumento capital: o art. 639 está no Cap. III (Da execução das obrigações de fazer e de não fazer), que é o Título II (Das diversas espécies de execução). Portanto, qualquer que haja sido a alteração no texto do Código anterior, a ação continua na classe das ações executivas” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. X, Rio, Forense, 1976, p. 120).

4. Como decidiu a Corte de Cassação, em acórdão de 12.4.79 (*apud* Mazzamuto, op. cit., p. 321, nota 31), “l'assetto negoziale che, in conformità di quanto programmato con il contratto preliminare, derivi dalla stipulazione del contratto definitivo, ovvero dalla pronuncia della sentenza di cui all'art. 2932, integra una conseguenza del verificarsi di condizioni inerenti al preliminare medesimo, così che non può importare che gli effetti negoziali definitivi retroagiscano alla data di stipulazione di quest'ultimo, ovvero a quella di scadenza dei termini di adempimento in esso previsti.”

2. Gian Antonio Micheli, *Esecuzione Forzata, Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, libro sesto, Tutela dei Diritti*, arts. 2.910-2.969, Bolonha (Zanichelli) e Roma (Foro Italiano), 1972, pp. 192 e ss.; S. Mazzamuto,

Por outro lado, é indisputável na Itália a opinião de que esse provimento judicial, substitutivo da vontade de um contratante, só pode ser dado quando foram rigorosamente cumpridas as *condiciones legis*, exatamente porque o juiz somente está autorizado a interferir nas relações contratuais privadas, em suprimento à vontade das partes, nos casos e sob as condições que a lei estritamente estabelece. Os interesses em causa são sempre privados e não públicos. Se as próprias partes contratantes não cuidaram de estipular em seu próprio interesse, não compete obviamente ao Poder Público fazê-lo em lugar delas.

Assim, como bem salientou um autor,<sup>5</sup> se as partes de alguma forma estipularam a obrigação de negociações e acertos ulteriores para concluir o contrato definitivo, ao juiz é obviamente defeso “forçar a mão” e impor a um dos contratantes uma declaração de acordo sobre aquilo que a outra parte pretende ou propõe.

Daí por que a unanimidade da doutrina e da jurisprudência italianas exige, logicamente, que o pacto preliminar, para poder ser convertido pelo juiz em contrato definitivo, contenha todos os elementos essenciais deste, conforme a sua natureza típica. É somente assim que o princípio da autonomia da vontade no negócio jurídico vem a ser respeitado.

A condição legal de possibilidade (*qualora sia possibile* no texto italiano; “sendo isso possível” no nosso Código de Processo) refere-se exatamente a essa exigência lógica, no quadro sistemático do ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

No tocante à outra *condicio legis* — a não exclusão do contrato *ope iudicis* pelo título obrigacional — deve-se notar que a jurisprudência italiana a interpreta

num sentido rigorista: é indispensável que a obrigação de contratar esteja contida *expressis verbis* no pacto preliminar, não se podendo inferir essa obrigação da existência de uma cláusula penal, por exemplo.<sup>7</sup>

### 3. A interpretação jurisprudencial do art. 639 do nosso CPC

A exegese dessa norma processual, colocada pelo legislador de 1973 no capítulo do processo de execução, mais precisamente da execução das obrigações de fazer e não fazer, fixou-se a partir do acórdão do STF que julgou o RE 88.716 do Rio de Janeiro.<sup>8</sup> Nele, a nosso tribunal maior proclamou que “o art. 639 do CPC pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encarados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar”. Esse entendimento veio a ser confirmado, alguns anos após, quando do julgamento, pela mesma Suprema Corte, do RE 104.557.<sup>9</sup>

Não há dúvida que essa orientação jurisprudencial é rigorista, na medida em que exige, para o provimento judicial regulado no mencionado dispositivo do Código de Processo Civil, que todos os elementos do negócio jurídico definitivo — não só os essenciais, mas também os acidentais — estejam presentes no negócio preliminar. Como observou com razão Pontes de Miranda, é mister distinguir entre a obrigação de celebrar o contrato definitivo e a obrigação que constitui o objeto deste. Parece óbvio que se o contrato preliminar já contém todos os elementos e requisitos do negócio definitivo, a conclusão deste último se revela supérflua.<sup>10</sup>

7. *Idem*, *ibidem*, p. 355.

8. *RTJ* 92/250.

9. *RTJ* 114/844.

10. *Op. cit.*, t. X, p. 115.

5. G. A. Micheli, *op. cit.*, pp. 191-192.

6. Cf. Mazzamuto, *op. cit.*, pp. 354-355.

De qualquer modo, ao falar em “elementos essenciais e acidentais” do contrato definitivo, não resta dúvida que a jurisprudência de nosso mais alto tribunal fez alusão à conhecida distinção, de origem medieval, entre os *essentialia*, os *naturalia* e os *accidentalia* do negócio jurídico.<sup>11</sup> Os primei-

ros são os elementos cuja concorrência é indispensável à própria existência do negócio jurídico, como a determinação da coisa e do preço na compra e venda. Os *naturalia negotii* designam os elementos complementares de um negócio típico, modificando o regramento que resulta da lei, tal como a estipulação sobre assunção dos riscos que pesam sobre a coisa. Finalmente, são *accidentalia* todas as demais regras jurídicas que só existem quando estipuladas pelas partes: é o caso das condições e dos prazos.

11. A distinção é claramente exposta em Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlim-Heidelberg-Nova York (Springer-Verlag), 1979, § 6.<sup>o</sup>, 2 e em Emilio Betti, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 2.<sup>a</sup> ed., Turim (Utet), 1960, pp. 184 e ss.