

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 130 — abril-junho de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

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

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Levyta*

Espaço Discente

O CONTRATO PRELIMINAR

JULIANA KRUEGER PELA

I. Introdução. II. Contrato preliminar: II.1 Estrutura e função; II.2 Tratamento atribuído ao contrato preliminar pela Lei 10.406, de 10.1.2002 (Novo Código Civil). III. Aplicação da análise econômica do direito contratual ao contrato preliminar: III.1 Contrato preliminar como contrato incompleto; III.2 Medidas passíveis de aplicação em caso de inadimplemento do contrato preliminar. IV. Conclusão.

I. Introdução

O presente trabalho¹ propõe uma aplicação dos princípios que informam a chamada análise econômica do direito contratual (*economic analysis of contract law*), em especial a teoria do inadimplemento eficiente (*theory of the efficient breach*), à disciplina do contrato preliminar, tal como estabelecida pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2001.

Para esse fim, a exposição está dividida em 3 (três) partes. A primeira parte (seção II) é dedicada ao estudo do contrato preliminar, enquanto *fattispecie*. Nesse particular, será dado destaque, ainda que breve, para a compreensão de sua estrutura e função no âmbito do direito obrigacional (seção II.1), bem como à sua disciplina no ordenamento vigente (seção II.2).

1. Este trabalho foi apresentado, em junho de 2003, como avaliação final da disciplina "Condições Gerais de Negócio e Contratos por Adesão", ministrada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelos Professores Dra. Rachel Sztajn e Dr. Milton Barossi. A avaliação final consistiu em uma dissertação sobre a aplicação da análise econômica do direito contratual ao contrato preliminar.

A segunda parte do trabalho (seção III), por sua vez, visa a submeter a compreensão do contrato preliminar, desenvolvida na primeira parte, às categorias próprias da análise econômica do direito contratual, com especial atenção à noção de contrato incompleto (seção III.1). Em tal âmbito, as regras aplicáveis em caso de descumprimento serão enfocadas também sob a ótica de sua eficiência na orientação do comportamento dos agentes envolvidos (seção III.2).

Por fim, na terceira e conclusiva parte (seção IV), será feita uma comparação entre, de um lado, a disciplina legislativa do contrato preliminar e, de outro lado, o resultado da aplicação dos princípios da análise econômica do direito contratual, obtido a partir das análises conduzidas na segunda parte.

II. Contrato preliminar

II.1 Estrutura e função

O contrato preliminar pode ser definido como um contrato que obriga as partes a concluir, no futuro, um outro contrato, por essa razão tido por definitivo. A figura, por-

tanto, tem por objeto imediato a conclusão do contrato definitivo, e por objeto mediato a própria prestação principal, devida por força do contrato definitivo.

Note-se que, embora o contrato preliminar e o contrato definitivo sejam contratos distintos, encontram-se seqüencialmente ligados, formando uma operação econômica unitária. A estrutura dúplice, sob essa perspectiva, revela-se articulada em favor de uma mesma função econômico-social típica.

Segundo Vincenzo Roppo (*Il Contratto*, Milão, Giuffrè, 2002, pp. 651 e 678), a principal função do contrato preliminar consiste em controlar, durante um determinado lapso de tempo, a conformidade do bem ou da prestação ao programa contratual pretendido pelas partes. Com efeito, a segmentação entre contrato preliminar e contrato definitivo confere às partes intervalo de tempo adicional para garantir que o bem não apresentará vícios intrínsecos ou que a prestação não será atingida por eventos supervenientes, incompatíveis com o adimplemento. Tal intervalo de tempo adicional pode ainda permitir às partes a própria obtenção do objeto da prestação devida no contrato definitivo, como, por exemplo, os recursos para pagamento do preço em um contrato de compra e venda.

Na prática contratual brasileira, o contrato preliminar é particularmente usual nos negócios translativos de direito de propriedade sobre bens imóveis, nos quais as partes costumam se vincular, inicialmente, por promessas de compra e venda do bem. A partir da assinatura do contrato preliminar, dá-se início, em geral, a uma operação de financiamento do bem, ao cabo da qual, em se aperfeiçoando o adimplemento pelo promitente comprador, é enfim celebrado o contrato principal, com vistas à efetiva transferência da propriedade sobre o imóvel. Outras hipóteses, naturalmente, existem. Costumam ser realizadas em etapas, da mesma forma, as operações de transferência de controle sobre sociedades empresárias, cuja complexidade normalmente demanda uma formação progressiva do vín-

culo contratual definitivo. Nesses casos, pode-se dizer, de modo geral, que a fase pré-contratual tem o escopo principal de mitigar a assimetria de informação que se verifica entre a ponta vendedora e a ponta compradora da operação. Daí a realização de auditorias, a apresentação e análise de diversas demonstrações financeiras e outras providências preliminares, que se destinam a auxiliar as partes, sobretudo o comprador, na conformação de um juízo o mais completo possível sobre as qualidades do bem adquirido e a adequação do respectivo preço. Tudo isso entre a assinatura de um contrato preliminar e a celebração do contrato definitivo.

A respeito da disciplina jurídica do contrato preliminar, merece especial destaque o tratamento conferido às hipóteses de inadimplemento absoluto, vale dizer, aos casos em que não ocorre a conclusão do contrato definitivo. Em geral, a parte lesada pelo inadimplemento tem duas alternativas: resolver o contrato preliminar ou promover sua execução específica.

A resolução do contrato preliminar é, de seu lado, freqüentemente acompanhada do pagamento, pela parte inadimplente, de multa compensatória. Conforme se analisará no item III.2, *infra*, é dada à parte inadimplente a possibilidade de escolher, de acordo com seu senso de conveniência e oportunidade, entre cumprir o contrato preliminar e pagar a multa estipulada.

No que toca à execução específica, trata-se de constituir, por sentença judicial ou por laudo arbitral, os efeitos do contrato definitivo, a despeito da recalcitrância de um dos contratantes.

II.2 Tratamento atribuído ao contrato preliminar pela Lei 10.406, de 10.1.2002 (Novo Código Civil)

A legislação brasileira anterior a janeiro de 2002 não disciplinava expressamente o contrato preliminar, que, por essa razão, era regido pelas normas aplicáveis a quaisquer espécies contratuais.

Em que pese o silêncio da lei, o contrato preliminar constitui há tempos instrumento bastante utilizado pelos agentes econômicos na formalização de seus negócios, tendo sido, por esse motivo, objeto de amplo tratamento por parte dos tribunais brasileiros.

O caso talvez mais conhecido nessa matéria, e que pode ser considerado verdadeiro *leading case*, é o chamado "caso Disco", julgado de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal (RE 88.716-RJ). Discutiu-se, na espécie, a qualificação jurídica do contrato celebrado entre Supermercados Pão de Açúcar S/A e os acionistas da Distribuidora de Comestíveis Disco S/A, que tinha por objeto a transferência do controle acionário da segunda sociedade.

O Ministro Moreira Alves, Relator do processo, argumentou pela inexistência de contrato preliminar e, conseqüentemente, pela impossibilidade de execução específica no caso. Seu voto, que foi seguido pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, define o contrato preliminar como aquele que já contém *todos* os elementos do contrato definitivo, sem que se faça distinção entre elementos essenciais e acidentais. *In verbis*: "no Direito Comercial brasileiro, só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo) quando todas as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar no contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados" (voto citado em "Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória", in *RDM* 80/88, São Paulo, Ed. RT, out.-dez. 1990).

A menção a esse precedente jurisprudencial mostra-se relevante pois parece ter sido reproduzida, ao menos em parte, no art. 462 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil). Com efeito, esse dispositivo prevê que o contrato preliminar deve conter todos os "requisitos essenciais" ao contrato a ser celebrado.

Note-se, porém, que embora esse artigo tenha distinguido os elementos essenciais dos elementos acidentais do negócio jurídico, não qualificou propriamente o contrato preliminar, vez que não o diferenciou, em substância, do contrato definitivo. De fato, nos termos do mencionado art. 462, as partes somente podem celebrar um contrato preliminar quando presentes todas as condições essenciais para assinatura de um contrato definitivo. Ora, ocorre que a razão de se celebrar um contrato preliminar tende a ser, justamente, a de consolidar uma oportunidade negocial mesmo na ausência de todos os elementos necessários à formação do vínculo definitivo. Ao sujeitar a caracterização dos contratos preliminares à presença de todos os elementos essenciais do negócio jurídico em questão, a lei amputa em larga medida o leque de utilidades que os agentes econômicos podem atribuir ao mencionado instituto. A lei de 2002, desse modo, operou uma séria restrição ao âmbito de aplicação do contrato preliminar.

Além disso, os arts. 463 a 465 da mesma Lei, ao disciplinarem os efeitos do inadimplemento do contrato preliminar, dispõem que:

(i) caso o referido contrato não contenha cláusula de arrependimento, qualquer das partes tem o direito de exigir, da outra parte e em determinado prazo, a celebração do contrato definitivo;

(ii) se o contrato não for concluído no prazo fixado, o juiz poderá suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao próprio contrato preliminar (essa regra assemelha-se àquela prevista no art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro);

(iii) por fim, se uma das partes não cumprir o contrato preliminar, a outra poderá, alternativamente, resolvê-lo e pleitear o pagamento de perdas e danos.

Feita essa breve introdução acerca do contrato preliminar e do tratamento a ele dispensado pela legislação brasileira vigen-

te, cumpre verificar como o interpretariam a análise econômica do direito contratual e, mais especificamente, a teoria do inadimplemento eficiente.

III. Aplicação da análise econômica do direito contratual ao contrato preliminar

III.1 Contrato preliminar como contrato incompleto

Para uma adequada aplicação dos princípios da análise econômica do direito contratual, principalmente da chamada teoria do inadimplemento eficiente, ao contrato preliminar deve-se, de início, situar tal instituto nas categorias próprias daquelas teorias.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o contrato preliminar é, por definição, um contrato incompleto, entendido como tal aquele que não prevê especificamente todas as condições ou eventos passíveis de verificação no transcurso da relação contratual (cf. Shavell, Steven, "Economic analysis of contract law", *paper* disponível em <www.nber.org/papers/w9696>, consultado em maio de 2003).

Conforme mencionado acima, as partes optam por celebrar um contrato preliminar em vez de um contrato definitivo, justamente porque não podem prever, naquele momento, todas as condições que deverão reger o programa contratual. A impossibilidade de previsão apresenta diversas causas, dentre as quais os elevados custos incorridos com a prospecção de informações e a própria negociação dos detalhes do acordo.

Dessa forma, qualificando-se o contrato preliminar como um contrato incompleto, deve-se verificar, de acordo com os princípios e o enfoque da análise econômica do direito contratual, a adequação das medidas previstas na legislação para os casos de inadimplemento do contrato preliminar.

III.2 Medidas passíveis de aplicação em caso de inadimplemento do contrato preliminar

Como visto acima, duas são as medidas aplicáveis em caso de inadimplemento do contrato preliminar: (i) resolução com pagamento de multa compensatória; ou (ii) execução específica do contrato preliminar, sendo a vontade da parte inadimplente suprida pelo juiz por meio de sentença constitutiva.

De acordo com Shavell, no primeiro caso, por se tratar de um contrato incompleto, a previsão de multa compensatória nem sempre favorecerá o adimplemento ou será benéfica para as partes — no sentido de que proporcionará a elas a maior utilidade que se pode extrair da situação em apreço.

Com efeito, demonstra Shavell que, nos casos de contratos incompletos, a previsão de multas compensatórias muito elevadas, sob o pretexto de induzir o adimplemento, gera para as partes custos adicionais, que são repassados ao valor das prestações, inflando-as em grau maior do que o estritamente compatível com o porte da operação e deturpando as informações que o preço do bem indica para o mercado a respeito das variáveis de oferta e procura.

Ao contrário, a previsão de multas compensatórias moderadas permite o inadimplemento quando o cumprimento da obrigação representar um custo muito elevado para uma das partes e, por outro lado, induz o adimplemento nos casos em que os custos não se revelem excessivos.

No contrato preliminar, embora os custos decorrentes do cumprimento da obrigação de contratar não possam ser facilmente determinados, a inserção de multa compensatória para os casos de inadimplemento confere às partes uma opção na definição do comportamento contratual a ser adotado, i.é., a parte pode escolher entre adimplir o contrato preliminar e, conseqüentemente, celebrar o contrato definitivo, ou simplesmente pagar a multa compensatória desvencilhar-se do contrato definitivo.

Essa liberdade de opção, se considerada exclusivamente sob o ponto de vista da teoria contratual clássica, traz em si algo de imoral, visto que trata com naturalidade a possibilidade de uma das partes adotar comportamento oportunista e não honrar a palavra dada, em desrespeito à máxima *pacta sunt servanda*.

É preciso, no entanto, ceder espaço às premissas da análise econômica para perceber que, se levada sempre às últimas consequências, essa máxima pode se caracterizar como entrave à alocação eficiente dos recursos e causar uma diminuição do bem-estar coletivo.

Em realidade, não se pode dizer que a lei seja capaz de prever, para todas as situações, qual será o arranjo mais eficiente no desenlace de um determinado conflito de interesses contratuais. Os agentes econômicos, por outro lado, têm capacidade de fazer esse juízo, sendo razoável facultá-los a escolha entre o cumprimento e o descumprimento do contrato preliminar segundo as circunstâncias concretas.

Um exemplo citado por Richard Craswell em seu "Contract remedies, renegotiation and the theory of efficient breach" *Southern California Law Review*, mar. 1988) é particularmente elucidativo a esse respeito. Um vendedor, que celebrou contrato de compra e venda de certo bem com determinado comprador, recebe outra proposta de um segundo pretendente a comprador. Considerando-se os critérios de eficiência na alocação dos recursos, não resta dúvida de que o bem deve ser atribuído ao comprador que lhe conferir maior utilidade e valor. No entanto, cabe ao vendedor decidir entre cumprir o primeiro contrato de compra e venda e descumprir-lo, pagando ao primeiro comprador a multa pactuada, realizar tal atribuição. Note-se que a decisão do vendedor dependerá de diversas variáveis, dentre as quais, por exemplo, o valor da multa compensatória em contraposição ao preço oferecido pelo segundo comprador.

Sob essa perspectiva, vê-se que, na impossibilidade de indicar — para todos e quaisquer casos — a solução mais adequada sob a ótica da maximização de bem-estar, a lei deve manter-se aberta ao juízo concreto dos agentes econômicos acerca dos arranjos mais eficientes. No exemplo acima relatado, é desejável que se permita ao vendedor ter a chance de comparar, de um lado, os custos decorrentes do descumprimento e do pagamento da multa prevista no contrato preliminar e, de outro lado, os benefícios decorrentes do recebimento do preço oferecido pelo segundo pretendente a comprador. Uma multa compensatória excessiva, em tal contexto, desencorajaria por demais o descumprimento, tolhendo desnecessariamente a configuração de cenários mais eficientes em termos alocativos.

A lei brasileira, no entanto, não permite às partes contratantes verem-se livres do cumprimento contratual caso avaliem que, diante das circunstâncias, o inadimplemento se mostra mais vantajoso. De fato, mesmo após a opção pelo descumprimento, a parte que assim escolheu permanece sujeita ao adimplemento compulsório, caso a parte prejudicada venha a pleitear judicialmente a execução específica prevista no art. 464 do Novo Código Civil. Assim, no caso específico do contrato preliminar, à parte inadimplente não é facultado simplesmente optar pelo descumprimento do contrato, com pagamento de multa, ou pela celebração do contrato definitivo. Isso porque a lei assegura à parte lesada o direito de pleitear a execução específica do contrato.

Segundo Shavell, à semelhança do que ocorre com as multas compensatórias excessivas, a execução específica de contratos incompletos, como é o caso do contrato preliminar, mostra-se certamente indesejável para as partes. De fato, a possibilidade de uma das partes vir a pleitear a execução específica do contrato gera para outra parte custos adicionais, já que essa última terá que cumprir sua obrigação de celebrar o contrato definitivo ainda que tal cumprimento se revele excessivamente oneroso.

A existência desses custos adicionais, diz Shavell, diminui o valor e a utilidade do contrato para ambas as partes.

Além disso, a possibilidade de execução específica de um contrato incompleto pode engendrar uma distribuição de riscos inadequada aos propósitos das partes. Tomando-se por base a hipótese mais comum da compra e venda, a possibilidade de execução específica, se pender de forma permanente sobre a cabeça do vendedor, como ocorre na lei brasileira vigente, traz para esse último uma assunção excessiva de riscos. De fato, se custo de cumprir o contrato elevar-se de modo substancial a partir do momento da celebração da avença, a alocação respectiva se dará em prejuízo exclusivo do vendedor, que tenderá, assim, a cobrar do comprador uma contraprestação maior por conta de tal circunstância.

IV. Conclusão

Diante do exposto nas seções II e III, *supra*, o que se constata é que, em função da disciplina dispensada pelo Novo Código Civil ao fenômeno do contrato preliminar, a tendência mais provável é a de que sua utilização na praxe contratual brasileira esvaceça.

Em primeiro lugar, a exigência de que o contrato preliminar, para que seja tratado como tal, contenha todos os requisitos essenciais do contrato definitivo significa, em certa medida, um contra-senso estrutural diante das funções que o mecanismo em tese visa desempenhar no trato econômico-social. Como salientado acima, o contrato preliminar tem sua especial serventia na possibilidade de consolidar uma oportunidade negocial em um cenário de infor-

mação assimétrica ou incompleta, que impede as partes de dar ensejo à celebração do contrato definitivo. Sob essa perspectiva, a disciplina do Novo Código Civil esteriliza parte relevante da utilidade desse instrumento contratual, cerceando sem motivo plausível o grau de autonomia dos agentes econômicos.

Em segundo lugar, a circunstância de a execução específica poder ser livremente escolhida pela parte prejudicada pelo inadimplemento do contrato preliminar também representa uma intervenção desnecessária na esfera da autonomia privada. Sob as premissas da análise econômica do direito contratual, a lei teria feito melhor se deixasse ao juízo das partes contratantes a escolha entre o cumprimento e não cumprimento da obrigação de concluir o contrato definitivo. Ao impor, sempre que assim quiser o credor insatisfeito, a execução específica da prestação, a lei impede que se submeta a decisão sobre a celebração do contrato definitivo a uma avaliação de custo-benefício. Com isso, ficam diminuídas as possibilidades de obtenção, pelos próprios agentes econômicos, de arranjos alocativamente mais eficientes, em prejuízo do bem-estar coletivo.

Os resultados aqui alcançados, logicamente, não têm o caráter de profecias ou sentenças de morte à disciplina do contrato preliminar no Novo Código Civil. Como explicava Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*, t. I, São Paulo, Ed. RT, 1967, pp. 3 a 26), não se conhece uma lei senão após sua contínua aplicação. O direito ganha existência a cada ato de subsunção e há ainda a esperança que a aplicação de tal regramento contrarie as previsões pouco otimistas que foram aqui alcançadas.