

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro



132

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
outubro-dezembro/2003

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 132 — outubro-dezembro de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES	
— CALIXTO SALOMÃO FILHO	7
THE SARBANES-OXLEY ACT AND THE RULES APPLICABLE TO FOREIGN COMPANIES: THE POSSIBLE IMPACTS ON THE CAPITAL MARKETS	
— ANDREA FERNANDES ANDREZO	25

ATUALIDADES

OS TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL VIGENTE	
— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	55
DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO DAS AÇÕES PREFERENCIAIS COM DIVIDENDO DIFERENCIADO	
— JORGE LOBO	60
O PROTESTO DE TÍTULO DE CRÉDITO EM QUE CONCORDATÁRIO FIGURA COMO DEVEDOR DIRETO	
— VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO	64
O ACORDO GERAL SOBRE O COMÉRCIO DE SERVIÇOS (GATS) E O TURISMO SUSTENTÁVEL	
— HEE MOON JO	77
ALIENAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA E SUCESSÃO TRIBUTÁRIA	
— HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA	87
OS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS À LUZ DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA INSTRUÇÃO CVM 393	
— JOÃO PAULO F. A. FAGUNDES	96
O CONTROLE DO ESTADO EM SETORES ESTRATÉGICOS	
— LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA e MARCELO COSAC	106

ESPAÇO DISCENTE

I — Textos Diversos

CONTRATOS COLIGADOS	
— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI	111

A SOCIEDADE EUROPÉIA: COMENTÁRIOS E REPRODUÇÃO DO
REGULAMENTO 2.157/2001

— CARLOS EDUARDO VERGUEIRO 129

II — Textos de Direito e Economia

O CONTRATO PRELIMINAR, O NOVO CÓDIGO CIVIL E A ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO

— THEREZA MARIA SARFERT FRANCO MONTORO 151

CONTRATO PRELIMINAR — BREVE ANÁLISE DOS ARTS. 462 A 466 DO
CÓDIGO CIVIL

— MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE MARQUES 156

TEORIA DOS JOGOS: POR UMA PROPEDÊUTICA À ELABORAÇÃO
RACIONAL DA DECISÃO

— LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO 160

ALGUNS CONCEITOS ELEMENTARES DE TEORIA DOS JOGOS.
Uma análise sucinta de aspectos potencialmente relevantes

— ESTEVAN LO RÉ POUSADA 166

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS (ÁGUA) FORNECIDOS POR EMPRESA
CONCESSIONÁRIA — DIREITO AO CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO

— HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 177

TEXTOS CLÁSSICOS

A ATIVIDADE DO EMPRESÁRIO

— TULLIO ASCARELLI (tradução de ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA) 203

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANDREA FERNANDES ANDREZO

Mestre em Contabilidade (USP) e em Direito (*Columbia University*). MBA Gestão Financeira e Risco (FIPECAFI/USP). Mestranda em Direito Comercial (USP). Advogada (PUC/SP). Contadora (USP)

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

CARLOS EDUARDO VERGUEIRO

Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

ESTEVAN LO RÉ POUSADA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara do Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Curso de Pós-Graduação da Universidade de Franca

(UNIFRAN). Coordenador do NUPAZ (Núcleo de Pesquisa sobre Conflito e Justiça) da Universidade São Francisco (USF). Advogado e Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Mestre em Direito pela *New York University*. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Consultor Legislativo de Direito Comercial e Econômico do Senado Federal

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOÃO PAULO F. A. FAGUNDES

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP. Mestre em Direito (LL.M) pela *Northwestern University School of Law*. Advogado em São Paulo

JORGE LOBO

Livre Docente em Direito Comercial pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Mestre em Direito (LL.M) pela Universidade de Virgínia, EUA. Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO

Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do

Campo. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA

Mestre em Direito Comercial Internacional pela *Noire Dame University*, Inglaterra

MARCELO COSAC

Advogado

MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE
MARQUES

Doutoranda da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogada em São Paulo

THEREZA MARIA SARFERT FRANCO MONTORO

Mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogada em São Paulo

VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO

Doutorando e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Professor no Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, na Graduação da Faculdade de Direito da UFMG e na Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — PUC/MG. Advogado

Espaço Discente

CONTRATO PRELIMINAR — BREVE ANÁLISE DOS ARTS. 462 A 466 DO CÓDIGO CIVIL*

MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE MARQUES

Uma das inovações do Código Civil foi a disciplina do contrato preliminar em seus arts. 462 a 466 (inseridos na Parte Especial, Livro I — Do Direito das Obrigações, Título V — Dos Contratos em Geral, Capítulo I — Disposições Gerais, Seção VIII — Do Contrato Preliminar).

Da leitura desses artigos, poder-se-ia concluir que o legislador não seguiu entendimento relativo à matéria semelhante ao exposto pelo Ministro Moreira Alves em seu voto proferido no RE 88.716-RJ (STF, 2ª Turma, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 11.9.1979), voto este no qual o Ministro concluiu que, no Direito Comercial brasileiro, o vínculo contratual preliminar ou definitivo somente se forma quando as partes estabelecem, mediante acordo, o conteúdo de todas as cláusulas contratuais, as quais podem se referir a elementos essenciais ou acidentais do contrato. Estabelecido o conteúdo de todas as cláusulas do contrato preliminar, se as partes pretenderem celebrar o contrato definitivo, não podem desrespeitar o acordo sobre os pontos da operação já acertados no contrato preliminar, a cujo adimplemento as partes estão vinculadas. Além disso, não se admite, no

sistema jurídico brasileiro, que o juiz substitua as partes para preencher pontos do contrato a respeito dos quais elas não entraram em acordo.

Referida conclusão parece possível porque, de acordo com os arts. 462 e 463 do Código Civil, para ser caracterizado como preliminar, o contrato deve conter todos os requisitos essenciais do contrato definitivo. Uma vez que esses dispositivos legais não fazem menção aos elementos acidentais do contrato definitivo, não seria necessário, para a conclusão do contrato preliminar, o acordo das partes a respeito deles.

Por outro lado, os arts. 463 e 464 do Código Civil determinam que qualquer das partes de um contrato preliminar que contenha os requisitos essenciais do contrato definitivo, e não contenha cláusula de arrependimento, é titular do direito de exigir da outra parte a celebração do contrato definitivo, no prazo por ela assinado. Esgotado este prazo, poderá o juiz, a pedido da parte interessada, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar. Note-se que, de acordo com o art. 464, citado acima, o juiz não pode suprir a vontade da parte inadimplente para preencher pontos do contrato a respeito dos quais não houve acordo — o juiz somente pode suprir a vontade da parte inadimplente para conferir caráter definitivo ao contrato preliminar. Portanto, poder-se-ia concluir, também da leitura dos

* Texto da prova apresentada e avaliada pela Professora Rachel Sztajn, responsável pela disciplina DCO 57103 — "Condições Gerais dos Negócios e Contratos por Adesão", do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em junho de 2003.

arts. 462, 463 e 464 do Código Civil, que o legislador seguiu entendimento relativo ao contrato preliminar semelhante ao exposto pelo Ministro Morcira Alves em seu voto proferido no recurso extraordinário, acima indicado.

Ocorre que, qualquer que seja a conclusão a que se chegue quanto aos elementos do contrato definitivo que o contrato preliminar deve conter, a análise meramente estrutural desta figura contratual não oferece resposta às seguintes questões: se as partes de um contrato preliminar tiverem de nele estabelecer todas as cláusulas do contrato definitivo, qual a utilidade do contrato preliminar? Admitindo-se que o contrato preliminar deva conter somente os elementos essenciais do contrato definitivo, a parte que se recusa a concluir o contrato definitivo, e demonstrar em juízo que as circunstâncias nas quais se deu a celebração do contrato preliminar (e, conseqüentemente, o acordo sobre os elementos essenciais do contrato definitivo) sofreram alterações relevantes, pode ter sua vontade suprida pelo juiz?

Um contrato que contenha todas as cláusulas de contrato a ser celebrado no futuro, mas contenha também disposição segundo a qual, caso as circunstâncias em que se deu o acordo sobre essas cláusulas sofram alterações relevantes, as partes obrigam-se a renegociar referidas cláusulas, sob pena de pagamento de multa penitencial, pode ser caracterizado como um contrato preliminar?

As respostas às questões acima expostas somente podem ser obtidas mediante análise funcional do contrato preliminar.

Vincenzo Roppo, em sua obra *Il Contratto*,¹ conceitua o contrato preliminar como o contrato que obriga suas partes a concluírem ou celebrarem, no futuro, um determinado contrato (contrato definitivo).

Afirma que a principal característica do contrato preliminar é a cisão dos efeitos

contratuais por ele promovida: para a efetiva realização de uma operação unitária, produzem-se primeiramente os efeitos obrigacionais do contrato preliminar, e somente depois os efeitos (eventualmente reais) do contrato definitivo. Referida cisão atende a interesses das partes como, por exemplo, do comprador que não dispõe dos recursos necessários ao pagamento do preço do bem que pretende adquirir, e do vendedor que não pretende transferir a propriedade do bem antes de receber o pagamento integral do preço. Nessa hipótese, o contrato preliminar vincula ambas as partes — o que lhes dá segurança — e dá ao promitente vendedor a garantia da manutenção da propriedade do bem.

O autor ressalta como principal função do contrato preliminar o controle sobre a qualidade da prestação programada, sobre a conformidade dos bens ou das prestações ao programa contratual, explicando que, caso os bens ou prestações integrantes do programa contratual deixem de se adequar a este, a parte prejudicada pode recusar-se a concluir a operação prevista no contrato preliminar, negando-se a celebrar o contrato definitivo.

Observa que, embora a parte prejudicada em um contrato definitivo, em cujo cumprimento constate-se desequilíbrio entre prestação e contraprestação, possa valer-se dos remédios que lhe são assegurados por lei ou pelo próprio contrato (garantia, resolução, ressarcimento etc.), tem de promover medidas judiciais para exercer os direitos de que é titular e, portanto, a posição em que se encontra a parte de um contrato preliminar, a qual se recusa a celebrar o definitivo, é preferível, por ser menos onerosa.

Quanto aos requisitos do contrato preliminar, Roppo explica que o objeto imediato do contrato preliminar é a conclusão do definitivo, enquanto seu objeto mediato são as mesmas prestações a serem cumpridas pelas partes sob o contrato definitivo.

Explica também que a distinção entre contrato preliminar e contrato definitivo é

1. V. Roppo, *Il Contratto*, Milão, Giuffrè, 2001, pp. 651-679.

conceitualmente clara, mas, na prática, nem sempre é possível estabelecer-se prontamente essa distinção — em caso de dúvida, deve-se interpretar o contrato preliminar de modo a reconstruir-se a vontade das partes.

Observa que geralmente o contrato definitivo é mais “completo” que o contrato preliminar que o precede, sendo que este último também tem como função dar às partes contratantes mais tempo para negociarem e elaborarem as cláusulas do contrato definitivo.

Os remédios contratuais aplicáveis ao contrato preliminar, segundo o referido autor, podem ser divididos em remédios de extinção do contrato e remédios de adequação do contrato, os quais o conservam, modificando-o.

A importância dos remédios de adequação do contrato preliminar resulta da constatação de que a aplicação do dogma da imodificabilidade do contrato preliminar, o qual prevê os efeitos que o contrato definitivo necessariamente tem de produzir, nem sempre é racional ou eficiente sob o aspecto econômico.

Em *Law and Economics*, a relevância do estabelecimento, pela lei, pela jurisprudência, ou pelas partes de mecanismos que estimulem a renegociação dos contratos é constantemente ressaltada, pois essa renegociação reduz o custo social relacionado a demandas judiciais e à extinção de contratos.

Richard Craswell, em seu texto “Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach”,² discute os possíveis incentivos para que as partes mantenham suas relações contratuais. Ao analisar as razões que levam as partes a cumprir ou não os contratos por elas celebrados, dá ênfase aos custos de renegociação, e explica que os efeitos dos remédios contratuais não dependem da facilidade da renegociação *ex post*.

2. R. Craswell, “Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach”, *Southern California Law Review*, mar. 1998.

Defende que os remédios contratuais são instrumentos de alocação de riscos e, por essa razão, podem influenciar a decisão *ex post* das partes contratantes de cumprir ou descumprir as obrigações por elas assumidas, e diversas outras decisões dessas partes que não podem ser facilmente corrigidas mediante renegociação *ex post*. Aqueles remédios também afetam os incentivos para que as partes adotem medidas preventivas do descumprimento das obrigações contratuais, incentivos esses cuja eficiência depende da qualificação daqueles remédios como *overcompensatory* ou *undercompensatory*, e da existência de mecanismos substitutivos dos referidos remédios.

Steven Shavell, em seu texto *Economic Analysis of Contract Law*,³ toma por base os conceitos de contratos completos (que são aqueles que prevêm e contêm disposições relacionadas a todas as condições relevantes para a realização da operação econômica) e incompletos (os quais, por oposição, contêm lacunas) e observa que geralmente a função dos tribunais é interpretar estes contratos, preenchendo suas lacunas e resolvendo suas ambigüidades, de modo a maximizar o bem-estar social.

O autor expõe algumas razões pelas quais a maioria dos contratos é incompleta — devido aos esforços e custos envolvidos na previsão e negociação das conseqüências de contingências possíveis, ao custo da execução de uma disposição contratual, à impossibilidade de verificação de algumas contingências pelos tribunais, à expectativa das partes de que as conseqüências da falta de previsão contratual não lhes causarão excessivo prejuízo — e explica que o problema relacionado à interpretação dos contratos incompletos é a expectativa das partes de que as lacunas destes contratos sejam preenchidas pelos tribunais como se as próprias partes houvessem-nas preenchido.

3. S. Shavell, *Economic Analysis of Contract Law*, Working Paper 9696. <<http://www.nber.org/papers/w9696>>, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research, mai. 2003.

Afirma que contratos incompletos devem conter prefixação moderada de perdas e danos, a qual permite que as partes deixem de cumprir o contrato quando esse cumprimento for muito oneroso, e funciona como incentivo ao cumprimento não muito oneroso do contrato, enquanto contratos completos devem prefixar altas indenizações por perdas e danos. Observa que a execução específica não é o remédio contratual adequado a contratos incompletos.

Diante do acima exposto, e mediante uma análise funcional do contrato preliminar, conclui-se que, para que seja caracterizado como preliminar, o contrato deve estabelecer um programa para a vinculação final das partes, bastando, para isso, que contenha os elementos essenciais do contrato definitivo, elementos esses que podem ser renegociados pelas partes contratantes, na ocorrência de um evento que provoque desequilíbrio na alocação de riscos estabelecida em razão das circunstâncias vigentes quando da celebração do contrato preliminar.

As partes podem completar o contrato preliminar entre elas celebrado, elencan-

do uma série de eventos cuja ocorrência durante o prazo desse contrato acarretaria alteração relevante das circunstâncias em que se deu o acordo sobre elementos essenciais do contrato definitivo, e/ou tornaria o objeto mediato do contrato preliminar inadequado ao programa contratual sob ele estabelecido, e que, conseqüentemente, obrigaria as partes a renegociarem as cláusulas do contrato preliminar, sob pena de multa penitencial significativa, que funcionasse como estímulo à renegociação dessas cláusulas.

A cláusula de arrependimento a ser inserida em um contrato preliminar tem de representar um estímulo à renegociação para ambas as partes.

Por fim, importante observar que, no contrato preliminar, definem-se estratégias e metas de um programa contratual. A teoria dos jogos é perfeitamente aplicável à definição das estratégias e estímulos a serem adotados na negociação e eventual renegociação do contrato preliminar, para que se atinjam as metas pretendidas, ou seja, para que efetivamente se cumpra o programa contratual previsto.