

“A **QUARTIER LATIN** teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

“Entre os vários méritos da EDITORA **QUARTIER LATIN**, sobrepõe-se, para mim, o de que suas escolhas editoriais levam em conta muito mais a contribuição científica para o Direito do que, propriamente, o lucro empresarial, quase transformado em uma espécie de mantra da sociedade contemporânea. Se a publicação de manuais, cursos e quejandos cumpre função corretiva do aprendizado jurídico, não devemos nos olvidar de que são as monografias acadêmicas – conquanto na contramão dos resultados puramente mercadológicos – que impedem a petrificação do pensamento jurídico, impulsionando-o à criação de uma sociedade mais igualitária e sólida e menos argentária e líquida, como tem se revelado, infelizmente, a nossa.”

NEWTON DE LUCCA

Editora **Quartier Latin do Brasil**

Empresa Brasileira, fundada em 20 de Novembro de 2001

Rua General Flores, 508 - CEP 01129-010

Bom Retiro - São Paulo

Vendas: Telefone/Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: [Quartierlatin@Cloba.com](mailto:Quartierlatin@Cloba.com)

COORDENAÇÃO

**HENRIQUE BARBOSA**

**JORGE CESA FERREIRA DA SILVA**

# A EVOLUÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL E OBRIGACIONAL

## OS 18 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

### OBRIGAÇÕES E CONTRATOS

VOLUME 2

AINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA	JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO
ANDERSON SCHREIBER	JOSÉ ALVES RIBEIRO JR.
ANTONIO PEDRO GARCIA DE SOUZA	JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES
CAIO BRANDÃO	JUDITH MARTINS-COSTA
CARLOS EDISON DO REGO MONTEIRO FILHO	LEONARDO DE FARIA BERALDO
CARLOS NELSON KONDER	LUIZ RENATO FERREIRA DA SILVA
CHRISTIAN SAHJ BATISTA LOPES	MARIA CAROLINA BICHARA
DANIEL KALANSKY	MARLON TOMAZETTE
EIL LORRA	MILENA DONATO OLIVA
ERIK FREDERICO OIOLI	NELSON ROSENWALD
FELIPE HANSMANN	PABLO WALDEMAR RENTERIA
FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO	RAFAEL PETERI DA SILVA
GERSON LUIZ CARLOS BRANCO	RAFAEL SETOCUTI J. PEREIRA
GIOVANNA BENETTI	RICARDO MARIA
GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES	SERGIO BOTREL
GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE	TULIA WESSENDONCK
GUSTAVO BIRENBALM	VITOR BUTRICE
GUSTAVO TEREPEDINO	VERA MARIA JACOB DE FRADERA
JORGE CESA FERREIRA DA SILVA	

Editora **Quartier Latin do Brasil**

São Paulo, primavera de 2021

[quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

[www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

HENRIQUE BARBOSA, JORGE CESA FERREIRA DA SILVA (COORDS.).

*A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional*

*Os 18 Anos do Código Civil – Obrigações e Contratos – Vol. 2*

São Paulo: Quartier Latin, 2021.

ISBN 978-65-5575-110-9

1. Direito Privado. 2. Direito Civil. 3. Direito das Obrigações. 4. Contratos.
5. Código Civil de 2002. 6. Contratos Empresariais. 7. Interpretação. 8. Invalidades.
9. Revisão Contratual. I. Título

*Editor*

Vinícius Vieira

*Produção editorial*

José Ubiratan Ferraz Bueno

*Diagramação*

Antonio Marcos Cavalheiro

*Revisão gramatical*

Studio Quartier

*Capa*

Rafael Nicolau

**EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL**

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefone/*WhatsApp*: +55 11 9 9431 1922

*Email*: quartierlatin@globo.com

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.** Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmáticos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

## SUMÁRIO

Prefácio.....	21
Apresentação.....	23

### Parte 1 Contratos Empresariais, 25

#### I. Qualificação e disciplina do contrato preliminar no Código Civil Brasileiro, 27

*Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder*

1. Introdução.....	27
2. Referências ao contrato preliminar anteriores ao Código Civil.....	28
3. O contrato preliminar no Código Civil: primeiras interpretações e suas críticas.....	31
4. Perspectivas atuais para a interpretação do contrato preliminar: a exequibilidade do contrato preliminar lacunoso.....	36
5. Considerações finais.....	39
Referências.....	40

#### II. Princípios do design contratual: uma nova semântica para as disputas relativas aos contratos empresariais, 43

*Vitor Butruce*

1. A teoria do design contratual.....	45
2. As principais variáveis que impactam sobre o design contratual.....	45
2.1. O gerenciamento dos custos de transação.....	48
2.2. O impacto da incerteza: o risco do oportunismo e a especificidade do ativo como condicionantes dos mecanismos contratuais.....	50
2.3. A repercussão do ambiente institucional e do sistema adversarial de disputa sobre o design contratual.....	52
2.4. O primeiro axioma da teoria do design contratual: os agentes tendem a buscar a melhor maneira de resolver seus problemas ao menor custo.....	56
3. O método do design contratual.....	58
3.1. A mescla entre regras precisas e conceitos indeterminados.....	58
3.1.1. A escolha dos parâmetros contratuais (“ <i>choice of proxy</i> ”).....	60
3.1.2. Os motivos e os efeitos da escolha entre regras precisas ou conceitos indeterminados: as tarefas delegadas ao julgador.....	62

# I. QUALIFICAÇÃO E DISCIPLINA DO CONTRATO PRELIMINAR NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO<sup>1</sup>

Gustavo Tepedino<sup>2</sup>

Carlos Nelson Konder<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A trajetória do contrato preliminar no ordenamento brasileiro revela a consolidação de sua relevância prática e a expansão dos espaços e formas de sua atuação. De modo geral, trata-se de figura que permite às partes conciliar a certeza do vínculo com a necessidade de adiamento de sua concretização, viabilizando medidas preparatórias como a obtenção de documentos (certidões, procurações, licenças), o parcelamento de preço, o adiamento do pagamento de tributos e a realização de diligências preventivas (*due diligence*).<sup>4</sup> Ensea também oportunidade para a própria conclusão da prestação a ser cumprida, quando ainda indisponível no momento de sua celebração, como nos casos de coisa futura ou alheia.<sup>5</sup>

Entretanto, a contribuição prática mais significativa do contrato preliminar encontra-se na segurança conferida às partes em processos de negociação especialmente complexos, que demandam prolongamento de medidas e investimentos voltados à alocação e mitigação de riscos antes da assinatura do instrumento definitivo. Trata-se de instituto representativo de operações negociais cuja complexidade não atinge somente os bens objeto de prestação, mas também os interesses das partes cuja compatibilização por vezes reclama o prolongamento das negociações.

Nessa direção, os dezoito anos de vigência do Código Civil atual constituem ocasião particularmente oportuna para revisar esse instrumento negocial, cujas origens antecedem o codificador e que, a despeito de sua consagração legislativa, tem sua função ainda não inteiramen-

1 Os autores agradecem à mestranda Danielle Tavares Feganha, da Faculdade de Direito da UERJ, pela gentil revisão do texto.

2 Professor titular de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

3 Professor associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Advogado.

4 Luiza Lourenço Bianchini, *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélagos, 2017, p. 221.

5 Mario Julio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 9. ed, Coimbra: Almedina, 2005, p. 345.

re compreendida. Cumprir refletir sobre as possibilidades interpretativas e, especialmente, sobre o espectro de incidência do dado normativo, cuja exata identificação se mostra crucial para a segurança das relações contratuais.<sup>6</sup>

## 2. REFERÊNCIAS AO CONTRATO PRELIMINAR ANTERIORES AO CÓDIGO CIVIL

A relevante função prática desempenhada pelo contrato preliminar impôs sua admissão no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo de sua previsão expressa no Código Civil. No âmbito do direito imobiliário, em que a transferência de direitos reais demanda maior formalidade, a indisponibilidade imediata da totalidade dos recursos e a ausência da documentação necessária para a lavratura da escritura pública e transcrição no registro suscitaram a necessidade de proteção dos adquirentes que, por vezes, se limitavam a firmar negócios informais precedentes ao definitivo. Tal circunstância prática motivou a promulgação do Decreto-Lei n. 58, de 1937, cujo âmbito de alcance, originalmente restrito aos lotamentos populares, foi ampliado pela legislação posterior em razão de sua importância e conveniência.<sup>7</sup> Contrapunha-se, assim, ao regime previsto no artigo 1.088 do Código Civil de 1916, que autorizava o arrendimento de qualquer das partes antes de firmar-se o instrumento público, com o ressarcimento de perdas e danos: ao afastar a execução específica, a norma ensinava comportamentos oportunistas, conferindo ao contratante com maior poder econômico relativa liberdade para descumprir os compromissos quando surgissem oportunidades mais convenientes.<sup>8</sup> A anterioridade da regulação da promessa de compra e venda de imóvel frente ao regime geral do contrato preliminar e suas peculiaridades geram ainda hoje debate sobre sua autonomia conceitual.<sup>9</sup>

Além do mercado imobiliário, as operações societárias já demandavam a utilização de contratos preliminares, tendo em vista o complexo

iter negocial que envolve negócios como a cessão de poder de controle empresarial. Foi nesta seara que se firmou o precedente jurisprudencial que viria a nortear os debates subsequentes, consistente no chamado “caso Disco”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1979.<sup>10</sup> No caso, por meio do instrumento intitulado “contrato preliminar para a compra e venda de ações”, os acionistas majoritários da Distribuidora de Comestíveis Disco S.A. se comprometiam a transferir a totalidade das ações que detinham (equivalente a 97% do total) a Supermercados Pão de Açúcar S.A., entre setembro e outubro de 1974, pelo valor de quarenta milhões de cruzeiros. Entretanto, o instrumento continha elementos que, à época, geraram resistência quanto à sua exigibilidade, tais como a condicionalidade na redação das cláusulas (“se a compra e venda das referidas ações vier a ser aperfeiçoada, o pagamento do preço será...”), as previsões de acordos futuros sobre fiança e aluguéis de imóveis de proprietários, a referência geral a que o contrato definitivo seria futuramente aperfeiçoado, e, especialmente, a cláusula que determinava que o preço final das ações deveria resultar da apuração da efetiva situação líquida da sociedade, levando em conta o valor de seu sistema operacional e do seu estoque.<sup>11</sup>

Não assinado o contrato definitivo, Disco ajuizou ação consignatória, para a devolução dos dez milhões de cruzeiros já transferidos como sinal, constante de nota promissória por ele emitida, enquanto Pão de açúcar, em ação conexa, pretendu a adjudicação compulsória das ações. Sucedeu-se intensa disputa judicial<sup>12</sup> sobre a existência de contrato preliminar entre as partes e sua exequibilidade: enquanto a sentença julgou procedente a ação consignatória e improcedente a adjudicatória, o resultado se inverteu em grau de apelação, fixando-se por maioria o prazo de trinta dias para que as partes celebrassem o contrato definitivo, sob pena de multa. A decisão foi novamente alterada, mais uma vez por maioria, no julgamento dos Embargos Infringentes, que, sob a relatoria do Des. Ebert Chamoun, condenou os acionistas a, em trinta dias, transferir a titularidade das ações ao Pão de Açúcar. Enfim, no STF, a decisão foi guiada por histórico voto do relator, Ministro Moreira Alves, que a despeito de mapear a existência de posições doutrinárias mais

6 Referindo-se à legislação portuguesa dos contratos preliminares, afirma João de Matos opinões e contra-opiniões que se têm incrustado sobre os textos castigados dum instituto cuja importância prática merecia outro tratamento” (João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações* Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Pablo Rentería, *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 4: *Direitos reais*, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 379-380).

7 André Brandão Nery Costa, *Contrato preliminar: função, objeto e execução específica*, Rio de Janeiro: CZ, 2011, p. 15.

8 Sobre o debate, v. Hamid Charaf Beline Júnior, *Compromisso de compra e venda em face do código civil de 2002: contrato preliminar e adjudicação compulsória*, *Revista dos tribunais*, vol. 843, São Paulo: jan.-mar. 2006, p. 58-84.

10 STF, 2ª T., RE: 88-716, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.9.1979.

11 André Brandão Nery Costa, *Contrato preliminar: função, objeto e execução específica*, Rio de Janeiro: CZ, 2011, p. 125-155.

12 Para uma análise minuciosa das decisões v. Wanderley Fernandes, *Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória*, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 77, São Paulo: jan.-mar./1990, p. 76-132.

progressistas sobre o tema, entendeu que, com base nos artigos 191 do Código Comercial (referente à compra e venda mercantil definitiva)<sup>13</sup> e 639 do Código de Processo Civil então vigente<sup>14</sup>, o ordenamento brasileiro exigia acordo sobre todos os elementos do contrato definitivo para que o preliminar pudesse ser executado de modo forçado. Restou vencido o Ministro Leirão de Abreu, que reputou serem determináveis os elementos faltantes.

À época, diversas críticas foram desferidas contra a decisão, inclusive por pareceristas que se manifestaram no processo. Sob perspectiva funcional, destacou-se que o negócio detinha objetivo e conteúdo determinados e até pormenorizados<sup>15</sup> e visava, na realidade, à cessão de controle empresarial, a demandar especial incidência do princípio da boa-fé<sup>16</sup>, bem como a necessidade de que a qualificação seja pautada por exigência de maior concreção<sup>16</sup>. Também contrastava com a perspectiva progressista trazida pelo então já vigente Código de Processo Civil de 1973, cujo artigo 639 admitia expressamente que, ante o descumprimento da promessa de contratar, a sentença produzisse os efeitos do contrato a ser firmado, se isso fosse possível e não excluído pelo título.<sup>17</sup> Anotou-se na ocasião tratar-se de dispositivo em que se reconhecia que o interesse do credor não se dirigia à atividade do devedor em si mesma, mas ao seu resultado, daí a possibilidade de obtenção do benefício específico visado, em lugar de mera vantagem substitutiva.<sup>18</sup> Não obstante, a decisão do STF, com sua abordagem estrutural e subsuntiva, exerceu papel determinante na interpretação dada aos contratos preliminares no período subsequente.<sup>19</sup>

### 3. O CONTRATO PRELIMINAR NO CÓDIGO CIVIL: PRIMEIRAS INTERPRETAÇÕES E SUAS CRÍTICAS

As demandas colocadas pela realidade prática das operações negociais levou à positividade da regulação do contrato preliminar no Código Civil de 2002. Com efeito, sua incorporação legislativa pode ser associada à sistemática de fundo do projeto de Código, que, ao lado das diretrizes de eticidade e socialidade, foi guiado pela “operabilidade”, consistente em priorizar a enunciação dos institutos de modo a facilitar sua exequibilidade, isto é, sua realização em concreto.<sup>20</sup> Sua positividade pode ser atribuída, ainda, ao processo pelo qual paulatinamente se passou a admitir e ampliar o espaço da execução forçada nas obrigações de fazer, com referência expressa aos antecedentes da promessa de compra e venda de imóvel e da legislação processual.<sup>21</sup>

A partir da controvérsia endereçada pelo julgamento do caso Disco, o artigo 462 do Código Civil de 2002 inaugurou a seção relativa ao contrato preliminar determinando que, exceto quanto à forma, ele deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. Apartaram-se, assim, elementos essenciais substanciais e formais: enquanto os primeiros são exigidos para o preliminar, os segundos lhe são dispensáveis, ainda que o definitivo em questão seja contrato solene. Isso já permitiu, de plano, que se reconhecesse que para o contrato preliminar não será exigida qualquer formalidade, ainda que esta condicione a validade do contrato a que as partes se obrigam a celebrar no futuro. Por exemplo, no caso de contrato definitivo de compra e venda que exija instrumento público, o contrato preliminar poderá ser celebrado por instrumento particular e, ainda assim, ser passível de execução forçada. Trata-se de exceção tradicionalmente reconhecida ao chamado “princípio da equi-paração”, segundo o qual se aplicariam ao contrato preliminar as regras pertinentes ao definitivo.<sup>22</sup>

Entretanto, o debate prosseguiu acerca de quais elementos substanciais devem estar definidos no contrato preliminar, devendo-se identificar, a partir da codificação, os elementos essenciais a que se refere o dispositivo legal. A persistir a limitadora linha interpretativa construída pelo julgamento do caso Disco, todos os elementos substanciais do contrato definitivo seriam indispensáveis para a caracterização de contrato

13 CCom/1850, art. 191. “O contracto de compra e venda mercantil he perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se accordão na cousa, no preço e nas condições...”.  
 14 CPC/1973, art. 639. “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”.  
 15 Walidito Bulgarelli, *Pré-contrato de venda de ações, Problemas de direito empresarial moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 294.  
 16 Alcides Tomasetti Jr., *Execução de contrato preliminar*, Tese de doutorado, São Paulo: Faculdade de direito da USP, 1981, p. 251.  
 17 CPC/1973, art. 639. “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”.  
 18 José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro* (1975), 25. ed., Rio de Janeiro: Antonio dos Reis Junior, O problema da execução do contrato preliminar: esboço de sistematização em perspectiva civil-constitucional, *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, Rio de Janeiro, 2017, p. 21.

20 Miguel Reale, *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 11.  
 21 Renan Lotufo, *Código civil comentado*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 113-114.  
 22 Mario Julio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 9. ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 352.

preliminar. A manutenção dessa perspectiva levaria à inutilidade prática do contrato preliminar, cuja aplicação se restringiria às hipóteses em que o contrato, integralmente avençado, aguardasse tão somente a presença do tabelião para a lavratura da escritura pública.

Diante de relações econômicas cada vez mais complexas e dinâmicas, que transbordam os tipos contratuais predispostos pelo ordenamento e demandam regulamentos de interesses mais sofisticados para atender aos objetivos pretendidos pelos contratantes, as negociações a serem levadas a cabo pelas partes tornam-se cada mais extensas, compreendendo numerosos aspectos relevantes. Nesses casos, mantendo-se o entendimento tradicional, jamais se configuraria contrato preliminar em relações econômicas complexas, pois os negócios preparatórios seriam incapazes de regular todos os aspectos necessários à concreta relação. Nestá perspectiva, o contrato preliminar assumiria cada vez menos importância, inapto a conter a integralidade dos elementos que compõem o conteúdo das relações jurídicas complexas, por vezes inseridos no momento mesmo da celebração do contrato definitivo.

Definiu-se em doutrina, após a codificação, perspectiva intermediária pela qual se estabeleceria subdivisão interna aos contratos preliminares, no que tange aos seus efeitos: enquanto a execução específica, na esteira do julgamento do caso Disco, estaria restrita àqueles contratos em que se fizessem presentes todos os elementos do contrato definitivo, seriam também admitidos contratos preliminares nos quais não constassem todos os elementos do definitivo, mas a inexecução destes se resolveria somente em perdas e danos, nos termos do artigo 465 do Código Civil.<sup>23</sup> Embora atenuado o rigor formal da posição adotada pelo STF, essa construção ainda se resseste a resistência histórica à execução específica, restando-se que a execução forçada da obrigação de contratar

resultava em invasão excessiva à liberdade de contratar, sob o aforismo *nemo preise ad factum cogi potest*.

Hoje, todavia, essa resistência se encontra superada, ante a prevalência, no direito civil e no direito processual, da execução específica como forma de atendimento à função da relação obrigacional. Tal movimento, como observado, sempre serviu de norte à consagração e difusão dos contratos preliminares, sendo reputado “incomparavelmente mais aberto às necessidades do nosso tempo”.<sup>24</sup> Com efeito, se no passado a inadmissibilidade da execução específica afigurava-se critério distintivo das obrigações de fazer frente às obrigações de dar, o direito civil contemporâneo busca garantir que a prestação, desde que ainda útil ao credor, seja executada especificamente, em favor da efetividade da relação obrigacional. Tutela-se desse modo, mais do que a posição do credor, o interesse jurídico subjacente ao vínculo obrigacional.<sup>25</sup>

Nessa perspectiva, a codificação consolidou a possibilidade de, inadimplido o contrato preliminar, exigir-se a celebração do definitivo (CC, art. 463).<sup>26</sup> Vale dizer, esgotado o prazo para esse fim estabelecido, poderá o juiz, a pedido do credor, suprir a vontade do devedor inadimplente e conferir caráter definitivo ao preliminar (CC, art. 464).<sup>27</sup> A linha-guagem dos dispositivos reconhece na decisão judicial ato de suprimento de vontade e de requalificação do contrato preliminar, convertido formalmente em contrato definitivo, indicativa de decisão de caráter essencialmente constitutivo, em detrimento dos dispositivos processuais que, ao prevenir que a decisão produza os *efeitos* da declaração não emitida, abriam controvérsia sobre eventual caráter condenatório ou executivo da decisão, como se já se tratasse da execução forçada do próprio contrato cuja celebração se prometera.<sup>28</sup>

24 João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 336.

25 Gustavo Tepelino, Inadimplemento contratual e tutela específica das obrigações, *Soluções práticas*, vol. 2, São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 133-148.

26 CC/2002, art. 463: “Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrendimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.” CC/2002, art. 464: “Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”.

27 CPC/2015, art. 501: “Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.” Sob a vigência da legislação processual anterior, que ia na mesma linha da atual, como já destacado, afirmava Pontes de Miranda que o contrato preliminar com todos os pressupostos de validade do contrato definitivo “dá ao juiz o poder de assinar prazo ao devedor para executar, não o que prometeu, que foi contratar, porém mais do que isso, o próprio contrato prometido” (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol.

23

CC/2002, art. 465: “Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos”. Para Antônio Junqueira de Azevedo, a essencialidade do definitivo, comumente denominados contratos preliminares fortes ou completos, em oposição aos contratos preliminares em que o grau de indeterminação dos elementos, necessários ao definitivo fosse maior (ditos fracos ou mínimos), cujo inadimplemento geraria ao credor apenas o direito à indenização (O regime jurídico do contrato preliminar no direito brasileiro. Classificação do contrato preliminar conforme o grau de previsão do conteúdo do contrato preliminar e pressupostos de admissibilidade para a execução específica, *Novos estudos de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252-269). Em linha similar, Alcides Konder Comparato, Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário, *Revista forense*, n. 266, São Paulo: abr.-mai./1979, p. 22.

As únicas ressalvas colocadas pelo Código de 2002 à exequibilidade forçada do preliminar dizem respeito às hipóteses em que isso é inviabilizado pela “natureza da obrigação” ou quando há previsão de direito de arrendimento. A rigor, afasta-se a possibilidade de execução específica diante de exercício legítimo de direito de arrendimento, estabelecido por lei ou previsto contratualmente, pois nesses casos há ato lícito, e não inadimplemento do contrato preliminar, no que se costuma referir por contrato preliminar retratável.<sup>29</sup>

São empecilhos relativos à “natureza da obrigação” casos como aqueles que demandam manifestação de terceiro (p. ex., autorização conjugal), a satisfação de prestação infungível e, para certos autores, contratos preliminares de doação, que seriam insuscetíveis de execução forçada em razão de fundarem-se em ato de liberalidade.<sup>30</sup> Cogita-se, ainda, da impossibilidade de execução específica em razão da natureza da obrigação quando preceder contrato definitivo de natureza real (depósito, comodato). Isto porque, mesmo para aqueles que admitem contrato preliminar de contrato real, o suprimimento da vontade pelo juiz seria insuficiente a constituir o negócio final sem a efetiva transmissão do bem.<sup>31</sup> A previsão legal dessa exceção relativa à natureza da obrigação, de modo geral, corrobora a interpretação de que a execução específica do contrato preliminar, quando houver interesse em fazê-la, é a regra.

Merecem destaque ainda dois dispositivos trazidos pela codificação civil. O primeiro, inserido no parágrafo único do artigo 463, é referente ao registro do contrato preliminar.<sup>32</sup> A despeito da redação sintética e da localização atécnica do enunciado normativo, o registro, naturalmente, não deve ser interpretado como requisito de validade para os contratos preliminares. Trata-se, como sói acontecer, de ônus que recai sobre os promitentes-contratantes para dar oponibilidade *erga omnes* aos efeitos do pacto. O registro é necessário, portanto, somente para assegurar a eficácia do avençado perante terceiros, no caso que estes pretendam, por exemplo, obter a prestação objeto do contrato definitivo, como decor-

rência do caráter de publicidade conferido à avença através do registro.<sup>33</sup> Dessa forma, ausente o registro e transmitido a terceiro o bem objeto do contrato definitivo, restaria igualmente inviabilizada a execução específica do contrato preliminar, que se resolveria em perdas e danos.

O segundo preceito, disposto no artigo 466 do Código Civil, refere-se ao contrato preliminar unilateral.<sup>34</sup> Com efeito, ao lado do contrato preliminar bilateral, em que há obrigações recíprocas de contratar, permitindo-se, consequentemente, a ambas as partes exigir da outra a celebração do contrato definitivo, é possível que apenas uma das partes submeta-se à obrigação de contratar, autorizando-se somente à outra o direito de exigir a celebração do definitivo.

Essa estrutura negocial gera a uma das partes posição de preeminência, atribuindo-se-lhe a faculdade de (escolher em) celebrar (ou não) o definitivo, restando a outra parte submetida à sua escolha. Diante disso, questiona-se em doutrina a distinção entre o contrato preliminar unilateral e a figura da opção, comum no meio societário. Enquanto alguns autores equiparam as figuras<sup>35</sup>, outros preferem identificar no contrato preliminar unilateral a constituição de direito subjetivo à celebração do definitivo, sujeito, portanto, no caso de violação, a prazo prescricional, enquanto a opção franquearia ao beneficiado verdadeiro direito potestativo à constituição da relação jurídica que decorreria do definitivo, a ser exercido no prazo decadencial previsto.<sup>36</sup>

A codificação silenciou quanto a essa controvérsia, limitando-se a facultar ao devedor, caso não haja previsão de prazo para que lhe seja exigida a celebração do definitivo, impor ao credor prazo razoável para que ele se manifeste sobre a intenção ou não de fazê-lo. O dispositivo que legal determina que, findo esse prazo, perderá o credor o direito à celebração do contrato definitivo, sem, contudo, especificar a natureza desse direito ou do prazo para exercê-lo. Destaque-se, todavia, que o devedor perdeu parte de sua intensidade, justamente, em razão da consagração da execução específica do contrato preliminar como regra geral, que

XXXVIII, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 378). Sobre a controvérsia acerca da natureza da referida sentença, cf. Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. 2, 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 247 e ss.

29 *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 555.

30 Gustavo Terpindo, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira, *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 3: *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 102.

31 Mario Julio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 9. ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 385; CC/2002, art. 463, par. único; “O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.”

33 Nesse sentido, o enunciado n. 30 da 1ª Jornada de Direito Civil – CE/CJF: “A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros.”

34 CC/2002, art. 466: “Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.”

35 Cáo Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18. ed., p. 75; Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6. ed., Pamplona: Thomson-Civitas, 2007, p. 412-413.

36 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 5. ed., Napoli: ESI, 2005, p. 402.

permite o suprimimento judicial da vontade que a contraparte tiver se recusado a manifestar.

#### 4. PERSPECTIVAS ATUAIS PARA A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO PRELIMINAR: A EXEQUIBILIDADE DO CONTRATO PRELIMINAR LACUNOSO

A trajetória percorrida pelo contrato preliminar no ordenamento brasileiro, cuja consagração advem da regulação expressa pelo Código Civil de 2002, demonstra o reconhecimento de sua importância prática. Ao final das negociações, o contrato preliminar sacramenta o consenso alcançado quanto aos elementos substanciais essenciais, enquanto permite que outros elementos integrantes do conteúdo do negócio – os quais, posto relevantes, não são essenciais à sua validade – sejam deliberadamente deixados para a execução do contrato.

Nesta esteira, o contrato preliminar deve conter o conteúdo mínimo capaz de produzir os efeitos essenciais que qualificam o futuro negócio, permitindo ao intérprete identificar o consenso que autoriza a vinculação imediata das partes à celebração do contrato definitivo. Em contrapartida, embora presentes todos os elementos substanciais essenciais, não se poderia exigir, para a qualificação do contrato preliminar, o exaurimento de todo o conteúdo do contrato prometido. Do contrário, como acima anotado, tornar-se-ia ocioso o contrato preliminar, recorrendo as partes diretamente ao contrato definitivo.

Com efeito, seja a visão tradicional de que o contrato preliminar não contém todos os elementos substanciais do definitivo não produz qualquer efeito, seja aquela que o reputa “fraco” e, portanto, insuscetível de execução forçada, resolúvel em perdas e danos, ambas acabam por mitigar a sua relevante função prática, como instrumento para a execução específica das obrigações – efeito primordial perseguido pelo codificador. A exequibilidade do contrato preliminar depende de avaliação efetivamente funcional.<sup>37</sup>

Sob essa perspectiva funcional, a essencialidade dos elementos deve ser referida ao contrato concreto, e não ao modelo típico abstrato a que eventualmente se refere, uma vez que, na causa (ou função prático social) do contrato, identifica-se a confluência entre (as circunstâncias fáticas

que plasmam) o interesse concreto e os efeitos essenciais do negócio.<sup>38</sup> Se a avaliação da legitimidade da função perseguida pelo contrato pauta-se não pelos efeitos tipicamente atribuídos àquela estrutura negocial, mas pelos efeitos essenciais àquele negócio concretamente firmado, também a avaliação acerca da suficiência dos elementos presentes no contrato preliminar frente ao definitivo deve pautar-se pelo exame do contrato concretamente almejado, e não pela essencialidade dos efeitos perseguidos pelo modelo típico a que se aproxima.

Especialmente no âmbito de negócios jurídicos complexos, mostra-se inevitável o espaço de tempo para negociação acerca do seu conteúdo e, portanto, improvável a sua definição integral na ocasião da assinatura preliminar, sob a perspectiva dos próprios interesses dos contratantes. Nesses casos, o contrato preliminar se destina a desempenhar função vinculativa para os contratantes, conferindo-lhes certeza quanto à conclusão do negócio e, ao mesmo tempo, atribui-lhes flexibilidade para negociação dos elementos faltantes que integrarão o negócio futuro.

A incerteza quanto a eventuais lacunas ou incompletudes, presentes com frequência no contrato preliminar, longe de traduzir defeito ou insubsistência da vontade declarada, revela alocação de risco para as partes que, em nome da conservação dos negócios, se comprometem a deflagrar, cumpridas obrigações reciprocamente assumidas e condições precedentes, a celebração do contrato, ainda que incompleto. Justifica-se, nesse cenário, a estipulação do preliminar, com a presença de todos os elementos essenciais de validade, enquanto parte do seu conteúdo é deixada para futura gestão, em boa-fé, pelos contratantes.

O contexto de complexidade dá ensejo à admissão de práticas negociais em que as partes voluntariamente deixam abertos certos pontos, ou seja, celebram-se contratos que são vinculantes a despeito de lacunas intencionalmente assumidas por elas. É o caso, tipicamente, dos chamados contratos incompletos, nos quais “um ou alguns de seus elementos se encontram ‘em branco’, sujeitos à determinação futura, a partir de critérios fixados de antemão pelos contratantes”.<sup>39</sup> Sob o mesmo fundamento, portanto, reputa-se legítima a prática de as partes celebrarem contrato preliminar com elementos indefinidos, que serão especificados pelas negociações futuras ou, na falta de acordo superveniente, pelos critérios jurídicos de integração contratual, sem prejuízo à sua execução

37 Gustavo Tepelino, Editorial – A execução específica de contratos preliminares, *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD/Civil*, vol. 18, Belo Horizonte, out./dez. 2018, p. 11-13.

38 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 5ª ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.

39 Paula Greco Bandeira, *Contrato incompleto*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 50.



específica. Compreende-se, assim, a necessidade de contratos preliminares em negócios de elevada complexidade, afigurando-se, por vezes, como mecanismo estratégico em contratações nas quais boa parte do conteúdo contratual é deliberadamente postergada para negociações e ajustes futuros.

Relevante papel interpretativo desempenha, nessa seara, a análise das tratativas, cuja interpretação funcional permite compreender mais adequadamente o objetivo e os riscos assumidos pelas partes ao firmarem acordos que antecedem a celebração do negócio definitivo. Com efeito, essa perspectiva se coaduna com o reconhecimento de que o contrato preliminar pode cumprir papel decisivo no processo mais amplo de formação progressiva do contrato.<sup>40</sup> Nesses cenários, em que o conteúdo do contrato definitivo se estabelece gradualmente ao longo das negociações, o contrato preliminar representa instrumento para que o agente se vincule efetivamente às principais obrigações contratuais, ao mesmo tempo em que negocia os demais termos do futuro negócio.<sup>41</sup>

Em especial, é possível verificar como a realidade prática foi profícua no sentido de criar figuras intermediárias voltadas a estabelecer marcos negociais nesse processo paulatino de formação do contrato definitivo, que podem compreender desde negócios bilaterais preparatórios que não chegam a constituir contratos preliminares, atuando de forma similar a propostas, até atos unilaterais que já franqueiam a opção de contratar. Nesse sentido, parece mais conveniente substituir a tradicional divisão dos contratos preliminares em fortes ou fracos, que se baseia nos elementos que o estruturam, por graduação funcional, que se pautar no grau de vinculação que as partes emprestaram, naquelas circunstâncias, a esses negócios intermediários.

Deve-se atentar ainda para o papel desempenhado pelas práticas contratuais anteriores das partes, que tenham eventualmente mantido e sirvam para elucidar o significado de suas condutas, e pelos usos daquele setor da economia, que se constituem em normas prescritivas, servindo a padronizar condutas e, assim, contribuir para a qualificação, interpreta-

40 Luiza Lourenço Bianchini, *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélagos, 2017, p. 16. Sobre a distinção entre contrato preliminar, acordos provisórios e contratos preparatórios, v. Carlos Augusto da Silveira Lobo, *Contrato preliminar, incontentorantes - estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lima*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 316.

41 Sobre o tema, Gustavo Tepelino, *Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos*, *Revista trimestral de direito civil*, n. 11, vol. 44, Rio de Janeiro, 2011, pp. 19-30.

ção e integração dos negócios.<sup>42</sup> O recurso aos chamados usos e costumes contribui para a compreensão das legítimas expectativas e para a proteção da confiança incutida a cada parte, permitindo assim percepção mais clara do significado dos atos praticados no *iter* formativo do contrato.

Em síntese, a qualificação do contrato preliminar subordina-se à análise funcional do processo de tratativas, associada à declaração contextual de vontade (integrada também pelas práticas contratuais anteriores das partes e do respectivo setor da economia) quanto à presença dos elementos essenciais, estabelecidos no caso concreto, para a assunção da obrigação de contratar. Dessa forma, ainda que alguns elementos do conteúdo contratual estejam pendentes de definição, o juiz poderá “suprir a vontade da parte inadimplente”, tal qual autoriza o art. 464, do Código Civil, de modo a tornar efetiva a contratação. Tal orientação permite dar efetividade aos contratos preliminares, nos termos pretendidos pelo codificador, a partir de análise funcional e sistemática que supere o formalismo e prestigie o valor econômico e social da autonomia privada na legalidade constitucional.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No processo de paulatina ampliação do âmbito e das formas de atuação do contrato preliminar, adquire destaque a positividade do instituto pelo Código Civil, consagrando-se sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, mesmo após seu advento, pode-se observar relativa resistência doutrinária à sua exequibilidade forçada, possívelmente legatária da interpretação judicial mais conservadora que se fez sentir durante o século XX nos âmbitos em que o contrato preliminar ainda não era objeto de legislação específica.

Nesse sentido, tanto a interpretação que priva de qualquer efeito o contrato preliminar quando destituído de todos os elementos substanciais do definitivo, difundida no período anterior ao Código de 2002, como aquela posição intermediária, generalizada a partir de sua vigência, que reputa tais contratos válidos, mas insuscetíveis de execução forçada, acabam por frustrar o decisivo papel a que ele se presta. Aos contratos preliminares cumpre igualmente estender a prioridade da execução específica reconhecida aos demais contratos, como forma de privilegiar

42 Sobre o tema, Giovanna Cunha Comiran, *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

não somente a situação jurídica do credor, mas principalmente o interesse mercedor de tutela a que ela atende.

Assim sendo, a análise funcional das negociações preliminares, a de-  
claração consensual materializada no instrumento subscrito pelas par-  
tes, as práticas contratuais anteriores das partes e do respectivo setor da  
economia e a presença dos elementos essenciais, avaliados no caso con-  
creto e não em abstrato, constituem-se em aspectos centrais para a qua-  
lificação do contrato preliminar e para a configuração da obrigação de  
contratar, suscetível de execução específica.

## REFERÊNCIAS

- Alcídes Tomasetti Jr., *Execução de contrato preliminar*, Tese de doutorado, São Paulo: Faculdade de direito da USP, 1982.
- Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. 2, 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Ana Prata, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra: Almedina, 2001.
- André Brandão Nery Costa, *Contrato preliminar: função, objeto e execução específica*, Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- Antonio dos Reis Júnior, O problema da execução do contrato preliminar: esboço de sistematização em perspectiva civil-constitucional. *Civilitica.com*, a. 6, n. 1. Rio de Janeiro, 2017, p. 1-40.
- Antonio Junqueira de Azevedo, O regime jurídico do contrato preliminar no direito brasileiro. Classificação do contrato preliminar conforme o grau de previsão do conteúdo do contrato definitivo; eficácia forte e eficácia fraca. Distinção entre requisitos para a configuração do contrato preliminar e pressupostos de admissibilidade para a execução específica, *Novos estudos de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252-269.
- Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, 18. ed., atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- Carlos Augusto da Silveira Lobo, *Contrato preliminar*, in Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.), *O direito e o tempo: debates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lima*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 313-324.
- Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- Fábio Konder Comparato, Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário, *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 228-244.
- Giovanna Cunha Comiran, *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*, São Paulo: Quartier Latin, 2019
- Gustavo Tepedino, Editorial – A execução específica de contratos preliminares, *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCCivil*, vol. 18, Belo Horizonte, out./dez. 2018, p. 11-13.
- Gustavo Tepedino, Inadimplemento contratual e tutela específica das obrigações, *Soluções práticas*, vol. 2, São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 133-148.
- Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho e Pablo Renteria, *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 5: *Direitos reais*, Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira, *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 3: *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- Hamid Charaf Bdine Júnior, Compromisso de compra e venda em face do código civil de 2002: contrato preliminar e adjudicação compulsória, *Revista dos tribunais*, vol. 843, São Paulo: jan.-mar. 2006, p. 58-84.
- José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro* (1975), 25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2000.
- Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6. ed., Pamplona: Thomson-Civitas, 2007.
- Luiza Lourenço Bianchini, *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélagos, 2017.
- Mário Julio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 9. ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- Miguel Reale, *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1986.
- Orlando Gomes, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 5. ed., Napoli: ESI, 2005.
- Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. XXXVIII, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- Rafael Villar Gagliardi, *Contratos preliminares*, in Renan Loufó e Giovanni Ertore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 551-583.
- Renan Loufó, *Código civil comentado*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2016.
- Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 2001.
- Waldirio Bulgarelli, Prê-contrato de venda de ações, *Problemas de direito empresarial moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 294.
- Wanderley Fernandes, Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 77, São Paulo: jan.-mar./1990, p. 76-132.