

## O problema da execução do contrato preliminar: esboço de sistematização em perspectiva civil-constitucional

Antonio dos REIS JÚNIOR\*

*Enquanto o mundo arrastam mil torrentes  
Terão promessas força de prender-me?!*

- GOETHE, *Fausto* (versos 1728-1729)

**RESUMO:** O artigo tem por escopo investigar a fundo o problema da execução do contrato preliminar, identificando os pontos de maior divergência e buscando sistematizar a questão sob uma abordagem centrada na metodologia do direito civil-constitucional. Pretende-se, ao final e de modo propositivo, estabelecer os parâmetros legais que devem auxiliar o intérprete na descoberta da exata disciplina jurídica executória de cada contrato preliminar em concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato preliminar; execução; metodologia do direito civil-constitucional.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: a formação progressiva dos contratos; – 2. Contrato preliminar; – 3. A função do contrato preliminar; – 4. O regime jurídico da execução do contrato preliminar; – 4.1. Causa concreta como definidora da disciplina da execução específica dos contratos preliminares; – 4.2. Casos ilustrativos de aplicação prática dos parâmetros para a determinação da disciplina da execução específica dos contratos preliminares; – 5. Conclusão.

**TITLE:** *The issue of performance of the preliminary contract: sketch of systematization under the civil-constitutional approach*

**ABSTRACT:** *The article intends to proceed a deep investigation in the issue of performance of the preliminary contract, identifying the main points of divergence and seeking to systematize the issue from an approach focused on the civil-constitutional law methodology. The aim, at the end and propositional way, establish the legal parameters to assist the interpreter in discovering the exact enforceable legal discipline of each preliminary contract in concrete.*

**KEYWORDS:** *Preliminary contract; performance; civil-constitutional law methodology.*

**CONTENTS:** *Introduction: the progressive formation of contracts; – 2. Preliminary contract; – 3. The function of the preliminary contract; – 4. The legal framework of performance of the preliminary contract; – 4.1. Cause concrete as defining the discipline of specific performance of preliminary contracts; – 4.2. Parameters of the practical application illustrative cases for the determination of discipline specific performance of preliminary contracts; – 5. Conclusion.*

---

\* Doutorando e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Privado Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professor dos programas de pós-graduação da PUC-RJ e EMERJ.

## 1. Introdução: a formação progressiva dos contratos

Na dogmática civil, apesar do dissenso doutrinário conceitual,<sup>1</sup> o contrato é expressão da autonomia privada. Pressupõe, para sua formação, acordo de vontades, máxime declarações de vontade emitidas em sentido convergente, dirigidas precisamente à produção de certos efeitos jurídicos,<sup>2</sup> no que se convencionou denominar de consentimento.<sup>3</sup>

Isto significa afirmar que para ter-se o contrato como pronto e acabado, isto é, plenamente constituído, faz-se mister proceder ao juízo de qualificação da *fattispecie* concreta, de modo que as declarações emitidas, expressa ou tacitamente, possam ser consideradas relevantes para a formação do vínculo contratual, pois, em regra, não há contrato sem consentimento.<sup>4</sup> Eis por que o Código Civil, no capítulo da Formação dos Contratos (art. 427 ao art. 435), dedica-se, fundamentalmente, a regular as hipóteses em que as declarações unilaterais de vontade (essencialmente, proposta e aceitação) se fundem e dão lugar a nova criatura: o contrato.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> A fluidez do conceito de contrato representa uma das grandes controvérsias do Direito Civil. Neste sentido, vale destacar algumas definições: para Caio Mário da Silva PEREIRA, o contrato “é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (*Instituições de direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 07); segundo Washington de Barros MONTEIRO, ainda na esteira da abstração da teoria do negócio jurídico, o contrato é “acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” (*Curso de direito civil: direito das obrigações*, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 05). Sob uma perspectiva crítica, Enzo ROPPO identifica no contrato duas perspectivas distintas: (a) como uma operação econômica, subjacente a uma fenomenologia econômico-social; ou (b) em uma acepção técnico-jurídica, portanto, dogmática, com suas implicações e efeitos legais que o ordenamento jurídico dispõe para a efetivação de certas operações econômicas. Segundo ele, “se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim, dizer, o invólucro ou a veste exterior, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas que se querem tutelar e prosseguir” (*O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11). Ou, ainda, o contrato como “sistema de acção interindividual” (SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 21-176).

<sup>2</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 102. No que concerne à composição das declarações de vontade para o escopo contratual, o autor leciona com grande didática: “Para haver contrato é necessário que as declarações tenham direcções opostas, ajustando-se por convergência, mediante a vontade comum de um resultado unitário (...)” (MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 105).

<sup>3</sup> No direito moderno, a ideia segundo a qual o simples acordo de vontades é suficiente à conclusão do contrato é conquista recente a se traduzir em verdadeiro “princípio do consensualismo”, como bem observa GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 35.

<sup>4</sup> A propósito, PONTES DE MIRANDA utiliza o consentimento como critério para distinguir os demais atos de deliberação dos sujeitos, ao afirmar, especificamente em relação aos acordos plurilaterais, que “as deliberações das pessoas por maioria não são contratos: pois, salvo unanimidade ocasional, não houve *consensus*” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, Tomo III. Campinas: Bookseller, 2000, p. 248).

<sup>5</sup> Até a formação do contrato, a proposta e aceitação “não constituem negócios jurídicos, classificando-se como atos pré-negociais, de efeitos prefigurados na lei”, sendo, portanto, atos jurídicos unilaterais (GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 57).

Com efeito, um dos principais problemas da formação dos contratos sempre residiu, essencialmente, na identificação do momento exato em que se opera o consentimento. Tradicionalmente, a doutrina se utiliza de técnica alegórica. Por um lado, uma das partes (proponente) elabora uma proposta, externando, por meio de uma declaração, a sua vontade em celebrar o contrato, delimitando os efeitos que serão produzidos, sob as condições apresentadas. De outro, a parte (oblato) que recebe a proposta, ou oferta, e declara a sua aceitação.<sup>6</sup>

No entanto, não é despendendo ressaltar que a estrutura estática apresentada pela doutrina tradicional e pelo Código Civil, a despeito de resolver boa parte dos problemas, não é suficiente para a resolução das mais agudas controvérsias. A complexidade das relações sociais, sobretudo no novel ambiente de globalização da era tecnológica, provocou profundas transformações nas relações privadas, incluídas aqui o ambiente hipercomplexo e naturalmente dinâmico das negociações para a celebração dos contratos. Tal fenômeno exige, por conseguinte, releitura dos institutos e categorias previstos no Código Civil em conformidade com a nova realidade social, tudo conforme as regras e princípios consagrados na ordem jurídica constitucional, globalmente considerada.<sup>7</sup>

Nesta atmosfera de superação do modelo estático tradicional consubstanciado no binômio proposta-aceitação, introduz-se nova disciplina, complementar àquela prevista no Código Civil, mediante o reconhecimento do fenômeno da formação progressiva dos contratos.<sup>8</sup> Esta nova figura aparece potencializada, mormente, nas negociações que

---

<sup>6</sup> É comum se afirmar que o contrato se forma “pelo encontro concordante de duas declarações receptícias, [...] quando a proposta emanada do proponente é aceita pela pessoa a quem foi dirigida, isto é, o oblato” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 68-69).

<sup>7</sup> Vale ressaltar a importante a lição de Pietro PERLINGIERI, para quem “em um momento de transformação como o atual, o ordenamento também se apresenta dinamicamente em rápida evolução” e continua, a “complexidade é a única verdadeiramente inevitável e – de modos diversos, mas necessariamente – caracteriza em qualquer tempo e lugar, ainda que com ênfases diferentes, a gênese e a dinâmica do ordenamento” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 189 e 197).

<sup>8</sup> Na didática de Gustavo TEPEDINO, “identifica-se [...] o que se poderia bem designar como formação progressiva dos contratos, cujo conteúdo vai sendo estabelecido gradualmente ao longo das negociações preliminares. Em outras palavras, o contrato se forma aos pedaços, mediante obrigações paulatinamente assumidas pelas partes (TEPEDINO, Gustavo. *Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 44, p. 28, out./dez. 2010).

precedem a celebração de contratos de conteúdo complexo, não raro revestidos de alto risco e, muitas vezes, envolvidos por grandes investimentos.<sup>9</sup>

Por este diapasão, à medida em que a negociação para a celebração do contrato não mais se resolve de modo estático e facilmente determinável, o intérprete pode se deparar com situações verdadeiramente tormentosas. Em dado momento, pode surpreender-se imerso em “zona cinzenta” entre o antes consagrado espaço das “negociações preliminares” e o contrato propriamente dito, fonte de obrigações especificadas pelas partes.

No *iter* contratual, às negociações preliminares correspondem todos os atos dirigidos à celebração do contrato, ou seja, são “atos preparatórios tendentes direta e imediatamente à constituição do vínculo contratual”.<sup>10</sup> Usualmente, iniciam-se com as tratativas, isto é, “conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro”,<sup>11</sup> notadamente sem o interesse específico, ainda, de celebrar qualquer contrato. Em verdade, a função das tratativas está antes na averiguação da viabilidade econômica do futuro negócio que na própria celebração deste.<sup>12</sup>

Para além das tratativas, o nicho das negociações preliminares ainda subsiste embora sob a veste da formalização de declarações de vontade que podem estar contidas em diversos instrumentos da *práxis* empresarial. Designadamente, convites para realização de oferta, cartas de intenções, memorandos de entendimento, minutas especificando alguns termos do futuro acordo, contratos normativos, pactos de preferência, opções, dentre outros.<sup>13</sup>

Entretanto, supera com clareza a barreira das negociações preliminares a categoria do *contrato preliminar*, cuja noção básica consiste no contrato por meio do qual uma das

---

<sup>9</sup> No ambiente complexo de negociações no mercado financeiro contemporâneo, a formação de um contrato definitivo pode durar meses ou até anos, necessitando muitas vezes de perícias, corpo técnico altamente especializado, dentre outras características. Nesse sentido, “a complexificação social, a flutuação do mercado, a instabilidade da conjuntura econômica ou a possibilidade apenas paulatina de delineamento das muitas situações negociais, podem mover os figurantes ao interesse por uma fixação atual e vinculativa, juridicamente, de suas expectativas em relação à feitura de certos contratos” (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Execução de contrato preliminar*, 1982, 311f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 32).

<sup>10</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 68.

<sup>11</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 37.

<sup>12</sup> Como ressalta André Nery COSTA: “[...] o objetivo dessa fase é verificar se é possível obter vantagem econômica com a celebração de ulterior vínculo contratual” (COSTA, André Nery. *O contrato preliminar: função, objeto e execução específica*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 07).

<sup>13</sup> Para um maior detalhamento das características de cada instrumento, Cf. LEAL, Márcio Gomes. *Contrato Preliminar*, 2006, 322f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, pp. 23-41.

partes, ou ambas, compromete(m)-se a celebrar outro contrato, dito definitivo.<sup>14</sup> Daqui se extrai a distinção fundamental entre o contrato preliminar e os acordos formulados na constância das negociações preliminares – enquanto nestas as declarações das partes não têm o condão de vinculá-las entre si, senão apenas em razão dos ditames da boa-fé objetiva,<sup>15</sup> o contrato preliminar tem por função precípua, em última análise, obrigar as partes, ou uma delas, a celebrar o contrato definitivo, estabelecendo vínculo obrigacional contratual entre as partes.

Em síntese, o contrato preliminar é instrumento intermediário entre as negociações preliminares – espaço livre, amplo e aberto de não vinculação voluntária entre as partes – e o contrato definitivo; é negócio jurídico que rompe as barreiras das negociações preliminares, vinculando os contratantes, ou um deles, à formulação de um novo contrato, por razões de diversas ordens.

## 2. Contrato preliminar

Sob o ponto de vista estrutural, a noção de contrato preliminar não é pacífica.<sup>16</sup> CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA o define como “aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será o principal.”<sup>17</sup> Por outro lado, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA se refere expressamente à *obrigação* de celebrar um contrato específico,<sup>18</sup> enquanto ORLANDO GOMES prefere conceituá-lo como convenção que atribui às partes, ou uma delas, a *faculdade* de exigir a imediata eficácia

<sup>14</sup> Em sentido semelhante, afirma Caio Mário da Silva PEREIRA: “distingue-se das negociações preliminares, em que estas não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro” (*Instituições...*, cit., p. 81).

<sup>15</sup> Veja-se, por todos, MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 527 e ss.

<sup>16</sup> Não há consenso sequer em sua terminologia, pode-se chamar de pré-contrato, contrato-promessa, promessa de contratar, ou mesmo contrato anterior, antecontrato ou contrato de conclusão, como anota ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Contrato promessa: umas síntese do regime vigente*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11. Em função da nomenclatura adotada pelo Código Civil, na Seção VIII, do Capítulo I, Título V, prefere-se denominar aqui de contrato preliminar.

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit. p. 81. Essa é a definição que se entende menos problemática. Ela evita o uso de categorias que podem levar a confusões até mesmo ontológicas do instituto. Quando se diz que alguém se obriga a celebrar certo contrato, desconsidera a hipótese de cláusula de arrependimento ou de arras penitenciais ou multa penitencial. Ao se evitar termos como obrigação, faculdade, direito, poder, substituindo-o por termo genérico “compromisso”, a despeito de pecar pela generalidade, acerta ao abarcar todas as situações jurídicas subjetivas previstas de contrato preliminar, inclusive as de vínculo precário.

<sup>18</sup> Segundo o jurista português, o contrato preliminar é “convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato (...). Diz-se contrato prometido ou definitivo aquele cuja realização se pretende” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Contrato promessa...*, cit., p. 11-12).

de contrato que projetaram.<sup>19</sup> Clássica, também, a lição FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, para quem a promessa de contrato “tem, pois, caráter de figura jurídica independente, (...) criando imediatamente um vínculo obrigatório entre as partes, com causa própria, do qual nasce a faculdade peculiar de pôr em atual funcionamento o contrato projetado”.<sup>20</sup>

Pelo primeiro conceito, apresentado pelo civilista mineiro, percebe-se que o consentimento gera *compromisso* de celebração do contrato definitivo. Tal vinculação poderá ser mais ou menos vinculante conforme seja possível, ou não, exercer direito de arrependimento.

Analisando os extremos, na forma do art. 463 do Código Civil,<sup>21</sup> possível é que no contrato preliminar haja previsão expressa de *cláusula de arrependimento*, cujo efeito, se utilizada, exonera a parte contrita do vínculo obrigacional. Nesta hipótese, na qual a doutrina já denominou de contrato preliminar precário,<sup>22</sup> indubitável tratar-se de vínculo mais brando, que pode ser rompido a qualquer momento, nas condições que a cláusula contratual de arrependimento estabelecer.

Em sentido oposto, o contrato preliminar firme é aquele no qual não consta, em seu conteúdo, cláusula de arrependimento ou qualquer possibilidade de prestação alternativa que esmoreça o vínculo obrigacional.<sup>23</sup> Nesta figura, “qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive” (art. 463, *caput*, do Código Civil). Aqui o vínculo é o mais forte possível (firme) e à outra parte não resta alternativa a não ser cumprir a obrigação, sob pena de “esgotado o prazo, (...) o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte

---

<sup>19</sup> O autor reconhece a dificuldade de conceituação e a existência de diversas acepções que representam, em última análise, perfis funcionais diversos para cada contrato preliminar, mas não foge ao compromisso acadêmico de externar a sua definição: “Sem tomar partido, por ora, na controvérsia, pode-se, desde logo, conceituá-lo nesses termos: convenção pela qual as partes criam em favor de uma delas, ou de cada qual, a faculdade de exigir a imediata eficácia de contrato que projetaram” (GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 160)

<sup>20</sup> No original: “La promesa de contrato tiene, pues, carácter de figura jurídica independiente en la señalada etapa previa, creando inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, con propia causa, (onerosa o lucrativa), del que nace la peculiar facultad de poner en actual funcionamiento (imponer, desde el momento en que se ejerce la facultad, la plena eficacia) al proyectado contrato” (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *La promesa de contrato: algunas notas para su estudio. Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1950, pp. 1169-1170).

<sup>21</sup> Vale reproduzir o dispositivo legal, *in verbis*: “art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive”.

<sup>22</sup> Como bem anota a autora lusa, nesta hipótese, “a salvaguarda da liberdade de decisão *medio tempore*, se permite conceber o contrato prometido como um instrumento negocial em que a vontade desempenha ainda um papel estrutural importante, impõe que se considere o contrato-promessa como um negócio cuja eficácia vinculativa é atenuada” (PRATA, Ana. *O contrato promessa e seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 96).

<sup>23</sup> PRATA, Ana, *O contrato promessa...*, cit., pp. 102-108.

inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação” (art. 464 do Código Civil).

Noutro giro, a tomar por base o conceito de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, como é notório, o contrato preliminar existe em função da criação de um vínculo para a celebração de “certo contrato definitivo”.<sup>24</sup> Com isto, quis dizer o autor português que o conteúdo do contrato preliminar deve, necessariamente, conter algum efeito do contrato definitivo que seja capaz de identificar a sua disciplina. Este ponto, tomado como fundamental para o desenvolvimento do regime de execução do contrato preliminar, será estudado em capítulo próprio.

Ainda na seara estrutural, o contrato preliminar pode ser classificado como unilateral ou bilateral conforme esteja presente ou não o caráter do sinalagma (correspetividade ou reciprocidade) entre as obrigações de contratar dele emergentes. Assim, se o acordo gerar obrigação *ex uno ladere*, isto é, somente para uma das partes, o contrato preliminar será unilateral, sendo reservada a uma das partes, unicamente, a faculdade de exigir o adimplemento.<sup>25</sup> Porém, se há obrigações recíprocas entre as partes, sejam elas expressas nas promessas de igualmente contratar, sejam elas correspetivas em retribuição de outra natureza,<sup>26</sup> a título de contraprestação, tratar-se-á de contrato preliminar bilateral. A importância da distinção reside, evidentemente, na aplicação da disciplina diferenciada para cada negócio, consoante disposto nos artigos 463 e 466 do Código Civil, cuja aplicação recairá, respectivamente, para os contratos preliminares bilaterais e unilaterais.<sup>27</sup>

Por derradeiro, a identificação funcional entre o contrato preliminar e o contrato definitivo, na qual aquele serve de instrumento a este, impõe revelar em que medida o conteúdo do negócio prometido deve estar contido no contrato preliminar. Sobre esse

---

<sup>24</sup> Cf. nota 18.

<sup>25</sup> FERNANDES, Wanderley. Formação do contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, a. 29, vol. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1990, p. 125.

<sup>26</sup> A observação é de Darcy BESSONE, que considera, acertadamente, bilateral o contrato preliminar que atribua a uma das partes a obrigação de contratar e à outra uma retribuição de qualquer natureza, desde que a título de contraprestação. Tal consideração foi esquecida por parte considerável da doutrina (BESSONE, Darcy. *Da compra e venda: promessa e reserva de domínio*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1960, p. 118)

<sup>27</sup> Prescrevem os artigos do Código Civil:

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, *qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive* (grifos nossos)

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.

tema, a doutrina mantém, mesmo após o advento do Novo Código Civil em 2002,<sup>28</sup> acalorados debates, que podem ser resumidos em quatro correntes: i) pela necessidade de inserção de todos os elementos do definitivo no preliminar; ii) pela exigência da presença dos elementos essenciais do definitivo no preliminar; iii) pela obrigatoriedade dos elementos essenciais do definitivo no preliminar, ainda que estes elementos sejam apenas determináveis; e iv) por uma ideia de que o contrato preliminar deve obedecer apenas aos requisitos gerais de validade do ato jurídico. A relevância deste tema não se limita apenas à determinação da validade ou não do contrato preliminar (preocupação ligada à estrutura do negócio). Antes reside na verificação da possibilidade ou não de sua execução específica, nos termos do art. 464 do Código Civil.

Para os adeptos da primeira corrente,<sup>29</sup> entre os quais se insere o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do célebre caso “Pão de Açúcar Vs Distribuidora Disco”, o contrato preliminar deve conter todos os elementos do definitivo, isto é, os elementos essenciais, naturais e até mesmo os acidentais.

Sob uma percepção ainda fortemente estruturalista do fenômeno contratual, os adeptos dessa corrente propugnam que a ausência de qualquer dos elementos do negócio jurídico definitivo, que é objeto do negócio jurídico preliminar, tem o condão de desqualificá-lo, retornando o instrumento ao *status* de documento formulado ao ambiente das negociações preliminares e, destarte, de conteúdo não vinculativo. Por outras palavras, o acordo só se apresentaria como contrato preliminar na medida em que estivesse inserido, de antemão, todos os elementos do contrato definitivo, de modo

---

<sup>28</sup> O legislador buscou encerrar o dissenso doutrinário com a redação da parte final do art. 462 do Código Civil: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, *deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado*”. Contudo, como se verá, ainda assim o debate remanesce.

<sup>29</sup> Neste sentido, posicionou-se o STF por ocasião do célebre julgamento do RE 88.716/RJ, no qual ressaltou, na ementa do precedente, a necessidade de que o contrato preliminar contenha todos os elementos do definitivo: “- Formação de contrato preliminar susceptível de adjudicação compulsória. - Cabe recurso extraordinário quando se discute qualificação jurídica de documento: saber se ele é mera minuta (punctação) ou contrato preliminar. - Distinção entre minuta, em que se fixa o conteúdo de certas cláusulas, mas se deixam em aberto outras, e contrato preliminar. - *O art-639 do Código de Processo Civil pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encarados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar.* - Negativa de vigência, no caso, do art.191 do Código Comercial e do art. 639 do C.P.C. Recurso extraordinário conhecido e provido” [grifos nossos] (STF, Segunda Turma, RE 88.716/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11.09.1979). Na mesma direção do julgado, a doutrina de Orlando GOMES, na qual defende que o contrato preliminar “já deve conter os elementos essenciais do contrato definitivo, bem como os que podem influir na vontade e intenção de chegar a este” (GOMES, Orlando. Acordo preparatório e contrato preliminar. In: *Novas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 05)

que para a celebração deste dependa apenas de simples declaração de vontade, sem a necessidade de complementar o conteúdo do contrato definitivo.<sup>30</sup>

Por muito tempo, e até mesmo após o advento do Código Civil de 2002, que expressamente previu como requisito do contrato preliminar os “requisitos essenciais” do definitivo, tanto a doutrina como parte da jurisprudência, por meio de diversos julgados,<sup>31</sup> mantêm o entendimento segundo o qual não é suficiente a simples presença dos elementos essenciais do negócio projetado. Ao revés, devem estar contidos na avença preliminar todos os elementos daquele negócio que se pretende celebrar em momento ulterior. Com a devida vênia, como se buscará demonstrar, tal posicionamento não merece prosperar.

A segunda corrente sustenta a ideia segundo a qual o contrato preliminar somente tem validade e eficácia genérica se indicar, como mínimo estrutural, o conteúdo do contrato

---

<sup>30</sup> Percebe-se que esta corrente não separa claramente os requisitos para a configuração do contrato preliminar dos requisitos para a sua execução específica. Como consequência inelutável desta confusão entre os requisitos convém afirmar que, neste sentido, a simples existência de contrato preliminar implica possibilidade de sua execução específica. Ou, por outras palavras, não seria juridicamente concebível a existência de um contrato preliminar sem a possibilidade de proceder à sua execução específica. Porém, o maior problema desse posicionamento parece repousar na ausência de percepção quanto ao perfil funcional do contrato preliminar. Como já salientado, este instrumento contratual foi criado por razões das mais diversas, enquanto a presente corrente induz o atendimento apenas à função prática de protrair no tempo a celebração de contrato já definido em todos os seus termos, isto é, de garantir a celebração do definitivo nas hipóteses em que, por razões diversas, ele não possa ser ainda celebrado, e de antecipar os efeitos do contrato projetado, deixando de fora outras diversas utilidades, tais como a garantia de celebração do acordo, com diversas cláusulas abertas para serem preenchidas no futuro, por conveniência das partes, no que já se denominou de contrato preliminar incompleto. Neste sentido, Cf. BIANCHINNI, Luiza. *Contrato Preliminar Incompleto*, 2012, 169f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, pp. 19-20. Por outro lado, a preocupação, de ordem lógico-jurídica, em afastar a possibilidade de vínculo contratual criado por sentença judicial resultou na rejeição do contrato preliminar nas hipóteses em que o definitivo já não tivesse totalmente regulado pela livre vontade das partes, porquanto “a formação compulsória de um contrato seria conceitualmente absurda. Subverter-se-ia a noção de contrato, (...) ao se admitir que pudesse ser exigido em razão de obrigação preexistente” (GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 161).

<sup>31</sup> Adotando o entendimento da necessidade dos elementos essenciais, vejam-se os julgados: (a) “[...] do mesmo modo, como bem salientado pelo MM. Juiz *a quo*, restaram demonstrados os requisitos essenciais do contrato, que são a coisa, o preço e o consenso. Portanto, não merece qualquer modificação a r. sentença de primeiro grau, eis que corretamente decidiu a questão. Cf. TJMG, Apelação Cível 1.0470.02.005103-8/001(1), Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, j. em 30.05.2007; (b) “[...] 2. Meras negociações preliminares para formação de futuro contrato não vincula as partes quando não concluído o negócio jurídico pretendido ante a não manifestação de vontade de contratar de uma das partes. Assim, ausente um dos elementos constitutivos e essenciais do contrato, a declaração de vontade, as partes ficam desobrigadas, independentemente de qualquer provimento judicial declarando a inexistência da obrigação (TJDFT, Apelação Cível 0001329-25.2007.807.0004, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Cruz Macedo, j. em 13.04.2011).

definitivo ao menos em seus elementos essenciais.<sup>32</sup> Esta exigência, a despeito de ser defendida antes mesmo do novo diploma civil, resulta da referência clara que o art. 462 do Código Civil faz aos “requisitos essenciais” que o contrato preliminar “deve conter”.<sup>33</sup>

Esse entendimento, que é acompanhado por respeitável doutrina, peca em razão da dificuldade de se identificar, no processo de qualificação, quais são, verdadeiramente, os *elementos essenciais* do negócio. Sucede que tal posicionamento é decorrência do pensamento exclusivamente estruturalista, cujo raciocínio conduz ao modelo já superado da qualificação pela subsunção,<sup>34</sup> em que os elementos essenciais seriam sempre os mesmos, já previstos no tipo<sup>35</sup> e identificáveis a despeito da experiência (*a priori*).

Daí porque alguns autores, cientes de tal dificuldade, preferem entender a expressão “requisitos essenciais” como relacionada não exclusivamente aos elementos essenciais tomados abstratamente (v.g., coisa e preço no contrato de compra e venda). Mais que isso, devem ser compreendidos como requisitos que envolvem os elementos essenciais do negócio, adicionados aos elementos não essenciais (naturais ou acidentais) que, no caso concreto, sejam necessários para a identificação do contrato principal.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Afirma-se de modo enfático que “enquanto negócio-base, o contrato preliminar deve sempre indicar e precisar os elementos categoriais inderrogáveis que compõem a existência jurídica do tipo do contrato definitivo” (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Execução...*, cit., p. 34). Na mesma esteira, diz-se que “em se tratando de contrato preliminar de compra e venda, bastará, pois, para a sua existência, validade e eficácia genericamente considerada, que estejam presentes os elementos essenciais da compra e venda e seus requisitos, isto é, o acordo quanto à coisa e quanto ao preço (res, pretium et consensus) em perfeita regularidade (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Contrato preliminar: distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo*. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p 258).

<sup>33</sup> Art. 462 do Código Civil: O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

<sup>34</sup> Ensina, com autoridade, Pietro PERLINGIERI que “a subsunção – sobre a qual se baseia a tese que considera qualificação uma fase autônoma e distinta – é um modelo superado”. Em verdade, “interpretação e qualificação do fato são aspectos de um processo unitário orientado para a reconstrução daquilo que ocorreu em uma perspectiva dinâmica, voltada para a sua fase de realização” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, cit., p. 652).

<sup>35</sup> O risco de tal assertiva recaí sobre a possibilidade de redução do âmbito dos contratos preliminares apenas quanto à celebração de contratos típicos. Por outro lado, mesmo em se aceitando a ideia dos elementos essenciais abstratos, persistirá o problema ao desconsiderar o perfil funcional e exigir requisitos mais rigorosos que os contratos definitivos, nos quais podem ser celebrados na ausência de elementos desde já especificados (LYRA JÚNIOR, Eduardo M. G. O contrato preliminar e a sua previsão no novo código civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 14, abr./jun., 2003, p. 45).

<sup>36</sup> Observa Carlos Alberto da Silveira LOBO que a exigência dos elementos essenciais para a configuração do contrato preliminar “teria consequências absurdas, na prática. Um acordo provisório, de que constassem os requisitos essenciais do contrato principal, firmado antes de as partes se terem posto em consenso sobre determinada condição suspensiva (indubitavelmente elemento acidental), que uma das partes reputasse indispensável para se vincular ao negócio, teria de ser considerado acordo preliminar, obrigando a celebração do contrato principal com tal lacuna, ou, na falta deste, funcionando como se fosse contrato definitivo e completo” (*Contrato preliminar*. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 321).

Adiante, em caráter de complementação emerge a terceira corrente, que também entende ser imprescindível a presença de elementos essenciais. Porém, tais elementos essenciais do contrato definitivo não precisam estar determinados desde já no contrato preliminar, bastando que tais elementos sejam, ao menos, determináveis.<sup>37</sup>

Finalmente, a quarta corrente procura desvincular a necessidade de inserção dos requisitos essenciais do contrato definitivo no preliminar. Para os adeptos desta ideia, a validade do negócio dependeria apenas da observância dos pressupostos e requisitos gerais do ato jurídico válido, dispostos no art. 104 do Código Civil.

Os autores que sustentam tal posicionamento alegam que a exigência que faz o art. 462 em relação à presença dos requisitos essenciais do contrato definitivo no preliminar se restringe à possibilidade de execução específica, não se tratando das hipóteses em que o contrato preliminar não comporte tutela especial de execução das prestações do contrato definitivo, ou, por outras palavras, nas hipóteses em que a execução específica do conteúdo do contrato prometido estabelecido no preliminar não mereça tutela pelo ordenamento jurídico.<sup>38</sup> Isto é, a presença dos requisitos essenciais do contrato projetado seria necessária apenas como condição de execução do contrato preliminar, mas não em relação à sua própria configuração.<sup>39</sup>

Neste quesito, apesar de se concordar com a conclusão no sentido de que a execução do contrato preliminar não se opera automaticamente, pelo simples fato de estarem

---

<sup>37</sup> O raciocínio aqui utilizado encontra refúgio no art. 104 do Código Civil, que prevê como requisito para a validade do negócio jurídico o objeto determinado ou determinável. Ora, se para os negócios em geral o objeto, além de lícito e possível, precisa ser apenas determinável, o mesmo raciocínio aplicar-se-ia aos contratos preliminares, que são espécies do gênero negócio jurídico. Admitindo-se que o conteúdo do preliminar prescinde da determinação, de pronto, do conteúdo do definitivo, resolve-se o problema criado pela segunda corrente em relação àqueles contratos preliminares que têm por função a vinculação das partes com a dilação de alguns aspectos a serem decididos no futuro, ainda que um deles seja elemento essencial. Outrossim, assim como a segunda corrente admite para os elementos acidentais, quando exigido, o intérprete está autorizado a utilizar as regras de interpretação e integração contratual agora para a definição dos elementos essenciais, já que determináveis. Neste raciocínio, é inevitável remeter a LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 99-100: “La jurisprudência exige (JW, 38, 2.742) que el contenido del contrato principal sea determinable en el sentido de que puede ser establecido por el juez ‘por vía de interpretación’ del precontrato”.

<sup>38</sup> Notadamente, COMPARATO, Fábio Konder, Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário. *Revista Forense*, 1979, a. 75, vol. 266, abr./mai., p. 22; COSTA, André Nery. *O contrato preliminar*, cit., pp. 90-99; e LEAL, Márcio Gomes. *Contrato preliminar*, cit., p. 117.

<sup>39</sup> O grande problema dessa corrente, para além da dificuldade de superar a clareza do texto normativo do art. 462 do Código Civil, repousa fundamentalmente na dificuldade de se discernir, no caso concreto, a hipótese de celebração de contrato preliminar cuja execução específica não mereça tutela pela ordem jurídica, uma vez que presentes apenas os pressupostos e requisitos gerais de validade do art. 104, dos meros acordos formulados no ambiente das negociações preliminares, incapazes de vincular as partes na mesma intensidade que a disciplina do contrato preliminar prevê, ainda que a conclusão quanto a este não resulte, invariavelmente, em possibilidade de execução específica. A enorme dificuldade está, em última análise, na qualificação do acordo de vontades, se se trata de contrato preliminar ou minuta. Em sentido contrário, defendendo a mitigação dessa distinção, Cf. RAMOS, Fabiana D’Andrea. *A eficácia vinculativa das cartas de intenções*. 2000, 266f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 242.

presentes os requisitos essenciais do negócio definitivo no preliminar, não se pode concordar aqui com as suas premissas. O contrato preliminar é *negócio funcionalizado* por excelência, instrumental ao definitivo, de modo que não se pode admitir que seja legítimo negócio que, *desde a sua formação*, apresente-se inapto ao fim a que se destina.<sup>40</sup> É por isso que a existência de contrato preliminar em que as partes tenham firmado acordo para celebrar “algum contrato” em momento futuro, sem nada mais acrescentar (conteúdo vazio), só pode ser considerado como contrato nulo, pois a despeito de cumprir os elementos ditos essenciais (vontade livremente expressada; por partes capazes e legítimas; com objeto lícito, possível e determinável – cf. art. 104 do CC), apresenta-se desprovido de causa, ao não indicar em seu conteúdo os requisitos essenciais do contrato projetado. Tal nulidade se fundamenta no art. 166, VII, do Código Civil,<sup>41</sup> pois se a lei proíbe, pelo art. 462 do mesmo diploma, a celebração de contratos preliminares sem os requisitos essenciais do definitivo, não lhe cominando qualquer sanção específica, trata-se de negócio jurídico nulo.

Apresentadas as correntes que tratam do conteúdo mínimo do contrato preliminar, parece mais acertada aquela que exige, como requisito da promessa de contrato, a disposição dos requisitos essenciais do contrato definitivo, que, como se verá, deve ser representada não pela presença dos elementos essenciais em abstrato, mas pela *mínima unidade de efeitos* do contrato definitivo (causa abstrata do contrato projetado).<sup>42</sup> Contudo, como será objeto de análise a seguir, a *disciplina* do contrato preliminar a ser adotada, em termos de *efeitos*, não pode ser exclusiva e previamente determinada com base em elementos abstratos (ou pela ideia de causa abstrata), usualmente abordados nos tipos contratuais, mas, antes de tudo, na síntese de seus efeitos, isto é, regulamento de centros de interesses cujo objetivo reside em sua mútua composição.<sup>43</sup> Definitivamente, ao se tratar de composição de interesses no caso concreto com o fito de determinar a disciplina normativa daquela relação jurídica, não se pode prescindir da análise da causa concreta e do perfil funcional do contrato

---

<sup>40</sup> Emblemática a passagem de Maria Celina BODIN DE MORAES ao defender a possibilidade de execução do contrato preliminar de doação, usualmente chamado de promessa de doação, apontando argumentação no sentido de que não se pode admitir, em abstrato, que promessas possam deixar de ser cumpridas sem qualquer sanção aparente, em claro desvio de finalidade: “O respeito aos compromissos assumidos representa um objetivo do nosso ordenamento jurídico e não parece haver qualquer razão especial que justifique a possibilidade de se descumprir, sem qualquer sanção possível, uma promessa de doação feita a outrem. Seu cumprimento é essencial porque uma promessa não mantida é uma falsa promessa, e não uma promessa inexistente. O adimplemento, portanto, voluntário ou coativo, é uma consequência lógica e necessária da promessa” (Notas sobre a promessa de doação. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 285).

<sup>41</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

<sup>42</sup> Para a compreensão da expressão, Cf. Capítulo 3.

<sup>43</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, cit., p. 737.

preliminar, consoante a metodologia do direito civil-constitucional. É nesta seara que se insere o problema da execução específica do contrato preliminar.

### 3. A Função do contrato preliminar

O chamado direito civil constitucional, representado pelo estudo do Direito Civil à luz da Constituição da República, é fundado sob a premissa fundamental de consideração da supremacia hierárquica da Constituição, dotada de regras e princípios de força normativa – e dos valores a ela intrínsecos –, posta no vértice do ordenamento jurídico de natureza unitária (a despeito de sua complexidade e da pluralidade de fontes). Deste ponto de partida, a metodologia desenvolve uma teoria interpretativa voltada à praxe, mas com grande respeito e obediência ao dado jurídico. E para se realizar a atividade interpretativa de cunho aplicativo, não se pode deixar de levar em consideração (i) a prevalência dos interesses existenciais sobre os interesses meramente patrimoniais; (ii) a historicidade dos conceitos e categorias, razão pela qual se demanda constante releitura; (iii) o perfil promocional do direito; e (iv) a funcionalização dos institutos.<sup>44</sup> É sobre este último perfil da metodologia do direito civil-constitucional que se impõe a necessidade de definir a função (ou as funções) do contrato preliminar como requisito indispensável para a determinação de sua disciplina.

Questão das mais intrigantes que tem instigado a doutrina ao longo do desenvolvimento do contrato preliminar reside, essencialmente, na sua autonomia funcional.<sup>45</sup> À guisa de síntese: se o contrato preliminar é negócio cujo objeto remete necessariamente à celebração de outro contrato, dito definitivo, e este, por sua vez, somente pode ser identificado na hipótese em que reconhecidos os seus requisitos essenciais, o contrato preliminar não é simplesmente aquele cujo objeto determina a celebração de qualquer contrato, mas, necessariamente, de contrato específico, com

---

<sup>44</sup> Pietro PERLINGIERI percorre os perfis da constitucionalização do direito civil em toda a sua obra, com especial atenção (a) à hierarquia das fontes; (b) à despatrimonialização do direito civil; (c) à historicidade dos institutos, (d) ao personalismo e solidarismo constitucional; (e) à função do fato jurídico. Cf., em síntese, *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 9-10, 33-37, 27-28, 94 e ss. Na doutrina brasileira, para um dos trabalhos pioneiros sobre o tema, Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 3-31 e TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 1-23). Mais recentemente, revisita o tema SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 5-24.

<sup>45</sup> Para melhor compreensão da necessidade de se superar o modelo estruturalista em direção ao modelo funcionalista, sobretudo em razão da ascensão da “função promocional do direito”, (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, pp. 53-79). A passagem da estrutura à função pode ser resumida como a alteração da perspectiva de compreensão do fenômeno, ao superar o modelo que procura desvendar “como é”, para alcançar o significado de “para que serve” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, cit., p. 642).

conteúdo mais ou menos delimitado.<sup>46</sup> Disto se infere que, se as partes acordaram, no contrato preliminar, sobre o conteúdo do contrato definitivo, na verdade, em última análise, celebraram acordo de vontade quanto a este, razão pela qual se indaga sobre sua verdadeira utilidade.

Não obstante a pertinência da crítica,<sup>47</sup> é indubitável que razões de natureza prática motivaram a ascensão do instituto de modo tal que a doutrina tem superado os obstáculos dogmáticos e admitido a autonomia funcional do contrato preliminar, especialmente após o advento do Código Civil de 2002.

De plano, essa autonomia funcional do contrato preliminar não deve ser identificada com a diversidade de objeto ou de conteúdo entre este e o contrato definitivo, vez que nem sempre serão distintos, mas antes na diversidade de causa entre eles. A rigor, não se pode confundir objeto, conteúdo e causa do contrato, e esta distinção é fundamental para a compreensão da autonomia funcional da convenção contratual preliminar.

É cediço que o tema da causa é dos mais nebulosos na doutrina.<sup>48</sup> Contudo, não se pretende aqui estender digressões que fujam ao objeto do presente estudo, mas trazer a lume definições que auxiliem a compreensão da disciplina do contrato preliminar, principalmente no que concerne à sua autonomia funcional e, especialmente, como se verá, aos seus efeitos e à possibilidade de sua execução específica.

Primeiramente, o objeto do contrato não é simplesmente uma prestação, ou o objeto desta, mas o conjunto das prestações que as partes se comprometeram a praticar.<sup>49</sup> Por outro lado, conteúdo do contrato, em sua definição tradicional, é o complexo de todos

---

<sup>46</sup> “Mas, se o contrato-promessa só o é quando referido ao contrato que antecede, e este, por sua vez, só está identificado quando se conhecerem os seus elementos essenciais, pode dizer-se que a vontade manifestada pelas partes na promessa não respeita apenas à celebração futura de um dado tipo de negócio, mas, muito mais precisamente, à ulterior celebração de um certo negócio, com um certo conteúdo. Ou seja, a vontade das partes na promessa referindo-se desde logo ao conteúdo do contrato prometido, consubstancia, também desde logo, a um acordo quanto a ele” (PRATA, Ana. *O contrato promessa...*, cit., pp. 70-71).

<sup>47</sup> Dentre as teorias negativistas, destacam-se aquela que considera o contrato preliminar igual ao definitivo; e aquela que o identifica a equivalência de ambos ao defender a tese de que eles possuem a mesma causa. Veja-se, por todos, PRATA, Ana. *O contrato promessa...*, cit. pp. 71-82).

<sup>48</sup> Como bem ressalta Carlos Néilson KONDER, “já se disse que o conceito de causa é ‘vago e misterioso’, um ‘feitiço fatal’, exuberante fonte de equívocos, que ainda não consegue assumir contornos nítidos, não obstante os arquitetos e a qualidade dos materiais” (Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 43, jul./set., 2010, pp. 35-36).

<sup>49</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 65.

os elementos do contrato, do comportamento negocial ao resultado potencial.<sup>50</sup> Finalmente, a causa do contrato, na esteira do perfil funcional da metodologia do direito civil constitucional, é sua função prático-jurídica, que “deve ser determinada não tanto pelo conteúdo da prestação ou pelo tipo de obrigação (de dar, de fazer ou de não fazer), quanto pela *identificação do título* da obrigação e da *sua incidência sobre a disciplina*” (grifos nossos).<sup>51</sup>

Daí porque alguns autores entendem que a causa de qualquer situação jurídica subjetiva é determinada por sua função econômico-individual,<sup>52</sup> de maneira que cada contrato tem sua causa e, portanto, função própria. A identidade de objeto ou de conteúdo, que pode ocorrer entre o contrato preliminar e o ulterior contrato definitivo, não desqualifica o primeiro de sua condição de promessa de contratar, que sempre terá causa diversa do definitivo, aplicando-se o regime próprio do negócio conforme sua natureza.

De fato, não se pode olvidar que o contrato preliminar existe em função do definitivo, de maneira que a causa do contrato definitivo não pode ser alheia à causa do preliminar, não obstante com ela não se confunda.<sup>53</sup> Em verdade, é inegável que os interesses que envolvem o contrato preliminar em muito se igualam aos interesses promovidos pelo contrato definitivo, sobretudo em razão da necessidade de

---

<sup>50</sup> A distinção entre conteúdo e causa é muito bem pontuada por Emílio BETTI, para quem o conteúdo é representado pelo “o quê”, enquanto a função, determinada pela causa, representa “o porquê”, e finaliza o autor: “Essa função, que em terminologia técnica, legitimada pela tradição, se denomina a ‘causa’, ou seja, a razão do negócio, liga-se, logicamente, àquilo que é o conteúdo do negócio, sem, no entanto, se identificar com ele. Em seguida, no entanto, o autor italiano vincula a determinação da causa à análise do conteúdo do contrato, utilizando parâmetro metajurídico na qualificação: “Em qualquer negócio, analisando o seu conteúdo, pode-se distinguir logicamente, um regulamento de interesses nas relações privadas e, concretizada nele [...] uma razão prática típica que lhe é imanente, uma ‘causa’, um interesse social objetivo e socialmente verificável, a que ela deve corresponder” (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 247-248).

<sup>51</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil...*, cit., pp. 737-738. A importância dessa definição consiste na desvinculação entre causa e conteúdo, isto é, a causa não é determinada pela simples análise do conteúdo, mas antes pela identificação do título que incide sobre a disciplina. Ainda que esse título seja delimitado pelo conteúdo da relação jurídica, não se esgota nele. Em verdade, a causa do negócio é determinada pelo seu conteúdo em diálogo com todo o ordenamento considerado globalmente, em sua unidade.

<sup>52</sup> Para a causa como função econômico-individual, também designada como função prático-jurídica, faz-se indispensável remeter a PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 369-370: “Allo scopo di evitare l’identificazione con il tipo contrattuale e qualsiasi ‘funzionalizzazione’ alla realizzazione dei valori dell’ordinamento, si è prederito ravvisare nella causa la funzione economico-individuale, indicando con tale espressione il valore e la portata che all’operazione nella sua globalità le parti stesse hanno dato, cioè il valore individuale che una determinata operazione negoziale, considerata nel suo concreto atteggiarsi, assume per le parti [...]”. Na doutrina brasileira, chega-se a mesma conclusão, na qual “não é suficiente examinar o esquema abstrato ao qual ele corresponde e sobre o qual já se reconheceu cumprir uma função socialmente útil, mas é necessário também avaliar em concreto o modo específico no qual aquele esquema abstrato é utilizado” (KONDER, Carlos Nelson. *Causa do contrato...*, cit., p. 49).

<sup>53</sup> Neste sentido, Vincenzo ROPPO ensina que não obstante se tratem de contratos distintos, o preliminar e o definitivo estão ligados entre si em uma sequência concebida como operação unitária. Originalmente: “Il preliminare e il definitivo sono due contratti distinti, e separati nel tempo; ma sono anche due contratti legati fra loro in una sequenza concepita come operazione unitaria” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p.630).

identificação, no preliminar, dos requisitos essenciais ao contrato definitivo. Entretanto, a autonomia funcional da promessa é reconhecida porque o contrato preliminar realiza interesses específicos. Em outras palavras, a despeito de se tratarem de causas interligadas, somente no contrato preliminar está incluído o desiderato de celebrar *certo* contrato definitivo. Isto significa dizer que embora a causa do contrato definitivo seja componente da causa do contrato preliminar, esta não se encerra naquela.<sup>54</sup>

Tal entendimento consolida a autonomia do contrato preliminar e, ao mesmo tempo, não se coaduna com a ideia que se tem afirmado ser o *conteúdo* do negócio preliminar - se mais ou menos definido - o fator determinante para definir a eficácia negocial, especialmente no que concerne à possibilidade de execução específica da promessa.<sup>55</sup> Na verdade, a determinação da disciplina do contrato é resultado do processo concreto de interpretação e qualificação que, na ótica civil-constitucional, não reserva mais espaço para meros juízos de subsunção. Esse processo de qualificação, sob essa nova metodologia, atua sobre a causa, e não sobre o conteúdo do negócio.<sup>56</sup> Ademais, a superação da ideia de causa como elemento essencial integrante da estrutura do negócio jurídico para a noção de síntese de seus efeitos essenciais representa, em última análise, a superação do formalismo lógico da subsunção e o alcance do escopo de valor que impunha a nova ordem civil constitucional.<sup>57</sup> Ao tratar-se, assim, da causa como *síntese dos efeitos essenciais* do negócio, não há como se chegar a qualquer concepção unitária acerca do regime de execução específica do contrato preliminar, que será definido a partir da averiguação e avaliação dos interesses em jogo, “reconhecendo-se na causa um *quid* que ‘ilumina’ o contrato na sua dimensão de valor,

---

<sup>54</sup> Em sentido complementar, leciona Massimo BIANCA que, conquanto reconheça que o contrato preliminar satisfaz interesses específicos, não se pode olvidar para o fato de que a causa do contrato definitivo também compõe a causa do contrato preliminar, porque, em suas palavras, “il preliminare è infatti strumentale rispetto al complessivo interesse finale perseguito” (*Diritto Civile*. vol. 3. Milano: Giuffrè Editore, 1984, p. 186).

<sup>55</sup> Estas são, a propósito, as teses, muito bem elaboradas, de TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Execução...*, cit., pp. 22-27; e AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Contrato preliminar...*, cit., pp. 256-257.

<sup>56</sup> Ainda que o conteúdo seja determinante para a identificação da causa, com ela não se confunde. A causa do negócio não corresponde à causa das obrigações, que formam o conteúdo do contrato. Nesse sentido, leciona Francesco SANTORO-PASSARELLI: “La causa del negozio non è la causa dell’obbligazione, che nel linguaggio del código precedente era sinônimo di fonte della medesima, nè la causa dell’attribuzione patrimoniale, la quale non è che un aspetto della causa nei negozi patrimoniali” (*Dottrine Generali del Diritto Civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1983, p. 174).

<sup>57</sup> Neste sentido, o deslocamento da causa de elemento para síntese dos efeitos resultou igualmente em atribuição de importância muito maior ao processo de qualificação que à validade do negócio, como se pode concluir da leitura de excerto da obra de Alberto TRABUCCHI, que ainda se refere à causa como função econômico-social: “L’esistenza di una causa – e, vedremo, di una causa lecita – è quindi elemento essenziale per la giuridica esistenza di ogni negozio. Ma l’importanza della causa non si limita a questo presupposto di validità. Se è essenziale l’esistenza di una funzione economico-sociale, *dobbiamo anche subito dire che tale funzione vale a qualificare il negozio. La causa perseguita dalle parti in concreto è quindi il criterio primo per la qualificazione del negozio*” (grifos nossos) (*Instituzioni di Diritto Civile*. 34 ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1993, p. 156).

a saber, do regulamento de interesses”.<sup>58</sup> É a partir desde raciocínio que se pretende, neste estudo, definir a disciplina da execução dos contratos preliminares.<sup>59</sup>

Por outro lado, a afirmação de que cada contrato preliminar tem sua causa não significa dizer que o dado normativo não tem sua importância. Na lição de SALVATORE PUGLIATTI, a causa não seria mais síntese dos elementos essenciais do negócio jurídico, a ser determinado por fatores extrajurídicos, como indicava a tese de EMÍLIO BETTI, mas a síntese de seus *efeitos jurídicos essenciais*,<sup>60</sup> numa clara indicação de que a causa deve ser determinada não por elementos externos extraídos de noções fluidas de consciência social superior, mas da conformação entre a autonomia negocial e o ordenamento jurídico objetivo, considerado globalmente.<sup>61</sup>

Nesse sentido, este autor entende que o contrato preliminar cumpre função própria no ordenamento jurídico, que pode ser delineada por duas perspectivas: (i) a função conforme a *causa abstracta*, contida no tipo, e (ii) a função consoante a *causa concreta*,

---

<sup>58</sup> “L’assenza di una concezione unitaria dipende essenzialmente dalla circostanza che la causa non si risolve (come indurrebbe una lettura superficiale della disciplina del codice civile) in un elemento strutturale della fattispecie negoziale, concepibile esclusivamente in termini di ‘elemento essenziale’. La rilevata necessità del superamento della tecnica della sussunzione - allo scopo di valorizzare, mediante il riscontro e la valutazione degli interessi in gioco, le peculiarità che contraddistinguono ogni fatto e, quindi, ogni negozio giuridico - e la conseguente esigenza di esaminare la fattispecie sotto il profilo della struttura e della funzione impongono di ravvisare nella causa un *quid* che ‘illumina’ il contratto nella sua dimensione di valore, cioè di regolamento di interessi” (PERLINGIEI, Pietro. *Manuale...*, cit., pp. 367-368).

<sup>59</sup> Cf. capítulo 4.

<sup>60</sup> “Na verdade [...] se a causa fosse simplesmente a função jurídica, essa não seria a síntese funcional dos elementos do negócio, mas a síntese dos efeitos a que o direito se volta, e não haveria aqui ato jurídico que não houvesse uma causa neste sentido, exatamente porque produtivo de efeitos”. No original: “Invero – dice egli – se la causa fosse semplicemente la funzione giuridica, essa non sarebbe la sintesi funzionale degli elementi del negozio, ma la sintesi degli effetti che il diritto vi ricollega, e non vi sarebbe atto giuridico che non avesse una causa in questo senso, appunto perchè produttivo do effetti” (PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto Civile: metodo – teoria – pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 108).

<sup>61</sup> No mesmo sentido, “A concepção de Pugliatti deu o passo pioneiro de retirar a causa de uma obscura consciência social e localizá-la dentro do ordenamento, priorizando o dado normativo” (KONDER, Carlos Nelson. *Causa do contrato...*, cit., p. 47).

a ser determinada pela síntese dos efeitos essenciais do negócio mediante a composição do centro de interesses das partes com os valores do ordenamento.<sup>62-63</sup>

De fato, é função do contrato preliminar, em qualquer caso, servir-se de instrumento ao contrato definitivo, na medida em que aquele é preparatório deste.<sup>64</sup> Tal inferência é obtida a partir da interpretação do dado normativo contido nos artigos 462 e seguintes do Código Civil. Realmente, não se pode negar que todo contrato preliminar tem, por sua razão de ser, o escopo de vincular as partes à celebração do contrato definitivo.<sup>65</sup>

Todavia, essa causa abstrata, subjacente ao tipo legal e aplicada a todos os contratos preliminares não é apta, por si só, a desempenhar papel definidor da disciplina do

---

<sup>62</sup> A distinção entre causa abstrata e causa concreta, fundamental ao que aqui se defende, é atribuída a Salvatore PUGLIATTI. Segundo o civilista italiano, “a causa do negócio, em vez de representar a motivação típica do sujeito, ou o conjunto das intenções ou motivações típicas dos vários sujeitos, é a síntese unitária dos efeitos típicos de um determinado negócio jurídico, que resultam predispostos no texto normativo. Assim, a causa da compra e venda é realizar a transferência de propriedade de uma determinada coisa a um preço determinado; a causa da doação: promover a transferência de propriedade de uma coisa sem prestação correspondente; a causa da permuta: transferência mútua de propriedade de certas coisas; a causa do mandato: a gestão dos assuntos dos outros sem ou com prestação correspondente, e assim por diante. A causa, no entanto, é bom advertir, não pode viver apenas como regime legal abstrato (...). Então, a causa em sua determinação concreta resulta constituída pela função típica descrita na norma, abastecida pela atuação do agente, preenchimento consistente na efetiva destinação do negócio aos fins postas na função típica”. No original: “anziché l'intento tipico del soggetto, o il complesso degli intenti tipici dei vari soggetti, è la sintesi unitaria degli effetti tipici di un dato negozio giuridico, quali risultano predisposti dalla norma. Così la causa della compravendita è il trasferimento della proprietà di una cosa determinata contro un dato prezzo; la causa della donazione, il trasferimento della proprietà di una cosa senza corrispettivo; la causa della permuta, il reciproco trasferimento di proprietà di cose determinate; la causa del mandato, la gestione degli affari altrui senza o con corrispettivo, e via dicendo. La causa, però, è bene avvertirlo, non può vivere unicamente come astratto schema legale; ma anzi, allo stesso modo di ogni elemento del negozio, ha bisogno di trovare rispondenza in un substrato di fatto che deve venir apprestato dai soggetti che pongono in essere il negozio. Sicché la causa nella sua concreta determinazione risulta insieme costituita dalla funzione tipica descritta nella norma e dall'apporto soggettivo dell'agente, apporto consistente nella effettiva destinazione del negozio ai fini posti nella funzione tipica” (PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè Editore, 1996, pp. 110-111).

<sup>63</sup> Na doutrina brasileira, destaca-se a posição de Maria Celina BODIN DE MORAES, para quem “parece necessário separar – ainda que apenas momentaneamente e ficticiamente – dois aspectos do elemento causal: um abstrato e outro concreto. A função abstrata revela, como se viu, porque dela se extrai o conteúdo mínimo do negócio, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode, em concreto – ainda que assim se tenha idealizado –, ter aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. No exemplo da compra e venda, se falta preço, de compra e venda não se tratará, embora se possa tratar de doação. Já a função concreta diz respeito ao efetivo regulamento de interesses criado pelas partes, e não se pode, a priori, estabelecer, naquele particular negócio, quais efeitos são essenciais e quais não o são. Para a qualificação do concreto negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual, porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador da função daquele contrato” (A causa dos contratos. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 304).

<sup>64</sup> Assim observa Gustavo TEPEDINO ao afirmar que as obrigações contraídas no contrato preliminar “vinculam-se, [...] estrutural e funcionalmente, à celebração do contrato posterior, do qual o contrato preliminar é preparatório” (Estipulação de arras penitenciais e direito de arrependimento no contrato preliminar de compra e venda de ações. In: *Temas de Direito Civil*, vol. 3. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 284). Sobre a causa abstrata do contrato promessa, também merece destaque a posição de Federico de CASTRO Y BRAVO, para quem a causa do contrato preliminar bilateral reside na recíproca concessão que as partes fazem de poder pedir o cumprimento do contrato projetado. O autor concentra a finalidade do negócio sobre o efeito da execução específica. No original, “En la promesa bilateral, la recíproca concesión que se hacen las partes de poder pedir el cumplimiento del contrato proyectado, será su causa” (*La promesa de contrato...*, cit., pp. 1174-1175).

<sup>65</sup> Neste ponto, percebe-se com maior clareza que a causa abstrata do contrato preliminar é sempre igual, mas a concreta dependerá da causa do contrato definitivo a ser celebrado, podendo uma transferência por compra e venda, doação, permuta, assim por diante. Com o mesmo raciocínio, LEAL, Márcio Gomes. *Contrato preliminar*, cit., p. 95.

contrato preliminar, especialmente no que tange aos efeitos de sua execução específica. Por outras palavras, a definição da função conforme a causa abstrata, confundida com os elementos do tipo, não é capaz de delimitar a síntese dos efeitos do negócio em sua função concreta, isto é, carece de subsídios para a fixação da disciplina do contrato preliminar para determinado caso concreto. Isto significa dizer que o fato de se conhecer a função genérica (causa abstrata) do contrato preliminar como instrumento vinculativo preparatório do contrato definitivo não indica, por exemplo, se em determinado contrato de compra e venda de ações o inadimplemento resultará em execução específica do contrato preliminar, a realizar o próprio conteúdo do contrato definitivo, servindo a sentença de título para a transmissão imediata das ações, ou se haverá mera conversão da obrigação de contratar em perdas e danos. A determinação dessa disciplina da execução específica passa necessariamente pelo exame da função concreta, que é particular a cada caso concreto.

Ao se deparar com a diversidade de funções que pode acompanhar o contrato preliminar, todas elas compatíveis com o tipo previsto no Código Civil brasileiro, deve-se ter em mente que o regulamento daquela convenção, notadamente no que respeita à sua execução específica, será determinado, em maior ou menor medida (consoante existência ou não de regras de prevalência, como se verá), pela causa concreta. Esta será definida, por sua vez, mediante a síntese dos efeitos essenciais concretos, revelados pelos interesses perseguidos na operação econômica em composição com os valores do ordenamento.

O que este autor considera como equívoco cometido por parte da doutrina é justamente desconsiderar a causa concreta como o fator crucial da qualificação.<sup>66</sup> O desapego à função concreta resultou nas tentativas frustradas de encontrar uma “função abstrata” que explicasse a razão de ser de todo contrato preliminar e, por conseguinte, atribuisse-lhe uma disciplina unitária invariável. O problema é que, em verdade, a função do contrato preliminar é contingente, isto é, depende, para a sua determinação, da composição dos interesses no jogo da contratação.

#### **4. O regime jurídico da execução do contrato preliminar**

---

<sup>66</sup> Ainda que se trate de uma operação unitária, o processo de qualificação pode ser separado, didaticamente, em dois momentos: (i) no juízo de merecimento de tutela, verificar se determinado contrato pode ou não produzir efeitos (ii) em se produzindo efeitos, precisar quais efeitos, de fato, naquele caso concreto, o contrato está apto a produzir. É sobre o segundo momento que repousam as principais questões referentes à execução específica do contrato preliminar. Para maiores esclarecimentos sobre os aspectos da qualificação Cf. KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. In *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 406, p. 60-62, nov./dez. 2009.

Dispõe o *caput* do art. 463 do Código Civil que, concluído o contrato preliminar firme, isto é, sem cláusula de arrependimento, e observando a exigência de estarem presentes, salvo quanto à forma, os *requisitos essenciais* ao contrato a ser celebrado (art. 462), “qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive”. Em caso de inadimplemento, qualquer das partes poderá pedir ao juiz provimento jurisdicional que tenha o condão de *suprir a vontade* da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, “salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação” (art. 464).

A partir de uma leitura atenta e conjunta dos dispositivos do Código Civil, percebe-se o destaque de duas expressões fundamentais para a compreensão do regime jurídico da execução do contrato preliminar. De um lado, tem-se o fator crucial para o primeiro aspecto da qualificação do acordo de vontades – isto é, a configuração ou não do próprio contrato preliminar – consistente na presença, neste delineada, dos *requisitos essenciais* do contrato projetado. De outro lado, notadamente voltado para o segundo aspecto da qualificação – isto é, identificar quais os efeitos do negócio jurídico firmado devem se manifestar no caso concreto –, em caso de inadimplemento, o juiz pode *suprir a vontade* da parte inadimplente, razão pela qual se faz mister compreender a natureza jurídica do suprimento judicial e as suas respectivas hipóteses de incidência.

No primeiro aspecto da qualificação, com base no dado normativo, o contrato preliminar deve conter os *requisitos essenciais* do contrato prometido e a questão que se põe de maior relevo é, designadamente, explicitar o que são, de fato, tais requisitos essenciais. Inicialmente, não se pode olvidar que a previsão normativa do contrato preliminar no Código Civil é recente.<sup>67</sup> Quer dizer, tradicionalmente, a doutrina tratou dos “requisitos essenciais” do contrato preliminar não por exigência legal, mas por rigor científico, sempre em caráter puramente estrutural, sobretudo em razão da inclusão da promessa na categoria do negócio jurídico, o que resultou na investigação das hipóteses de inexistência, invalidade e ineficácia daquela nova figura.

Neste contexto, como já delineado, dominaram as teses de que (i) o contrato preliminar deveria conter, necessariamente, todos os *elementos* do contrato definitivo;<sup>68</sup> (ii) a promessa deveria conter, ao menos, os *elementos essenciais* do negócio projetado,

---

<sup>67</sup> Por tal razão, a doutrina – apesar de já se debruçar sobre o tema há muito tempo, em virtude do amparo da lei processual, dos estudos de direito comparado e da análise de julgados – ainda é muito escassa com relação à determinação de sua disciplina. Uma das principais questões fixadas pelo legislador, sem dúvidas, concerne à necessidade de conter no preliminar os requisitos essenciais do definitivo, na forma do art. 462, do CC/02.

<sup>68</sup> Cf. nota 30.

ainda que apenas determináveis.<sup>69</sup> Posteriormente, após o advento do Código Civil de 2002 a doutrina, em sua maioria, tem defendido com maior vigor a segunda tese de que a expressão normativa “requisitos essenciais” quer-se referir, em verdade, aos *elementos essenciais* do negócio, exatamente porque o próprio Código Civil teria adotado a segunda corrente propugnada, em contraposição à corrente adotada pelo STF.<sup>70</sup>

Disto se infere que em quase todas as oportunidades<sup>71</sup> a doutrina se manifestou a favor da identificação dos elementos essenciais, ou de todos os elementos (essenciais, naturais e acidentais),<sup>72</sup> do contrato definitivo como dados inexoráveis para a qualificação do contrato preliminar, preferindo o aspecto estrutural do negócio ao seu vetor funcional; preferindo recorrer às categorias e à técnica da subsunção, ao valor da causa na qualificação e seu respectivo juízo de merecimento de tutela. No entanto, a despeito de sua importância didática no estudo do negócio jurídico, parece não mais subsistir a ideia atribuída aos elementos do negócio como fatores necessários da qualificação.

Esclarece-se: a doutrina civilista há muito desenvolveu o estudo dos elementos dos negócios, antes mesmo da teoria do negócio jurídico desenvolvida pela jurisprudência dos conceitos. Em Roma, face à ausência de uma categoria abstrata de negócio, o que havia, de fato, eram certos tipos de contrato, que se diferenciavam, cada qual, por conter um elemento que lhe era essencial (*essentialia negotii*), e que resultavam de sua natureza (*naturalia negotii*).<sup>73</sup> Contudo, com a superveniência da teoria do negócio jurídico e o atual ambiente de complexidade das relações jurídicas, deve-se o máximo de cautela possível na aplicação de institutos tão antigos e hoje inadequados para a conjuntura histórica hodierna.

---

<sup>69</sup> Tal posição representa, em síntese, a união da corrente mais tradicional que reputava aos elementos essenciais do definitivo a qualidade indispensável à validade do contrato preliminar e da corrente mais recente que atenta para o fato de que até mesmo os negócios definitivos podem conter elementos apenas determináveis, motivo pelo qual não se poderia exigir do vínculo contratual preliminar requisito mais rígido.

<sup>70</sup> Cumpre salientar que o STF exerceu grande papel de unificação da jurisprudência, na medida em que diversos julgados seguiram a orientação da decisão proferida no caso Disco. Veja-se, por todos, os seguintes julgados: TJPR, Apelação Cível. 342.573-4, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Gamaliel Seme Scaff, j. em 24.10.2007; TJSC, Apelação Cível. 2007.058278-5, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 14.03.2008; TJMG, Apelação Cível 2.0000.00.308961-6/000(1), Terceira Câmara Cível, Des. Rel. Wander Marotta, j. em 31.05.2000; TJDFT, Apelação Cível 20060111247498, Sexta Turma Cível, Des. Rel. James Eduardo Oliveira, j. em 30.01.2008.

<sup>71</sup> À exceção de COMPARATO, Fábio Konder, *Reflexões...*, cit. p. 22; NERY, André. *O contrato preliminar...*, cit., pp. 90-99; e LEAL, Márcio Gomes. *Contrato preliminar*, cit., p. 117.

<sup>72</sup> Sobre a característica dos elementos essenciais, naturais e acidentais do negócio, Cf. AZEVEDO. Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 37-40. Na obra, o jurista paulista insere os elementos essenciais e naturais dentro da abstração dos elementos categoriais, ao passo que os elementos acidentais estão contidos na categoria dos elementos particulares.

<sup>73</sup> Sobre o tema, Cf., por todos, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, cit., pp. 26-40.

Outrossim, no caso concreto, conforme a composição dos interesses negociais, muitas vezes cláusulas que tradicionalmente são classificadas como elementos acidentais do negócio, v.g., cláusula de condição suspensiva ou resolutiva,<sup>74</sup> naquela situação jurídica são verdadeiramente elementos essenciais, sem os quais não haveria negócio. Ou seja, há situações não muito raras no comércio jurídico em que o estabelecimento de determinada condição suspensiva, ou termo inicial, é tão ou mais importante quanto o preço ou a coisa no contrato de compra e venda.<sup>75</sup>

Cumprе salientar, entretanto, que não se afirma aqui ser o negócio jurídico carecedor de elementos que o integrem, eles de fato existem, mas nem sempre poderão ser identificados *a priori*, isto é, antes da experiência do fenômeno contratual, anteriormente à análise da situação jurídica subjetiva concreta. Daí porque a condição suspensiva prevista na avença pode ou não ser elemento acidental do negócio, revestindo-se não raro do manto de elemento essencial, conforme o interesse das partes naquele determinado acordo preliminar.

Noutro turno, não se está aqui a afirmar a inocuidade da norma contida no art. 462 do CC, a defender a desnecessidade de identificação no contrato preliminar dos requisitos essenciais ao contrato definitivo. Pelo contrário: não será merecedor de tutela contratual o acordo de vontade que tenha por escopo tornar obrigatória a celebração de outro contrato que já não esteja definido ao menos em sua *causa abstracta*.

Isto é, para que o contrato preliminar seja configurado, ainda sob o primeiro aspecto da qualificação, faz-se mister nele estar contido não todos os elementos do contrato definitivo (pois esta exigência esvaziaria uma das funções práticas do instituto, cumprida pela figura do contrato preliminar incompleto,<sup>76</sup> além de estabelecer relação necessária entre a validade do contrato preliminar e sua execução, confundindo-os), ou os elementos essenciais do negócio prometido (na medida em que estes só podem ser

---

<sup>74</sup> Em tomada de consciência, Antonio Junqueira de AZEVEDO reconhece que os elementos acidentais somente o são “se considerados abstratamente; se, num caso concreto, forem apostos ao negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, porque ficam intimamente ligados a eles. Assim, se se apuser uma condição ilícita a um negócio jurídico, não apenas a condição será nula, mas todo o negócio jurídico” (*Negócio jurídico...*, cit., p. 39).

<sup>75</sup> Imagine-se o contrato de locação por temporada segundo o qual o motivo determinante da contratação depende de um evento futuro e incerto, tal como a seleção do país de origem do locador alcançar a fase final de uma Copa do Mundo de Futebol. Nesse caso, a condição, se expressamente aposta no contrato, reveste-se de caráter essencial.

<sup>76</sup> Tomou-se de empréstimo a denominação da obra de BIANCHINNI, Luiza. *Contrato preliminar incompleto*, cit., passim, valendo ressaltar que o contrato preliminar incompleto é apenas aquele que cumpre uma das funções específicas do contrato preliminar, a demandar uma disciplina particularmente diferenciada.

corretamente identificados *a posteriori*), mas ao menos a causa abstrata do contrato projetado, isto é, aquela mínima unidade de efeitos que tem o condão de tornar o negócio futuro minimamente determinado, ou ao menos determinável, para que o intérprete possa, sobre esta causa, realizar o juízo de merecimento de tutela do contrato a ser celebrado.

Por tudo isso, conclui-se que os requisitos essenciais ao contrato definitivo, que devem estar contidos no contrato preliminar, na forma do art. 462 do Código Civil, são todos aqueles que contribuem para a identificação da *causa abstrata* do contrato definitivo (que não necessariamente conduz a um contrato típico, podendo ser um contrato atípico), sobre o qual far-se-á juízo de validade e de merecimento de tutela. Em síntese, o que deve conter no preliminar é ao menos a causa abstrata do definitivo, como mínima unidade de efeitos.<sup>77</sup>

Ocorre que o primeiro aspecto da qualificação é apenas um dos problemas a serem solucionados pelo intérprete, de maneira que, resolvida a questão pela validade do contrato preliminar, resta saber qual será o regime de sua execução. Numa sentença, faz-se necessário investigar se será possível ou não o suprimento judicial a que se refere o art. 464 do CC (execução específica), e qual a sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, agora posto o problema sob o segundo aspecto da qualificação – quais os efeitos a serem produzidos pelo contrato preliminar – insta indagar se ele será exequível ou não. Em caso afirmativo, qual a medida de sua exequibilidade; em caso negativo, qual a razão de sua impossibilidade.

Com efeito, ressalte-se, desde logo, que o requisito validade do contrato preliminar, isto é, a identificação, neste, da *causa abstrata* do negócio definitivo, como interpretação da expressão *requisitos essenciais* do art. 462 do CC, não se confunde com os requisitos para a sua execução específica.<sup>78</sup> Eis por que aqui se defende tese que, acredita-se, mais se aproxima da realidade do direito civil fundado sob a égide da legalidade constitucional, que conduz à superação da técnica de qualificação apoiada no raciocínio

---

<sup>77</sup> Também fazem referência à mínima unidade de efeitos, entre os autores brasileiros, BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa dos contratos..., cit., p. 304; e TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade nos contratos de turismo. In: *Temas de Direito Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 254-255.

<sup>78</sup> De fato, “uma coisa é saber se uma promessa de contratar é válida e eficaz (e, portanto obrigatória); outra coisa é saber se ela comporta execução específica”. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 22. Em outras palavras, “os elementos necessários para a configuração do contrato preliminar não podem ser confundidos com os pressupostos indispensáveis à execução específica do acordo”. Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *op. cit.*, p. 256.

da subsunção e, por conseguinte, das categorias dos “elementos do negócio jurídico”, para, partindo-se da funcionalização dos institutos, chegar-se à qualificação dos negócios jurídicos conforme o juízo de merecimento de tutela constitucional, cuja base de aferição dos centros de interesses envolvidos repousa na identificação da *causa concreta*.

#### **4.1. Causa concreta como definidora da disciplina da execução específica dos contratos preliminares**

De fato, ante o inadimplemento dos contratos preliminares o credor pode estar diante de duas situações jurídicas subjetivas que lhe conferem a possibilidade de, alternadamente: (i) exigir a execução específica, requerendo o *suprimento judicial* da vontade do devedor, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, na forma do art. 464 do CC; (ii) exigir a conversão da obrigação em perdas e danos, como se extrai do art. 465 do CC.<sup>79</sup> A questão que se põe é em quais situações poderá ele exigir a execução, a forma como esta se dará e em quais circunstâncias restar-lhe-á a conversão da obrigação em perdas e danos.

Na estrutura do contrato preliminar já se viu que lhe é requisito de validade a presença da *causa abstracta* do contrato definitivo, isto é, que esteja definido no conteúdo do preliminar a “mínima unidade de efeitos” da convenção a ser celebrada em momento ulterior. Porém, a identificação da mesma *causa abstracta* do definitivo não será suficiente (embora seja o mínimo necessário) para determinar a disciplina jurídica concreta do contrato preliminar, ou os efeitos jurídicos concretos que resultarão da avença, ou seja, a verificação da possibilidade de sua execução específica. A rigor, é preciso, para isso, investigar a *causa concreta* do próprio contrato preliminar. Revelar a síntese dos efeitos essenciais do próprio contrato preliminar, a partir da composição dos interesses em jogo com os valores do ordenamento. É exatamente porque se deve levar em conta tais valores que se faz necessário estabelecer os critérios para a sua descoberta.

Portanto, identificada a causa abstracta do definitivo no preliminar, está-se diante de negócio válido, na medida em que apto a, em tese, perseguir os interesses concretamente envolvidos. Contudo, requer-se averiguar a função concreta da própria

---

<sup>79</sup> Dispõe o Código Civil em seu artigo 465 que “se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos”.

operação contratual preliminar globalmente considerada,<sup>80</sup> em cada caso particular, para que se possa ter parâmetros seguros quanto aos efeitos por ele produzidos e que induzam a aplicação do regime de execução específica ou a conversão da obrigação de contratar em perdas e danos.

Inicialmente, vale destacar que, embora consciente da complexidade das relações jurídico-sociais, o ordenamento jurídico é, por natureza, unitário, na medida em que representa um sistema aberto de regras e princípios fundamentados formal e materialmente na Carta Constitucional. Daí sucede que somente mediante a interpretação axiológica e sistemática do ordenamento jurídico brasileiro é que se pode chegar à identificação dos vetores que auxiliarão o intérprete na descoberta do regime concreto da execução específica do contrato preliminar.

Assim sendo, o Novo Código de Processo Civil prescreve, em seu artigo 501, que a sentença condenatória de emissão de declaração de vontade “produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”.<sup>81</sup> Neste ponto, em conexão com o art. 464 do Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro põe termo à antiga controvérsia de que o contrato preliminar não poderia ser executado sem a anuência do devedor, pois que “ninguém poderia ser compelido a uma obrigação de fazer” (*nemo praecise cogi potest ad factum*).<sup>82</sup> Por outro lado, afasta a possibilidade de tornar o instituto inócuo, porque desprovido de interesse vinculante prático, dado que a pretensão de perdas e danos existe mesmo na ausência do contrato preliminar, ainda que no ambiente de meras

---

<sup>80</sup> Não é despidiendo ressaltar a lição de Pietro PERLINGIERI, para quem “a complexidade do ordenamento, no momento de sua efetiva realização, isto é, no momento hermenêutico voltado a se realizar como ordenamento do caso concreto, só pode resultar unitária: um conjunto de princípios e regras individualizadas pelo juiz que, na totalidade do sistema sócio-normativo, devidamente se dispõe a aplicar” (*O direito civil...*, cit., p. 200).

<sup>81</sup> É a redação do artigo 501, do NCPC (Lei n. 13.105/2015): “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 “.. Impende anotar que embora o artigo seja fruto da publicação do Novo Código de Processo Civil, o seu enunciado se manteve semelhante em relação ao texto anterior (art. 466-A, do CPC/73): “CPC/73. art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”. Este dispositivo (art. 466-A, do CPC/73), que surgira da reforma do CPC/73 levada a cabo pela Lei n. 11.212/2005, manteve a mesma redação do antigo art. 641 do CPC/73.

<sup>82</sup> Esse já foi o raciocínio utilizado pela Suprema Corte brasileira. STF: “Sentença que substitui a recusa do inadimplente. A obrigação de fazer comporta execução in natura, execução específica individual, sempre que esta não importe constrangimento do réu, pois predomina neste caso a regra *nemo ad factum praecise cogi potest*. Recusada a obrigação de fazer, incorre o devedor em perdas e danos, o que não impede a execução direta quando possível. Quando se trata de promessa contratual a execução específica se pode fazer por meio de sentença judicial que supra a recusa da parte recalcitrante” (STF – RF 112/379). Cf. PONTES DE MIRANDA. *Direito das Obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies das obrigações*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 154; e GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., pp. 160-161, ao afirmar que “a objeção arrima-se em exagerada e inaceitável interpretação da regra *nemo praecise cogi potest ad factum*, pois se admite a execução coativa da obrigação de fazer sempre que não importe violência física ou perda da liberdade”.

tratativas,<sup>83</sup> em decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva. E, *last but not least*, o ordenamento consagrou a regra clara e objetiva segundo a qual a sentença produzirá exatamente os efeitos decorrentes do *contrato definitivo*, e não do contrato preliminar, definindo assim a natureza jurídica do “suprimento judicial” contido no art. 464 do CC, e, por sua vez, revelando a importância de se estabelecer a *causa* daquele no conteúdo deste, como mínima unidade de efeitos, aptos a serem executados.

Disto se infere que, especialmente quanto à execução do contrato preliminar, a ordem jurídica brasileira reproduziu, na legislação infraconstitucional, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, corolário do *acesso à justiça*, expressamente previsto no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal do Brasil, no art. 5º, XXXV,<sup>84</sup> e o princípio da economia processual, corolário do direito fundamental à razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior. Noutra seara, naquela infraconstitucional, emerge o princípio da conservação dos contratos, que impõe a máxima medida de sua manutenção e eficácia.<sup>85</sup> Numa abordagem funcional, não se deve perder de vista que a finalidade de toda relação obrigacional consiste na busca constante pela satisfação de certo interesse do credor, com vistas à obtenção do resultado útil programado.<sup>86</sup> Como se sabe, o crédito contido no contrato preliminar representa um *facere*, uma manifestação de vontade concludente para a realização de certo contrato definitivo. Consequentemente, na determinação da disciplina da execução específica do contrato preliminar o *vetor hermenêutico* deve estar sempre orientado para a possibilidade de execução específica, como princípio e regra, constitucional e infraconstitucionalmente impostos, respectivamente, pelo

---

<sup>83</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 527 e ss.

<sup>84</sup> Como espécie de mandado de otimização do acesso à justiça, vale trazer a baila lição clássica de Giuseppe CHIOVENDA, ao entender que “[...] il processo deve dare per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” (Dell’azione nascente dal contratto preliminare. In: *Saggi di diritto processuale civile*. vol 1. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 110).

<sup>85</sup> Tal princípio é deduzido do conjunto das normas constantes no Código Civil (arts. 144, 157, 170, 317, 479 e 480) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V, e art. 51, §2º), que não deixa de representar, em última análise, tutela mais efetiva à própria autonomia privada, contra as sanções de nulidade ou anulabilidade do negócio em decorrência de algum vício.

<sup>86</sup> “a obrigação deixa de ser concebida com um fim em si mesmo para ser valorada, na sua essência, como um instrumento de cooperação social para a satisfação de certo interesse do credor. Esta sua função jurídica orienta todo o desenvolvimento da relação obrigacional até o momento de sua extinção, servindo, em particular, de parâmetro para a valoração do comportamento das partes, que são chamadas, de acordo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, a colaborar mutuamente para a plena realização dos seus legítimos interesses” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012, pp. 2-3, acesso em 27/01/2016).

sistema jurídico brasileiro, visando sempre a plena satisfação do titular da situação jurídica subjetiva ativa.<sup>87</sup>

Neste contexto, o que de fato importa, então, para a determinação da disciplina da execução dos contratos preliminares é averiguar quais as circunstâncias que devem ser ponderadas na situação concreta por via das quais o resultado implique impossibilidade de execução específica, ou simples conversão da obrigação de contratar em perdas e danos.

O Código Civil revela duas hipóteses em que, no caso concreto, o inadimplemento da obrigação de contratar não permite a sua execução específica. Consoante dispõe o artigo 463 daquele diploma, concluído o contrato preliminar, *sem cláusula de arrependimento*, e observando a exigência de estarem presentes, salvo quanto à forma, os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado (art. 462), qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Interpretando-se a *contrario sensu*, poder-se-ia concluir que o contrato preliminar que contenha cláusula de arrependimento não está sujeito à execução específica. Contudo, tal interpretação mostra-se equivocada, pois a simples ausência de cláusula de arrependimento não pode ser considerada requisito necessário para sua execução.<sup>88</sup>

Com efeito, um dos fatores determinantes para a execução é exatamente tratar-se de *contrato preliminar firme*, em contraposição aos *contratos preliminares precários*. E isto só será possível por meio da análise da situação fática concreta, senão vejamos: (i) determinado contrato preliminar que contém cláusula de arrependimento com termo final para o exercício do direito (prazo decadencial convencional) é precário enquanto estiver correndo em favor do devedor, tornando-se firme a partir do momento em que decai o direito de arrependimento em razão do transcurso do prazo decadencial previsto contratualmente; (ii) por outro lado, a presença de arras em comunhão com cláusula de arrependimento (arras penitenciais), ou multa penitencial,<sup>89</sup> produz fortes

---

<sup>87</sup> Neste sentido, ainda que interpretação um pouco mais rígida do princípio Cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Vol. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 416; PRATA, Ana. *O contrato promessa...*, cit., p. 898; ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco G. Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 467; e BIANCHINI, Luiza. *Contrato preliminar incompleto*, cit., pp. 149-152.

<sup>88</sup> De fato, a simples inserção de cláusula de arrependimento não pode ser entendida como requisito para execução do contrato preliminar, porquanto sobre a sua não utilização pode ensejar a perda do direito de arrependimento, seja por decadência ou por algumas regras decorrentes da boa-fé objetiva. Em sentido contrário, COSTA, André Nery. *O contrato preliminar...*, cit., pp. 113-116.

<sup>89</sup> “A multa penitencial não se confunde com a cláusula penal, que pressupõe a inexecução do contrato ou o inadimplemento de obrigações contratuais, correspondendo ao ressarcimento dos danos respectivamente provenientes. A multa penitencial nada tem a ver com a execução do contrato. É devida como compensação do exercício da faculdade de arrependimento” (GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 225).

indícios sobre a precariedade do contrato preliminar (mais precário será quanto menos executadas as prestações subsequentes ao sinal), conquanto o simples pagamento do sinal, sem previsão expressa de possibilidade de arrependimento, não implique precariedade do vínculo (arras confirmatórias).<sup>90</sup>

Em seguida, para além da identificação da precariedade dos vínculos contratuais preliminares, a parte final do artigo 464 prevê mais uma hipótese de impossibilidade de execução específica ao dispor que, 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”. Por natureza da obrigação deve-se entender aquela prestação que fática ou juridicamente se apresenta inviável de ser concretizada simplesmente por força da sentença.<sup>91</sup> É o caso das obrigações de fazer infungíveis, cujo inadimplemento acarretará sua conversão em obrigação de pagamento de perdas e danos.<sup>92</sup>

Ademais, não é despidendo ressaltar que o fato de se tratar de regra de exceção não significa dizer que ela deverá ser interpretada restritivamente, como única hipótese a impedir a execução específica do contrato preliminar. Como outrora salientado, o sistema de direito civil constitucional requer, em toda e qualquer circunstância, a interpretação axiológica e sistemática do negócio jurídico na determinação de seus efeitos. Daí porque não se pode olvidar que do outro lado da balança reside importante princípio, de *status* igualmente constitucional, que merece ser contrapesado na qualificação do negócio jurídico preliminar, notadamente, o princípio da *autonomia privada*.

A parte final do antigo artigo 466-B, do Código de Processo Civil de 1973, previa que a demanda de execução específica do contrato preliminar deveria ser julgada procedente “sendo isso possível e não excluído pelo título”. Por outras palavras, prescrevia a norma processual que a execução da obrigação de fazer do contrato definitivo (i) deveria ter aptidão fática e jurídica para a exequibilidade e, igualmente, (ii) deveria não ter sido

---

<sup>90</sup> Conforme ensina Gustavo TEPEDINO, as arras penitenciais são correspectivas ao direito de arrependimento, visto que, por sua própria natureza, “constituem as arras penitenciais contraprestação pelo exercício do direito potestativo de se libertar, tardiamente, do vínculo obrigacional. Eis o preço do arrependimento” (*Estipulação de arras penitenciais...*, cit., p. 292).

<sup>91</sup> Deste modo, tem-se a título de exemplo, as obrigações personalíssimas, nas quais “por definição, se opõem à execução específica, pois que o fato devido pelo devedor só poderá ser prestado pelo próprio, não sendo possível que um ato judicial o substitua, produzindo os mesmos efeitos” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103).

<sup>92</sup> De fato, não há como imaginar que a sentença tenha força de fazer tocar um piano em determinado concerto, ou fazer determinada escultura. Estas prestações de caráter personalíssimo, em regra, só podem ser exclusivamente prestadas pelo devedor.

excluída por ato de autonomia das partes.<sup>93</sup> Não obstante sua lamentável exclusão pelo Código Processual de 2015, não havendo artigo correspondente no novo texto codificado, entende-se que as restrições permanecem, porque extraídas do arcabouço valorativo do sistema jurídico, interpretado de maneira unitária. O reconhecimento da impossibilidade de execução específica sobre bens certos perecidos (obrigação de dar coisa certa) encontra guarida nos artigos 234 e 238 do Código Civil, assim como a proibição à alienação de bens alheios encontra previsão no art. 307 do Código Civil, apenas para ilustrar algumas situações de impossibilidade fática ou jurídica da prestação.<sup>94</sup> Por outro lado, o valor da autonomia privada tem sede constitucional, com ampla irradiação sobre as relações privadas, ainda que sempre submetida ao âmbito de controle.<sup>95</sup> Por tais razões, a proibição à execução específica diante da impossibilidade (fática ou jurídica) de realizar a prestação e em face da proteção da autonomia privada se mantém por exigência sistemático-axiológica. Segue a análise de cada situação por partes.

De início, não há falar em execução específica do contrato preliminar nas situações em que a obrigação se tornou impossível, uma vez que a pretensão executória “pressupõe a viabilidade jurídica do contrato definitivo, no momento em que ela seja decretada”.<sup>96</sup> É impossível, assim, seja declarada a execução específica da obrigação que se tornou faticamente impossível, como, v.g., a perda da safra por ataque de pragas. Nestas hipóteses, de inviabilidade fática por perda superveniente do objeto da prestação, resta para o credor, para além da hipótese sempre possível e desejável da transação, a pretensão de reparação das perdas e danos, desde que devidamente comprovados os pressupostos da responsabilidade civil.<sup>97</sup> Outrossim, não se pode determinar a

---

<sup>93</sup> No mesmo sentido o art. 2.923 do Código Civil italiano. Sobre a execução forçada em decorrência do inadimplemento, Pietro PERLINGIERI leciona: “Qualora una delle parti non adempia all’obbligo contrattuale, e quindi non presti il consenso per la stipula del definitivo, si ha la esecuzione specifica dell’obbligo di contrarre che rappresenta una novità rispetto al sistema previgente nel quale si reputava tale soluzione incompatibile con il principio della libertà di contrarre e si riconosceva il solo rimedio del risarcimento del danno. La parte interessata, *qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può chiedere al giudice una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*” (*Manuale di Diritto Civile*, cit., p. 404).

<sup>94</sup> Não se está a defender aqui a ideia de possibilidade jurídica segundo a lógica processual, como uma das condições da ação. Não se trata disso. A referência à possibilidade jurídica da execução, aqui exposta, tem relação com o direito material, a partir da análise de legalidade e legitimidade da pretensão. Em linguagem processual, a questão aqui é de mérito.

<sup>95</sup> No Código Civil Português, a referência à autonomia é expressa nos “contratos-promessa”, como fator impeditivo de sua execução específica: “Art. 830º, 1. “Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, *na falta de convenção em contrário*, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida”.

<sup>96</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, cit., p. 418.

<sup>97</sup> Já se discutiu, no STJ, a revisão da cláusula penal em decorrência de adimplemento parcial por perda da safra, não se cogitando, em nenhuma hipótese, a execução específica do contrato de compra e venda de safra futura. Cf. STJ, Quarta Turma, REsp 655.436/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 08.04.2008.

execução específica de certo contrato preliminar se o bem que se requer a transferência não é de propriedade do devedor. Deste modo, não é passível de execução, por inviabilidade jurídica, a prestação que dependa de aquisição, por parte do devedor, de bem de terceiro, por falta do requisito essencial da titularidade, dado que a ninguém é permitido alienar bem que não lhe pertença (*nemo plus juris*), restando ao credor a simples pretensão reparatória.<sup>98</sup> A prestação a ser executada, cujo conteúdo está previamente delimitado no contrato preliminar, deve ser, portanto, possível fática e juridicamente.

Finalmente, a pretensão de execução específica não pode contrariar o que dispõe o *título da obrigação*. Com efeito, aqui se concentra o centro gravitacional da disciplina da execução do contrato preliminar, pois da aferição do título da obrigação se chega à descoberta da *função concreta* do negócio e, conseqüentemente, do regulamento da execução em cada caso concreto.

Em verdade, a exigência da correspondência entre o título da obrigação e a execução específica nada mais é que a consagração da *causa concreta* como medida de sua possibilidade. Na prática, o intérprete observa se algumas das situações supracitadas que obstam a execução estão ou não presentes, isto é, se se trata de contrato preliminar de vínculo precário, ou se a natureza da obrigação impede a execução, ou se há inviabilidade prática ou jurídica. Sendo a resposta negativa a todos estes quesitos, que são verdadeiras regras de prevalência predeterminadas pelo sistema positivo,<sup>99</sup> avança-se, então, à análise do título da obrigação, que nada mais é que a investigação da *causa concreta*, ou da *função prático-jurídica*, cuja disciplina emergirá como síntese dos efeitos essenciais do negócio na justa composição dos interesses em jogo, tanto por conta da autonomia privada, quanto por razões de legalidade constitucional.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Código Civil. Art. 307. Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu.

<sup>99</sup> Sobre a utilização do raciocínio das regras de preferência em cotejo com técnica da ponderação no âmbito da Responsabilidade Civil, faz-se remissão a Anderson SCHREIBER, para quem “a técnica da ponderação aplica-se a qualquer colisão de normas de conteúdo genérico que incidam sobre a mesma situação fática. Disto seria lógico extrair, a *contrario sensu*, que o seu emprego não tem lugar quando a regra de prevalência vem especificamente estabelecida pelo legislador, com pressupostos fáticos precisos. Um exame mais cuidadoso revela, contudo, o oposto. Também diante de regras de prevalência expressamente estabelecidas pelo legislador, a ponderação desempenha um papel relevante (*Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 149-150).

<sup>100</sup> Ressalte-se que todo processo de interpretação e qualificação do contrato passa pelo exame de sua causa concreta (Cf. KONDER, Carlos Nélon. *Qualificação...*, cit. pp. 55-86). Ocorre que se no exame da causa concreta emergirem situações em que estejam presentes regras de prevalência, estas deverão ser aplicadas, conforme determina a ordem jurídica, mas sempre num ambiente de interpretação global e unitária do fenômeno negocial.

É nesta seara que se procede ao juízo de merecimento de tutela do acordo de vontades, a recair sobre o segundo aspecto da qualificação dos contratos, concluindo-se ora pela justa medida do ato de autonomia, que eventualmente tenha optado por afastar a possibilidade de execução específica, ora pela prevalência do vetor hermenêutico da execução específica (eventualmente entendendo o exercício da autonomia como abusivo).

Em suma, ao se deparar com o caso concreto, o intérprete deve primeiro averiguar se há incidência direta de alguma regra de prevalência já previamente estabelecida pela lei, vale dizer, se há (i) cláusula de arrependimento, multa penitencial, ou arras penitenciais que tenham aptidão de tornar o contrato preliminar precário, naquele caso concreto; (ii) obrigação de fazer que, pela sua natureza, seja incompatível com a execução específica (por exemplo, obrigação personalíssima ou revogável a qualquer tempo); (iii) inviabilidade fática ou jurídica para a conclusão do negócio definitivo. Apenas se superadas essas três barreiras legais, que, embora estabelecidas *a priori* pelo legislador, não são alheias às especificidades do caso concreto, devendo-se sempre recorrer ao aspecto funcional da relação jurídica para se proceder à adequada qualificação, chega-se, então, ao parâmetro final para revelar a disciplina da execução do contrato preliminar: (iv) a ponderação entre o *valor da força obrigatória dos contratos* – como fruto da atuação positiva dos princípios que norteiam o direito das obrigações, para cumprir sua função de satisfazer o interesse do credor – e o *valor da autonomia privada* – como representação do princípio da liberdade contratual – que, em alguns casos, atuará no sentido de evitar a execução, como, por exemplo, optando clara e expressamente por completar o contrato definitivo apenas em situações de comum acordo, alocando, ambas as partes, os custos e riscos do contrato sobre tais condições. Essa ponderação se dá sobre a *causa concreta* ou *função prático-jurídica*, que é determinada pela análise do *título da obrigação* a que aludia o art. 466-B do Código Buzaid.<sup>101</sup> Neste sentido, PIETRO PERLINGIERI:

- “[a função prático-jurídica] deve ser determinada não tanto pelo conteúdo da prestação ou pelo tipo de obrigação (de dar, de fazer ou de não fazer), quanto pela identificação do *título da obrigação e da sua incidência sobre a disciplina*”<sup>102</sup> (grifos nossos).

---

<sup>101</sup> Curiosamente, a inserção destes artigos no Código de Processo Civil/73, pela Lei n. 11.232/2005, não tem correspondente no Código Civil, ao contrário das legislações europeias. Por ser norma de conteúdo material, concernente à determinação de um dos principais efeitos do contrato preliminar – sua execução específica – a sua colocação do sistema jurídico brasileiro seria melhor posicionada no Código Civil.

<sup>102</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil...*, cit., pp. 737-738.

De fato, tal aferição da *função concreta* do contrato preliminar não é tarefa fácil do intérprete, sobretudo por se tratar de juízo de ponderação entre interesses contrapostos que são, em tese, igualmente merecedores de tutela. No entanto, quando a expressão da autonomia não é posta de maneira clara e evidente, parece haver certa preferência do ordenamento jurídico à execução específica, pelos motivos já delineados, razão pela qual aqui se defende que, neste último estágio de determinação da disciplina do contrato preliminar, o peso do valor da execução específica seja, em tese, maior que o peso atribuído ao valor da liberdade de contratar a avença definitiva, que aliás já está assegurada quando da contratação do acordo preliminar. Isto significa dizer que, nas situações jurídicas concretas, o ônus argumentativo para afastar a possibilidade de execução específica será bem maior, na medida em que terá de diminuir consideravelmente o sobrepeso da medida executória, o que na espécie deve sempre estar acompanhada de uma grande carga de circunstâncias relevantes para a prevalência da tutela da autonomia, em detrimento da execução específica.

Delineados os parâmetros objetivos, sob o perfil funcional, que contribuem para a determinação da disciplina da execução do contrato preliminar, tentar-se-á demonstrar ilustrativamente como se procede, na prática, à qualificação dos contratos preliminares, especialmente quanto à determinação de seus efeitos – se possível ou não sua execução específica.

#### **4.2. Casos ilustrativos de aplicação prática dos parâmetros para a determinação da disciplina da execução específica dos contratos preliminares conforme a função prático-jurídica**

Nesse sentido, a despeito de se tratar de identificação de *função prático-jurídica*, que só pode ser conhecida no caso concreto, é papel da doutrina destacar critérios que auxiliem o intérprete na individuação da espécie contratual e que revelem fortes indícios para a determinação da disciplina da execução específica do contrato preliminar, consoante a função que lhe é empregada. Procurar-se-á realizar, em última análise, o exercício da qualificação, que importará em determinar não apenas a existência de contrato preliminar, mas principalmente a exata medida de seus efeitos, mormente em relação à execução específica.

Evidentemente, longe de se pretender taxar as “funções” concretas as quais o contrato preliminar pode perseguir, apresentar-se-ão aqui as mais recorrentes, marcadas pelo traço comum de negócio nitidamente preparatório e de segurança.<sup>103</sup>

1. A primeira das funções comumente empregadas pelo contrato preliminar corresponde à sua utilização para assegurar desde logo a celebração do contrato definitivo, sem delimitar, porém, totalmente o conteúdo deste, por impossibilidade fática ou jurídica. Nestas situações, a causa concreta frequentemente se reveste no compromisso de celebrar novo contrato *logo que superada aquela impossibilidade*. A título de exemplo, imagine a hipótese em que determinado sujeito, ora vendedor, celebra contrato de compra e venda com outro sujeito, ora comprador, de determinado veículo de titularidade de terceiro. Se o inadimplemento do vendedor/devedor com relação à obrigação de celebrar o contrato definitivo, nesses casos, ocorrer porque o negócio projetado se tornou inviável,<sup>104</sup> face à ausência de titularidade do bem por parte do vendedor, na medida em que ausente o domínio sobre o bem, é juridicamente impossível a sua transferência, na forma do art. 481 do CC.<sup>105</sup>

Nesses casos, não se pode deduzir ter havido exercício disfuncional no inadimplemento, que sucedeu por força externa ao contrato preliminar, não se podendo exigir do devedor a celebração do contrato definitivo, pois tal solução restará inócua, sem o condão transferir o bem da titularidade da esfera jurídica de terceiro para a titularidade do comprador/credor. Aqui se terá a conversão da obrigação de contratar em perdas e danos, constituindo-se a inviabilidade jurídica indício quase insuperável sacramentada pela regra de preferência prescrita na parte final do antigo artigo 466-B do CPC/73, *in verbis*: “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”

<sup>103</sup> Nesta direção, recorre-se a Pietro PERLINGIERI, ao asseverar que “Anche il contratto preliminare con il quale le parti (o ache una sola di esse) si obbligano a concludere un successivo contratto configura un vincolo di natura convenzionale. Esso, pur assumendo una funzione strumentale e preparatoria rispetto al definitivo, è un contratto (distinguendosi dalle trattative) – con effetti abbligatori – che determina il contenuto essenziale del definitivo (distinguendosi dalla c.d. minuta) (*Manuale...*, cit., p. 404). Em perspectiva semelhante, Cf. TEPEDINO; Gustavo; BARBOZA, Heloisa, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado...*, p. 99, ao fazerem referência expressa à “finalidade de servir como elemento de segurança para conclusão do negócio pretendido”. Ressalta-se, por oportuno, que na função prático-jurídica não há falar em uma função (esta relacionada à causa abstrata), mas em “funções” que o contrato preliminar pode perseguir.

<sup>104</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil...*, cit., p. 418. Na jurisprudência se destacam dois julgados do STJ, que vale a pena conferir: REsp 205.835/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 10.12.2002; e o REsp 35.840/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 15.10.1996.

<sup>105</sup> Ressaltando-se as exceções ao “*nemo plus juris...*” previstas em lei, como forma de tutelar os interesses de terceiros adquirentes de boa-fé, veja-se, por todos, MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 365-371.

(grifou-se). Determina-se assim, pela regra de preferência, a disciplina da execução do contrato preliminar que cumpre aquela determinada função, na qual, nesta hipótese ilustrativa, resultou na impossibilidade de execução específica e conversão da obrigação de contratar em perdas e danos.

2. Situação diversa é aquela em que o contrato preliminar cumpre a função de estabelecer vínculo mais tênue entre as partes, eis que a conveniência da contratação definitiva ainda não foi devidamente sopesada, ainda que, por outro lado, seja interessante para as partes estabelecerem relação mais segura que aquela travada no ambiente das tratativas. É situação intermediária que justifica a celebração do vínculo contratual como a mão que segura as partes, vinculando-as, mas que ao mesmo tempo afaga, delicada e suave, dando-lhe o direito de se arrepender do consentimento anteriormente prestado.

No ordenamento brasileiro, o direito de arrependimento normalmente é acompanhado de arras ou multa penitencial, como forma de garantir desde logo o montante a receber a título de indenização pela não celebração do contrato projetado. Nesse contexto, entende-se que a previsão do *direito de arrependimento* deve ser expressa, porque a simples inserção de arras não tem o condão, por si só, de tornar o contrato preliminar precário. No que respeita às hipóteses em que há cláusula de arrependimento expressa não há muitos questionamentos, devendo ser aplicada a regra de preferência positivada no art. 463 do Código Civil, ou seja, a conversão da obrigação de contratar em perdas e danos por impossibilidade de execução específica, solução esta que não se aplica nas hipóteses em que há sinal sem a referência expressa ao direito de arrependimento. Nestes casos, no ordenamento jurídico brasileiro, a presença das arras, isoladamente, não implica renúncia à execução específica. A presunção é que se configure como arras confirmatórias. O direito de arrependimento deve resultar, invariavelmente, de cláusula inequívoca.<sup>106</sup>

De todo modo, presente a cláusula de arrependimento, acompanhada ou não de arras ou multa penitencial, aplicar-se-á a regra de preferência, definindo-se desde já o regime de sua execução, vale dizer, pela impossibilidade de execução específica diante o

---

<sup>106</sup> Isto porque, no direito brasileiro, as arras se presumem confirmatórias. Vale dizer, o que atribui às arras a qualificação de “penitenciais” é, precisamente, o direito de arrependimento, e não o contrário. Eis a razão pela qual a simples presença de arras no contrato não implicará a formação de contrato preliminar precário. No sentido da presunção das arras de caráter confirmatório, Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 85; e TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direitos das obrigações: artigos 233 a 420*. Vol. IV. São Paulo: Atlas, 2008, p. 406.

exercício do direito de arrependimento e a consequente conversão da obrigação de contratar em perdas e danos.

3. Há também os casos em que a obrigação contida no contrato definitivo, delineada desde já pela síntese de seus efeitos essenciais no bojo do contrato preliminar, consiste em obrigação incompatível com a execução específica. Imagine-se o caso em que se celebra contrato preliminar para assegurar desde logo a celebração do contrato definitivo correspondente a contrato de prestação de serviços musicais de artista notório, deixando para momento ulterior a definição da remuneração, ainda que já definido o local e a data da apresentação, a ser realizada em período carnavalesco. Não se requer muito esforço para notar que tal obrigação é de cunho personalíssimo, sobretudo por se tratar de artista notório, de habilidade única, motivo pelo qual a obrigação de prestar o serviço se torna infungível e, pela sua própria natureza, insuscetível de execução específica ante a recusa manifesta e obstinada da parte contrária, que havia se obrigado a formular o contrato definitivo de prestação de serviços musicais. Neste caso, mesmo diante de imposição de multa diária por descumprimento da obrigação, que deve ser a primeira medida a ser tomada pelo juízo, a tenacidade do devedor em não cumprir a obrigação levará, invariavelmente, à conversão da obrigação em perdas e danos,<sup>107</sup> especialmente quando a prestação superveniente não mais for útil ao credor (v.g., o artista colocar-se à disposição após o término do período carnavalesco para o qual haviam negociado).

Daí porque nessas hipóteses, sobrevindo o inadimplemento, aplica-se a regra de preferência da parte final do art. 464 do Código Civil, afastando a possibilidade de execução e convertendo a obrigação de contratar em perdas e danos.

4. Noutro exemplo, o contrato preliminar pode cumprir função diversa, correspondente à possibilidade de assegurar, desde já, a antecipação dos efeitos do contrato definitivo, utilizando-se da conveniência da liberdade de forma do preliminar para obter benefício comum entre os contratantes. Aqui residem casos bastante comuns na prática do comércio jurídico, designadamente nas hipóteses de compra e venda de imóveis cujo uso do instrumento contratual preliminar serve como meio de obtenção do parcelamento do preço e antecipação da posse, constituindo-se em garantia para a persecução do interesse prático de ambas as partes – de um lado o vendedor assegura o

---

<sup>107</sup> CPC/15. Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente (grifos nossos). Art. 500. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.

recebimento do preço, mantendo o domínio sobre o imóvel até o pagamento total do montante estabelecido, e de outro, o comprador garante o acesso à moradia (ou à livre iniciativa), em razão da posse direta sobre o bem imóvel.

Nestas situações concretas, sobrevindo o inadimplemento do devedor, seja diante da falta de pagamento, seja diante do descumprimento da obrigação de efetuar o registro na matrícula do imóvel, a composição dos interesses das partes no momento da contratação não pode indicar para a resolução em perdas e danos. Isto porque a hipótese em análise (i) não se trata de contrato preliminar precário, mesmo porque legalmente proibida a inserção de cláusula de arrependimento (art. 22 do Decreto-Lei n. 58/1937 e art. 25 da Lei n. 6.766/79); (ii) contém todos os elementos do contrato definitivo, além de tratar-se de obrigação fungível, de cunho não personalíssimo e não revogável a qualquer tempo; (iii) não há qualquer inviabilidade de ordem física ou jurídica para a sua execução; (iv) confere ao credor, uma vez pago a integralidade do preço, direito de adjudicação compulsória, mesmo sem o registro da promessa (art. 16 do Decreto-Lei n. 58/1937, art. 25 da Lei n. 6.766/79, art. 32, §2º, da Lei n. 4.591/64, art. 1.418 do Código Civil e Súmula n. 239 do STJ). Ora, se no próprio contrato preliminar já antecipou os efeitos do contrato definitivo, significa dizer que as partes, na composição dos interesses, quiseram desde já que aqueles efeitos já fossem produzidos, não havendo razão para negar a execução específica por suposta violação à autonomia privada, que está garantida. Repita-se: não há previsão legal para compromisso de compra e venda *incompleto*, com possibilidade de evitar a execução específica em caso de pagamento integral do preço. O caso que se revela não contém substrato fático suficiente para afastar o vetor hermenêutico da execução específica, razão pela qual, havendo requerimento do credor, deve-se sempre proceder à execução do conteúdo do contrato definitivo já delineado nas promessas de compra e venda de imóveis.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Exatamente nesse sentido decidiu o STJ, por ocasião do julgamento do REsp 306.012, em situação na qual se tratava de contrato preliminar de permuta de bens imóveis, realizado com função precípua de antecipar os efeitos do definitivo, isto é, as partes ingressaram, desde logo, na posse dos imóveis e deles extraíram os frutos. No entanto, em face do inadimplemento de uma das partes em proceder à transferência da propriedade do imóvel à parte credora, o Tribunal Superior entendeu plenamente cabível a execução específica, nos termos da ementa: CONTRATO DE PROMESSA DE PERMUTA. RECUSA DOS RÉUS/RECONVINTES EM OUTORGAR A ESCRITURA DEFINITIVA. IMPROCEDÊNCIA DOS MOTIVOS ALEGADOS. EXECUÇÃO ESPECÍFICA. ARTS. 639 E 641 DO CPC. - Se o devedor não cumpre a obrigação, improcedente que é o motivo embasador de sua recusa à outorga da escritura definitiva, ao credor é lícito obter a condenação daquele a emitir a manifestação de vontade a que se obrigou, sob pena de, não o fazendo, produzir a sentença o mesmo efeito da declaração não emitida. Precedentes do STJ (REsp 306.012/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 10.09.2002). Sobre o contrato de promessa de compra e venda, que, em verdade, trata-se de contrato preliminar impróprio, com especificidades que torna a sua disciplina distinta dos contratos preliminares em geral, seja consentido remeter a REIS JÚNIOR, Antonio dos. *Inadimplemento na promessa de compra e venda de imóveis*: uma releitura sob a perspectiva civil-constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

5. Por derradeiro, e mais complexo, encontra-se o contrato preliminar *incompleto* que cumpre a função de assegurar desde logo a celebração do definitivo, sem estabelecer totalmente o seu conteúdo por razões de conveniência, estabelecidas pelas partes no caso concreto. Neste caso – o mais emblemático – as partes celebram o contrato preliminar, com os requisitos essenciais do definitivo, isto é, delimitando a causa abstrata do contrato prometido, ou a sua mínima unidade de efeitos, sem, no entanto, estabelecer diversos pontos que os contratantes deliberadamente deixaram para ajustar quando da celebração do negócio definitivo. Numa sentença, a causa concreta do *definitivo* (e não do preliminar) ainda permanece em aberto.

É o caso do célebre julgado do Supremo Tribunal Federal (RE n. 88716/RJ, j. 11/09/1979), que pode ser resumido em apertada síntese: a sociedade Pão de Açúcar S/A, doravante Pão de Açúcar, firmou com a sociedade Distribuidora de Comestíveis Disco S/A, doravante Disco, instrumento denominado pelas partes de “Contrato Preliminar para Compra e Venda de Ações”, que, por razões de conveniência das partes, deixaram em aberto diversos pontos a serem estabelecidos no momento da celebração do contrato definitivo,<sup>109</sup> dentre eles a convenção quanto ao preço final, embora o preço-base sobre o qual incidiria os cálculos de acordo com a situação líquida da sociedade empresária Disco estivessem desde já estipulados em Cr\$40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros).<sup>110</sup>

Decide o STF, sob o voto condutor da lavra do Min. Moreira Alves, pelo acolhimento da tese segundo a qual o contrato preliminar só é configurado nas hipóteses em que as partes acordam em relação a todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais ou acidentais, a renegar totalmente o contrato preliminar em uma de suas principais funções. Para a Suprema Corte, tratando-se de acordo incompleto, não há falar em contrato preliminar. Em sentido oposto, destaque-se, por oportuno, a manifestação do Min. Leitão de Abreu, que abriu a divergência e foi voto vencido no plenário, a considerar a existência do contrato preliminar, porque presentes os

---

<sup>109</sup> Na denominação de Alcides TOMASETTI JÚNIOR, trata-se de “contrato com reserva de complementação de contrato”, que deve ser “completado com elementos negociais ulteriores, denominados acordos residuais” (*Execução...*, cit., p. 26).

<sup>110</sup> “Formação de contrato preliminar susceptível de adjudicação compulsória. - Cabe recurso extraordinário quando se discute qualificação jurídica de documento: saber se ele é mera minuta (punctação) ou contrato preliminar. -Distinção entre minuta, em que se fixa o conteúdo de certas cláusulas, mas se deixam em aberto outras, e contrato preliminar. - O art-639 do Código de Processo Civil pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encarados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar. - Negativa de vigência, no caso, do art.191 do Código Comercial e do art. 639 do C.P.C. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, Segunda Turma, RE n. 88716/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11/09/1979).

elementos essenciais, embora não determinados (ex: preço final), pois eles poderiam ser determinados mediante princípios objetivos, razão pela qual não existiria pontos em branco. O voto-vista do ministro Leitão de Abreu, ao final, defendeu a existência do contrato preliminar, mas por não conter todos os elementos do contrato definitivo, não seria passível de execução.

Tal precedente histórico, como se vê, não representa a melhor decisão para o caso concreto apresentado, primeiro porque ainda mergulhada no método de qualificação pela subsunção, que a levou a confundir os dois aspectos da qualificação: a existência ou não de contrato, e a determinação de seus efeitos (sobre este ponto, salvou-se o voto do Min. Leitão de Abreu). Segundo porque partiu de premissa superada de que não cabe ao juiz integrar o conteúdo do contrato, a negar tutela jurisdicional adequada ao caso por este simples motivo, mesmo diante da constatação de que a mínima unidade de efeitos do definitivo já estava prevista no preliminar.

Com efeito, trata-se o caso modelo de contrato preliminar incompleto, cuja *causa concreta* é composta pela finalidade de vinculação das partes à celebração de contrato futuro, com a abertura de vários pontos a serem discutidos em momento ulterior, por exclusivo interesse e conveniência das partes. Neste caso, superadas as hipóteses previamente estabelecidas de impossibilidade de execução específica (itens 1, 2 e 3), resta proceder ao juízo de ponderação entre o valor da *força obrigatória dos contratos*, vetor hermenêutico de maior peso, e o valor da *autonomia privada*, caso eventualmente conste no título, expressa ou tacitamente, mas de maneira mais ou menos clara, que as partes entenderam que a negociação só poderia avançar se houvesse comum acordo na celebração do contrato futuro, optando pela via inevitável das perdas e danos em caso de não composição de seus interesses.

Na espécie, malgrado não se possa negar haver certa dificuldade na apreensão da função prático-jurídica pela análise do título da obrigação (já que este autor não teve acesso à minuta do contrato), pela análise das informações contidas no relatório dos votos proferidos na sessão plenário do STF, (i) não há dúvidas quanto ao primeiro aspecto da qualificação, isto é, trata-se, de fato, de contrato preliminar firme formulado entre as partes, com cláusula expressa de irrevogabilidade; (ii) quanto ao segundo aspecto da qualificação, como determinação dos efeitos do contrato, parece não haver motivo ou razão suficiente (ou fortes indícios) que tenha o condão de afastar o peso que o ordenamento atribui à *execução específica* do contrato preliminar, como concretização dos princípios da força obrigatória, acesso à justiça e da conservação dos

contratos, sem, entretanto, descuidar do valor atribuído à autonomia privada, que não é posta totalmente à parte, na medida em que as partes se vincularam livremente no momento da avanço preliminar. Neste caso, apenas não restou suficientemente claro que as partes, desde o princípio, alocaram os custos e riscos do contrato no sentido da preferência pela via das perdas e danos, em caso de inviabilidade de acordo quanto à complementação do contrato futuro.

Como se percebe, no julgamento do “Caso Disco”, em nenhum momento houve menção à vontade das partes (expressa ou tácita), extraída do título da obrigação, de *não quererem a execução específica* do contrato preliminar, antes julgando pela impossibilidade de execução pela mera inexistência de “todos os elementos do contrato definitivo”. Contudo, casos outros da vivência prática nos quais se possa extrair, com certeza e objetividade, da leitura do *título*, que o interesse jurídico predominante das partes reside no sentido de que o acordo definitivo apenas seja firmado por declarações futuras de vontade, de modo espontâneo e concludente, a causa concreta aponta para solução diversa da execução específica. Restaria, assim, a via conciliatória ou das perdas e danos. Nestas situações, não se trata de subverter a função da obrigação, direcionada ao adimplemento das obrigações e à satisfação de certos interesses do credor. É que a própria função concreta do contrato preliminar incompleto seria distinta, servindo-se de instrumento de vinculação e aproximação mais forte que uma simples minuta, mas cuja composição de interesses repousa mais sobre a resolução em perdas e danos, que numa relação obrigacional forçada e incompleta, prevista inicialmente como prejudicial a ambas as partes.

## 5. Conclusão

O contrato preliminar cumpre diversas funções, de modo que não se pode conferir a este negócio disciplina unitária. Na perspectiva do direito civil constitucional, faz-se necessário perquirir a função concreta do negócio jurídico a fim de se individualar, em cada caso particular, os efeitos a serem produzidos.

Na perspectiva do primeiro aspecto da qualificação, concernente à configuração do contrato preliminar, conclui-se que os requisitos essenciais ao contrato definitivo, que devem estar contidos no contrato preliminar, na forma do art. 462 do Código Civil, são todos aqueles que contribuem para a identificação da *causa abstracta* do contrato definitivo, a sua mínima unidade de efeitos. Por conseguinte, para desvendar a disciplina da execução dos contratos preliminares (segundo aspecto da qualificação),

deve-se proceder ao duplo juízo: de legalidade e de merecimento de tutela da *causa concreta* do definitivo, determinada pela composição dos interesses em jogo, de maneira a definir as hipóteses de cabimento da execução em cada espécie (função concreta) de contrato preliminar.

Pretendeu-se, no presente artigo, estabelecer os parâmetros legais que servem de regras de preferência para definir a possibilidade de execução da cada contrato identificado em sua função prático-jurídica, levando-se em conta, sempre, a ponderação dos interesses em jogo, a fim de identificar a síntese dos efeitos essenciais de cada negócio, e, assim, extrair a sua exata disciplina. Neste sentido, propôs-se o seguinte caminho: ao se deparar com o caso concreto, o intérprete deve primeiro averiguar se há incidência direta de alguma regra de prevalência já previamente estabelecida pela lei, vale dizer, se há (i) cláusula de arrependimento, com ou sem arras ou multa penitencial, que tenham aptidão de tornar o contrato preliminar precário; (ii) obrigação de fazer que, pela sua natureza, seja incompatível com a execução específica (por exemplo, obrigação personalíssima ou revogável a qualquer tempo); (iii) inviabilidade fática ou jurídica para a conclusão do negócio definitivo.

Apenas se superadas essas três barreiras legais, que, embora estabelecidas *a priori* pelo legislador, não são alheias às especificidades do caso concreto, deve-se sempre aprofundar o aspecto funcional da relação jurídica para se proceder à adequada qualificação, chegando-se, então, ao parâmetro final para revelar a disciplina da execução do contrato preliminar: (iv) a ponderação entre o valor da força obrigatória dos contratos e o valor da autonomia privada, com maior peso ao primeiro. Essa ponderação se dá sobre a causa concreta ou função prático-jurídica, que é determinada pela análise do título da obrigação, a que aludia o antigo art. 466-B do Código Buzaid.

civilistica.com

Recebido em: 24.08.2016  
Aprovado em:  
08.09.2016 (1º parecer)  
16.09.2016 (2º parecer)

**Como citar:** REIS JÚNIOR, Antonio dos. O problema da execução do contrato preliminar: esboço de sistematização em perspectiva civil-constitucional. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-problema-da-execucao-do-contrato-preliminar/>>. Data de acesso.