

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da  
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PHILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Conselho Editorial:*

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, FRAN MARTINS, GEORGE COELHO DE SOUZA, GERD WILLI ROTHMANN, HERNANI ESTRELLA, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, NELSON ABRÃO, OSCAR BARRETO FILHO, PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, RODOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO, RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, SYLVIO MARCONDES, THEÓPHILO AZEREDO SANTOS, WALDIRIO BULGARELLI, PAULO SALVADOR FRONTINI, NEWTON DE LUCCA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO

*Coordenador:*

WALDIRIO BULGARELLI

*Secretários Executivos:*

NEWTON SILVEIRA  
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

---

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

---

Edição e distribuição da

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772

01501 — São Paulo, SP.

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

— O desenvolvimento econômico como fim constitucional — Fábio Nusdeo .....	9
— A revocatória no direito cambiário — Bomfim Viana .....	18
— Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas — Denis Borges Barbosa .....	33
— Os incentivos fiscais do imposto sobre a renda e as subscrições de capital do fundo de investimento no nordeste — FINOR — Luiz Mélega .....	51
— Contrato preliminar — Sérgio de Godoy Bueno .....	68
— Marcas e patentes no Exterior — Wilson Silveira .....	82
— Os valores mobiliários brasileiros como títulos de crédito — Waldírio Bulgarelli	94
— A cessão de controle acionário é negócio mercantil? — Fábio Konder Comparato	113

### JURISPRUDÊNCIA

— Cambial — Nota promissória — Vencimento a certo tempo da vista — Prazo prescricional não decorrido — Registro desnecessário na espécie — Apelação não provida — Comentário de Mauro Rodrigues Penteado .....	125
— Prisão civil — Decretação contra o devedor por não haver devolvido as duplicatas que lhe foram enviadas para aceite — Admissibilidade — Medida não inconstitucional ou ilegal — “Habeas corpus” denegado — Inteligência dos arts. 153, § 17, da CF e 885 do CPC — Prisão civil — Decretação contra sonegador de duplicatas que foram enviadas para aceite — Revogação pretendida por não proposta a ação principal nos 30 dias subseqüentes — Inadmissibilidade — Medida cautelar ainda não executada — “Habeas corpus” denegado — Inteligência dos arts. 806, 808, II e 885 do CPC — Comentário de Sebastião Silveira .....	129
— Crime contra a propriedade industrial — Violação de privilégio de invenção — Pretendida ausência de justa causa para a ação penal por ter sido reconhecida judicialmente a nulidade da patente — Decisão, entretanto, não transitada em julgado — “Habeas corpus” denegado — Inteligência dos arts. 169, I, II e III, do Dec.-lei 7.903/45 e 648, I do CPP — Comentário de Sebastião Silveira ....	136
— Ação ordinária — Sentença (Proc. 5.209, 6. <sup>a</sup> Vara Federal-RJ — Juiz Carlos Augusto Thibau Guimarães) — Comentário de Newton Silveira .....	139
— Sociedade comercial — Responsabilidade limitada — Marido e esposa — Execução contra a sociedade — Penhora de bens dos sócios — Embargos de terceiro precedentes — Apelação provida — Voto vencido — Comentário de Waldírio Bulgarelli	151
— Título extrajudicial — Notas promissórias — Execução contra avalista que pretende chamamento ao processo do emitente dos títulos — Indeferimento — Aplicabilidade do princípio da solidariedade cambial — Agravo conhecido e não provido — Comentário de José Alexandre Tavares Guerreiro .....	155

**ATUALIDADES**

— Supremo decide: Consórcios podem usar alienação fiduciária — Paulo Salvador Frontini .....	163
— Alienação fiduciária em garantia — Alterações propostas na respectiva legislação pelo Projeto de Lei 1.960/1979, de autoria do Dep. Odacir Klein — Luiz Mécga .	166
— INPI vitorioso nos dois primeiros litígios judiciais relativos a contratos de exploração de patente e de transferência de tecnologia — Denis Allan Daniel .....	173
<b>INDICE REMISSIVO</b> .....	<b>183</b>

## LISTA DE COLABORADORES

### BOMFIM VIANA

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Doutor em Direito pela USP — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

### DENIS ALLAN DANIEL

Agente da Propriedade Industrial

Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

### DENIS BORGES BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro; Assessor Jurídico do Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

### FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutor em Direito pela Universidade de Paris; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de São Paulo; Membro da "Société de Legislation Comparée", de Paris.

### FÁBIO NUSDEO

Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Advogado em São Paulo

### LUIZ MÉLEGA

Bacharel em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Assessor Jurídico do Centro da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo.

### MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre em Direito; Professor-Assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### NEWTON SILVEIRA

Diretor da Cruzeiro do Sul/Newmarc Patentes e Marcas Ltda.; Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito de Autor; Advogado e Procurador Junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

### PAULO SALVADOR FRONTINI

Professor-Assistente Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### SEBASTIÃO SILVEIRA

Advogado em São Paulo

**SERGIO DE GODOY BUENO**

Advogado e Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**WALDIRIO BULGARELLI**

Bacharel, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo na disciplina de Direito Comercial; Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; do Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

**WILSON SILVEIRA**

Advogado em São Paulo

**DOCTRINA**

1

# CONTRATO PRELIMINAR

SÉRGIO DE GODOY BUENO

## I — Considerações gerais

1. Neste final do século XX, a par do grande desenvolvimento da tecnologia que nos fez atingir a “era espacial”, é dever do jurista apreender, compreender e colocar-se num constante reposicionamento de conceitos para atingir o ideal de justiça, através da construção do Direito.

A “experiência jurídica” só pode ser compreendida em consideração aos acontecimentos históricos, nos quais estão inseridos os problemas jurídicos. Estes só são explicáveis de acordo com os valores inerentes às relações que o constituem.<sup>1</sup>

O atual momento histórico apresenta um panorama de grandes mudanças nos fundamentos de conceitos tradicionais que regem as relações das pessoas entre si e entre estas e o Estado.

O Estado contemporâneo, mesmo nos países de tradição liberal-democrática, cada vez mais intervém nas relações dos indivíduos. Esta situação não pode deixar de ser objeto de atenção do jurista.

2. Fala-se na publicização e na socialização do direito.<sup>2</sup> Os princípios individualistas difundidos no século passado, sob a influência dos ideais liberais da Revolução Francesa, cedem campo ao interesse coletivo, à função social da propriedade, à defesa dos economicamente mais fracos.

Face a esse panorama, o Estado contemporâneo intervém na atividade privada dos homens sob as mais variadas formas, a saber:

a) criando a ordem pública, delimitando a autonomia privada no interesse da coletividade.

b) criando o sistema de autorização para o exercício de atividades;

c) criando a obrigação legal de contratar, tanto sob o aspecto de tornar obrigatórias cláusulas contratuais nas relações entre particulares, quanto pelo fato de o Estado, na pessoa do juiz, surgir como apto a substituir a declaração de vontade que deveria ser manifestada pelas partes, em caso de inadimplemento de obrigações;

d) criando as concessões de serviços públicos;

e) criando a nacionalização de empreendimentos, pelo que o Estado diretamente ou através de empresas públicas ou sociedades de economia mista assume o exercício de atividades econômicas.

Assim, o Estado no mundo de hoje controla preços, a moeda, o câmbio, as importações e exportações, os seguros, os Bancos, o transporte, os serviços pú-

1. Miguel Reale, *O Direito como Experiência*, p. 8.

2. Georges Ripert, *Le Déclin du Droit*, p. 38; Oscar Barreto Filho, na apresentação do livro *Aspectos de Integração dos Contratos no Direito Comercial* de Vera Helena de Mello Franco, p. X.

blicos, não havendo atividade em que, de uma forma ou outra, não esteja presente. Até sob o ponto de vista tributário, o Estado exerce a função “reguladora” procurando incentivar ou desestimular determinadas atividades, aumentando ou diminuindo a carga tributária.

3. O novo papel do Estado contemporâneo de caráter intervencionista é sentido de forma decisiva no estudo do contrato. Qualquer indivíduo — sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução — contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. Por outro lado, os que contratam assumem toda a força jurígena social. Sentem o impulso gerador da norma de comportamento social e efetivam este impulso.<sup>3</sup>

4. A economia de massa e o interesse coletivo repercutiram de forma profunda na autonomia privada para contratar. Surgiram os contratos tipo, os contratos por adesão, os contratos normativos e outras formas de contratar, nas quais torna-se cada vez mais ausente a liberdade contratual. Na verdade, deve-se lembrar que a vontade individual, que tanto se procurou respeitar, não passa de pura ficção, visto que em última instância é a “vontade da lei que obriga as partes, e não estas que se obrigam a si mesmas”.<sup>4</sup>

5. Mas, se por um lado, as exigências de uma sociedade de consumo em massa vieram originar os contratos de massa, por outro lado, os negócios jurídicos tornaram-se mais complexos, como resposta da imaginação dos homens na dinâmica do processo de ordenação econômica desse tipo de sociedade.

Assim, como reverso da medalha da existência cada vez mais difundida dos contratos tipo, dos contratos por adesão, em que muitas vezes só há a obrigação de contratar ou a liberdade de não contratar, as negociações em torno dos grandes interesses econômicos são cada vez menos instantâneas, dependem de tratativas preliminares demoradas, com marchas e contramarchas.

Nesse quadro, surge o contrato preliminar, que será objeto de nosso estudo, como uma das figuras mais úteis na contratação moderna e que, passo a passo, mais se difunde.

## II — A obrigação de contratar — O contrato preliminar

6. Em contraposição ao princípio geral da liberdade de contratar surge a obrigação de concluir contrato. Essa obrigação ou dever de contratar pode ser legal ou convencional. Pontes de Miranda acrescenta que o dever de contratar também pode ser decorrente de decisão judicial.<sup>5</sup>

A decisão judicial, segundo nos parece, não cria uma obrigação de contratar. Com efeito, a sentença ou produz o mesmo efeito do contrato a ser firmado (art. 639 do CPC) ou produz os efeitos da declaração de vontade não emitida (art. 641 do CPC).

3. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, pp. 14 e 15.

4. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, *Direito Processual Civil*, Saraiva, 1965, p. 166.

5. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII, p. 377.

Apesar de opiniões em sentido contrário, não vemos dúvida de que a sentença proferida nos termos dos arts. 639 e 641 do CPC tem caráter executivo.<sup>6</sup>

Ora, se a sentença é executiva, tem como pressuposto uma obrigação anterior e subjacente, que decorre de convenção ou da lei.

Portanto, entendemos que a obrigação de contratar só pode ser legal ou contratual, sendo a sentença proferida, em caso de inadimplemento da obrigação de contratar, de execução forçada. A sentença não cria obrigação de contratar mas assume caráter substitutivo à declaração de vontade do renitente (art. 641) ou gera os efeitos do contrato a que a parte renitente estava obrigada (art. 639 do CPC).

Messineo entende que a obrigação de contratar é apenas legal ou convencional. O mestre italiano faz uma diferença entre a obrigação de contratar e o “trasferimento coattivo”. As principais diferenças apontadas são as seguintes:<sup>7</sup>

a) a transferência coativa cria diretamente o título jurídico para a privação do direito e a obrigação de contratar opera em via indireta;

b) a transferência coativa se concretiza em um ato administrativo que é unilateral e não negocial; a obrigação de contratar descende de um direito próprio, do qual pode seguir um contrato, no qual sobretudo, reside o título da aquisição do direito; a transferência coativa é mais enérgica do que a obrigação de contratar; nesta há uma possibilidade de inobservância enquanto naquela não há;

c) na transferência coativa a vontade do titular é ausente; na obrigação legal de contratar o titular do direito coopera com sua vontade;

d) a transferência coativa concerne exclusivamente a bens; a obrigação de contratar se estende também à matéria de serviço;

e) a transferência coativa abrange um direito real, ou o processo, ou a gestão de um bem; a obrigação de contratar cria um direito de crédito e, respectivamente, uma obrigação.

7. Um caso de transferência coativa é a desapropriação por utilidade ou interesse público. A idéia de que na desapropriação ocorre um contrato coativo já está superada.<sup>8</sup> Não há na desapropriação qualquer ato negocial, a vontade do titular é ausente e concerne exclusivamente a bens.

8. O nosso Código Civil não trata especificamente da obrigação legal ou convencional de contratar. Como já vimos, só a nossa lei adjetiva contém preceitos relativos a essas obrigações (arts. 639 e 641).

O Código Civil italiano refere-se à obrigação de contratar em vários artigos, ou seja: a) 2.597 — obrigação de contratar às empresas em situação de monopólio legal; b) 1.679 e 1.680 — relativamente ao contrato de transporte; c) 2.932 —

6. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973), Forense, 1976, t. X, pp. 119 e 120; Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, obra citada, p. 169 e seguintes, discordando do ponto de vista de Chioyenda que entende ser sentença constitutiva; Francesco Messineo, obra citada, pp. 571 e ss., diz que a sentença é constitutiva.

7. Francesco Messineo, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXI, t. I, *Il Contratto in Genere*, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1973, p. 522 e nota da p. 525.

8. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XIV, p. 161.

obrigação do mandatário sem representação de transferir ao mandante os imóveis ou móveis registrados, adquiridos por conta do próprio mandante; d) 1.515 e 1.516 — venda ou compra em dano ou por autorização do credor.

Entre nós a obrigação legal de contratar aparece em legislação especial, principalmente na que diz respeito a serviços públicos concedidos ou em monopólio estatal. A Lei 1.521 de 26.12.51 define como crime contra a economia popular a sonegação de mercadoria ou a recusa de venda.

9. A obrigação convencional de contratar tem origem em um contrato, pelo qual é estabelecida a constrição das partes ou de uma das partes a estipular um futuro contrato, dito definitivo. Este contrato que tem por finalidade a celebração de um futuro contrato definitivo chama-se contrato preliminar, pré-contrato, ante-contrato, *contratti preliminare* (Itália), *Avant contrat* (França), *Vorvertrag* (Alemanha).

### III — Conceito e natureza jurídica

10. Contrato preliminar é a convenção pela qual as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde um contrato definitivo que não pode ser celebrado no momento ou que não convenha ser celebrado.

O objeto do contrato preliminar é a celebração do contrato definitivo, que fica diferido. Portanto, o contrato preliminar cria uma obrigação de fazer e não produz efeitos substanciais, ou seja, não constitui nem transfere direito, que é objeto do contrato definitivo.

Na trajetória da realização de um negócio definitivo, o contrato preliminar pode surgir entre este e as tratativas, pelo que sob certo aspecto, pode ser entendido como uma fase particular da formação dos contratos.<sup>9</sup>

11. O nosso direito positivo não disciplina especificamente o contrato preliminar, embora seja reconhecido unanimemente na doutrina. Costuma-se dizer que o germe legislativo desse contrato encontra-se no art. 1.088, pelo qual é lícito a qualquer das partes arrepender-se antes de o assinar, quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, ressarcindo à outra perdas e danos resultantes do arrependimento.

12. A natureza jurídica do contrato preliminar é explicada por duas teorias principais. A primeira considera o negócio que tem por fim obrigar as partes a celebrar novo contrato. A segunda, contrato dependente de execução, a qual se subordina a vontade de um ou dos dois contratantes.<sup>10</sup>

A primeira teoria é da preferência da maioria dos autores.<sup>11</sup>

Com efeito, na celebração do contrato preliminar as partes manifestam uma declaração de vontade consistente em celebrar um futuro contrato definitivo. Com esse contrato cria-se uma obrigação de fazer. No contrato definitivo há outra

9. Caio Mário da Silva Pereira, obra citada, p. 71.

10. Orlando Gomes, *Contratos*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 128.

11. Francesco Messineo, obra citada, p. 543; Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada*, Editorial Montecorvo, Madri, 1966, p. 106; Orlando Gomes, obra citada, p. 128.

declaração de vontade, que agora produz efeitos substanciais, ou seja, adquire, resguarda, conserva ou extingue direitos.

13. Messineo faz uma distinção entre o contrato preliminar e o contrato obrigatório, dizendo que sob o ponto de vista de função e dos efeitos é um *quid medium* entre o preliminar e o definitivo.

Apesar da predisposição de o autor acima citado mostrar a diferença entre o preliminar e o obrigatório, verifica-se que essas diferenças são apenas de intensidade, visto que ambos os contratos não criam efeitos substanciais, mas apenas a obrigação da contratação futura.

#### IV — Finalidade e utilidade

14. Como já foi dito, a negociação moderna, principalmente no que diz respeito àquela que envolve grandes interesses econômicos, não se realiza instantaneamente. As partes apresentam propostas e contrapropostas, desenvolvem-se as tratativas sobre cada detalhe do contrato a ser realizado. Muitas vezes surgem dificuldades na apuração do preço, a transferência do direito depende de autorização governamental (negócios de instituições financeiras, companhias de seguro, importações) ou requer aprovação de projeto de investimento perante instituições oficiais (Conselho do Desenvolvimento Industrial, Conselho do Desenvolvimento Comercial, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, etc.). Por outro lado, a circunstância de o Estado, exercer a função reguladora através da cobrança de impostos, não raro acarreta às partes uma impossibilidade ou a inconveniência de celebrar definitivamente o contrato. Aí as partes preferem deferir a celebração do contrato definitivo, para possibilitar a construção de uma forma econômica, sob o ponto de vista fiscal.

Em todas as freqüentes hipóteses acima apontadas, em que há uma fase intermediária entre as tratativas e a realização do contrato definitivo, as partes necessitam de um elemento de segurança para a conclusão do negócio pretendido. Nesta ordem de idéias, o contrato preliminar apresenta grande utilidade. Por outro lado, tendo o contrato preliminar por finalidade a celebração do contrato futuro e com o desenvolvimento da teoria da execução direta das obrigações de fazer, a segurança almejada pelas partes é sempre alcançada por intermédio desse contrato.

Nestas condições, tendo em vista a finalidade precípua do contrato preliminar de criar a obrigação de celebração do contrato futuro, é fácil imaginar e constatar a sua grande utilidade prática na contratação moderna.

15. O campo de aplicação do contrato preliminar é vasto. Em que pese a sua grande difusão na compra e venda de imóveis, na incorporação de prédios em condomínio, na venda de lotes e execução de loteamentos, esse tipo de contrato torna-se cada vez mais freqüente em negócios relativos à venda de participações acionárias, na constituição e dissolução de sociedades, na cessão de fundo de comércio, nos negócios relativos à propriedade industrial e nos acordos de acionistas, dentre outros.

## V — Requisitos

16. Os contratos preliminares estão sujeitos aos requisitos a que se submetem todos os atos negociais, ou seja capacidade das partes, consentimento, objeto e forma.

Como o contrato preliminar tem por objeto a realização de um contrato futuro, as partes devem esclarecer com precisão qual será o contrato que será realizado. O conteúdo do contrato definitivo deve ser determinado com clareza ou devem ficar previstos os elementos essenciais que possam, pelo menos, tornar o seu objeto determinável.

É recomendável que no contrato preliminar se determine o prazo para a celebração do contrato futuro, a fim de que se evite que isto se faça judicialmente, em caso de inadimplência de uma das partes.

17. O Prof. Caio Mário da Silva Pereira, divide, com muita propriedade, os requisitos de validade dos contratos em subjetivos, objetivos e formais.<sup>12</sup>

Os requisitos subjetivos referem-se à capacidade das partes e ao consentimento, que é o pressuposto material do contrato. Com relação ao consentimento, deve o mesmo abranger três aspectos: a) acordo sobre a existência e natureza do contrato; b) acordo sobre o objeto do contrato; c) acordo sobre as cláusulas que o compõem.

18. É evidente que o contrato preliminar não precisa e nem se torna nulo se não prever alguns detalhes ou elementos acidentais do contrato definitivo. Tais lacunas podem ser supridas pelo judiciário. O importante é que o contrato preliminar detalhe com clareza os pontos essenciais do contrato a ser realizado de forma determinada ou determinável.

19. Quanto aos elementos objetivos, dizem eles respeito à possibilidade, à liceidade, à determinação e a economicidade.

O objeto é impossível quando é insuscetível de realização. A impossibilidade pode ser material ou jurídica. A impossibilidade material pode ser absoluta ou relativa. A absoluta é a que por ninguém pode ser prestada, tornando nulo o contrato. A relativa é a que não pode ser prestada pelo devedor em determinado momento, mas, uma outra pessoa ou a mesma, em momento diverso, poderia satisfazê-la. Essa impossibilidade não torna nulo o contrato, sujeitando o devedor a perdas e danos.

Por último, é interessante lembrar que a impossibilidade parcial invalida inteiramente o contrato, quando do seu contexto ou das circunstâncias não se possa concluir que ele teria sido celebrado somente quanto à parte possível.<sup>13</sup>

A impossibilidade jurídica é aquela que seria suscetível de execução, mas o seu cumprimento importaria em descumprimento da lei. A impossibilidade jurídica e a ilicitude de seu objeto tem campos de aplicação quase idênticos, visto que

12. Caio Mário da Silva Pereira, obra citada, pp. 27 a 33.

13. Caio Mário da Silva Pereira, obra citada, p. 30 — Citação de Enneccerus, Kipp y Wolf, *Tratado, Derecho de Obligaciones*, vol. I, § 29.

em ambas há afronta ao ordenamento jurídico, à ordem pública ou aos bons costumes.

Já nos referimos à determinação do objeto. Quanto à sua economicidade deve-se ter presente que a prestação atenda ao requisito da patrimonialidade.

É muito freqüente, em contratos preliminares, a falta de determinação exata do preço. No entanto, se o preço puder ser determinado pela aplicação do que dispuserem as cláusulas contratuais, nenhum óbice haverá para a sua execução. As partes podem estabelecer que o preço será o da cotação do dia em bolsa, ou que o mesmo será avaliado por expertos, ou que será levantado mediante levantamento de balanço. O importante é que no contrato preliminar sejam fixadas as diretrizes pelas quais o preço possa ser determinado.

O último requisito a ser analisado é o da forma. Em princípio, o elemento formal não tem qualquer importância para a validade do contrato. Desde que as partes concluam o seu acordo de vontades por qualquer forma, surge o vínculo obrigacional. A lei, no entanto, determina que alguns contratos devem obedecer forma específica. A doação, salvo se de pequeno valor deve revestir a forma escrita (art. 1.168 do CC). A transferência da propriedade imobiliária ou a constituição de direitos reais sobre imóveis devem ser contratados por instrumento público (art. 134 do CC).

19. Na doutrina e jurisprudência brasileiras muito se discutiu se os contratos preliminares relativos à compra e venda de bens imóveis, usualmente chamados promessas ou compromissos de compra e venda, deveriam ou não revestir a forma pública. Atualmente a divergência está superada pela própria lei, que admite até o registro dos compromissos e promessas por instrumentos particulares (art. 11 do Decreto-lei 58/37 e art. 221 Decreto-lei 6.015/73).

Nestas condições, no nosso ordenamento jurídico não é necessário que os contratos preliminares sejam celebrados pela mesma forma que o devem ser os contratos definitivos. Devem no entanto revestir a forma escrita, para evitar as dificuldades ou a impossibilidade de prova, quando os valores superam o estabelecido em lei (art. 141 do CC).

## VI — O contrato preliminar e figuras afins

20. Em primeiro lugar, deve-se ter presente que o contrato preliminar pode ser unilateral ou bilateral, sob o ponto de vista do cumprimento da obrigação. Diz-se que é unilateral quando a obrigação é *ex uno latere*, ou seja quando a prestação ou obrigação é de uma só parte. O preliminar unilateral não é muito freqüente. O exemplo clássico seria o da promessa de doação. Discute-se sua validade visto que, se não cumprido, não poderá ser executado por desaparecer o caráter da liberalidade. Costuma-se exemplificar ainda, como preliminares unilaterais a subscrição a empréstimos públicos, a venda a contento, o pacto de retrovenda ou de recompra.<sup>14</sup>

21. O preliminar bilateral é aquele em que as posições das partes são equilibradas, visto que as prestações ou obrigações são recíprocas.

14. Francesco Messineo, obra citada, pp. 578 e 579.

22. *Tratativas e minutas* — A principal diferença entre as tratativas e minutas, de um lado e o contrato preliminar, de outro, é que nas primeiras não há responsabilidade contratual. Carvalho de Mendonça afirmava que as tratativas e minutas não geravam qualquer responsabilidade para a parte que causasse a ruptura nas negociações.<sup>15</sup> Hoje fala-se numa responsabilidade pré-contratual que está subordinada à regra geral de composição de prejuízos por perdas e danos. A ruptura injustificada de uma negociação pode acarretar prejuízo à outra parte, incidindo uma responsabilidade pré-contratual.

A minuta mesmo que detalhada sob todos os aspectos do negócio, não contém, ainda, o consentimento das partes. É classificada como pertencente à fase pré-contratual.

No contrato preliminar, o consentimento para a celebração do contrato futuro já é manifestado, operando a responsabilidade contratual e a possibilidade da execução forçada da obrigação.

23. *Opção de compra e pacto de preferência* — Pontes de Miranda declara que aqueles que entendem que o pacto de preferência é promessa unilateral de venda, condicional, devem concluir que é contrato preliminar.<sup>16</sup> No entanto, afirma que nesse negócio jurídico irradia-se o “direito formativo gerador”, pelo que o segundo contrato é resultante dele e não de adimplemento do contrato anterior. Da mesma forma deve-se raciocinar quando se trata de direito de opção. Em ambos os casos, na realização do segundo contrato, não ocorre uma nova declaração de vontade por parte do proponente. A estipulação é unilateralmente vinculante, pelo que Pontes de Miranda conclui que o segundo contrato é celebrado em decorrência do direito formativo gerador e não em função do adimplemento do contrato anterior.

Messineo reviu sua posição primitiva de que a opção de compra seria contrato preliminar.<sup>17</sup> Embora reformulado seu entendimento anterior, afirma ser discutível a matéria, cujo entendimento no sentido afirmativo, ainda é sustentado por vários autores.

24. *A oferta ao público e a proposta irrevogável* são atos unilaterais que contêm uma proposta de contrato. Não é vinculante, visto poderem ser recusadas, sem responsabilidade para as partes contratantes.

25. *Abertura de crédito* — Não são preliminares os contratos de abertura de crédito em relação ao da utilização do crédito. Um e outro são contratos diversos. O contrato de abertura de crédito não preanuncia o tipo dos afirmados contratos definitivos de utilização do crédito.

26. *Contrato de fornecimento* — No contrato de fornecimento há determinação de prestação sucessiva, não um novo contrato em cada fornecimento. A execução é de um único contrato, pelo que não é preliminar esse contrato.

27. *Contrato normativo* — Este tipo de contrato pode ter em comum com o contrato preliminar a circunstância de ser também preparatório de um contrato

15. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4.<sup>a</sup> ed., pp. 458 e nota.

16. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII, p. 385.

17. Francesco Messineo, obra citada, p. 584.

definitivo. No contrato preliminar as partes se obrigam à celebração do contrato definitivo enquanto que no contrato normativo as partes regulam determinadas relações jurídicas futuras e eventuais entre elas.

Pelo contrato normativo as partes se obrigam a observar determinada conduta no futuro, não havendo a obrigação da realização do negócio substancial.

## VII — Efeitos do contrato preliminar

28. Tradicionalmente, tendo por inspiração a regra *nemo praecise cogi potest ad factum* entendia-se que o devedor de obrigação de fazer não podia executá-la compulsoriamente. A recusa no cumprimento da obrigação resolvia-se em perdas e danos. Sob esse aspecto, o contrato preliminar perdia todo seu interesse prático, visto que, se não cumprido por uma das partes, nunca se chegava ao resultado almejado.

29. Com o desenvolvimento da teoria da execução direta das obrigações de fazer, a regra acima referida perdeu a sua eficácia.

30. A doutrina e a jurisprudência atuais, inclusive a nossa lei adjetiva (arts. 639 e 641 do CPC) aceitam a substituição da declaração de vontade do devedor renitente pela sentença. Aceita-se, também, a sentença como fonte geradora dos defeitos do contrato a que as partes se obrigaram. Essa faculdade do Poder Judiciário, como forma de intervenção do Estado na autonomia de vontade das partes, foi muito bem estudada pelo Prof. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal.<sup>18</sup> A esse respeito, deve-se ter presente a distinção entre a infungibilidade natural e a jurídica da prestação. É evidente que, nos casos de infungibilidade natural, não há outro recurso senão pedir indenização por perdas e danos. Se se analisar a hipótese sob o prisma da infungibilidade jurídica chega-se à conclusão de que o Estado pode criá-la e alterá-la livremente, podendo inclusive atenuar os seus efeitos. Essa distinção foi muito bem estudada por Chiovenda e Calamandrei.<sup>19</sup> O Estado não presta pelo devedor a declaração de vontade mas a sentença é que produz os mesmos efeitos que a declaração de vontade, se prestada pelo devedor, produziria.

Para finalizar, com relação aos efeitos que os contratos preliminares produzem sob o ponto de vista de sua execução forçada, permitimo-nos a nos reportar às conclusões do Prof. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal que são as seguintes:

a) A livre manifestação de vontade das partes é essencial à validade dos atos jurídicos.

b) O processo tem por escopo a atuação do direito objetivo, “mediante a proteção do direito subjetivo”.

c) Para perfeitamente atingir o seu escopo, o processo deve proporcionar, ao titular do direito, “exatamente aquilo que teria obtido se a obrigação fosse voluntariamente cumprida pelo devedor”.

d) A execução forçada extingue a relação jurídica material. Quando, porém, a execução se efetua mediante uma transformação objetiva da prestação, a extinção

18. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, obra citada, pp. 117 a 191.

19. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual*, Saraiva, 1942, pp. 295 e 296.

se opera em virtude do concurso de outras causas estranhas à própria prestação devida.

e) Toda e qualquer obrigação de fazer não cumprida transforma-se em obrigação alternativa, cabendo a escolha ao credor.

f) Pode o juiz, a pedido do credor, emitir provimento que valha por uma declaração de vontade: 1. quando a lei o permita expressamente; 2. quando reconhecer, em sentença ou despacho, a obrigação de ser prestada essa declaração.

g) Não pode o juiz, ainda quando reconheça a obrigação de ser prestada a declaração de vontade, substituir-se à pessoa obrigada: 1. quando a lei expressamente o proíba; 2. quando a lei exija, para a substância do ato, forma especial incompatível com a sentença de substituição; 3. quando seja essencial à validade do ato a declaração de vontade, sem qualquer coação, ainda que oriunda do Poder Judiciário; 4. quando a pessoa obrigada for entidade de direito público; 5. quando a declaração de vontade devida tiver natureza cambial.

### VIII — Objeções e vantagens

31. As objeções mais freqüentes que se faz aos contratos preliminares são as seguintes:

A) Que se trata de contrato supérfluo, que gera um dispensável círculo vicioso nas duas declarações de vontade; a primeira criando a obrigação de fazer o contrato definitivo e a segunda criando a obrigação substancial, que implica na transferência ou constituição do direito. Tal crítica se torna mais veemente nos contratos reais que dependem da tradição para o seu aperfeiçoamento, com o que haveria a superposição de obrigações de fazer.

B) Que o contrato preliminar tem o efeito apenas de procrastinar os efeitos constitutivos ou traslativos do direito.

32. Tais críticas no nosso entender e no da maioria dos autores não resistem à menor análise.

Na contratação moderna, complexa como já se disse, é freqüente a impossibilidade ou a inconveniência da contratação definitiva de pronto. O diferimento da obrigação substancial é da essência do contrato preliminar, e é aí que reside a sua maior vantagem. Por outro lado, traz o contrato preliminar a segurança da contratação futura que não pode ou que não se apresenta conveniente realizar-se na fase formativa do contrato.

O contrato preliminar, se por um lado, constitui exemplo de atuação do Estado como interventor na vontade das partes, por outro lado, é fruto da liberdade de contratar. Os casos decididos por nossos tribunais, abaixo comentados, são exemplo da importância e da utilidade prática do contrato preliminar na época atual.

### IX — Alguns casos judiciais sobre contrato preliminar

RT 454/171 — “*Contrato preliminar* — Existência no direito positivo brasileiro — Distinção do compromisso de compra e venda.

É irrecusável a existência, mesmo no direito positivo brasileiro, dos chamados contratos preliminares, inconfundíveis com as promessas de compra e venda, inclusive com as disciplinadas por leis especiais, que seriam contratos preliminares apenas impróprios.

N. 3.141 — São Bernardo do Campo — Apelante: Sociedade Imobiliária Demarchi Ltda. — Apelados: Paulo de Lima e outros”.

33. Esse acórdão, relatado pelo eminente Des. Salles Abreu, então integrante da 6.<sup>a</sup> Câmara do 2.<sup>o</sup> Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, dá aplicação de conceitos sobre contratos preliminares, em hipótese concreta levada a Tribunal. O único reparo que nos permitimos fazer é que mesmo as promessas de compra e venda, reguladas por lei especial (Decreto-lei 58) são também contratos preliminares. O acórdão diz que a promessa de venda é negócio jurídico definitivo, enquanto que no contrato final (compra e venda) apenas se reproduz o que foi antes estipulado, peculiaridade estranha ao pré-contrato. Entendemos não ser correta tal colocação. A promessa de venda e compra, embora pela nossa lei especial possa ser registrada, não transfere o domínio, que é o efeito substancial do contrato definitivo. Na recusa da celebração do contrato definitivo (compra e venda), o credor da obrigação tem que recorrer ao Poder Judiciário para que, através da adjudicação compulsória, a sentença produza os efeitos do contrato não celebrado. Portanto, de contrato preliminar se trata, aplicáveis que são às promessas de compra e venda todos os elementos que compõem os contratos preliminares.

RT 386/107 — “*Contrato preliminar* — Pré-contrato — Inadimplemento — Sujeição a perdas e danos restritos aos danos emergentes.” — *Contrato preliminar* — Obrigações recíprocas — Cumprimento exigido por um dos contratantes — Necessidade também de que ele cumpra a sua — Inteligência do art. 1.092 do CC — *Solidariedade* — Quando existe.

Nos termos do art. 1.092 do CC, tratando-se de pré-contrato em que se estipularam obrigações recíprocas, não pode um dos contratantes exigir o cumprimento das obrigações do outro, sem cumprir a sua parte.

Não se admite a responsabilidade solidária fora da lei ou do contrato.

N. 141.490 — Capital — Apelantes: Cia. de Cimento Portland Perus, Banco Interestadual do Brasil S/A e José João Abdalla — Apelado: Hugo Borghi”.

34. Nesse acórdão, relatado pelo Des. Toledo Piza, há referência de que pelo não cumprimento de contrato preliminar, responde o inadimplente por perdas e danos. O que se deve salientar nesse acórdão é que, no inadimplemento de contrato preliminar, só deve haver a condenação em perdas e danos se ocorrer impossibilidade da substituição dos efeitos da declaração de vontade não emitida pela sentença. Tal afirmação não constitui uma crítica ao julgamento. Talvez o caso não comportasse um estudo mais aprofundado da matéria, mas serve para chamar a atenção de que se deve abandonar o conceito tradicional de que a inexecução da obrigação de fazer sempre se converte em perdas e danos.

RDM 21-22/97 — “*Sociedade comercial* — Anônima — Diretor — Poderes de administração — Limitação nos estatutos e nas resoluções das assembléias gerais — Voto vencido — Inteligência e aplicação do art. 119 do Decreto-lei 2.627, de

1940. — *Sociedade comercial* — Anônima — Diretores — Concentração da maioria das ações do capital social — Cláusulas estatutárias relativas a poderes do administrador — Interpretação extensiva — Voto vencido. — *Promessa de contratar* — Execução coativa — Quando se admite — Voto vencido — Inteligência e aplicação do art. 639 do CPC de 1973. — Cláusula “*rebus sic stantibus*” — Fato superveniente com efeito de desobrigar o devedor — Conceito — Inocorrência na espécie — Voto vencido.

Os poderes do diretor da sociedade anônima, ao qual é cometida a administração, medem-se pelos estatutos ou pelas resoluções das assembléias gerais, presumindo-se que os de alienar e dar em garantia real os bens sociais devem ser exercidos em conformidade com os fins da sociedade.

Nas sociedades em que os diretores concentram as ações do capital em sua maioria, as cláusulas dos estatutos relativas a poderes dos administrados devem ser interpretadas extensivamente.

A promessa de contratar admite execução coativa se contém acordo a respeito de todos os elementos formativos do contrato principal e não importa em constrangimento à liberdade pessoal do promitente.

O fato superveniente, com o efeito de desobrigar o devedor, é o fato imprevisível e imprevisto, que as circunstâncias do momento do contrato não permitiam adivinhar.

35. Nesse acórdão relatado pelo Des. Olavo Tostes, com voto vencido do ilustre comercialista Sampaio de Lacerda, com comentário crítico de Paulo Afonso de Sampaio Amaral, em aspectos estranhos à matéria do contrato preliminar, temos exemplo da aceitação da execução coativa da promessa de contratar. Na decisão verifica-se a aplicação do contrato preliminar em complexa contratação moderna, relativa à separação de acervo de sociedade comercial.

## X — Direito comparado

36. *Itália* — O Código Civil italiano, Régio decreto de 16.3.1942, n. 262, um dos códigos mais modernos e atualizados do mundo, trata do contrato preliminar nos seguintes artigos: a) 1.351 — estabelecendo que o contrato preliminar é nulo se não for feito na mesma forma que a lei prescreve para o contrato definitivo; b) 2.652 — refere-se à transcrição da ação direta para obter a execução em forma específica da obrigação de contratar; c) 2.932 — dispõe sobre a execução específica da obrigação de concluir um contrato.

Francesco Messineo, ao comentar o contrato preliminar, declara que a disciplina jurídica do contrato preliminar não pode constituir-se apenas em torno do material legislativo, visto serem escassas as normas que lhe dedicou o Código Civil italiano. No entanto, a jurisprudência e a doutrina tratam largamente da matéria, o que permitiu formular o conceito e a disciplina do preliminar.

É interessante notar que o Código Civil italiano subordina a forma do preliminar à estabelecida em lei para o definitivo, sob pena de nulidade.

37 — *Suíça* — O Código Federal Suíço das Obrigações de 1888, conforme alteração realizada em 1911, estabelece, em seu art. 22, que a obrigação de cele-

brar uma convenção futura pode ser assumida contratualmente. Dispõe, ainda, que a forma da promessa de contratar deve observar à prevista para a validade do contrato definitivo.

O art. 2.º do mencionado Código dispõe que se as partes colocarem-se de acordo sobre todos os pontos essenciais, o contrato é considerado concluído. Quanto aos pontos secundários, o juiz poderá regrá-los.

Essas disposições do Código suíço, no sentido de que o juiz poderá suprir as deficiências do contrato quanto aos elementos acidentais ou secundários, somente vem sendo conquistada em nosso direito mais recentemente.

38. *Áustria* — O Código Civil da Áustria (ABGB) regula promessas de contrato de depósito, de comodato e de mútuo nos §§ 957, 971 e 983. O pré-contrato de compra e venda nos §§ 1.072 a 1.079. É interessante notar que o T.S. da Áustria declarou que a opção não é um contrato preliminar, mas uma oferta vinculante.<sup>20</sup>

39. *Alemanha* — O Código Civil alemão não regula o contrato preliminar, mas a doutrina o considera como um dos meios que podem criar a obrigação de contratar

40. *Espanha* — O Código Civil espanhol não o regula. No entanto, Jaime Santos Briz, em seu livro *La Contratación Privada*, à p. 105, faz referência a uma sentença do T.S. de 2.3.1969, onde ficou sintetizada toda a doutrina científica do contrato preliminar, o que exemplifica a sua aceitação doutrinária e jurisprudencial na Espanha.

41. *Portugal* — O Código Civil português, Decreto-lei 47.344/67, regula o contrato-promessa nos arts. 410 a 413. Este último artigo trata da promessa de alienação ou oneração de imóveis, ou de móveis sujeitos a registro, quando consta de escritura pública, podendo as partes atribuir a este tipo de contrato eficácia real.<sup>21</sup>

42. *América Latina* — O Código Civil do México regula os pré-contratos nos arts. 2.243 a 2.247, sob o título de contratos preparatórios e a promessa. O Código Civil da Guatemala de 1963 também regula o contrato preliminar nos arts. 1.674 a 1.684. É interessante notar que, dos Códigos consultados, este foi o mais detalhado a respeito do assunto. Foram incorporadas ao Código as principais características desse contrato, a saber: a) promessa de celebração de contrato futuro e forma (art. 1.674); b) unilateralmente ou bilateralidade (art. 1.675); c) equiparação de opção ao preliminar (art. 1.676); d) a obrigação de ambas as partes no contrato bilateral e a possibilidade de o juiz prolatar sentença com os efeitos do contrato definitivo (arts. 1.679 e 1.683).

Finalmente, o Código Civil da Argentina não contém estruturação especial com relação ao contrato preliminar, mas foi objeto de análise por parte dos dou-

20. Citação de V. Hans Kapfer, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 8.ª ed., Viena, 1964, p. 256 in Jaime de Santos Briz, obra citada, p. 107.

21. Sobre o contrato-promessa em Portugal vide Abel Pereira Delgado, *Do Contrato-Promessa*, Ed. Jornal do Fundão, 1971.

trinadores, sendo de se destacar a obra de Jorge W. Williams, *Los Contratos Preparatórios*, Depalma, 1978.

Por tudo o que acima foi dito e pelo interesse que tem despertado a matéria, verifica-se a importância e a grande utilidade prática desse tipo de contrato, no mundo dos negócios nos dias de hoje.

### **Bibliografia:**

- Abel Pereira Delgado — *Do Contrato Promessa*, Jornal do Fundão Editora, Lisboa, 1971.
- Alcides de Mendonça Lima — *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. VI, T. II, pp. 754 e ss.
- Bernard Teyssie — *Les Groupes de Contrats*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, pp. 11 e ss.
- Caio Mário da Silva Pereira — *Instituições de Direito Civil*, vol. III, pp. 14 e 15, 27 a 33 e 71.
- Coviello — “Contrato Preliminare”, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. III, parte III, p. 168.
- Francesco Messineo — *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XVI, t. I, *Il contratto in genere*, pp. 526 e ss.
- Georges Ripert — *Le Déclin du Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, pp. 52 e ss.
- Giuseppe Chiovenda — *Instituições de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1942, pp. 295 e 296.
- Jaime dos Santos Briz — *La Contratación Privada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pp. 105 e ss.
- Jorge W. Williams — *Los Contratos Preparatórios*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978.
- J. X. Carvalho de Mendonça — *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, 1.ª parte, pp. 455 a 464.
- Karl Larenz — *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, nota 76 das pp. 80 e 108; *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 85 e ss.
- Luiz Eulálio de Bueno Vidigal — *Direito Processual Civil*, Saraiva, 1965, pp. 177 e ss.
- Miguel Reale — *O Direito como Experiência*, p. 8.
- Orlando Gomes — *Contratos*, 2.ª ed., Forense, pp. 127 e ss.
- Pontes de Miranda — *Comentários ao Código de Processo Civil*, T. X, Forense, pp. 112 e ss.; *Tratado de Direito Privado*, T. 38, pp. 377 e ss.
- Silvio Rodrigues — *Direito Civil — Dos Contratos*, vol. 3, p. 46.