

EDITORA PADMA LTDA.
Presidente: Osmundo Lima Araújo

Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC
Ano 7, vol. 26, abril a junho de 2006

ISSN 1518-2010

Diretor: Gustavo Tepedino

Conselho Editorial

Antônio Pinto Monteiro, Antonio Junqueira de Azevedo, Encarna Roca, Jean Beauchard, Luiz Edson Fachin, Pietro Perlingieri, Ricardo Pereira Lira, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Editora: Maria Celina Bodin de Moraes

Coordenador Editorial: Bruno Lewicki

Conselho Assessor

Ana Luiza Maia Nevares [Atualidades-Resumos de Teses e Dissertações], Anderson Schreiber [Doutrina], Caitlin Sampaio Mulholland [Jurisprudência], Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho [Ensaio e Pareceres], Carlos Nelson Konder [Atualidades-Notícias], Gisela Sampaio da Cruz [Observador Legislativo], Leonardo Mattiello [Resenha Bibliográfica]

Estagiária: Milena Gianni

Capa e Projeto Gráfico: Simone Villas-Boas

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Revisão: Fernando Guedes

A Revista Trimestral de Direito Civil é produzida no âmbito do convênio de colaboração científica e editorial firmado entre a Editora Padma, a Editora Renovar e o Instituto de Direito Civil — IDC.

Contribuições, correspondências e pedidos de intercâmbio poderão ser enviados para a Editora PADMA, na Rua Antunes Maciel, 177 – São Cristóvão – RJ – CEP 20940-010 Tel.: (21)2580-8596, ou para os e-mails: rtdc@uol.com.br e rtdc@yahooogroups.com

O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário

JUDITH MARTINS-COSTA

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. Inadimplemento Contratual. O fenômeno da *supracontratualidade*. Contrato e operação econômica. Estrutura molecular, e não atomística, de operação de “descruzamento” acionário. O *sinálagma contratual*, em vista da conjugação de contratos com conexão finalística. Exame do princípio do equilíbrio. Dever contratual de renegociar a operação em razão de desequilíbrio superveniente (*hardship*). Boa-Fé Contratual. Código Civil, art. 422. Avaliação do inadimplemento de um dos contratos e sua repercussão no conjunto de contratos inseridos na coligação contratual que efetivou a operação empresarial. Critérios. Inadimplemento de *deveres de proteção* (laterais, anexos, ou instrumentais). *Violação positiva do contrato*. Deslealdade contratual: o contratante que, após concluir um contrato, busca, junto ao CADE, a desconstituição do negócio clamando a sua “ilegalidade” e a sua “afronta ao interesse público” incorre em conduta contraditória e desleal, apanhada pela vedação ao *venire contra factum proprium*. Código Civil, art. 187. Ilícitude no exercício do direito.

PARECER

Oferecido aos Doutores

A.B. e P. F. pela Professora

JUDITH MARTINS-COSTA

Porto Alegre, setembro de 2005.

1. Consulta. 2. Quesitos 3. Parecer. 4. I Parte: Da “estrutura molecular” da operação econômica em causa e suas repercussões no *sinálagma contratual*; A) Contrato e operação econômica: o fenômeno da “supracontratualidade”: (i) a utilidade contratual; (ii) equilíbrio contratual. B) As eficácias do complexo negocial em causa; (i) ineficácia parcial e negócios complexos; (ii) ineficácia perante terceiros e eficácia *inter partes*. 5. II Parte: O inadimplemento contratual por parte da Companhia B; A) A violação positiva do contrato como espécie de inadimplemento: (i) deveres

de prestação e deveres de proteção (laterais, anexos ou instrumentais; (ii) a violação positiva do contrato. B) *O venire contra factum proprium* como espécie de ilicitude civil; (i) confiança e "expectativa legítima"; (ii) o art. 187 do Código Civil. 6. III Parte: Conclusões.

I. CONSULTA

Os ilustres Colegas Doutores A.B. e P.F., advogados da COMPANHIA A honram-me com o pedido de parecer acerca de contratos firmados entre aquela empresa e a COMPANHIA B, relatando, para tal fim, o que segue.

"Em 31.12.00, a Companhia A, a Companhia B e outras sociedades firmaram complexo negócio pelo qual visaram a promover o "descruzamento" de suas participações acionárias, de sorte que a Companhia A deixaria de participar do controle da Companhia B e o mesmo ocorreria do lado da Companhia B em relação ao controle da Companhia A.

É que até o início do ano de 2001, a COMPANHIA A fez parte do bloco de controle da Companhia B. A Companhia B, por sua vez, fazia parte do bloco de controle da Companhia A por intermédio de sua controlada Companhia B F. Corp., que, por seu turno, integrava o bloco de controle da Companhia Apar, controladora da Companhia A.

Integravam o bloco de controle da Companhia B, ainda, a Companhia C e a Companhia D (por intermédio de sua controlada T. Participações Ltda., além de outros acionistas vinculados por acordo de acionistas).

Por sua vez, o bloco de controle da Companhia Apar, a *holding* controladora da Companhia A, era composto por Companhia C e Companhia D, por intermédio da V. Participações S/A e ainda G. S/A, além de outros dois acionistas.

O negócio de "descruzamento" acionário foi precedido por longas negociações entre Companhia A e Companhia B durante o ano de 2000, participando, ainda, das negociações Companhia C e Companhia D. Entre as condições estabeleceu-se que, ao final da operação de "descruzamento", (i) Companhia B e Companhia A não teriam mais qualquer vínculo acionário; e (ii) a JR não adquiriria a participação da Companhia A pelo mesmo preço ofertado à Companhia C e Companhia D; (iii) **em compensação** à sua retirada do bloco de controle da Companhia B sem remuneração, a Companhia A teria mantidos os direitos de preferência respeitadamente à "Mina de Canela", que lhe haviam sido assegurados pelo acordo de acionistas da Companhia B.

Em junho de 2000 a Companhia B, Companhia C, Companhia D, V. Participações; e G. S/A, celebraram promessa de compra e venda de ações relativas ao pretendido "descruzamento" acionário. Nesse contrato, estabeleceu-se, entre outras obrigações, a de fazer contrato relativo à Mina Canela ("Contrato da Canela") como condição precedente à implementação das compras e vendas.

Em dezembro do mesmo ano, a Companhia B, a Companhia C, Companhia D, V. Participações e G. S/A celebraram vários ajustes visando já o "descruzamento" acionário. O mais importante deles foi, para o que concerne ao objeto da Consulta, o ajustado em 18 de julho de 2002 e intitulado "Contrato Estabelecendo Regras a Contratos de Compra e Venda", que chamaremos de "Contrato de Base". Nesse "Contrato de Base" a interdependência entre o "Contrato de Canela" e os demais ajustes componentes do "descruzamento" acionário é esclarecida, nos seguintes termos:

"2.3. Independentemente de estarem formalizados em instrumentos distintos, os negócios jurídicos estabelecidos neste Contrato, no Contrato de Compra e Venda de Ações Companhia B, e no Contrato de Compra e Venda de Ações Companhia Apar, são negócios jurídicos reciprocamente dependentes, sendo intenção das partes que um negócio não tenha eficácia sem que os demais também a tenham, sem prejuízo, no entanto, do disposto no Parágrafo 7.4". (negritos atuais).

Esse parágrafo 7.4 tem a seguinte redação:

"7.4. O não cumprimento por qualquer uma das Partes de qualquer disposição deste Contrato por ação ou omissão, culposa ou dolosa dessa Parte, dará à Parte Afetada o direito, à sua livre escolha, (i) de terminar este Contrato, o Contrato de Compra e Venda de Ações Companhia B, o Contrato de Compra e Venda de Ações Companhia Apar e, conseqüentemente, os contratos acessórios; (ii) de promover a execução específica da obrigação e/ou (iii) de exigir perdas e danos incorridos pela Parte Afetada como resultado do inadimplemento, sendo certo que em caso da colaboração financeira do Banco X e da BPar não ser aprovada por qualquer motivo, nenhuma indenização será devida ou reclamada a qualquer título" (negritos atuais).

Posteriormente, a operação de "descruzamento" acionário e seus desdobramentos foram levados ao CADE. No processo administrativo, a Companhia B, abertamente, defendeu que o direito de preferência, que ela concedera à Companhia A, seria nocivo ao mercado e à legislação antitruste e, portanto, não deveria receber a chancela daquela autarquia.

Em (...), foi publicada decisão do CADE, na qual o referido Conselho determinou a alteração do contrato celebrado entre a Companhia A e a Companhia B, relativo à Mina Canela, para que fossem excluídas todas as cláusulas relativas ao direito de preferência concedido à Companhia A.

Tendo presentes estes fatos, os Consulentes apresentam os seguintes quesitos:

2. QUESITOS

1. É correto afirmar que o contrato no qual se ajustou a preferência de aquisição do excedente de minério da Mina da Canela e os demais, relativos aos “descruzamento” das participações da Companhia A e da Companhia B, são negócios coligados? Em caso afirmativo, qual a consequência jurídica da invalidade ou ineficácia de um desses contratos coligados em relação a todo o negócio?

2. Há alguma repercussão jurídica da conduta da Companhia B que, depois de celebrar um negócio no qual conferiu um direito à Companhia A (consistente na preferência à aquisição de minério excedente de uma mina), passou a arguir a ilegalidade desse mesmo negócio no CADE?

2. Haveria um dever jurídico da Companhia B de defender a concretização da obrigação que ela assumiu ao conceder os direitos de preferência à Companhia A?

3. Pode-se dizer que a Companhia B, ao sustentar a ilegalidade do acordo de preferência — negócio do qual ela própria participou — violou os deveres de cooperação e lealdade que as partes devem guardar nos seus negócios?

4. Pode a Companhia A optar entre reclamar o desfazimento do negócio e requerer apenas uma indenização da Companhia B pela conduta desta?

Os Consulentes enviam cópia dos seguintes documentos:

- a) Contrato Estabelecendo Regras a Contratos de Compra e Venda (“Contrato de Base”);
- b) Contrato de Canela;
- c) Manifestação dos ilustres procuradores da Companhia B nos autos do processo Atos de Concentração — CADE — ns. (...);
- d) Manifestação dos ilustres procuradores da Companhia B, em referência ao Ofício n. (...) CADE;
- e) Parecer subscrito pelo ilustre Advogado Dr. N. E., datado de 23 de janeiro de 2001;
- f) Parecer subscrito pelo ilustre Professor C. F., datado de 18 de julho de 2005.

Passo a examinar, em separado, o meu parecer.

Porto Alegre, 15 de setembro de 2005

Judith Martins-Costa

3. PARECER

A análise da matéria jurídica submetida à minha apreciação exige a prévia compreensão do contexto, fático e jurídico, no qual se põe o “Contrato de Canela” como elemento de

uma complexa operação econômica de “descruzamento” acionário que envolveu a realização de um grupo de contratos encadeados por conexão finalista e funcional. O sinalagma no qual repousava a operação de “descruzamento” acionário foi quebrado pela recente decisão do CADE expurgando o direito de preferência concedido à Companhia A, sendo necessário examinar as soluções que as próprias partes previram à hipótese de *desequilíbrio superveniente*, bem como a extensão, no grupo contratual, da possível *ineficácia* de um dos contratos (Primeira Parte). Subsequentemente será preciso averiguar a conduta das partes em face dos deveres contratuais, tanto aqueles expressamente assumidos quanto os decorrentes do princípio da boa-fé, examinando-se as hipóteses de inadimplemento por violação positiva do contrato e de ilicitude conseqüente à incursão, por parte da Companhia B, no vedado *venire contra factum proprium* (Segunda Parte). Finalmente, será hora de cuidar do exame das conseqüências concretas do inadimplemento já em chave conclusiva, finalizando-se com a resposta pontual aos quesitos propostos (Terceira Parte).

4. I PARTE: DA “ESTRUTURA MOLECULAR” DA OPERAÇÃO ECONÔMICA EM CAUSA E DAS SUAS REPERCUSSÕES NO SINALAGMA E NA EFICÁCIA CONTRATUAL.

O exame dos deveres contratuais assumidos pelas partes não se pode limitar ao conteúdo do “Contrato de Canela”, uma vez que esse é tão-somente um dos elos de uma operação jurídico-econômica complexa na qual os diversos negócios jurídicos estão encadeados e inter-relacionados por conexão finalista e funcional, o todo compondo e comportando os interesses correspondentes que conformam o sinalagma contratual (A). Nessa conexão de negócios expressivos de interesses econômicos avulta a compreensão das eficácias que geram, bem como a repercussão da eventual ineficácia de parte dos contratos no todo negocial (B).

A) CONTRATO E OPERAÇÃO ECONÔMICA: O FENÔMENO DA “SUPRACONTRATUALIDADE” E SUA PROJEÇÃO NO EXAME DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

1. Os contratos configuram — na repetida afirmação de ROPPO — “a veste jurídica de operações econômicas”, o conceito jurídico “contrato” refletindo, por isso mesmo, “sempre uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos

quais cumprem, de diversas maneiras, uma *função instrumental*¹. Por esta razão “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de *operação econômica*”. Isto significa dizer que, como instituto jurídico o “contrato” é o instrumento para a realização convencional de um **programa econômico**, em vista do qual as partes estabelecem regras, distribuindo os respectivos riscos e benefícios, de modo que

“il contratto infatti, si pone come titolo di un rapporto economico sottostante [razão pela qual] la valenza economica dell'affare dedotto nel contratto si manifesta tramite gli interessi propri delle parti contraenti, nei quali prende corpo il programma economico negoziale”².

Se essa afirmação é verdadeira para o geral dos contratos, com muito mais razão o será para aqueles pactuados no âmbito da atividade empresarial.

2. Aí, mais do que alhures, será imprescindível a adequada percepção da operação econômica de base, razão cabendo a COMPARATO ao propor a obrigatória adoção, no trabalho hermenêutico, do critério funcional, que leva a perquirir, nas relações de direito empresarial, “as finalidades da regra” pois,

“não há inteligência exata das regras jurídicas empresariais sem a compreensão dos interesses econômicos em causa”⁴.

3. A análise dos “interesses econômicos em causa” já foi excelentemente procedida pelo Professor C. F., a cujo parecer me reporto. Aduzo apenas que o caso concreto é um exemplo do que vem sendo apontado como a “estrutura molecular” em direção a qual pende a atividade empresarial na atualidade. Como expressivamente aludiu RODIÈRE vivemos “a

*passagem da era atomística à era molecular do direito das sociedades*⁵”, o que é reiterado pelo jurista português JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, para quem, hoje em dia, na fisionomia da prática empresarial, o “átomo cedeu lugar à molécula”⁶.

Conquanto o Direito Societário tenha sido constituído, tradicionalmente, como o direito da sociedade individual e independente, assim já não o é na atualidade. “Todo o edifício jurídico-societário”, observa ANTUNES, “arranca dum modelo pressuposto da sociedade comercial como uma entidade econômica e juridicamente autônoma”⁷. Porém esse modelo tradicional se choca frontalmente com os fenômenos do controle intersocietário, das associações de interesses e dos grupos (formais ou informais) entre empresas, de modo que, mais do que “inadequação” do modelo tradicional para analisar a realidade “molecular” se poderia falar, em rigor, “em total oposição”⁸ entre um e outro modelo, cabendo, por isso, ao intérprete, um cuidadoso trabalho de adaptação entre os textos legais e a realidade.

4. A “passagem do átomo à molécula” não é, porém, revelada apenas pela extraordinária emergência dos grupos e associações societárias e pelo fenômeno do controle intersocietário que dali advém. É igualmente traduzida pela emergência dos agrupamentos contratuais, cadeias contratuais, coligações de contratos, grupos de contratos, redes contratuais, contratos relacionais, sistemas contratuais — denominações variadas que etiquetam uma mesma realidade fenomênica, qual seja, a **da interligação de negócios jurídicos diversos unidos, todavia, por conexão econômica, funcional e/ou finalística**.

Desde os anos 70 do século XX, proclamam os autores, o contrato “não mais aparece como um continente soberbamente isolado”, mas como “a ilha de um arquipélago animado por uma vida coletiva”⁹. Descobre-se que o conceito de “conjunto” ou “coligação contratual”

5 Citado por ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*. 2ª edição. Coimbra. Almedina, 2002, p. 44.

6 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª edição. Coimbra. Almedina, 2002, p. 43.

7 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª edição. Almedina, Coimbra, 2002, p. 45.

8 ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª edição. Almedina, Coimbra, 2002, p. 45.

9 CABRILLAC, R. “Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale”. *Mélanges Marty*, 1978, p. 235, n. 28, apud BACHACHE-GIBELI, Mireille. *La Relativité des Conventions et les Groupes de Contrats*. Paris, L.G.D.J., 1996, p. 35, em tradução livre. No original: “Le contrat n’apparaît plus comme ‘un continent superbement isolé’ mais comme ‘l’île d’un archipel animé d’une vie collective’”.

1 ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra, Almedina, 1988, p. 7, grifos meus.

2 ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra, Almedina, 1988, p. 8, grifos do autor.

3 UDA, Giovanni Maria. *La Buona Fede nell'esecuzione del contratto*. Turim, Giapichelli, 2004, p. 273.

4 COMPARATO, Fabio Konder. Alienação de Controle de Companhia Aberta, in *Direito Empresarial*. São Paulo, Saraiva, 1ª edição, 2ª tiragem, 1995, p. 76.

corresponde a uma realidade econômica que merece qualificação jurídica. Sublinha-se a imbricação econômica entre os contratos que participam de uma mesma operação global¹⁰ e distingue-se entre as “cadeias” e os “conjuntos” ou “grupos” contratuais, as primeiras unidas por um mesmo objeto (prestação contratual), os segundos, agrupados pela identidade de fim.

Esses conjuntos ou coligações de contratos¹¹ podem concatenar negócios diversos — contratos preliminares, subcontratos, cessões de posições contratuais, mandatos, novações, opções, direitos de preferência, etc. — todos consistindo, entretanto, em operações realizadas umas em função das outras, pois os contratos coligados são unidos por um mesmo objetivo de ordem econômica e são concluídos em vista da realização de uma **operação global**¹². Como tive oportunidade de assinalar em outra sede¹³, na base desse fenômeno estão operações econômicas *múltiplas, complexas e conexas*, embora marcadas pela já mencionada *unidade finalista*.

5. Com efeito, nas estruturas contratuais complexas, como no caso em exame, um ajuste serve como meio para alcançar fins a serem concretizados mediante outros vários contratos, de modo a caracterizar-se uma espécie de “*coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexa econômico, funcional e sistemático*”¹⁴. Por essa razão, mais do que evidenciar a singularidade de um ajuste atípico, deve o jurista, nesses casos, perceber que está frente a um contrato que só é compreensível, econômica e juridicamente, se for alcançada a idéia de “supracontratualidade”, que está no cerne tanto dos conjuntos quanto das redes ou sistemas contratuais. Essa é também a perspectiva do jurista argentino Ricardo Lorenzetti, para quem, *in verbis*:

“Assim como há uma finalidade perseguida através de um contrato, e isto motivou uma categorização muito útil para o Direito, há uma finalidade supracontratual. Nesta,

10 BACHACHE-GIBELI, Mireille. *La Relativité des Conventions et les Groupes de Contrats*. Paris, L.G.D.J., 1996, p. 35; idem, TEYSSIE, Bernard. *Le Groupe de contrats*. Paris, L.G.D.J., 1975.

11 Na doutrina brasileira estudaram o tema PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998; e LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, em especial pp. 128-172.

12 BACHACHE-GIBELI, Mireille. *La Relativité des Conventions et les Groupes de Contrats*. Paris, L.G.D.J., 1996, p. 37.

13 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 257.

14 Assim LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 137, negritamos.

as finalidades econômico-sociais são distintas ou mais amplas das que existem nos contratos social ou legalmente típicos, de modo tal que estes últimos são usados instrumentalmente para alcançar àquelas”¹⁵.

6. O termo “supracontratualidade”, utilizado pelo jurista argentino, é fortemente *expressivo, pois, conforme se observa (e diferentemente do que se verifica na contratação tradicional, marcada pela idéia da existência de interesses distintos e convergentes a ligar as partes num contrato)*, estas práticas negociais são pontuadas pela idéia de uma **comunidade de interesses** que só será alcançada pela conjugação do que vem disposto nos contratos individualmente considerados.

Evidentemente, tal estrutura econômica tem importantes reflexos no plano dogmático/hermenêutico. Exige, por exemplo, a ultrapassagem de uma visão atomista (como se cada um dos contratos integrantes da rede, conquanto, *juridicamente* autônomo, fosse também funcional e economicamente independente) para alcançar o reconhecimento de uma unidade finalista, no caso, plenamente apreensível e compreensível no âmbito do antes referido projeto de “decrucamento” acionário. Por conseqüência, **requer a percepção da irradiação de efeitos próprios ao conjunto contratual** — efeitos esses que não se confundem com aqueles próprios aos diversos contratos nela engendrados, pois os deveres instrumentalizados pelos contratos singulares não podem ser compreendidos de forma isolada, atomística ou desconexa, apenas sendo apreensíveis na integralidade de sua *ratio à vista do conjunto, completamente considerado*.

7. É no mesmo conjunto contratual que devem ser deduzidos tanto a *utilidade* quanto a *sinagema* no qual repousa o equilíbrio contratual¹⁶. Com integral razão, portanto, novamente LORENZETTI, ao assinalar:

“O enfoque não pode se basear no contrato, *mas na interação de um grupo de contratos que atuam de forma relacionada*, de modo que o contrato é um instrumento para a realização de negócios”¹⁷.

8. Um encadeamento contratual, em que os diversos negócios estavam unidos por

15 LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contractos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo I, p. 40, em tradução livre.

16 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 256.

17 LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contractos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo I, p. 54, negritei.

conexão funcional e finalista foi justamente o que se verificou na operação de "descruzamento societário" entre Companhia A e Companhia B, que visou organizar, entre antigos parceiros, "novas regras de convivência e comunhão", separando áreas de atuação para que, equilibrada e cooperativamente, um dos ex-sócios atuasse fortemente na área de mineração; o outro, na siderurgia¹⁸. O **programa econômico** que subjaz ao contrato como instituto jurídico, justificando a sua existência enquanto tal, só existe, portanto, em vista do grupo de contratos efetivamente concluídos, tal como expressa o "Contrato de Base" destinado, justamente, a reger aquele conjunto de negócios jurídicos.

É, portanto, sob essa perspectiva que deve ser averiguado o jogo de vantagens e desvantagens contrapostas, conformador da peculiar relação de equilíbrio que forma o sinalagma contratual.

9. Na verdade, o "Contrato de Canela" — cujas previsões integram nuclearmente a base *contratual objetiva*¹⁹ — possui, no complexo contratual, um "valor idiossincrático"²⁰, por enquadrar-se no sinalagma contratual e atuar como significativa parte do preço, como demonstraram os Professores C.F. e N. E. Por isso o seu inadimplemento compromete tanto (i) a **utilidade** do negócio completivamente considerado, como (ii) o seu **equilíbrio**, noções a serem precisadas **em vista do legítimo interesse econômico visado pelo negócio**.

18 Assim o já mencionado parecer do Professor C. F., pp. 7 e 8.

19 O conceito de "base contratual objetiva" foi desenvolvido por Larenz para quem essa base é formada pelas "circunstâncias e o estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambas as partes, como regulação dotada de sentido" (LARENZ, Karl. *Base do Negócio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 170). Nos fundamentos do conceito está a constatação da função atribuída ao contrato e da sua relação com a realidade social, pois o regramento das relações jurídicas entre determinadas partes é condicionado, em maior ou menor medida, pelas circunstâncias sociais existentes que determinarão as ações e as escolhas das partes, *in verbis*: "as partes, quando celebram um contrato, levam em consideração determinadas circunstâncias de caráter geral, como, por exemplo, a ordem econômica ou social existente, o poder aquisitivo da moeda, as condições normais do tráfico, sem as quais o contrato não alcança o seu escopo" (idem, p.314). Se, após a conclusão do contrato, sucederem modificações fundamentais nas circunstâncias consideradas pelas partes contratantes no momento da ponderação dos seus interesses e distribuição dos riscos, fazendo com que o contrato perca completamente seu sentido originário e implique conseqüências diferentes daquelas planejadas pelas partes ou que razoavelmente deveriam projetar, o direito deverá tutelar tais situações para que a injustiça não se perpetue em nome da segurança jurídica (idem, p. 97).

20 Assim a expressão do Professor C. F., no parecer citado.

(I) A UTILIDADE CONTRATUAL

9.1. A utilidade constitui um princípio fundamental da Teoria Geral dos Contratos, servindo para justificar a sua própria força obrigatória²¹. A utilidade do contrato liga-se ao legítimo interesse econômico visado pelo negócio. E este constitui — na palavra de RUY ROSADO DE AGUIAR JR. — justamente "o interesse do sinalagma", pois,

"Interesse é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência, daí dizer-se que o credor está interessado na prestação do credor (SIC)²². [...] A prestação que desatender a esse interesse, porque já não tem a capacidade de suprir a necessidade do sujeito credor, é **uma prestação inútil**. É preciso, portanto, estabelecer em que consiste o interesse a que a prestação está ligada. *Certamente é o interesse que decorre do próprio sinalagma, onde existem prestações correspectivas em equivalência, podendo ser objetivamente estabelecido qual o interesse que a prestação prometida iria satisfazer, de acordo com a sua natureza e a experiência comum*²³".

Por isso mesmo, cabe ao intérprete — na caracterização da utilidade do negócio — compor dados de dupla ordem: de um lado, os elementos objetivos fornecidos pela regulação contratual, completivamente considerada; de outro, os "elementos subjetivos", que residem "na necessidade que tem o credor"²⁴,

"em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa. **Não os motivos ou desejos que eventualmente o anima-**

21 GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. In: *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 26, Paris, Sirey, 1981, p. 41. Mais recentemente, em *Avant-propos* a JAMIN C., e MAZEAUD, D. *La nouvelle crise du contrat*. Paris, Dalloz, 2003, pp. 2-3.

22 AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, pp. 132 e 233. Por evidente lapso de digitação, nesta última expressão constou "prestação do credor", e não "prestação do devedor".

23 AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 133, grifei.

24 Assim expus em MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 253.

vam, mas a expectativa resultante dos dados fornecidos pelo contrato, por isto, legítima”²⁵.

Portanto, trata-se de um **interesse objetivado**, e de uma **utilidade objetiva**, que devem ser recortados à vista da operação econômica em causa, é dizer: do que as partes dispuseram no comum regulamento de interesses, cabendo ao juiz apreender o interesse e a utilidade com base na natureza da prestação e das regras comuns de experiência (CPC, art. 335).

(II) EQUILÍBRIO CONTRATUAL

10. O “interesse do sinalagma” repousa na correspectividade, é dizer, no **equilíbrio ou simetria entre as prestações recíprocas**. Como demonstraram os Professores C. F. e N. E., em seus respectivos pareceres, o asseguramento à Companhia A do direito de preferência para a aquisição da produção excedente da Mina de Canela e para a aquisição da própria Mina, na hipótese de a Companhia B querer aliená-la a terceiros, foi a **contrapartida da alienação das ações da Companhia B de propriedade da Companhia A para terceiros**. O mencionado direito de preferência integra, pois, com **caráter de essencialidade**, o programa econômico traçado pelas partes, compondo o sinalagma, isto é, a “estrutura imanente” que, nos negócios marcados pela bilateralidade e cumutatividade, “liga prestação e contraprestação” e “estabelece um ‘programa’ para as partes”²⁶.

Aliás, esse **caráter de comutação** está claramente expresso na cláusula VI.1.1 do “Contrato de Canela”, em que se lê terem as partes condicionado a concessão do direito de preferência à Companhia A à alienação da totalidade de sua participação acionária na Companhia B.

25 AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 133, negritamos.

26 As expressões entre aspas são de AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (tu quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. Assunção pelos contratantes de riscos específicos e impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido. Parecer*, in: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 170.

O direito de preferência se apresentava assim, seja do ponto de vista estritamente obrigacional, seja sob uma análise econômico-jurídica, justamente como “mecanismo de busca do equilíbrio negocial do descruzamento”²⁷.

10.1. Já nos inícios do século XIX o Visconde de Cairu, o fundador do Direito Comercial brasileiro, averbava, em lições ainda atualíssimas, ser requisito essencial da validade dos contratos mercantis o procedimento de boa-fé, a causa legítima e a ausência de lesão²⁸. Hoje em dia, o Código Civil, albergando as obrigações empresariais, contém mecanismos de manutenção do sinalagma, pela restauração do equilíbrio rompido por fato superveniente (revisão) ou pela extinção (resolução) dos contratos que ainda não esgotaram seu ciclo formativo por excessiva onerosidade (art. 478). A doutrina mais recente²⁹, assim como as normas do Direito europeu, aludem, inclusive, a um **dever de renegociar os contratos desequilibrados**, que nasceria, para alguns, do princípio da boa-fé, para outros, do princípio do equilíbrio. Os *Principles of European Contract Law* acolhem no art. 6.111 a regra segundo a qual os contratos devem ser cumpridos tal qual pactuados, “ainda quando resultem mais onerosas como consequência de um aumento dos custos de execução ou por uma diminuição do valor da contraprestação recebida” (6.111 (1)). Entretanto, o mesmo artigo estabelece (2) o dever, às partes, **de renegociar uma adaptação do contrato**, segundo se confirmem, ou não, algumas condições³⁰. Os Princípios UNIDROIT também prevêem, no art. 6.22, as condi-

27 Assim o citado parecer do Professor C.F., p. 9.

28 “Os essenciais requisitos dos Contractos mercantis, para serem validos, consistem em que: (...) 2º — Procedão em boa fé (...) 6º — Haja titulo real ou causa legitima que o obrigue à prestação. (...) 9º — Não haja lesão enorme, e menos enormissima”. (LISBOA, José da Silva. *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*. 6ª ed. Tomo II. Rio de Janeiro, Typographia Academia, 1874, p. 470).

29 Vg., CESARÒ, Vincenzo Maria. *Clausola di Rinegoziazione e Conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Roma. ESI, 2000; SAN MIGUEL PRADERA, Lis-Paula. *La excesiva onerosidad: una propuesta de regulacion europea*, in: *Bases de un Derecho Contractual Europeo — Bases of a European Contract Law*. (org.). ESPIAU, Santiago, e VAQUER ALOY, Antoni. Valencia. Tirant lo Blanch, 2003, pp. 371-384; RESCIGNO, Pietro. *Sulla codificazione tedesca della Geschäftsgrundlage*. In: *Estudios de Derecho Civil — Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hínestrosa — 40 años de Rectoría*. Tomo III. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.119-126. MARTINEZ VELENCOSO, Luz Maria. *La alteración de las circunstancias contractuales — un análisis jurisprudencial*. Madrid. Civitas, 2003.

30 Tais quais: a excessiva onerosidade superveniente à conclusão do contrato; a impossibilidade de previsão da alteração das circunstâncias pelas partes, segundo o *standard* da razoabilidade; e a impossibilidade de exigir, da parte afetada, que suporte o risco da modificação das circunstâncias. Nesses casos, as partes devem renegociar; não alcançando acordo em prazo razoável, o juiz ou tribunal poderá por

ções necessárias para a existência da *hardship*, muito embora a previsão não seja idêntica à dos Princípios do Direito Contratual Europeu (*Principles of European Contract Law*). Mais recentemente, o próprio direito interno alemão, após a grande reforma do Direito das Obrigações, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002, prevê, no § 313, condições para a revisão do contrato por significativa alteração das circunstâncias.

Em suma: o traço a sublinhar é que, nascida da autonomia privada, a cláusula de *hardship* (e o conseqüente dever de renegociar o contrato a que conduz) hoje já encontram previsão em textos de ordem legal ou paralegal. Isto porque interessa à ordem pública valorizar as situações de disfuncionalidade do contrato como “*veste jurídica*” de uma determinada operação econômica sempre que a disfunção é causada por uma injustificável desproporção ou por um desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, seja o desequilíbrio causado pelo mercado³¹, seja pela incidência da ação estatal na regulação da ordem econômica³².

Nesta perspectiva, as previsões legais e paralegais acima mencionadas sinalizam a relevância dada ao sinalagma e à utilidade econômico-social do contrato, falando-se mesmo de um *princípio do equilíbrio contratual* implícito àqueles institutos que autorizaria, inclusive, responsabilizar terceiro por intromissão indevida que contribui para o inadimplemento contratual³³.

226

fim ao contrato ou adaptá-lo, de maneira que as perdas e ganhos resultantes da modificação de circunstâncias supervenientes “se distribuam entre as partes de forma equitativa e justa”.

31 STJ. REsp 256456 / SP; Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª — QUARTA TURMA. J. em 22/03/2001. In: DJ 07.05.2001 p. 147. Ementa: “COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do C. Comercial). Recurso conhecido e provido”.

32 Nesse sentido, o pioneiro acórdão do TJRS na Ap. Cív. 586053548, Sexta Câm. Cív., rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, j. em 24.03.1987, *in verbis*: “Revisão judicial do contrato. Não é ‘contrato aleatório’, por isso excluído da possibilidade de revisão, a venda a futuro de feijão-soja, cujo preço contratado veio a tornar-se inferior ao mínimo oficial por força da inflação e da aplicação da tabela deflacionária cruzeiro/cruzado. De preferência à resolução ou anulação, cabe aí a revisão da condição-preço, que deve, pela intervenção judicial, elevar-se à igualdade com o preço mínimo da garantia. As normas instituidoras de preços mínimos não se destinam a privilegiar determinado setor da economia, mas a mantê-lo minimamente capitalizado e produtivo, no interesse de toda a sociedade. Trata-se, pois, de normas de ordem pública (...)” (grifei).

33 Exemplificativamente, AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função

10.2. Pois bem: na espécie, as próprias partes, no exercício da autonomia privada se vincularam contratualmente a uma obrigação de fazer³⁴, qual seja, a de **renegociar, segundo a boa-fé, em caso de desequilíbrio resultante da ação do CADE**³⁵. Trata-se de *dever de prestação* — mais especificamente, *dever secundário de prestação*, substitutivo da prestação principal, residindo a sua fonte no momento genético do contrato³⁶. É que, prevendo a eventual impossibilidade de prestar derivada da apreciação do CADE escreveram, com todas as letras, no “Contrato Estabelecendo Regras Aplicáveis a Contratos de Compra e Venda” (“Contrato Base”) pactuado em 18 de julho de 2000:

7.8. Caso o CADE determine (a) o desfazimento de um ou mais negócios jurídicos estabelecidos neste Contrato, no contrato de Compra e Venda de Ações Companhia B ou no Contrato de Compra e Venda de Ações Companhia Apar, ou (b) os aprove impondo condições, **as Partes concordam em negociar de boa-fé ou adotar condutas para alcançar resultados semelhantes aos originalmente objetivados** com a celebração deste Contrato, desde que sejam aceitáveis pelo CADE.

11. Ora, o “Contrato de Canela” é um dos negócios jurídicos “estabelecidos” no Contrato datado de 18 de julho de 2000, justamente **para servir de base e elo de ligação entre os vários ajustes integrantes do conjunto contratual**, sendo expressamente mencionado na sua cláusula 1.1.12. Por conseqüência, verificada a hipótese prevista na norma contratual acima transcrita, cabe acatar as conseqüências ali também previstas.

227

Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual. In: *Revista dos Tribunais*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p. 113-120.

34 Conquanto, em regra, a obrigação de renegociar constitua obrigação de meios, na espécie afigura-se obrigação de fazer por conta dos termos empregados na cláusula contratual. A análise do elemento textual e o emprego das expressões “**ou adotar condutas para alcançar resultados semelhantes aos originalmente objetivados** com a celebração deste Contrato” (grifamos) indica a vinculação assumida quanto à obtenção de um resultado, a saber: alcançar resultados semelhantes aos visados pelo contrato original.

35 A vinculação entre a boa-fé e o equilíbrio resultante da comutatividade das prestações, por forma a promover a tutela do contratante prejudicado, já era objeto da elaboração dos juristas romanos, como demonstra VACCA, Letizia. Buona Fede e Sinalagma Contrattuale. In: GAROFALO, L. (org.). *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV. Pádua, CEDAM, 2003, p. 331 e ss.

36 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 72 e 96, na esteira de ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra, Almedina, 2001, p. 67 e ss.; e MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Cessão de Contrato*. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 279 e ss.

Assim sendo, há *dever jurídico*, de índole contratual, de renegociar ou “adotar condutas” que restabeleçam a base econômica negocial, configurando a adoção dessas “condutas” *ato devido* a que o devedor se encontra vinculado por causa da obrigação preexistente³⁷, e, como tal, exigível para caracterizar o adimplemento contratual.

12. Tão valorado é, aliás, pelo Ordenamento, o sinalagma nos contratos bilaterais que, mesmo no caso da impossibilidade de prestar nos negócios que dependem de licença, considera-se, **como regra geral**, que o devedor da prestação assume o risco de que o resultado (a prestação principal) se efetive. Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva,

“Se tal não ocorrer, e se não houver a mencionada cláusula [n.: refere-se à cláusula de exclusão de responsabilidade] não poderá o devedor alegar ausência de culpa”³⁸.

13. Oportunamente qualificarei a ação da Companhia B que incentivou a restrição apontada pelo CADE ao sustentar a “ilegalidade” e a “afrenta do interesse público” do contrato que havia firmado para beneficiar-se com o incumprimento. O que importa agora, todavia, é evidenciar que a Companhia A tem *pretensão renegociatória*, podendo exigir da Companhia B (inclusive postulando a imposição de *astreintes*) que retorne à mesa de negociações, visando buscar solução que refaça a higidez do equilíbrio rompido, uma vez que as partes também pactuaram que aquele “Contrato Base”, pactuado em de 18 de julho de 2000, constituía, *verbis*,

“uma obrigação legal válida e vinculante de cada uma das Partes, exequível contra ela de acordo com os seus termos e condições” (cláusula 5.1, *in fine*).

14. Assim, inadimplido o dever contratual de renegociar, tem a Companhia A (i) pretensão contratual à revisão, por renegociação, **de modo a alcançar compensação equivalente ao benefício que esperava auferir pela concessão do mencionado direito de preferência, e pelo restante do prazo previsto contratualmente**.

Estando prevista no Contrato a mencionada obrigação de fazer, em caso de recusa incidem as regras do Código de Processo Civil (arts. 580³⁹, 632, 638, parágrafo único)

37 CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4ª ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 95.

38 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 127.

39 Tenha-se presente a observação de Araken de Assis, *in verbis*: “(...) a única maneira segura de reputar infungível o objeto da prestação, na obrigação de fazer, desponta no interesse do credor. Ele deverá ser

podendo a Companhia A postular a imposição de *astreintes*, na forma do art. 645 do mesmo diploma legal; (ii) se a recusa persistir, incide o art. 247 do Código Civil, havendo, então, pretensão indenizatória.

15. Os mesmos critérios que presidem o dever de renegociar — equilíbrio, utilidade e sinalagma — informarão o exame da eficácia contratual, para saber se a ineficácia de um dos negócios atinge, por reflexo, o todo, ou resta limitada à parte especificamente declarada como ineficaz.

B) AS EFICÁCIAS DO COMPLEXO NEGOCIAL EM CAUSA

16. Como é sabido, a distinção entre os planos da validade e eficácia, devida a Windscheid⁴⁰, tem largo curso no Direito brasileiro, tendo sido sistematizada por Pontes de Miranda⁴¹. Posteriormente, aportes importantes, como os de Antonio Junqueira de Azevedo⁴² foram adicionados, permitindo distinguir, na categoria dos negócios jurídicos, entre os elementos de existência; os requisitos de validade; e os fatores de eficácia⁴³.

Ao contrário da invalidade, a eficácia não atinge o suporte fático (*Tatbestand*), não é déficit do negócio jurídico: é “o não-ser das suas conseqüências”⁴⁴. É “fator”, como diz Junqueira de Azevedo, palavra que designa “tudo o que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte”⁴⁵. Por isso a eficácia está sujeita, em larga medida,

avaliado, pelo órgão judiciário, nos termos do art. 634, *caput* (“se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do interessado, decidir que aquele...”). (ASSIS, Araken. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI — AT5 566 A 645. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 20). E ainda: “a *astreinte* constitui meio executório poderoso e eficiente, aplicável com vantagens inexecutíveis para executar de modo específico as obrigações de fazer infungíveis (idem, p. 422).

40 WINDSCHEID, B. *Diritto delle Pandette*, Tomo I. Tradução italiana de FADA, Carlo, e BENZA, Emilio. UTET, Turim, 1902, pp. 326 e ss., em especial n. 82.

41 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomos I a IV. Borsó, Rio de Janeiro, 1954.

42 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2002.

43 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 29-30.

44 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, § 529. Rio de Janeiro, Borsó, 1955, p. 68.

45 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 30.

à autonomia privada, que pode determinar o seu espectro, podendo ser suspensa, condicionada, ou sobrevir e até mesmo retroagir, ser direta, anexa ou reflexa⁴⁶, e, mais ainda, podendo ser **mensurada por graus**.

17. A doutrina distingue entre ineficácia absoluta e relativa, entre o negócio que é ineficaz apenas “para certa pessoa, ou tempo, ou lugar, ou no tocante a outro dado da realidade da vida”⁴⁷, sendo eficaz para outra ou outras pessoas⁴⁸. Distingue ainda entre a ineficácia simples, ou pendente (“negócio incompleto”), a ineficácia parcial (que atinge apenas parte de negócio complexo) e a ineficácia relativa (ou inoponibilidade) quando o negócio jurídico, conquanto válido e eficaz entre as partes, não é oponível a terceiros⁴⁹. Como explica Pontes de Miranda:

“Os exemplos mais vulgares de ineficácia relativa são o do ato de disposição, se há, em proteção de alguma pessoa, proibição de alienar, ou, em geral, de dispor, e a do ato de disposição em fraude de execução. (...). O disponente continua com sujeito forçado do direito de que ineficazmente dispôs só relativamente a alguma, ou algumas pessoas. (...) Dispôs, e não é por interesse próprio, nem por vontade própria, que continua como titular; o sistema jurídico força-o a esse meio caminho, a esse permanecer na titularidade”⁵⁰.

17. Na espécie, diante dos negócios realizados e da decisão do CADE determinando a exclusão do direito de preferência concedido à Companhia A no “Contrato de Mina de Pedra”, é preciso distinguir: (i) de um lado, se houve, efetivamente, mero caso de ineficácia parcial; e, de outro (ii) se, mesmo ineficaz para os efeitos a que se destinava (parte do preço do “descruzamento” acionário) e para terceiros, o negócio remanesce com uma eficácia interpartes. Examinemos esses dois pontos.

46 Por todos, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV. Rio de Janeiro, Borsó, 1955.

47 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, § 529, Rio de Janeiro, Borsó, 1955, p. 69.

48 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, § 531, Rio de Janeiro, Borsó, 1955, p. 73.

49 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 53.

50 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, § 531, Rio de Janeiro, Borsó, 1955, p. 73.

(I) INEFICÁCIA PARCIAL E NEGÓCIOS COMPLEXOS

18.1. Quando há negócio complexo, como ocorre com os pactuados por via de teias ou de cadeias contratuais, e uma parte, apenas, apresenta-se ineficaz (ou até mesmo nula) pode o negócio remanescer **se, em vista da totalidade, a parte nula ou a parte ineficaz não contagiar o todo, considerada a finalidade do negócio e a utilidade concreta que dele era lícito esperar**. Nesse caso incide o princípio da conservação do negócio jurídico.

Porém o **princípio da conservação não é absoluto**, encontrando seus lindes na utilidade concreta a que estava predisposto o negócio. Assim já o sabiam os juristas romanos, cuja concepção prática do Direito fez da idéia de **utilidade** a medida do Direito (*mesura ius est utilitas, ius et utile unum atque idem*).

A idéia de utilidade está, pois, na raiz do princípio da conservação, como expressa o brocardo *utile per inutile non vitiatur*, máxima que impõe a conservação do que seja útil, mas não “qualquer conservação”, pois os limites à conservação estão em que: (a) o negócio seja divisível e, (b) que o negócio residual,

“tenga entidad propia y satisfaga suficiente y equilibradamente los intereses concretos de las partes”⁵¹.

18.2. O critério determinante da conservação ou não do negócio encontra-se, pois, na averiguação da utilidade que do mesmo possa ser retirada, em vista do “interesse do sinalagma que, como acima acentuado, é o critério presidente da utilidade do negócio. Se, pela declaração de ineficácia de um dos contratos for atingido o sinalagma que ampara o conjunto contratual (como se verificaria na espécie), decorrerá, como lógica consequência que a ineficácia (ou a nulidade) de parte **alcança a utilidade do negócio completamente considerado**, atingindo, assim, o todo e não meramente a parte.

Portanto, não caberá declarar a ineficácia parcial, havendo, ao contrário, **a extensão da ineficácia** da parte para o todo. É o que já assinalara N. E., em seu valioso parecer, ao concluir:

“em se tratando de contratos ligados com relação de dependência recíproca, como ocorre na presente hipótese, a eventual determinação de ineficácia ou a imposição de

51 PADILLA, Maria Luisa Marin. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 105.

alterações substanciais ao Contrato de Canela repercutiria diretamente sobre os direitos e obrigações acordados nos demais contratos (...) ⁵²”.

Isto porque — acertadamente previram as partes — estaria a ser atingido o sinalagma contratual.

18.3. Com efeito, as partes expressamente pactuaram, no “Contrato de Base” — como consectário da dependência recíproca entre os vários negócios que operacionalizaram o “descruzamento” societário —, que a ineficácia de um atingiria a todos. É o que está expresso, com todas as letras e cristalina clareza na cláusula 2.3 da declaração negocial de 18 de julho de 2000, segundo a qual, afirmaram ser “**intenção das partes que um negócio não tenha eficácia sem que os demais também a tenham, sem prejuízo, no entanto, do disposto no Parágrafo 7.4**”.

18.4. Sendo certo que o vigente Código Civil (incidente à espécie na forma de seu art. 2.035) acolheu uma noção de declaração negocial informada pelo *princípio da confiança* (art. 112 c/c art. 113), que valoriza o aspecto social da declaração (“intenção consubstanciada na declaração”, *ex vi* do art. 112) ⁵³, a pactuação acima reproduzida gerou, no mínimo, eficácia interpartes, como agora examinarei.

(II) INEFICÁCIA PERANTE TERCEIROS E EFICÁCIA ENTRE AS PARTES

19. Acima observei que o Direito brasileiro conhece casos de ineficácia relativa, de modo que, mesmo não homologado ou aprovado pelas autoridades públicas, pode o contrato irradiar efeitos entre as partes.

19.1. Primeiramente, porque a submissão ao CADE não é fator de eficácia para todo o negócio realizado, mas apenas ao que tange à matéria concorrencial. Além do mais, poderia o contrato não vigorar para aqueles efeitos, mas ter eficácia entre as partes para outras conseqüências, como, exemplificativamente, efeitos restitutórios (relativamente ao que foi recebido pela Companhia B sem causa sinalagmática ⁵⁴), e para efeitos indenizatórios (Código Civil, arts. 884 e 927).

52 N. E., Parecer citado, p. 24.

53 LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado. Parte Geral*, vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 306 e ss.

54 Para o conceito de “causa sinalagmática” v. FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa). Tese de doutorado

19.2. Mais se acentua a eficácia interpartes em razão do *princípio da confiança* que no sistema do vigente Código Civil domina a Teoria do Negócio Jurídico.

A noção de Negócio Jurídico particularizada pela atenção à confiança legitimamente despertada nos parceiros contratuais e nos demais membros da comunidade pelas declarações e pelo comportamento negocial, estando posta na Parte Geral do Código Civil incide a **quaisquer atividades negociais**, inclusive as interempresariais. A vinculação pela confiança ainda mais se acentua quando o negócio jurídico é de índole contratual, uma vez que, então, situa o Código a conduta segundo a boa-fé e a proibidade como fonte de deveres contratuais de comportamento (art. 422).

O deslizamento em direção à confiança como fundamento dos negócios jurídicos, esclarece MOTA PINTO, em seu aprofundado estudo, conquanto tenha raízes já nos autores dos finais do século XIX, afirmou-se, nos finais do século XX pela idéia de a responsabilidade do declarante ser **ligada à geração de expectativas**, constituindo “*papel fundamental do direito (...) assegurar a protecção de expectativas*” ⁵⁵, o que levou Luhmann, na Sociologia do Direito, a perspectivar a ordem jurídica justamente pelo prisma da institucionalização das expectativas ⁵⁶. A doutrina civilista observa:

“o Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela *necessidade de proteger a confiança* que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele” ⁵⁷.

19.3. Assim, mesmo que, por absurdo, fosse seccionada, *in casu*, a eficácia, para atingir-se por ineficácia apenas o Contrato de Canela, ainda assim subsistiria, entre as partes, eficácia quanto à **responsabilidade** decorrente da legítima crença da Companhia A na intenção consubstanciada na declaração negocial acima transcrita, ainda que não se caracterizasse (como, de fato, se caracterizou) inadimplemento contratual imputável.

defendida junto à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, agosto de 2001.

55 MOTA PINTO, Paulo. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 31.

56 A observação é de MOTA PINTO, Paulo. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 31.

57 MENEZES CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil Português — I — Parte Geral*, Tomo 1, Coimbra, Almedina, 2ª ed., 2000, p. 305, grifei.

20. À luz dessas idéias, vigentes no Direito positivo brasileiro, posso alcançar já as seguintes conclusões parciais:

(i) o “Contrato de Canela” não pode ser interpretado isoladamente do conjunto contratual em causa, pela qual foi viabilizada a operação econômico-jurídica de “descruzamento” acionário entre Companhia B e CVRS, como bem apontou o Doutor N. E., no parecer oferecido à Companhia A;

(ii) diante da decisão do CADE respeitadamente ao “Contrato de Canela”, quebrando o sinalagma do complexo contratual em causa e desfazendo a base objetiva do “programa econômico” subjacente, a Companhia B tem o dever de renegociar a operação, segundo a boa-fé, conduzindo-se de modo a propiciar à Companhia A ações que sirvam “para alcançar resultados semelhantes aos originalmente objetivados” com a celebração do Contrato datado de 18 de julho de 2000.

(iii) recusando-se a Companhia B a renegociar, na forma do contrato acima mencionado, tem a Companhia A pretensão à execução dessa obrigação de fazer, podendo pedir a imposição de coerção patrimonial por meio de multa cominatória (*astreinte*) até que a obrigação seja cumprida;

(iv) persistindo a recusa, ou não alcançado o resultado previsto na cláusula contratual por comportamento imputável à Companhia B, nasce pretensão resolutória, na forma do art. 475 do Código Civil (que permite, inclusive, a cumulação com perdas e danos), ou pretensão indenizatória, tal qual o disposto na cláusula 7.3 do “Contrato Base”, uma vez que estará caracterizada a violação de dever de prestação contratual, **substitutivo** de dever primário de prestação que restara inviabilizado por ato do CADE;

(v) a resolução, na forma do art. 475, se justificará **porque a obrigação de renegociação em vista de resultado determinado** estará a atingir o sinalagma (em razão do caráter substitutivo à obrigação principal cominado ao dever contratual de proceder à renegociação) caracterizando-se, na sua falta, inadimplemento absoluto.

21. A manutenção do atual estado de coisas, com o sinalagma contratual quebrado, poderia conduzir ao exercício de pretensão restitutória, por parte da Companhia A, por ausência de causa sinalagmática no enriquecimento ensejado à Companhia B.

No entanto, considero que a pretensão restitutória, cujo caráter é supletivo (Código Civil, art. 886), não estará caracterizada, uma vez que a Companhia A, lesada, tem, por lei, “outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”, como se lê no mesmo art. 886. É que, já agora (e antes mesmo de ser eventualmente efetuada a renegociação), já se caracterizou a violação, por parte da Companhia B, de deveres contratuais decorrentes da boa-fé. Tem, assim,

pretensão indenizatória, fundada na *violação positiva do contrato*, que é forma de inadimplemento contratual.

5. II PARTE: O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL POR PARTE DA Companhia B

A consideração do negócio jurídico como “atividade de confiança” e a “descoberta dogmática” da existência de deveres contratuais inconfundíveis com os deveres de prestação vieram projetar uma nova luz à idéia de adimplemento (e de inadimplemento) contratual, permitindo visualizar a figura da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento (A). Porém, mesmo se esse não tivesse ocorrido, estaria caracterizada a ilicitude da conduta da Companhia B, na forma do art. 187 do Código Civil (B).

A) A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO COMO ESPÉCIE DE INADIMPLEMENTO.

22. Ao celebrar um contrato o credor “(do latim *creditor*,” o que acredita) “crê e confia no devedor, na sua vontade e capacidade de cumprir a prestação a que se vincula”⁵⁸. Efetivamente, observa CALVÃO DA SILVA,

“o credor *acredita* no normal desenvolvimento da relação, segundo a vontade das partes e a função econômica tida em vista no momento inicial, a culminar no cumprimento”⁵⁹.

Isto significa que cada contrato gera uma legítima expectativa de cumprimento, uma “expectativa de confiança” legitimada pela própria função do instituto contratual e altamente qualificada no que diz respeito à comparação com outros atos jurídicos, eis que as partes **voluntariamente se associaram em vista de um determinado “programa contratual”**.

Essa “especial qualificação” da confiança é, nos contratos, assegurada pela imposição às partes de deveres jurídicos provenientes do princípio da boa-fé objetiva, que é princípio

58 CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4ª ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 69.

59 CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4ª ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 69.

norteador da colaboração intersubjetiva impositivo de uma conduta correta proba e leal⁶⁰. Tal qual fez o Código Civil alemão (BGB), que instaurou a boa-fé “*en la cúspide del derecho de obligaciones*”, de modo a subordinar a esse princípio “*todas las relaciones obligacionales*”⁶¹, assim também a boa-fé é princípio fundamental do vigente Direito privado brasileiro⁶², estando acolhida como cânone hermenêutico (art. 113), como baliza da licitude (art. 187) de quaisquer negócios jurídicos, bem como princípio do Direito contratual (art. 422).

23. No transcorrer da segunda metade do século XX, o tratamento dogmático do princípio da boa-fé objetiva, ou boa-fé contratual, permitiu distinguir, na complexidade da relação obrigacional, entre os *deveres de prestação* (primários e secundários) e (i) os *deveres de proteção* (ou anexos, laterais ou instrumentais), assim alargando a noção de adimplemento e, conseqüentemente, a de inadimplemento contratual pela visualização (ii) da figura da *violação positiva do contrato*.

(I) DEVERES DE PRESTAÇÃO E DEVERES DE PROTEÇÃO (LATERAIS, ANEXOS OU INSTRUMENTAIS)

24. O adimplemento é a realização, pelo devedor, da prestação concretamente devida, satisfatoriamente, ambas as partes tendo observado os deveres derivados da boa-fé que se

fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias⁶³. Assim, há adimplemento de um contrato quando realizado o conjunto dos *interesses envolvidos na relação*. Explica Ferreira da Silva:

“Por ‘interesses envolvidos na relação’ entende-se — fundamentalmente após Stoll — não só aqueles vinculados diretamente ou indiretamente à prestação, como também os vinculados à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança que toda obrigação envolve”⁶⁴.

25. Os interesses envolvidos na relação são realizados por dois tipos de espécies de deveres: os deveres de prestação (primários e secundários) e os deveres de proteção (também denominados deveres laterais, deveres anexos (*Nebenpflichten*), ou instrumentais⁶⁵).

Os primeiros (deveres de prestação), que constituem o núcleo da relação obrigacional⁶⁶, têm por escopo conferir ao credor determinado benefício por meio de um *direito à prestação* correspondente ao *dever de prestar*. Paralelamente, atua outra espécie de deveres, “essenciais ao seu processamento⁶⁷” — justamente os **deveres de proteção** —, cujo escopo não é, diretamente, a realização ou a substituição da prestação⁶⁸, mas, como explica Carneiro da Frada,

“a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso de sua relação”⁶⁹.

60 A boa-fé objetiva corresponde à *Treu und Glaube* do § 242 do BGB, sendo assim adjetivada para discerni-la da *Guter Glaube* ou “boa-fé psicológica”, ou “subjetiva” (boa-fé como crença), uma vez que a língua portuguesa dispõe de um mesmo e único sintagma para designar duas realidades normativas que, no idioma alemão, vêm discernidas pelas expressões. Dominante no terreno contratual, diz respeito a um padrão de conduta informado pela lealdade e consideração aos legítimos interesses alheios.

61 MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, Tomo I. Tradução espanhola de Ángel Martínez Sarrón. Barcelona: Bosch, 1995, pp. 74-75, grifo do autor.

62 Para a trajetória do princípio no Direito brasileiro e suas influências em termos de Direito comparado, v. COUTO E SILVA, Clóvis. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 58 e ss. MOREIRA ALVES, José Carlos. A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro. In: *Revista Roma e América*, vol. 7, Roma, 1999, p. 194. E os nossos: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 287-296 e 411 e ss. E ainda: A Boa-Fé como Modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito Brasileiro. In *Revista Roma e América — Diritto Romano Comune*, Mucchi Editore, Roma, 2002 pp. 71-98, ora *Diretrizes Fundamentais do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002.

63 Assim a definição que acolhi em MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, Tomo I, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 115.

64 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 69. A referência é à obra de H. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen: J.C.B. Mohr, n. 136, 1932, pp. 287-288.

65 Essa a denominação que adotei em MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 438. As classificações ora situam os “deveres de proteção” como gênero, ora como espécie; assim também a expressão “deveres laterais” ou “anexos” ora indica gênero, ora a espécie.

66 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 9ª ed. Coimbra, Almedina, 2001, p. 65.

67 CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 39.

68 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 75.

69 CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 39.

26. Foi H. Stoll o primeiro a sistematizar tais deveres, ligando-os à boa-fé e recortando o seu campo de atuação, a saber: considerados os interesses envolvidos na relação, têm as partes o dever de fazer algo (ou adotar determinadas medidas) **para que um determinado resultado não seja atingido**. Mais tarde, a doutrina incorporou a essa noção todo um conjunto de deveres que tem uma relação indireta ou qualitativa com a prestação⁷⁰. Entre eles estão (com direta incidência no caso examinado) os *deveres de lealdade e de cooperação*.

27. Os **deveres de lealdade** constringem as partes a não praticarem atos (comissivos ou omissivos), anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham frustrar as legítimas expectativas encerradas no ajuste, ou dele legitimamente deduzidas⁷¹. Há, com efeito, um *dever de coerência contratual* como resultante de um *princípio de coerência*, "valeur fondatrice du droit des contrats"⁷², pois visa assegurar a sua **consistência interna** afastando a contradição insidiosa que esfaca o próprio fato de prometer contratualmente certa conduta.

Esse princípio (implementado pelos deveres de lealdade) veda ao contratante obstaculizar a execução do contrato, proibindo ao contratante, por exemplo, que se prevaleça de uma situação que contribuiu para criar, em prejuízo do parceiro contratual, ou de uma condição que ajudara a não implementar "auxiliando o acaso", como, ironicamente, refere a doutrina francesa a propósito do art. 1.178 do *Code Civil*⁷³. A doutrina brasileira, acertadamente, visualiza na ação do contratante contrária ao pacto celebrado um caso de inadimplemento contratual, pois o instrumento contratual é de *per se* vinculante e apto a despertar a confiança legítima na sua conservação, conforme o pactuado⁷⁴.

Já os **deveres de cooperação** (fundados na estrutura cooperativa ínsita à relação

obrigacional, tal qual exposto por Betti⁷⁵) estabelecem às partes o dever de **colaborar para a realização do programa contratual a que se comprometeram** ou que pretendem formalizar, seja nas atividades prévias à avença, seja ainda, ao "afastar todas as dificuldades para tal consecução, estando este afastamento ao alcance das partes"⁷⁶, como a jurisprudência brasileira há décadas reconhece⁷⁷.

Trata-se de deveres contratuais⁷⁸. Da sua violação decorrerá, portanto, **inadimplemento contratual**, ensejando *pretensão indenizatória contratual*, ainda que inexista pretensão à prestação primária (dever principal de prestação, eventualmente atingido por nulidade, ou ineficácia, ou desaparecido por impossibilidade) porque, como explica Ferreira da Silva,

"o fato ocorreu não só por ocasião do contrato, mas por ato diretamente vinculado à (virtual) execução do contrato"⁷⁹.

28. Os negócios jurídicos em causa consignaram à Companhia B e à Companhia A *deveres principais de prestação* (realizar a alienação das ações; pagar o preço estipulado, do qual parte consistia na garantia ao direito de preferência); *deveres secundários e substitutivos de prestação* (renegociar o contrato, de modo a alcançar resultado equivalente ao originalmente projetado, em caso de expurgo, pelo CADE, de quaisquer cláusulas). E consignaram, igualmente, *deveres de proteção para com a pessoa e com o patrimônio da contraparte*, alguns deles previstos no próprio "Contrato Base" de 18 de julho de 2000 e no "Contrato de Canela", outros "avoluntarísticos", decorrentes da boa-fé.

70 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, pp. 78-80.

71 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 112. MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 1986, pp. 606-607.

72 "Valor fundante do direito dos contratos". Assim, Horatia Muir Watt, no prefácio à obra de HOUTCIEFF, Dimitri. *Le principe de cohérence en matière contractuelle*. Aix-em-Provence, Presses Universitaires de Marseille, 2001.

73 "Aider l'hasard", como refere HOUTCIEFF, Dimitri. *Le principe de cohérence en matière contractuelle*. Aix-em-Provence, Presses Universitaires de Marseille, 2001, p. 828.

74 v. SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 220.

75 A referência é à conhecida distinção bettiana entre relação de cooperação e relação de atribuição, utilizada pelo civilista para extremar as relações de Direito obrigacional das relações de Direito Real. Nas relações de Direito Real, resolve-se um problema de atribuição de bens, enquanto nas relações de Direito Obrigacional, resolve-se um problema de cooperação ou de reparação nas hipóteses de responsabilidade civil. No primeiro caso, trata-se de atribuir bens a uma pessoa, ou da correlativa exclusão; no segundo caso, trata-se de cooperação, devida por um membro do conjunto social no interesse típico de outro membro do conjunto social (BETTI, Emilio, *Teoría Geral de las Obligaciones* (tradução esp.), Tomo I, Madri, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 37-41).

76 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 114.

77 TJRS, A. Civ. 589073956, j. em 19.12.1989.

78 Para uma exaustiva análise, v. UDA, Giovanni Maria. *La Buona Fede nell'esecuzione del contratto*. Turim, Giapichelli, 2004, pp. 234 e ss.

79 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 101.

28.1. As partes assumiram, exemplificativamente, o dever de garantia quanto à legalidade e à legitimidade dos atos praticados (Cláusula 5.1 do Contrato de 18 de julho de 2000). Da boa-fé, por sua vez, nasceram os deveres de lealdade e de cooperação para com o fiel adimplemento do contrato, descumpridos quando a Companhia B, **requerente**, junto com a Companhia A, nos processos relativos aos atos de concentração que tramitam junto ao CADE, assumiram a desleal e contraditória posição de **impugnante**, fazendo o possível para que aquela autarquia proferisse a decisão que, afinal, tomou, excluindo o direito de preferência que a Companhia B contratualmente assegurara à Companhia A.

As petições firmadas pelos ilustres advogados da Companhia B naqueles processos dizem tudo.

28.2. Na peça datada de (...), por exemplo, a Companhia B, conquanto reconhecendo a validade do contrato que assinara **como contrapartida ao preço de suas ações, busca afastar o seu dever principal de prestação** ao argumento de “de impactos negativos na concorrência”. E, sem a menor preocupação nem com a lealdade, nem com a cooperação, nem com a palavra dada, nem com a coerência de sua própria conduta, argumenta:

“(...) há, nesse contrato, a configuração de um direito de preferência da Companhia A quanto ao excedente de minério produzido pela Companhia B na mina de Canela. O direito ali previsto permite à Companhia A adquirir todo o minério excedente da mina de Canela, o que significa aumento significativo da participação da Companhia A no mercado de minério, além de permitir à Companhia A ter acesso a aspectos fundamentais da relação com o cliente, como, por exemplo a sua identificação e outros aspectos relevantes (...).”⁸⁰

É de pasmar! A Companhia B trata esses “direitos” como se não os tivesse negociado, como se não tivesse acedido contratualmente, como se a sua fonte não fosse o mútuo consenso, e como se, por eles, não tivesse recebido a contrapartida ajustada! Aí está não apenas a ausência de lealdade e de cooperação — estão a deslealdade e o antagonismo, como se a criar uma “impossibilidade de prestar” como escusa ao inadimplemento.

28.3. Na petição datada de (...) a Companhia B incorre em conduta não apenas contrária aos deveres de boa-fé (lealdade e cooperação), mas, inclusive, em **conduta dolosa** respeitadamente à sua parceira contratual.

Naquela peça, além de insistir na exclusão do direito de preferência que acordara (insista-se: como parte do preço pelo que já recebera), insurge-se até mesmo contra o parecer da Procuradoria Geral da República que assegurava pequena parcela dos direitos contratuais da Companhia A.

O dolo é revelado pela desconexão entre os motivos alegados para a impugnação (isto é: preocupações com o “interesse público” e com a persistência de prejuízos “à concorrência e aos consumidores brasileiros”⁸¹ em virtude de posições adquiridas pela Companhia A supervenientemente à operação de “descruzamento” acionário) e a **argumentação** efetivamente desenvolvida.

Analiticamente decodificada, essa argumentação se ampara nos seguintes pontos:

(a) o direito de preferência de compra do minério excedente “*cria dificuldades efetivas*” para que a Companhia B “*comercialize seu minério excedente tanto no mercado interno quanto no mercado internacional*”⁸²;

(b) a mesma cláusula de preferência “*limitaria a capacidade da Companhia B de operar como um competidor efetivo da Companhia A no mercado de minério de ferro, tornando a Companhia B uma presa fácil a quem ela, a Companhia A, pode deter bastando a simples possibilidade de identificar eventuais clientes da Companhia B e impedir o seu fornecimento por meio do exercício de preferência (...)*”⁸³;

(c) o acesso pela Companhia A a “*informações sensíveis*” da Companhia B e de seus potenciais clientes constitui “*outro prejuízo concorrencial extremamente importante*”⁸⁴.

(d) a posição da Procuradoria Geral da República, limitando a supressão da cláusula de preferência somente para o excedente de produção ao mercado interno “*não merece prosperar sob pena de tornar inefetiva a contestabilidade pela Companhia B do poder de mercado da Companhia A*”⁸⁵;

(e) o argumento da Companhia A no sentido da preexistência do direito de preferência à própria operação de “descruzamento” acionário é “*uma falácia*”, “*posto que*” (sic) (...) “*a Companhia A era controladora da DOCENAVE, a qual, por sua vez, era acionista da Compa-*

81 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

82 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

83 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

84 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

85 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

80 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

nhia B⁸⁶". Assim, anteriormente à operação de "descruzamento acionário" a competição entre Companhia A e Companhia B "era limitada por um escopo societário⁸⁷", o que justificava "a opção de compra com exclusividade por parte da Companhia A do excedente de minério de ferro (...)"⁸⁸. Porém, a cláusula de preferência "tem natureza contratual comercial e não societária" razão pela qual (e ainda *in verbis*), "Hoje, **portanto**, a existência do direito de preferência não se justifica (...)"⁸⁹.

Perceba-se — notadamente pelo emprego da conjunção "portanto" (logo; por conseguinte; conseqüentemente) a **relação de inferência** entre o fato de o direito de exclusividade ter "natureza contratual" e o fato de o mesmo "não se justificar". Novamente: como se não tivesse assinado o contrato; como se não tivesse já recebido a sua contrapartida; como se os contratos não tivessem força vinculativa e não devessem ser cumpridos; como se a seriedade e a boa-fé em relação à palavra dada fosse questão atinente a meros "interesses privados"; **como se não importasse à ordem pública assegurar a moralidade e a probidade (Código Civil, art. 422) no campo contratual!**

29. Mais não é preciso transcrever para comprovar a violação, pela Companhia B, de deveres contratuais. Se àquela empresa não puder ser imputado diretamente o inadimplemento da prestação principal derivada do Contrato de Canela (caso seja mantida a decisão do CADE), pode, sem dúvida, ser imputado inadimplemento contratual pela violação positiva do contrato. É o que agora cabe examinar.

(II) A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

30. Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva — que entre nós analisou com rigor científico invulgar a figura —, a violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*) é toda violação culposa da obrigação que não constitua mora ou impossibilidade⁹⁰. Essa forma de inadimplemento, compatível com o sistema brasileiro⁹¹, apanha os casos de violação aos

86 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

87 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

88 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

89 Proc. SIAPRD-CADE/MJ.

90 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 3.

91 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar,

*interesses na prestação pela infração dos deveres laterais, ou de proteção, que gerem danos distintos dos causados pela mora ou pelo inadimplemento absoluto*⁹². Para a sua configuração, afirma,

"não é o resultado do inadimplemento o que é aqui especialmente visado, mas sim a *conduta* do partícipe da relação"⁹³.

Dai expressar recente jurisprudência:

"Trata-se, porém, do fenômeno denominado de violação positiva do contrato, instituto que não configura nem mora, nem adimplemento, mas adimplemento defeituoso por não cumprimento de deveres anexos, laterais, decorrentes do princípio da boa-fé, em sua função de proteção ou tutela"⁹⁴.

31. A utilidade prática dessa figura para o Direito brasileiro está, segundo Ferreira da Silva, em que o lesado pode obter não apenas indenização (como regra geral de qualquer forma de inadimplemento contratual), podendo postular, ainda mais,

"a aplicação de outros efeitos decorrentes do descumprimento, tais como a possibilidade de resolver o contrato ou de opor exceção de contrato não cumprido, efeitos que

2002, p. 265. Também a jurisprudência, exemplificativamente: STJ, REsp 595631/SC; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. em 08/06/2004. In: DJ 02.08.2004 p. 391. Conquanto não refira a expressão "violação positiva do contrato", a ementa deixa claro o acolhimento da figura ao referir, *in verbis*: "O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa". No TIRS, v. Recurso Cível 71000603332, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais — JEC, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 14/12/2004. Ementa: "Responsabilidade contratual. Infração a dever instrumental de informação, derivado do princípio da boa-fé objetiva. Violação positiva do contrato. Sentença de procedência mantida, com redução apenas quanto ao valor da indenização. Recurso parcialmente provido. (...)

92 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, pp. 265 e ss.

93 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 267.

94 TJRS, Recurso Cível 71000626697, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais — JEC, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 29/03/2005.

não se viabilizariam se o caso fosse tratado, simplesmente, como descumprimento de dever geral”⁹⁵.

Assim sendo, se da violação positiva resultar a quebra do sinalagma contratual, estarão caracterizados os pressupostos para, também por este motivo, buscar-se a resolução do contrato, na forma do art. 475 do Código Civil, com o acréscimo das perdas e danos.

32. Não tenho dúvidas, portanto, que a conduta da Companhia B junto ao CADE configura inadimplemento contratual, na forma da violação positiva do contrato, ensejando quanto ao menos pretensão indenizatória contratual na forma dos arts. 402 e 403 do Código Civil. Comprovado o nexo causal entre a violação positiva e a violação do sinalagma contratual, cabe, além do mais, o pedido resolutório.

33. Porém, mesmo que, por absurdo, a pretensão indenizatória **contratual** fosse afastada (considerando-se o contrato como não-vinculante e não apto a gerar legítima expectativa de cumprimento), ainda assim, subsistiria para a Companhia A pretensão indenizatória extracontratual pela prática de ilícito consistente no chamado *non concedit venire contra factum proprium*. É o que resta examinar.

B) DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* RESULTANTE DA POSIÇÃO DE “REQUERENTE — IMPUGNANTE” EXERCIDA PELA COMPANHIA B JUNTO AO CADE.

34. Lembremos que a boa-fé objetiva recepcionada no Direito positivo brasileiro tem origens na feição alemã do princípio, isto é: a boa-fé como exigência de probidade, correção, comportamento leal, exigência essa que se põe tanto nas relações interparticulares quando nas relações mantidas entre esses e a Administração Pública.

É essa a feição da boa-fé que está não apenas no art. 422 do Código Civil, mas, igualmente, no art. 187, que consagra a *ilicitude no exercício do direito e dos meios empregados nesse exercício*. Uma das formas de ilicitude civil apanhadas pela sua abrangência é a contraditoriedade desleal de condutas, expressa no velho adágio ou máxima jurídica que colbe *venire contra factum proprium* (i), recepcionado pelo art. 187 para vigor mesmo em situações que estão fora de relação contratual (ii).

95 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 273.

(I) CONFIGURAÇÃO DO *VENIRE*

35. Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo⁹⁶. Consiste, pois, numa *vedação genérica à deslealdade*⁹⁷, explicando-se sua associação com o princípio da boa-fé objetiva pela circunstância de o comportamento contraditório configurar-se como um “*atentado contra expectativas fundamentais de continuidade da auto-representação*”⁹⁸, ou seja, das virtudes da lealdade, da legítima confiança despertada no *alter* e da *constantia*, que tornam incompatível a contradição própria com a responsabilidade jurídica.

Dai a razão pela qual já se ter decidido:

“las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo que devienen inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes”⁹⁹.

96 Conforme MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 1984, p. 745. Também VILLARREAL, Martha Lucia Neme. *Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe*. In: *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Libro en Homenaje a Fernando Hinestrosa — 40 años de Rectoría 1963-2003*, Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 21-24, e PUENTE Y LVALLE, Manuel de La Doctrina de Los Actos Propios. In: *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Libro en Homenaje a Fernando Hinestrosa — 40 años de Rectoría 1963-2003*, Tomo I. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 355.

97 Assim escrevi em MARTINS-COSTA, Judith. *Da Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 462.

98 MENEZES CORDEIRO. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 1984, p. 750.

99 A decisão foi proferida nos autos “Moyano, Juan C”, pela Cámara Segunda Penal San Nicolas, 18-XI-81, cit. por BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 3ª ed., 2000, p. 53. Veja-se fecunda transcrição de jurisprudência em *Tratado de la Buena Fé en el Derecho* (org. CORDOBA, Marcos; GARRIDO CORDOBERA, Lidia; e KLUGER, Viviana). Buenos Aires: La Ley, 2004, Tomo II, pp. 450-610 e a jurisprudência brasileira que refiro em MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um Direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiência do Direito*. (org.) REALE, Miguel, REALE JR., Miguel e FERRARI, Eduardo Reale. Millennium,

Mesmo na ausência de letra expressa no Código Civil de 1916, os Tribunais brasileiros já vinham acolhendo o *venire* (ou o princípio que o brocardo expressa) seja diretamente, seja pela invocação da boa-fé, dos bons costumes ou do adágio *turpitudinem suam allegans non auditur*¹⁰⁰.

Agora o art. 187 aponta às configurações que norteiam o exercício dos direitos subjetivos.

(II) O ART. 187 E A ILICITUDE NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

36. A licitude é contrariedade ao Direito, e não exclusivamente à lei (ilegalidade), sendo decomposta em duas espécies, a ilicitude de fins e a de meios (ou de exercício)¹⁰¹. As configurações postas no art. 187 (nomeadamente, a adstrição à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico-social do direito) atuam com balizas para o lícito exercício dos direitos subjetivos. A atenção é dada, na ilicitude de meios, ao momento do exercício do direito subjetivo e aos meios empregados para tal. Portanto, mesmo quando se reconheça a existência de determinado direito subjetivo (licitude de fins), poderá ocorrer a desconformidade entre o modo de seu exercício (ou dos meios empregados para tal) e o ordenamento.

37. Ora, basta que se tenha presente a **dupla posição** de fato exercida pela Companhia B junto ao CADE — **requerente e impugnante** nos mencionados processos que lá tramitam — para se ter plenamente figurada a contraditoriedade de sua conduta. Ao depois de assinar os contratos; de se comprometer a cumpri-los; de ver esgotada a maior parte do prazo dos direitos de preferência concedidos em seu benefício (mas ainda nos inícios do prazo de

São Paulo, 2004, p. 45. Igualmente para o Direito brasileiro, v. SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

100 O *leading case* está em: STF, R. E. 86.782-2, Rio Grande do Sul, rcte — Antônio Mardini; rcta — Ambrosina de Moraes Mardini, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. em 20.10.1978, unânime não publicada. Mais recentemente, o STJ: REsp 605687/AM; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, J. em 02/06/2005. In: J. em 20.06.2005, p. 273. Também o REsp 60129/SP; Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, J. em 20/09/2004 e pub. DJ 16.11.2004 p. 271. Ainda o REsp 95539/SP; Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, J. em 03/09/1996. In: DJ 14.10.1996, p. 39015 (este com expressa remissão ao princípio da boa-fé).

101 V. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 27. Também o nosso MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 124 e ss.

vigência do direito concedido em benefício da Companhia A), vem a Companhia B buscar o expurgo do benefício que tivera o seu consentimento, arguindo, para tanto, a “defesa do interesse público” e a “ilegalidade” por afronta às normas anticoncorrenciais.

38. Assim, estabelecido o nexo causal entre a conduta ilícita da Companhia B pela conduta contraditória junto ao CADE e o prejuízo sofrido pela Companhia A, cabe postular perdas e danos, na forma do art. 927 do Código Civil.

6. III PARTE: CONCLUSÕES

39. Pelos fundamentos até aqui expendidos, posso concluir que a Companhia A tem pretensão indenizatória contra a Companhia B pela quebra de deveres contratuais de proteção e, alternativamente, pela ilicitude da conduta dessa última empresa, por contraditoriedade desleal.

Porém outras considerações conclusivas antecedem àquela conclusão genérica.

40. Diante da decisão do CADE respeitavelmente ao “Contrato de Canela”, quebrando o sinalagma do complexo contratual em causa e desfazendo a base objetiva do “programa econômico” subjacente, a Companhia B tem o dever de renegociar a operação, segundo a boa-fé, conduzindo-se de modo a propiciar à Companhia A ações que sirvam “para alcançar resultados semelhantes aos originalmente objetivados” com a celebração do Contrato datado de 18 de julho de 2000.

Esse dever contratual de renegociação, se inadimplido, gera à Companhia A pretensão à execução dessa obrigação de fazer, podendo pedir a imposição de coerção patrimonial por meio de multa cominatória (*astreinte*) até que a obrigação de renegociar seja cumprida.

Persistindo a recusa, nasce pretensão indenizatória.

As partes previram, no antes mencionado “Contrato de Base” (cláusula 7.4), que o **não-cumprimento de qualquer disposição do acordo** por comportamento “culposo ou doloso” ensejaria o nascimento do direito formativo de escolha entre três alternativas, quais sejam:

“7.4. (...) (i) de terminar este Contrato, o Contrato de Compra e Venda de Ações Companhia B, o Contrato de Compra e Venda de Ações Companhia Apar e, conseqüentemente, os contratos acessórios; (ii) de promover a execução específica da obrigação elou (iii) de exigir perdas e danos incorridos pela Parte Afetada como resultado do inadimplemento, sendo certo que em caso da colaboração financeira do Banco (...) e da BPar não ser aprovada por qualquer motivo, nenhuma indenização será devida ou reclamada a qualquer título.

Se há o dever de renegociar para alcançar resultado equivalente ao projetado no “Contrato Base” em caso de o CADE declarar ineficaz parte da operação de “descruzamento”; se essa renegociação não for feita **ou se não alcançar aqueles resultados “equivalentes” aos originalmente pretendidos**, a Companhia A deve concentrar a escolha entre a alternativa indenizatória, exclusivamente, ou na resolução, esta na forma do art. 475 do Código Civil, acrescida de indenização. Caberá o desfazimento do negócio (resolução) acrescido de perdas e danos, se comprovado que a sua inviabilidade decorreu de comportamento imputável à Companhia B, sendo afastada a “execução específica”.

Com efeito, pode ocorrer que, mesmo acendo a Companhia B à renegociação, não seja logrado o resultado contratualmente previsto, qual seja, o de “alcançar resultados semelhantes aos originalmente objetivados” com a operação de “descruzamento” societário. Entenda-se, obviamente, “resultados patrimoniais para a Companhia A”, uma vez que os “resultados objetivados” para (e pela) Companhia B já foram por esta atingidos. Se a inviabilidade no alcance desses resultados for imputável à Companhia B, cabem as conseqüências acima enunciadas.

41. Por outro lado, já se caracterizou inadimplemento por parte da Companhia B por violação positiva do contrato, tendo essa empresa violado, por dolo, os deveres de lealdade (coerência) e cooperação contratual, ao instigar o CADE a expurgar da operação econômica o direito de preferência contratualmente ajustado.

Caracterizada, na forma acima, o não cumprimento de deveres contratuais (de proteção), e sendo esse imputável à conduta inclusive dolosa da contratante Companhia B, cabe à Companhia A postular indenização, na forma dos arts. 402 e 403 do Código Civil.

42. Respondo, assim, pontualmente os quesitos propostos, como segue:

1. É correto afirmar que o contrato no qual se ajustou a preferência de aquisição do excedente de minério da mina da Canela e os demais, relativos aos “descruzamento” das participações da Companhia A e da Companhia B, são negócios coligados? Em caso afirmativo, qual a conseqüência jurídica da invalidade ou ineficácia de um desses contratos coligados em relação a todo o negócio?

R. Sim. Há coligação de contratos com conexão funcional e finalística, forma jurídica abrangente de um mesmo programa contratual e voltada a um mesmo escopo econômico. Assim, a invalidade ou a ineficácia de um dos contratos enseja repercussão no todo, por se refletir na sua comum utilidade (finalidade econômico-social do negócio completamente considerada).

Essa repercussão se dá tanto na adstrição ao dever de renegociar, previsto contratualmente, quanto na extensão da ineficácia ao todo.

2. Há alguma repercussão jurídica da conduta da Companhia B que, depois de celebrar um negócio no qual conferiu um direito à Companhia A (consistente na preferência à aquisição de minério excedente de uma mina), passou a argüir a ilegalidade desse mesmo negócio no CADE?

R. Sim. A conduta configura forma de inadimplemento contratual conhecida como “violação positiva do contrato” e, sendo imputável à Companhia B, acarreta o pagamento de perdas e danos.

3. Haveria um dever jurídico da Companhia B de defender a concretização da obrigação que ela assumiu ao conceder os direitos de preferência à Companhia A?

Sim. Esse dever jurídico nasce do próprio caráter de colaboração intersubjetiva que subjaz ao instituto jurídico “contrato” quanto do dever de agir contratualmente segundo a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil.

4. Pode-se dizer que a Companhia B, ao sustentar a ilegalidade do acordo de preferência — negócio do qual ela própria participou — violou os deveres de cooperação e lealdade que as partes devem guardar nos seus negócios?

Sim, na forma da resposta acima.

5. Pode a Companhia A optar entre reclamar o desfazimento do negócio e requerer apenas uma indenização da Companhia B pela conduta desta?

R. O Contrato de Base prevê esse direito formativo de escolha pelo inadimplemento de **quaisquer** de suas cláusulas (inclusive às relativas ao asseguramento do direito de preferência em causa e ao dever de renegociar o pactuado em caso de afastamento, por parte do CADE, de quaisquer dos pactos e/ou de cláusulas contratuais). Mas há desde já inadimplemento imputável, por parte da Companhia B, por violação positiva do contrato, nesse caso cabendo à Companhia A postular indenização por perdas e danos advindos dessa conduta e resolução se comprovado que a conduta violadora atingiu o sinalagma contratual.

Se, além do mais, o inadimplemento dos deveres de prestação (renegociar o contrato alcançando um resultado equiparável ao originalmente pretendido) for também imputável à Companhia B, a alternativa entre resolver e indenizar é também possível, cabendo inclusive cumular resolução e perdas e danos.

É o meu parecer.

Porto Alegre, 15 de setembro de 2005

JUDITH MARTINS-COSTA
Professora Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP.
Professora Doutora na Faculdade de Direito da UFRGS.