UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

EXECUÇÃO
DO CONTRATO PRELIMINAR

Alcides Tomasetti Jr.

Curso de Pós-Gradução

Direito Civil

São Paulo
1982

"It may be suggested that from this it follows that a perfect system of jurisprudence ought to enforce the actual performance of contracts of every kind and class, except only when there are circumstances which render such enforcement unnecessary or inexpedient, and that it ought to be assumed that every contract is specifically enforceable until the contrary be shown. (...) if prophecy were the function of a law writer, it might be suggested that they will more and more approximate to such a rule" (Sir Edward Fry, A treatise on the specific performance of contracts, § 47).

Índice

Capítulo Primeiro

Função e estrutura do contrato preliminar

§ 1. Dimensão prática da contratação preliminar..... 1
§ 2. Função econômico-social dos contratos preliminares..... 8
§ 3. Elemento tipificador do contrato preliminar..... 14
§ 4. Objeto do contrato preliminar..... 18
§ 5. Gradação de conteúdo no contrato definitivo e no contrato preliminar..... 22
§ 6. Execução do contrato preliminar..... 37
Apêndice. Orientação e caminhos do estudo..... 42

Capítulo Segundo

Perfil histórico do contrato preliminar

§ 7. Finalidade e limites da investigação..... 47
§ 8. As promessas de contratar no direito romano..... 50
§ 9. Os pacta de contrahendo no direito comum..... 68

§ 10. A origem da specific performance e os executory contracts..... 95
§ 11. As promessas de contratar nas Ordenações portuguesas..... 128
§ 12. As promessas de contratar no direito luso-brasileiro..... 193
§ 13. O Código Civil e leis posteriores..... 229

Capítulo Terceiro

Execução do contrato preliminar

§ 14. Um caso paradigmático..... 243
§ 15. A preliminaridade contratual e o art. 639 do Código de Processo Civil..... 253
§ 16. Complementação técnica dos acordos residuais..... 262
§ 17. Casuística e máximas práticas de decisão..... 265
§ 18. Exclusão da execução pelo título..... 268
§ 19. Natureza da sentença do artigo 639..... 269
§ 20. Execução do contrato preliminar: determinação e constituição..... 273

Bibliografia..... 276

Resumos..... 299

Capítulo Primeiro

Função e estrutura do contrato preliminar

§ 1
Dimensão prática da contratação preliminar

Este trabalho se inicia, esperançosamente com certeza, pela evocação do dito de um pensador jurídico italiano que, reputado genial por muitos, no mínimo merece o qualificativo de singular. Caracterizado em seu estilo pelo emprego amplo, constante e consciente das metáforas, proclamava repetidamente que a "ciência do direito nascida e crescida na biblioteca está condenada à anemia, para não dizer à tuberculose. O remédio não é outro senão a reincarnação dos conceitos com as imagens tiradas da realidade" (1). Noutro estudo, porém, deixava claro que, para a imprescindível observação dessa realidade, a ciência do direito se encontra numa posição infortunada. Os livros não bastam, mas os experimentos, que são a reprodução artificial da experiência, não se permitem nos estudos jurídicos. "Não podem ser reproduzidos, para aprender ou para ensinar, uma greve, um homicídio ou atos danosos. Os porquinhos da Índia não nos podem prestar os mesmos serviços que pro

---

(1) Francesco Carnelutti, Metodologia do direito, Lisboa, Escola Tipográfica das Oficinas de São José, 1940, n. 22, p. 81

porcionam aos fisiólogos" (2). As regras de direito não estão encerradas nos códigos como numa vitrina; operam na vida. Na escola, porém, não há contratos vivos para mostrar. A maneira de se saber, ou de se descobrir, o que é, verdadeiramente, um contrato, é observar, com os próprios olhos, o drama da contratação — o contraste de interesses, o embate, às vezes áspero, outras vezes cordial, aparentemente frio, ou malicioso, dos sujeitos da operação econômica; as marchas e contra-marchas, os sacrifícios e as pressões — que aos advogados cabe, muitas vezes, traduzir num papel, e que se pode ver resumido, com sabor paradoxal, na definição lapidar dalgum artigo de lei.

Não se pode negar, por outro lado, que, com o advento das chamadas sociedades de massas, as categorias da teoria jurídica denominadas contrato e autonomia privada, pelas quais se descreve o comportamento dos sujeitos econômicos em atuação num plano de igualdade, no qual estabeleceriam o equilíbrio de seus recíprocos interesses, não encontra correspondência acentuada no sistema social, tendencialmente voltado à concentração do capital e à centralização dos poderes burocráticos (3).

O campo tradicional de atuação dos particulares, entretanto, remanesce ainda intenso. E nesse cotidiano há um sem número de operações econômicas que dão substrato a uma categoria jurídica que se chama contrato preliminar, pré-contrato ou promessa de contratar.

---

(2) Francesco Carnelutti, Carta a mis hijos, in Estudios de derecho procesal, Beunos Aires, EJEA, 1952, v. 2, p. 567-568.

(3) Pietro Barcellona, La formación del jurista, in Pietro Barcellona, Dieter Hart e Ulrich Mückenburger, La formación del jurista; capitalismo monopolístico e cultura jurídica, Madrid, Editorial Civitas, 1977, p. 16-17; v., outrossim, Francesco Galgano, Diritto privato, Padova, Cedam, 1981, p. 215-216; Cesare Salvi (organizador), Categorie giuridiche e rapporti sociali; il problema del negozio giuridico, Milano,

Os juristas que a abordam constroem raciocínios, formulam explicações e dão exemplos para situá-la e apreender o seu funcionamento nos quadros de uma determinada ordem normativa. Mas, se os livros não bastam, quem se interessa por estudar e escrever sobre os contrato preliminares, precisa, antes de tudo, "vivenciá-los", o que implica, talvez necessariamente, certa subjetivização do argumento, aliás peculiar aos advogados militantes, sempre dispostos a narrar, a ouvintes pouco dispostos a ouvir, "os seus casos".

Por todas essas razões é que, nesse parágrafo inicial, intitulado "dimensão prática do contrato preliminar", optou o autor por um cômodo porém objetivo meio-termo. Aqui, para avançar a imagem do que se passa, concretamente, com o assunto a ser tratado, e procurar manter a almejada conexão entre a teoria e a prática, convém partir de algumas espécies reais, retiradas da jurisprudência.

Numa delas, certas pessoas, parentes entre si, celebraram um documento particular no qual contratavam que um determinado imóvel ficaria na posse de uma delas, a qual, em contrapartida, renunciaria à sua parte ideal em herança que estava para ser dividida entre os mesmos contraentes, sendo que, num segundo momento, depois de efetivada a renúncia, poderia o possuidor exigir a contratação definitiva desse negócio de permuta cuja formação progressiva fora convencionada (4).

Em outro curioso acórdão, discute-se caso em que um indivíduo, inspirado no evidente benefício que uma rodovia pro

---

Feltrinelli, 1978, passim. Breviter, mas com precisão, Tércio Sampaio Ferraz Jr., O destino do contrato, in Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, 1982, 9/49:

(4) Revista dos Tribunais, 513:99, acórdão da 5a. Câmara Civil do TJSP, rel. Des. Oliveira Lima.

gramada representava para o seu prédio rural, firmou um documento pelo qual prometia fazer doação, pura e simples, ao Estado, de parte da área necessária à construção da rodovia, obrigando-se, pois, num segundo momento, a formalizar esse contrato (5).

Em certa ocasião, foi contratado um empréstimo em dinheiro, e, paralelamente, os mutuários ajustaram com o mutuante, em garantia ao primeiro negócio, um contrato de promessa de cessão dos direitos de promissários compradores, de que eram titulares, relativamente a certo imóvel, direitos esses que, num segundo momento, deveriam de fato ceder ao mutuante, mediante um novo contrato, caso deixassem de pagar o empréstimo no termo aprazado (6).

Sem, por ora, ter preocupação com o exame de fundo dessas situações contratuais que se fizeram litigiosas, pode-se, como início, isolar alguns componentes que lhes são comuns. Realmente, nessas diversas circunstâncias, as partes contraentes definem, num primeiro tempo, os termos essenciais da operação econômica que tencionam praticar (transmissão da propriedade imóvel contra a renúnica à parte ideal de herança; doação de faixa de um terreno em troca da construção de rodovia que valorizará o restante; cessão de direitos (ou pretensões) à aquisição de um imóvel em virtude do não-pagamento de uma soma tomada em mútuo), sem, contudo, pretender atuá-la imediatamente no plano jurídico. Nos exemplos apontados, as partes não querem concluir desde logo o contrato ten-

---

(5) Revista Trimestral de Jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal, 58:153, acórdão da 1a. Turma, rel. Min. Barros Monteiro.

(6) Revista Trimestral de Jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal, 74:492, acórdão da 2a. Turma, rel. Min. Thompson Flores.

dente à produção dos efeitos econômico-jurídicos próprios à operação de que tratam. Preferem, por vários motivos, remeter a produção de tais efeitos a um momento sucessivo, a um segundo tempo; mas querem também a certeza de que esses efeitos, no tempo oportuno, virão a se realizar. Sendo assim, cuidam de não deixar que o futuro implemento da operação projetada não fique dependendo da boa vontade, do senso ético ou da honestidade recíprocos, e por isto tratam de atribuir-lhe a armadura de um vínculo jurídico (7).

Estipulam, então, um primeiro contrato — a que se pode dar o nome de preliminar — que faz surgir a obrigação de se concluir, no futuro, um segundo contrato — a que se pode chamar definitivo. Por este expediente negocial complexo, preparam o perfazimento da operação econômica projetada (8).

---

(7) Cf. Enzo Roppo, Il contratto, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1977, p. 92-93.

(8) Neste escrito serão empregadas indistintamente, para indicar o contrato preliminar, as expressões promessa de contratar, pré-contrato, e, muito raramente, a locução contrato-promessa, adotada pelo Código Civil português, art. 410 e segs., e recomendada, com pequenas restrições, pela doutrina mais autorizada (cf. João de Matos Antunes Varela, Das obrigações em geral, Coimbra, Livraria Almedina, 1980, v. 1, n. 66, p. 250-251). Já se discutiu muito, especialmente na Alemanha e na Itália, sobre a denominação que melhor individuaria o instituto (cf. o excelente resumo de Darcy Bessone de Oliveira Andrade, Da compra e venda; promessa e reserva de domínio, Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares, 1960, n. 31, p. 93-98). A primeira das designações que historicamente se registram — pactum de contrahendo — não é romana; deve-se aos escritores do ius commune, que provavelmente se inspiraram no Digesto, 13, 4, 7 ("In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit..." - cf. T.Mommsen e P.Krüeger, Corpus iuris civilis, Berolini, Apud Weidmannos, 1911, v. 1, p. 209). Entre os seus inconvenientes está o de evocar a antiga distinção do direito romano entre pactum e contractus, hoje insubsistente (cf. Leonardo Coviello, Contratto preliminare, in Enciclopedia giuridica italiana, Milano, Società Editrice Libraria, 1902, v. 2, parte III, p. 70, n. 5). A expressão contrato preliminar é tradução do alemão Vorvertrag, criado por Heinrich Thöl (Handelsrecht, § 246, nota 4 - apud Bernard Windscheid, Diritto delle Pandette, UTET, 1930, v. 2, § 310, nota 1-a, p. 205-206, que a recebeu com simpatia mas não sem reserva). Não vingaram as críticas de C.F.Gabba - Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto, in Nuove questioni di diritto civile, Torino, Fratelli Bocca Edito-

Outras vezes, porém, a somatória dos dados na situação que pode prenunciar o contrato não é nítida ou é de difícil verificação. É o que se passa, comumente, na compra de uma empresa. A complexidade de um bem dessa importância não permite que a operação econômica seja consumada sem demorada apuração do estado efetivo da pessoa jurídica, o que envolve exame dos balanços, inventário do estoque, estipulação do pre

---

ri, 1912, v. 1, p. 125-126 — à forma traduzida por Leonardo Coviello, que ganhou a preferência, e hoje está no art. 1351 do Codice civile de 1942 (Vorvertrag = contrato preliminare). A doutrina brasileira, com poucas exceções, fala normalmente em contrato preliminar: cf. Orlando Gomes, Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 1981, cap. 10, p. 155 e segs.; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil; contratos, Forense, Rio de Janeiro, 1978, v. 3, cap. 39, p. 69 e segs.; Silvio Rodrigues, Direito civil; dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 3, n. 19, p. 39 e segs.; Darci Bessone, Da compra e venda, cit., loc. cit.; Regina Gondim, Contrato preliminar, Rio de Janeiro, Conquista, 1958, p. 7-8. O primeiro dos autores nacionais a traduzir do alemão a palavra Vorvertrag por "contrato preliminar" foi Eduardo Espinola, Systema do direito civil brasileiro, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1912, v. 2, t. 1, p. 623. Pontes de Miranda preferiu, em toda a sua obra, a forma transliterada "pré-contrato" (cf. Fontes e evolução do direito civil brasileiro, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928, n. 152, p. 272-275), que, todavia, fora criticada por Arrigo Dernburg, Pandette; diritto delle obbligazioni, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903, § 10, p. 34, nota 7:"Il giudice che esamina una fattispecie e che deve giuridicamente determinarla, non stabilirebbe nulla di concreto, se egli riconoscesse l'esistenza di un 'contratto preliminare' (Vorvertrag)", pois nada indicaria sobre o dado caracterizador do negócio. Isso não consagrou-se na terminologia dos autores alemães a palavra Vorvertrag, embora também se proponha a expressão Abschlieszungsvertrag, traduzida para o espanhol como "contrato de conclusión" (cf. Karl Larenz, Derecho de obligaciones, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, § 6, III, p. 98, tradução de Jaime dos Santos Briz). Os autores franceses também conservaram a denominação alemã, falando, correntemente, em avant-contrat (e.g., Jean Carbonnier, Droit civil; les obligations, Paris, Presses Universitaires de France, 1976, v. 4, n. 17, p. 67-68). René Demogue, Traité des obligations en général, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, v. 2, n. 466, p. 5, preferia a expressão avant-acte: "Nous remarquerons combien la formule d'avant-contrat empruntée aux Allemands (Vorvertrag) est trop étroite et serait mieux remplacée par celle d'avant-acte, analogue et peut-être plus large que celle de Vorverhandlungen que'employent quelques auteurs". A introdução e a tradução do termo alemão em França (Vorvertrag = avant-contrat) deveram-se a Raymond Saleilles, De la déclaration de volonté, Paris, LGDJ, 1923, p. 80 e 84, que, entretanto, dada a omissão do BGB (que anotava), não logrou fixar o sentido da categoria, já determinado

ço das ações a serem vendidas e muito mais (9). Em casos como esse, os sujeitos da atividade econômica, insertos na conjuntura essencialmente dinâmica da "livre empresa", deparam expectativas múltiplas de realização de bons negócios, insuscetíveis de conclusão rápida. As circunstâncias aconselham prudência e o agente, propenso a contratar, procura acautelar-se contra as meras aparências do fundo de comércio, os defeitos de qualidade, as falhas pouco perceptíveis no sistema operacional etc.; mas, ao mesmo tempo, não desejando ameaçar com tais delongas a conquista de um negócio vantajoso, embora insuficientemente delineado, trata de apressar a formação de um vínculo jurídico que lhe assegure uma pretensão fundada na hipótese de vir a querer a efetivação da compra. No momento em que a situação de fato e de direito do bem estiver mais bem conhecida e decisivamente voltar-se para a conclusão do contrato pretendido, dar-se-á a composição definitiva dos interesses das partes. Até então, é de toda utilidade entabular um contrato que consinta aos interessados a introdução diferida de um certo regramento, também contratual, de seus interesses, cuja fixação normalmente dependerá da clausulação ou do fechamento de pontos negociais que permanecem em aberto.

Aparece, assim, um contrato em que há uma "reserva de complementação", que deverá ser resolvida ao nível de uma segunda contratação, obtida pelo subseqüente dever de coopera

---

pela doutrina anterior à codificação (cf. p. 84).

(9) Revista Trimestral de Jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal, 92:250; acórdão da 2a. Turma, rel. Min. Moreira Alves. Cuidou-se, aqui, do que se pode chamar o leading case atual na matéria dos contratos preliminares, cuja solução, aliás, é contestável, e propicia o fulcro de algumas das idéias a serem adiante expostas e defendidas neste trabalho.

ção das partes, fixado no contrato preliminar (10).

Vale adiantar que é essa segunda espécie de situação que condiciona o emprego do que se pode chamar contrato preliminar em sentido modelar ou característico, explicando-se, portanto, a categoria, em sua parte nuclear, como contrato com reserva de complementação de contrato (11). Nessa reserva, a rigor, é que se verticaliza a dimensão prática da pré-contratação e, como tal, enseja a preliminaridade, em seu significado mais peculiar ou específico.

§ 2
Função econômico-social dos contratos preliminares

A só denominação deste parágrafo indica que se prescinde do debate de duas questões de alta importância que todavia refogem aos estreitos lindes deste trabalho. A primeira respeita ao conceito de causa do contrato ou do negócio jurídico em geral, pois está manifesta a adesão à chamada teoria objetiva que a concebe, exatamente, como função econômico

(10) Neste passo, combinaram-se, na medida em que não se contrapõem, as posições de Giovanni Gabrielli, Il contratto preliminare, Milano, Giuffrè, 1970, n. 23, p. 152-159, e também Il rapporto giuridico preparatorio, Milano, Giuffrè, 1974, n. 4, p. 30-31, e de Carlo Nicoletti, Sul contratto preliminare, Milano, Giuffrè, 1974, p. 27-28.

(11) Esta é, com modificações, a colocação de Carlo Nicoletti, Sul contratto preliminare, cit., p. 27. Assim também pensava, aproximadamente, o autor desta tese, antes de conhecer a referida obra do jurista italiano; de bom grado, porém, reconhece-lhe a precedência, não só pela anterioridade de publicação como também pela formulação, muito mais exata, do posicionamento do problema, à qual não chegaria, por certo, quem escreve, pelo seu exclusivo esforço.

social que — embora não caracterize o tipo de contrato como fato de autonomia privada (típica, neste sentido) — justifica a proteção que lhe é outorgada pela ordem jurídica (12).

A causa do contrato preliminar, em termos englobantes, pode-se dizer que está em assegurar às respectivas partes a introdução diferida, ou a conformação básica, do regramento de seus interesses, acerca de determinado objeto, mediante um segundo contrato (definitivo), cujo dever de conclusão, ou de complementação e conclusão, está vinculativamente previsto no primeiro (13).

---

(12) "Considerata sotto l'aspetto sociale -- escreve Emilio Betti — la causa del negozio è propriamente la funzione economico-sociale que caraterizza il tipo di esso negozio quel fatto di autonomia privata (tipica, in questo senso) e ne determina il contenuto minimo necessario" (cf. Teoria generale del negozio giuridico, Torino, UTET, 1952, p. 184). Antonio Junqueira de Azevedo, com fundados argumentos, objeta que não é a causa, como diz Betti, a determinante do tipo do negócio, e sim o elemento categorial objetivo, que é a referência que se faz à função econômico-social, no próprio conteúdo do negócio. A causa, como bem esclarece o ilustre escritor, é um fato extenso ao negócio, que o justifica do ponto de vista jurídico e social, mas que, exatamente por ser exterior a ele, não pode fixar o regime de direito ao qual obedece (cf. Negócio jurídico; existência, validade e eficácia, Saraiva, São Paulo, 1974, p. 170). V., sobre o elemento categorial inderrogável objetivo, infra, § 3).

Demais, prefere-se, no texto, para explicar a causa do contrato preliminar como a concernente função sócio-econômica — ao invés de se falar, com Luigi Cariota Ferrara em "função prático-social" (cf. Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, Morano Editore, s.d., n. 52, p.190, nota 2) — pela razão de que o preliminar é caracteristicamente negócio patrimonial, e não pela tautologia de ser contrato, senão porque, como nota Francesco Messineo, com validade para o direito brasileiro, "Il preliminare appartiene esclusivamente alla cerchia del diritto patrimoniale; non esiste,nel diritto italiano, un negozio preliminare, capace di includere, ad es., anche la promessa di matrimonio" (cf. Il contratto in genere, Milano, Giuffrè, 1973, v. 1, p. 535).

(13) Cf., em sentido aproximado apenas, Henri Capitant, ao escrever sobre a causa nos avant-contrats: "... aquele que promete ao proprietário de um bem, que o comprará, pelo preço tal, dentro no prazo convencionado, na hipótese de o proprietário decidir-se pela venda, atua com a intenção de um dia tornar-se o proprietário daquele bem. A obrigação assim contraída tem, pois, por finalidade, ou por causa, a conclusão de um contrato definitivo" (cf. De la cause des obligations, Paris, Dalloz, 1927, n. 28, p. 66). Assim também, Cariota Ferrara: "La loro funzione sta nel vincolare le parti a concludere un futuro contratto che per ora non si vuole e

Não são idênticas as funções econômico-sociais na sequência contrato preliminar — contrato definitivo. A causa daquele, sempre e em todos os casos, é a que se enunciou acima; já a causa do contrato definitivo é variável consoante a sua própria função econômico-social. Assim, se for compra e venda, a causa respectiva é a circulação de bens entre patrimônios mediante o consenso de trocar uma coisa por um certo preço; se for fiança, é o débito anterior existente entre o credor e o devedor afiançado etc. A circunstância, porém, de ser o contrato definitivo ao mesmo tempo negócio jurídico e ato devido (14) coloca o problema de sua dupla causa. Realmente, do contrato preliminar nasce para cada uma das partes o direito à conclusão, ou à conclusão e à complementação, do contrato definitivo, ao qual corresponde um dever da outra. Na atividade de cumprimento desse dever, muitos vêem ato devido, e, portanto, adimplemento (15). Parece correta esta idéia, que

---

non si può stipulare (contratto definitivo)" — Il negozio giuridico, cit., n. 71, p. 278.

(14) Conforme a famosa definição de Francesco Carnelutti, "ato devido é o que consiste no cumprimento de uma obrigação" (Teoria general del derecho, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, § 111, p. 232). No Sistema del diritto processuale civile, inseria o ato devido no "genus commune degli adempimenti, il quale si distingue secondo l'appartenenza dell'interesse correlativo e prevalente: se questo é un interesse dell'agente medesimo, l'adempimento è un atto necessario; se, invece, appartiene ad altri, è un atto dovuto" (cf. Sistema del diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1938, v. 2, n. 422, p. 84).

(15) Será possível, todavia, a conciliação do contrato definitivo, que é ato de autonomia privada, com a categoria do ato devido, que exclui, por definição, esse mesmo poder de auto-regramento? No sentido da superação do problema, encontra-se um interessante argumento deduzido por Rosario Nicolò: "Invece se più semplicemente si pensi che contenuto dell'obbligo è, nelle ipotesi considerate" — contratos definitivos estipulados em adimplemento de obrigações nascentes de contratos preliminares — "una dichiarazione di per se negoziale, si può facilmente ritenere che l'atto dovuto e il negozio giuridico siano in relazione di contenente a contenuto. Nel momento in cui la dichiarazione viene ensessa, si attua il contenuto dell'obbligo ossia si pone in essere l'atto dovuto, ma nello stesso momento, la dichiarazione di volontà, esaurita la sua funzione solutoria, si libera, per dir così, dall'involucro dell'atto dovuto, e diventa entità autonoma,

se explicaria com o enquadramento do contrato definitivo entre os negócios com causa pressuposta, isto é, entre os negócios que encontram a sua justificativa econômico-social em fatos anteriores ao próprio surgimento (16). Dizer-se que o contrato definitivo tem dupla causa significa, pois, que ele, enquanto adimplemento-negócio jurídico, tem sua causa pressuposta no preliminar; trata-se então de causa solvendi. A causa pressuposta não prejudica, contudo, aquela que seria e é a própria do definitivo, não tivesse ele sido precedido pelo contrato preliminar. A importância prática dessa ordenação do problema está em que a inexistência de causa, nos contratos ou negócios que a têm pressuposta, acarreta-lhes a sanção de nulidade (17).

Na articulação contrato preliminar-contrato definitivo esta máxima há, porêm, de ser aplicada com cuidado. Visto que o contrato definitivo em regra estará acompanhado pela dupplicidade de causa, tal concorrência pode ensejar a questão de se saber qual das duas é a necessária, ou se cada uma delas já é suficiente. Ademais, a presença da causa correspondente ao conteúdo do contrato concluído como devido (seja ele compra e venda, fiança, locação etc.) muitas vezes torna imperceptível a permanência da causa solvendi. Aquele que cumpre a promessa de locação assim faz para adimplir o dever de contratá-la ou (também) porque tem interesse no aluguer prome

---

capace di vita propria, destinata a realizzare di per se una nuova funzione che è tipicamente negoziale" (v. L'adempimento dell'obbligo altrui, Milano, Giuffrè, 1936, n. 16, p. 155-156).

(16) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 167.

(17) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 172. Aliter, Giuseppe Tamburrino, I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto, Milano, Giuffrè, 1954, n. 54, p. 220-223.

tido? Figure-se o seguinte exemplo: *A* e sua mulher comparecem perante o tabelião e outorgam a *B* promessa de constituir hipoteca sobre o imóvel x, de que são proprietários, para o fito de garantir o pagamento de um débito que *C*, genitor de *A*, tem para com *B*. Os promitentes obrigam-se a celebrar o contrato definitivo de constituição da garantia hipotecária dentro em trinta dias, que se reputam suficientes para liberar judicialmente o imóvel x de cláusula de inalienabilidade temporária (Código Civil, art. 1723) já ineficaz. Em contrapartida, *C*, o devedor, no mesmo instrumento, promete entregar a *A* e sua mulher a importância tot, como remuneração da garantia hipotecária, tão logo venha a ser efetivamente constituída. Ao lavrar o instrumento público, porém, o oficial, por lapso, deixa de fazer constar a declaração de ter sido lido às partes e demais comparecentes, ou a declaração de que todos o leram, consoante o requisito de validade do art. 134, § 1º, letra b, do Código Civil. Neste caso, o contrato-promessa é nulo, ex vi do art. 145, IV, da mesma lei. Isso não obstante, *A* e sua mulher, conscientes da nulidade, na data marcada em cláusula da promessa de hipoteca, celebram o contrato (definitivo) de constituição da garantia. A questão que se propõe, então, é a seguinte: o implemento do contrato preliminar foi estimulado pela intenção de executá-lo ou pelo intento de conseguir o correspectivo avençado? Objetivamente, não se pode determinar a qual das duas funções serviu o adimplemento do contrato preliminar de constituição de garantia hipotecária. Esta reflexão parece tornar legítima a assertiva de que a conclusão espontânea e consciente do contrato definitivo, executada com o conhecimento da nulidade do preliminar, implica uma verdadeira superação da causa solvendi e a emersão da função econômi-

co-social que é própria do definitivo.

Nestes termos, pode sustentar-se que a nulidade do contrato definitivo, por falta objetiva da causa solutória, não se pode excluir, in iure, devendo, entretanto, sujeitar-se a respectiva pronúncia a provas seguras de prevalência em face da presença de outra causa, ínsita no contrato concluído. Assim, e.g., se, na conclusão do contrato constitutivo da garantia hipotecária, tomado como exemplo, se fizer específica menção à causa solvendi (= causa pressuposta; adimplemento da promessa de outorgar garantia hipotecária), deverá precalecer a regra da nulidade do contrato definitivo (18).

Colhe, de fato, a observação de que, em circunstâncias negociais como essas, está-se "in quel campo, in cui le parti possono piegare l'atto utilizzandolo pel perseguimento dell'una funzione sociale, o di entrambe: e la causa solutoria vien così a sfumare nel motivo" (19). Realmente, que em princípio são indiferentes para o negócio, ao penetrarem de modo expresso a sua estrutura adquirem relevância, influem em sua validade (e eficácia), e, pois, passam a ser determinantes, como, aliás, se percebe claramente no art. 90 do Código

---

(18) Rodolfo Sacco, Il contratto, Torino, UTET, 1975, n. 194, p. 688-689.

(19) Rodolfo Sacco, Il contratto, cit., p. 689; grifos não originais. Os motivos — como define Giommaria Deiana, na pequena monografia que persiste a melhor nesta matéria, nos países neo-latinos — "sono quegli elementi psichici che precedono e determinano l'atto di volontà"(cf. Motivi nel diritto privato, Torino, Istituto giuridico della R. Università, 1939, p. 7). Os motivos, segundo Francesco Santoro Passarelli, "diferem da causa (...), porque, enquanto esta é o motivo típico do negócio, aquele que o negócio leva em si mesmo, e por isso é também, e não pode deixar de ser, o motivo individual imediato, aqueles são, pelo contrário, os motivos ulteriores do caso concreto, variáveis nas diversas hipóteses particulares e indiferentes para o negócio, precisamente porque ficam fora da estrutura negocial" (Teoria geral do direito civil, Coimbra, Atlântida Editora, 1967, n. 39, p. 145-146).

Civil (20). Daí o papel de determinante da nulidade do contrato definitivo que se há, naquele exemplo, de reconhecer, à referência expressamente feita à causa solvendi no conteúdo do negócio.

§ 3
Elemento tipificador do contrato preliminar

Elemento do contrato, ou do negócio jurídico em geral, "é tudo aquilo que compõe a sua existência no campo do direito" (21). Não sendo este um momento apropriado para recordar, sequer, as proposições que enformam a teorética da existência dos contratos, na tentativa de construção que se segue colhem-se apenas os dados imprescindíveis à investigação do tema ao nível da existência do contrato preliminar. Ora, a preliminaridade é atributo que dá qualidade a uma categoria de contratos que a doutrina jurídica reconheceu, desde muito tempo, embora ainda discuta intensamente quais os elementos que caracterizam a "natureza jurídica" do contrato preliminar. Dito de outro modo, muita controvérsia doutrinária remanesce sobre a discriminação dos "elementos categoriais" das promessas de contratar (22).

---

(20) Cf. Santoro-Passarelli, Teoria geral do direito civil, cit., p. 146; Antonio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 156.

(21) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 40.

(22) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 41: "... a classificação que fazemos dos elementos do negócio jurídico é: a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, pró-

"Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio. São exemplos de categorias de negócio: compra e venda, doação, comodato, mútuo (...).

Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, e sim, da ordem jurídica, isto é, da lei, e do que,em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constroem" (23).

A análise, que se fez no livro que vem sendo citado, e que pode, sem favor algum, ser apontado como a contribuição brasileira à teoria do negócio jurídico, revela duas espécies de elementos categoriais:

a) elementos categoriais inderrogáveis, isto é, os que definem cada categoria de contrato (ou de negócio), e que, portanto, se referem à sua essência e fixam o seu tipo;

b) elementos categoriais derrogáveis, assim chamados os que, defluindo embora da natureza do contrato (ou do negócio), podem ser afastados pelo querer dos figurantes, sem que, com isso, o contrato mude de tipo (24).

Por sua vez, os elementos categoriais inderrogáveis, de acordo com o relacionamento que podem manifestar com a causa do contrato (ou dos negócios), podem ser classificados do seguinte modo:

a) elementos inderrogáveis objetivos ou causais, que ensejam a formação de contratos (e negócios) causais;

---

to é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio". Essa síntese, posiciona, desde logo, com muita clareza, o lugar dos elementos chamados categoriais, construção, aliás, original, do mencionado autor.

(23) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 44.

(24) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 44-45.

b) elementos categoriais formais, que ensejam a constituição de contratos (e negócios) abstratos (25).

Importante, e não só para complemento da exposição, é a referência que também deve ser feita aos elementos particulares dos contratos (e dos negócios jurídicos em geral). Trata-se, aqui, de elementos voluntários, incorporados ao conteúdo do negócio por deliberação dos figurantes, e que lhe propiciam, dessarte, sua fisionomia in concreto. "Os elementos particulares, por serem colocados nos negócios pelas partes, são em número indeterminado, tornando impossível o seu estudo completo. Entretanto, pelo menos três, a condição, o termo e o encargo, por serem mais comuns, foram bem sistematizados na doutrina e estão regulados nas diversas legislações" (26).

Ora, o contrato preliminar é, como se sabe, negócio jurídico causal; o seu elemento categorial inderrogável é ob-

---

(25) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 159. "Naturalmente, tanto os negócios abastratos têm objeto, quanto os causais têm forma; os últimos, aliás, (...) podem, até mesmo, ter forma solene (negócios ditos formais ou de forma solene) mas, ainda assim, não se caracterizam pela forma. Daí que, se, num negócio causal, faltar a forma solene, o problema será de nulidade (a forma prescrita é requisito de validade), e não, de inexistência; já a falta no ato abstrato, de uma "formalidade" (rectius, elemento categorial) o torna inexistente como aquele negócio. Portanto, nos negócios abstratos, o elemento categorial inderrogável é formal, enquanto nos negócios causais, o elemento categorial inderrogável é objetivo" (idem, ibidem).

(26) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 48. A respeito dos elementos particulares, ditos ordinariamente accidentalia negotii, é de toda valia repisar a advertência que consta na obra retrocitada, e que já se encontrava em Vittorio Scialoja, embora sob diversos fundamentos: "Hemos de advertir que no hay que dejarse engañar por la terminología (...), puesto que los accidentalia pueden a veces tener mayor valor que los essentialia; basta, para convencerse, pensar en la condición, de la cual puede depender la existencia misma del negocio jurídico. El criterio de la distinción se refiere, únicamente, al tipo del negocio jurídico de que se trate, siendo respecto a él que los elementos del negocio podrán ser esenciales, naturales o accidentales" (cf. Negócios jurídicos, Sevilla, Imprenta Nacional de La Gavidia, 1942, p. 74).

jetivo, e isto equivale a dizer que o contrato em tema tem objeto típico. "Isto significa que, no conteúdo (objeto), dos negócios causais, há caracteres que, por se repetirem em diversos negócios concretos, levam o ordenamento jurídico a lhes dar um regime jurídico próprio, formando um tipo de negócio; esses caracteres não se identificam com todo o objeto, mas fazem parte dele" (27).

Isto posto, é preciso separar, nos contratos causais, o elemento objetivo inderrogável da causa que a ele se refere; pois é o elemento categorial e não a causa que estabelece a disciplina jurídica do contrato (ou do negócio). "A causa é um fato externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto que o elemento categorial objetivo é justamente a referência que se faz a esse fato no conteúdo do negócio. Por outras palavras, o elemento inderrogável objetivo faz parte, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa não. O elemento categorial objetivo consiste numa referência à causa, a qual está, porém, fora do negócio (ela está, logicamente, ou antes ou depois, mas não, no negócio), ela é extrínseca à sua constituição" (28).

---

(27) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 165.

(28) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 170. Cf. a seguinte exemplificação: "Se tormarmos como objeto de reflexão a compra-e-venda e se aceitarmos que ela se caracteriza pelo consenso em trocar uma coisa por um certo preço, verificaremos que, em princípio, isto é, nas hipóteses normais, não há necessidade da distinção que fizemos, entre elemento categorial, a integrar o objeto, e causa, definida, conforme geralmente se faz, como função econômico-social do negócio, ou como função prático-social, pois haverá total correspondência entre ambos. Todavia, nada impede que se use a compra-e-venda, já não mais com a finalidade de circulação de bens, mas, com função diversa, por exemplo, com escopo de garantia, como acontece na compra e venda com pacto de retrovenda. Aí, muda a função e, se realmente fosse esta que determinasse diretamente o tipo de negócio e respectivo regime jurídico, estes também mudariam. Tal, porém, não ocorre, nem nesse caso (o negócio, ainda que a função seja outra, continua a ser compra e venda) nem em todas as outras hipóte

Se, portanto, é o elemento categorial objetivo, ao qual se faz menção, no conteúdo do contrato (ou do negócio) causal, aquilo que determina a categoria ou o tipo a que o contrato está subsumido, cumpre indagar: qual é o objeto típico determinante da categoria contrato preliminar?

O que dá ao contrato preliminar a sua característica jurídica peculiar é ter ele como objeto um outro contrato, isto é, o contrato definitivo ou projetado.

Não se deve confundir a necessidade jurídica de conclusão, ou de conclusão e complementação, que são objeto do dever originado pelo contrato preliminar, com o próprio objeto deste último, que é o contrato definitivo, concebido como introdução diferida do regramento dos interesses dos figurantes. Igualmente autônomo é o objeto sobre o qual incide o contrato definitivo, que corresponderá à espécie de negócio de que este último se trate (compra e venda, locação, permuta, fiança, sociedade, etc.).

§ 4
Objeto do contrato preliminar

Observa um excelente jurista italiano que a elaboração doutrinal deixou na sombra o conceito de objeto do contrato, e mesmo do negócio jurídico em geral, mas que essa omissão não pode esconder o fato de que "intorno ad esso esistono divergenze di opinioni non meno gravi di quelle che si

gorial inderrogável, e não a função, que fixa o tipo e o regime jurídico de cada negócio" (idem, ibidem).

agitano in relazione al concetto di causa" (29). A veracidade do reparo, facilmente comprovável quando se consultam os autores peninsulares (30), estende-se também, de certo modo, para os escritores nacionais (31). Não há negar, porém, que, entre estes últimos, bons esforços se têm dispendido para a precisão do concreto e, nessa tarefa, vem ganhando merecido realce o livro referido, linhas atrás, como a contribuição brasileira à teoria do negócio jurídico.

Nessa obra, lê-se a seguinte construção: "Por objeto do negócio jurídico, deve-se entender todo o seu conteúdo. (...) abrangendo todo o seu conteúdo, encerra em si aqueles elementos, que, na ordem decrescente de abstração, se colocam abaixo dos elementos gerais de negócio jurídico, ou seja: a) em primeiro lugar, os elementos categoriais inderrogáveis, desde que da espécie que poderíamos chamar objetiva ou causal (o acordo sobre o preço e a coisa, numa compra e venda, por exemplo, faz parte do objetivo do negócio); b) em segundo lugar, todos os elementos categoriais derrogáveis, que, de resto, vão constituir o conteúdo implícito do negócio e que, por

---

(29) Cf. Giuseppe Mirabelli, Dei contratti in genera le, UTET, Torino, 1980, p. 173.

(30) V. Francesco Ferrara, Teoria dei contratti, Napoli, Eugenio Jovene, 1940, cap. 4, p. 98 e segs.; Mario Allara, La teoria generale del contratto, Torino, Giappichelli, 1955, p. 68 e segs.; Renato Sconamiglio, Contratti in generale, Milano, Francesco Vallardi, 1966, n. 40, p. 129 e segs.; Francesco Messineo, Il contrato in genere, cit., v. 1, p. 135 e segs.; Rodolfo Sacco, Il contratto, cit., cap. 5, p. 473 e segs. Na doutrina italiana pugna-se, com incansável sutileza, para diferenciar, principalmente, objeto e conteúdo do contrato e do negócio jurídico em geral. Nesta última área, v. Renato Sconamiglio, Contributo alla teoria del negozio giuridico, Napoli, Eugenio Jovene, 1969, n. 44 e 48, p. 108 e 113; Cariota Ferrara, Il negozio giuridico, cit., n. 127, p. 624 e segs. e n. 31, p. 119; Emilio Betti, Teoria generale del negozio giuridico, cit., n. 28, p. 237 e segs. A impressão que se retira dessas leituras é a de que o problema que se procura resolver é insuscetível de equacionamento, e, pois, de variável solução. Impressiona, todavia, a construção de Francesco Messineo, in ob. e loc. cits., supra, nesta nota.

isso mesmo, muitas vezes, são chamados erroneamente de 'cláusulas' implícitas; e c) finalmente, em terceiro lugar, todos os elementos particulares, isto é, as diversas cláusulas, condições, termos etc.) no negócio expressamente incluídas" (32).

A partir desses fundamentos, pode ser tentada a descrição aproximada do conteúdo do contrato preliminar, que assenta, como já foi visto, sobre a base de seu específico elemento categorial inderrogável.

a) O elemento inderrogável causal ou objetivo da categoria de negócio em exame, como se procurou mostrar em o § 3, supra, localiza-se na factibilização, que o contrato preliminar possibilita, de um segundo contrato, chamado definitivo; deste modo, o contrato preliminar se caracteriza por vincular a introdução diferida do regramento dos interesses de seus figurantes, o qual incide sobre bem ou bens que deverão ser alcançados, de acordo com aqueles interesses, mediante a conclusão, ou a conclusão e a complementação, do contrato definitivo.

b) o contrato preliminar, por ser socialmente típico (33) apresenta a difícil questão que concerne à presença ou

---

61.63; Miguel Maria de Serpa Lopes, Curso de direito civil, Rio de Janeiro -- São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1957, v. 3, n. 37-39, p. 58-63; Darci Bessone de Oliveira Andrade, Do contrato, Rio de Janeiro, Forense, 1960, n. 51, p. 132-134.

(32) Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 155. Em seu moderno e primoroso Traité des obligations en droit suisse, Éditions Ides et Calendes, Neuchatel, 1973, Pierre Engel dedidca um capítulo ao objeto do contrato (Der Vertragsinhalt), no qual, entretanto, limita-se apenas a dizer que "l'objet doit être entendu dans un sens large; c'est le contenu de l'acte juridique, du contrat; tout ce que les parties ont voulu" (cf. n. 58, p. 186). Neste passo, apesar das excepcionais qualidades dogmáticas que revela, o Traité de Engel favorece a confusão, porquanto não destrinça o objeto típico do contrato dos seus elementos naturais e dos particulares, aglutinados pelas partes ao negócio, quase dando a enterder que, todos, indistintamente,"... les parties ont voulu".

não, em seu conteúdo, de elementos categoriais derrogáveis (ordinariamente ditos naturalia negotii), e, a aceitar-se a respectiva possibilidade, o máximo que se pode avançar é que não serão eles imediatamente evidentes, pois a tipificação social precisa de ser aferida, em suas particulares reiterações, mediante a detecção espácio-temporal dos padrões de conduta negocial localizáveis nos diversos círculos grupais;

c) Serão elementos particulares do contrato preliminar todos aqueles que, expressamente introduzidos pelas partes, de acordo com as suas conveniências, tenham pertinência direta à primeira contratação e pertinência reflexa ao contrato projetado; assim, e.g., o termo final da eficácia do contrato preliminar; o prazo em que deverá ser promovida a prestação de informações ou documentos necessários à elucidação dos figurantes acerca dos bens pretendidos e de sua situação; a especificação dessas informações ou documentos; a oportunidade na qual deverá ocorrer a conclusão, a complementação, ou a conclusão e a complementação do contrato definitivo, etc.

---

sa de contrato" já foram, no Brasil, nomina legis, assentados pelo § 2º ao art. 1006 do Código de Processo Civil de 1939, que também empregava a locução "contrato definitivo". Atualmente, não há diploma com suficiente vigor institucional que haja repetido tais expressões de modo que possibilite a afirmativa de uma nomenclatura de origem legal para a categoria. Justifica-se, por conseqüência, a discussão sobre o nomen iuris mais apropriado (cf. supra, nota 8). A falta de uma designação definitiva, por outro lado, não autoriza a que se proclame ser atípico o contrato em estudo". "La configurazione per tipi non si opera di necessità mediante qualifiche tecnico-legislative: essa può operarsi anche mediante rinvio a quelle che sono le concezioni dominanti nella coscienza sociale dell'epoca nei vari campi dell'economia, della tecnica e della morale. Codesta appare infatti la via preferibile appena il bisogno di tutela giuridica dell'autonomia privata si faccia sentire in una sfera così ampia da far divenire le denominazioni tradizionali inadeguate e insufficienti ad esaurirne il campo. Allora, al posto della rigida tipicità legislativa imperniata sopra un numero chiuso di denominazioni subentra un'altra tipicità che adempie pur sempre il compito di limitare e indirizzare l'automia privata, ma, a parangone di quella, è assai più elastica nella configurazioni dei tipi, e, in quanto si opera mediante rinvio alle valutazioni e-

É de toda importância repetir e esclarecer que o conjunto desses elementos serve à factibilização do regramento contratual a ser introduzido, forma o seu projeto; mas o núcleo dessa projeção já está coberto por um vínculo jurídico, que ainda não é o vínculo jurídico próprio àquele regramento, o qual permanece simplesmente retardado, em sua eficácia (quando o dever é a só conclusão do contrato definitivo), ou diferido e ainda carente de aperfeiçoamento residual (quando são devidas a conclusão e a complementação do contrato definitivo).

§ 5
Gradação de conteúdo no contrato definitivo e no contrato preliminar

1. Conforme já se depreende do exposto no § 1, supra, e das idéias subsequentemente desenvolvidas, a análise da preliminaridade contratual revela a elasticidade do primeiro contrato relativamente à compreensibilidade, maior ou menor, do conteúdo do segundo, com a conseqüência de se apresentar, no encadeamento contrato-preliminar-contrato definitivo, uma progração variável quanto à estabilização e a fixação do regramento contratual cuja introdução é diferida.

a) No estádio mais completo dessa programação, o conteúdo do contrato definitivo já está totalmente preestabelecido no contrato preliminar. Exemplo que ilustra o grau máximo de fixação antecipada do conteúdo do contrato definitivo dá-

---

re tipicità sociale" (Cf. Emilio Betti, Teoria generale del negozio giuridico, cit., p. 196).

se, na espécie já lembrada, em que as partes, por documento particular, prometem outorgar a propriedade integral de um imóvel que lhes pertence em comum, ao possuidor atual, também condômino, recebendo, em contrapartida, deste último, a renúncia de parte ideal de herança que lhe caberia juntamente com os demais figurantes no contrato-promessa. Neste caso, aguarda-se, simplesmente, o término do inventário, devendo então os promitentes outorgar a escritura definitiva do acordo de permuta já delineado em seus extremos. Retomando-se a afortunada explicação que descreve a dupla função do contrato definitivo, enquanto ato devido - negócio jurídico, como relação entre continente e conteúdo (retro, § 2, nota 15), pode-se dizer que, nesse exemplo, o continente está cheio. Faltante apenas a outorga da escritura definitiva do contrato de permuta já completo no seu conteúdo (a forma pública, no caso, é, unicamente, requisito de validade do contrato — Código Civil, art. 134, caput e inciso II), essa outorga é mais adimplmento do que conclusão de um novo negócio (34). Estão presentes, na outorga da escritura, o ato devido e a declaração negocial, mas — agora do ponto de vista qualitativo — a função predominante é a do primeiro (v. infra, neste § 5, o n.2).

b) Um termo médio de programação existe quando algo falta — do conteúdo do contrato definitivo, na projeção antecipada pelo contrato preliminar — que não depende de ou pode

---

(34) Com palavras de Serpa Lopes, bem se poderia definir o que se denominou nesta tese o estádio mais completo de programação do contrato definitivo: "... as condições e cláusulas básicas do contrato... já possuem uma definitividade tal que o contrato futuro nada mais representa do que uma homologação do antecipadamente pactuado; a declaração de vontade permanece apenas como remate dessa definitividade" (cf. Curso de direito civil, cit., v. 3, n. 50, p. 77). Nota-se porém, que era essa toda a concepção do autor acerca do instituto e, nisto, parece não ter assimilado as suas melhores aplicações, como, de resto, ocorreu com outros distintos jurisconsultos e eminentes magistrados.

facilmente prescindir de declarações inovativas dos figurantes, aos quais cabe propriamente então concluir um segundo contrato, isto é, fazer todo o necessário e suficiente para que este produza os efeitos queridos. Um negócio que auxilia o entendimento desse termo médio de programação do conteúdo do contrato definitivo é dado pelo exemplo (supra, § 2) dos cônjuges, proprietários de um imóvel, que prometem, por instrumento público, a conclusão, também por escritura pública, de contrato constitutivo de garantia hipotecária, em favor de terceiro, credor do pai do cônjuge varão, sendo que o contrato prometido fica para ser celebrado tão logo o bem, a ser onerado pela hipoteca, seja liberado de cláusula de inalienabilidade temporária já ineficaz, recebendo, por outro lado, os promitentes, no ato da assinatura do contrato definitivo, uma certa soma, a ser prestada pelo devedor, em correspectivo pela garantia recebida. Neste caso, a relação continente (ato devido) — conteúdo (contrato definitivo) já se mostra consideravelmente alterada; com as declarações e atos materiais que incumbem às partes, o preenchimento das previsões constantes no contrato preliminar são muito mais de natureza negocial do que meramente excutiva; o continente está menos cheio.

c) o termo mínimo de programação do contrato definitivo ocorre, na relação jurídica contratual preliminar, quando, fixada, no primeiro contrato, a base do regramento negocial cuja introdução é diferida, subsistem todavia em aberto pontos negociais que carecem de acordos residuais ulteriores, em virtude da complexidade ou da determinação in fieri do conteúdo do segundo contrato no momento em que se dá a conclusão do preliminar. É importante atentar para esta expressão, acordos residuais ulteriores, que se definem por contraste com

a base suficientemente delineada do regramento preparado para inserção diferida (v. infra, n. 2 e 3). Demais, não há negar que o controle dessa "residualidade" deverá ser levado a efeito caso por caso, mas esse é um aspecto que merecerá exame detido e em apartado logo à frente. Suponha-se, assim, que certa empresa controladora de uma cadeia de supermercados, situada no estado de São Paulo, ajuste com outra empresa, de iguais objetivos mercantis, que opera no Rio de Janeiro, um "contrato preliminar para a compra e venda de ações". No instrumento particular desse negócio há cláusulas como as seguintes: (35)

- "os imóveis de propriedade dos acionistas (assim denominados no negócio concreto as pessoas dirigentes da empresa promitente vendedora) que estão ocupados atualmente pela empresa, serão objeto de novos contratos de locação comercial, fixando-se desde logo, o prazo de 10 (dez) anos, e, como valor do aluguel, a porcentagem de 1,5% (um e meio por cento) sobre as vendas das lojas existentes nos aludidos imóveis, com um aluguel mínimo a ser estipulado";

- a empresa promissária compradora "obriga-se a garantir com fiança idônea e capaz todas as obrigações que vier a assumir para com os acionaista"; e a

- "substituir, em prazo a ser determinado, todas as garantias pessoais dos acionistas em favor da empresa, bem como liberar hipotecas, que oneram atualmente imóveis que pertençam ou passem a pertencer ao patrimônio dos acionistas", etc.

Para retornar, uma última vez, ao binômio continente (ato devido) — conteúdo (contrato definitivo), há que se re-

(35) Cláusulas referidas no acórdão RTJ 92:250, já citado.

conhecer, em hipótese como a das cláusulas acima, que o volume da declaração com função solutória tem de ser razoavelmente completado com elementos negociais ulteriores, chamados acordos residuais. Trata-se, por outras palavras, de contrato com reserva de complementação de contrato, segundo ficou dito no § 1, supra. As partes atuam o complexo contrato preliminar -contrato definitivo justamente porque se reservam a possibilidade de alcançar — o que não é possível no momento — uma clausulação pontualizada dos interesses respectivos, mediante a oportuna estipulação do segundo contrato. Mas, concluíndo o contrato preliminar, asseguram-se o direito de exigir a complementação pendente, em consonância com certos pressupostos vinculantes, lançados naquele negócio-base. Deste ponto de vista, o que ocorre é a inserção imediata da base do regramento, que permanece diferido e incompleto também.

Esta programação, em termos básicos estritos, do contrato definitivo, é o que se considera, neste estudo, a situação configuradora da preliminaridade stricto sensu, ou, como já se disse, da preliminaridade contratual modelar ou típica. Esta compreensão parece ser a que melhor se afina com a que é a parte mais importante, qualitativamente, das operações em curso na atualidade econômica, marcada pela presença das grandes empresas e de negócios complexificados na exata correspondência do papel que elas desempenham. Neste âmbito estariam, portanto, os momentos mais agudos da relação contratual preliminar. Pode, talvez, servir para provar essa nova dimensão prática que exige a plasmação de horizontes igualmente novos para os contratos preliminares: 1) o litígio, já individuado, entre as duas empresas que predominam, no eixo Rio-São Paulo, em vendas ao consumidor por intermédio de supermecados, cuja

solução engendrou um acórdão que se prolonga por nada menos de cinqüenta e nove páginas, na letra miúda do repertório oficial de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se abordam, pela vez primeira ao nível jurisdicional, alguns dos mais expressivos aspectos da categoria em estudo (36). 2) O fato de que, nas tentativas de harmonização do direito das atividades negociais nos países do Mercado Comum Europeu, que ora se processam, o Instituto de Direito Comparado de Paris tenha elaborado um anteprojeto composto a partir de respostas fornecidas por representantes de todos os países-membros, a um questionário com quinze perguntas, entre as quais três dizem respeito à definição e à obrigatoriedade dos contratos preliminares (37).

2. O princípio dominante em doutrina, e, com menos clareza, na jurisprudência, é, ao contrário do que se defende neste trabalho, o da identidade de conteúdo do contrato preliminar e do contrato definitivo. Essa equalização de conteúdo repercute, aliás, na própria definição dada

---

(36) Acórdão RTJ 92:250; esse aresto, por si, está a merecer análise minudente, que, entretanto, extravasa dos limites do presente escrito. Consigne-se a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de quem o lê, sem ter os autos à mão, para formar convencimento sobre o acerto da decisão em concreto (o que, aparentemente, houve). O que não se pode, sem dúvida, é admitir que se eleve ao nível de direito em tese a sentença proferida in casu. O acórdão tem a seguinte ementa:

- *"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 fazer".*

(37) Cf. René Rodière (diretor da investigação), La formation du contrat, Éditions A. Pedone, Paris, 1976, p. 9-10: "Qu'est-ce qu'une promesse de contrat, un avant-contrat? Le contrat n'est-il formé que lorsque les deux parties sont d'accord sur tous les éléments principaux et secondaires de

ao contrato preliminar por alguns autores (38) e tem como significado prático a exigência de que o contrato preliminar deva conter todos os elementos (categoriais inderrogáveis, categoriais derrogáveis e particulares) do definitivo, pena de nulidade ou de inexistência. É certo que não há uniformidade de opinião quanto à presença necessária da totalidade daqueles elementos, admitindo vários autores, como característica mesma do preliminar, a indeterminação de alguma coisa do conteúdo do contrato definitivo (39). A promessa de contratar que exaurisse o contrato definitivo tornaria, em princípio, inútil essa cisura (40). Prossegue firme, todavia, a orientação

---

(38) Cf., e.g., Andrea Torrente, Manuale di diritto privato, Milano, Giuffrè, 1968, p. 488: "contratto preliminare è quel contratto con il quale le parti si obbligano a concludere un futuro contratto di cui fin d'ora viene determinato l'intero contenuto". Em verdade, uma definição como essa importa renúncia a compreender a figura mesma do contrato preliminar, conforme, aliás, se expõe no texto mais adiante. Com certeza pela consciência (data venia) da logomaquia, Pietro Schelsinger -- que refundiu e atualizou o livro de Torrente — inspirando-se na recente bibliografia que cita, passou a tratar o problema de modo substancialmente modificado (cf. Andrea Torrente-Pietro Schelsinger, Manuale di diritto privado, Milano, Giuffrè, 1975 (9a. edição), § 288, p. 466 e 468. Conserva-se, porém, na primitiva posição do Manuale de Torrente, o conhecido Luigi Ferri, nas suas Lezioni sul contratto, Bologna, Pàtron Editore, 1975, p. 104: "... l'impegno ha riferimento non a un qualsiasi futuro contratto, ma a un futuro contratto con contenuto determinato, donde la necessità che nel preliminare siano specificati nella loro interezza gli elementi del negozio, che si obbliga a concludere".

(39) Assim, Bernard Windscheid, com significativa modernidade de visão, escreveu: "Dal contratto preliminare, presuposto, che il contenuto del contratto principale sia sufficientemente acertato, nasce un diritto di credito alla conclusione del contratto principale, e rispettivamente, se la conclusione è impossibile, alla prestazione di ciò, che l'avente diritto avrebbe avuto per la conclusione del contratto principale" (cf. Diritto delle Pandette, cit., v. 2, § 310,p. 206. Há poucos anos, não ficava distante deste enfoque do genial pandectista o magistério de Francesco Messineo: "In genere, il preliminare è una sorta di contratto parzialmente 'in bianco'...", embora, mais à frente, restringisse o alcance desproposição: "... il contenuto del contrattto definitivo è virtualmente rachiuso nel preliminare..." (cf. Il contratto in genere, cit., v. 1, p. 545).

(40) "Não se diga porém que é de todo inútil, porque às vezes razões de ordem econômica e fiscal podem militar pa-

que predica a igualdade de conteúdo entre o contrato preliminar e o finitivo, sendo paradigmático, neste sentido, o seguinte excerto:

"Não se pode, sequer, cogitar da existência de um contrato preliminar, porque, elementarmente, tal contrato deve conter todos os elementos do contrato definitivo. É intuitivo. Se o seu efeito é a obrigação de conclusão do contrato futuro, necessário é que as partes o configurem em todas as suas características fundamentais, nos seus dados principais como nos secundários, de sorte que seja dispensável qualquer negociação ulterior. Se é indispensável discussão posterior para ultimar o contrato definitivo, designadamente sobre elemento essencial, como no caso da consulta (apuração do valor dos estoques, componente do preço, etc.), então se pode asseverar como coisa certa, que não admite dúvida, a inexistência de contrato preliminar no perfeito e rigoroso sentido de expressão" (41).

---

mos dessa emergência, o pré-contrato que contém todos os elementos do contrato é pré-contrato em que, podendo-se contratar desde logo, só se promete contratar. Dá-se meio passo, quando se poderia dar o passo inteiro". (Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, cit., v. 13, § 1507, p. 210). Note-se que, ao admitir aquela utilidade mínima, emergencial, o egrégio jurisconsulto contrastava, ao campo da função econômico-social do pré-contrato, os motivos dos contraentes, que, conforme foi visto, podem pesar decisivamente quando penetram no conteúdo do negócio (supra § 2).

(41) Cf. Orlando Gomes, Promessa unilateral, opção e acordo preparatório, in Questões de direito civil, São Paulo, Saraiva, 1976, p. 386; grifos nao-originais. Neste parecer, emitido a respeito do mesmo caso que — a final, resolvido em último grau de jurisdição — consubstancia o acórdão RTJ 92:250-309, o grande mestre baiano entendeu que o documento intitulado "contrato preliminar de compra e venda de ações" em realidade não passava de negócio enquadrável na categoria chamada por Giuseppe Tamburrino "acordo preparatório ou provisório" (cf. I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto, cit., cap. IV, p. 99-124). O professor Orlando Gomes voltou ao assunto, a respeito do mesmo caso, em outro parecer, intitulado Contrato preparatório e contrato preliminar, in Novas questões de direito civil, Saraiva, 1979, p. 1-14, reiterando o entendimento precedente sob novos ângulos. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, como

Essa é a suma — muito bem posta — da ótica tradicional acerca do que deve intercorrer pelos conteúdos negociais implicados na articulação contrato preliminar - contrato definitivo. Pretende-se que haja um paralelismo (42) que empobrece e enfraquece as funções atuais e virtuais do esquema que envolve a coordenação dos dois contratos, uma vez que não se aceita que fiquem para ser completados certos acordos residuais (previstos no negócio-base), que são outros negócios jurídicos, necessariamente ulteriores, como foi explicado, por causa da complexidade ou da demarcação in fieri do conteúdo do segundo contrato, cuja base, entretanto, tem inserção imediata (daí falar-se, nesse caso, em negócio-base, para referir o contrato preliminar) (43).

A visão tradicional entende que a presença desses acordos residuais remanescentes vulnera o contrato preliminar, no plano da existência inclusive, porquanto exige o perfazimento, no primeiro contrato, de acordo sobre todo o conteúdo ("elementos" ou "dados" principais e secundários) do contrato definitivo. Faltantes essas convenções acabadas, o pressuposto da identidade dos conteúdos atingiria o contrato preliminar no plano da existência; o contrato preliminar que não pre

---

se percebe pela ementa transcrita em a nota 36, supra, decidiu que o referido documento configurava simples "minuta". Apesar dessa discrepância no plano conceitual das categorias, o objetivo dos promitentes vendedores foi alcançado, uma vez que pretendiam subtrair-se à sentença ex art. 639 do Código de Processo Civil. A mais, na mencionada ementa acolhe-se o princípio da identidade de conteúdo do contrato preliminar e do contrato definitivo, pelo qual pugnava o exímio parecerista.

(42) Expressão de Rodolfo Sacco, Il contratto, cit., p. 685, cuja posição apresenta, porém, certos temperamentos, que serão abordados noutro lugar deste trabalho.

(43) As expressões "base do contrato" e "negócio-base" não se empregam, como se pode ver, no sentido da conhecida teoria de Karl Larenz, exposta no livro Base del negózio jurídico y cumplimiento de los contratos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

venisse todo o conteúdo do contrato definitivo deixaria de ser contrato (=não existiria como contrato), a fortiori como contrato preliminar, não havendo sequer cogitar de contrato definitivo. A relação jurídica preliminar, nessas condições, poderia ser interpretada como negócio jurídico de espécie não contratual (e.g., minuta, protocolo de intenções), mas, de qualquer modo, sem ensejar responsabilidade contratual, quer mediante execução específica (Código de Processo Civil, arts. 639-641) quer por intermédio de resolução com perdas e danos (Código Civil, art. 1-92, parágrafo único) (44).

A coerência para com essas fundamentos levou à definição do contrato preliminar, ou promessa de contratar, como "convenio por el cual las partes crean en favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia immediata (ex nunc) de un contrato por ellas projetado" (45). Realmente, se o objeto típico do contrato preliminar é o contrato definitivo, projetado em todo o seu conteúdo, o que surge para as partes é apenas o poder de pedir a produção dos efeitos das cláusulas embutidas no primeiro negócio. Dito de outro modo, o contrato definitivo se esgota na função de ato devido (v. § 2, supra).

Em Itália, onde o nome do art. 1351 do Codice civile declara nulo o contrato preliminar concluído sem a forma pre-

---

(44) Não se excluiu, no entanto, a caracterização da responsabilidade pré-contratual, se concorrerem os pressupostos de direito, conforme demonstra Antônio Chaves, A responsabilidade pré-contratual, Rio de Janeiro, Forense, 1959, passim, em estudo o mais autorizado e completo sobre o tema, nas letras jurídicas nacionais.

(45) Cf. Frederico de Castro y Bravo, La promesa de contrato, in Anuário de derecho civil, Madrid, Ministério de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, p. 1170. Com adesão expressa ao magistério deste jurista espanhol, v. Orlando Gomes, Contratos, cit., n. 95, p. 156.

vista para o definitivo (norma essa que não subsiste no direito brasileiro), formulou-se também uma teoria que define o contrato definitivo como "atividade de reprodução", caracterizada pela circunstância de que as partes enlaçam ao desempenho de tal atividade a eficácia do contrato como um todo, "si che antecedente egli effetti è il contratto preliminare, mentre il definitivo diventa una condizione di efficacia" (46).

3. Os juízos enucleados nesta tese não se compadecem com as anteriores construções doutrinárias, assentadas no princípio da identidade do conteúdo do contrato preliminar e do contrato definitivo. A relação entre o conteúdo desses dois contratos responde às necessidades práticas, às quais procuram obviar os sujeitos econômicos, ao atuar, para a operação que pretendem, o procedimento de negociação articulado em duas etapas. A complexificação social, a flutuação de 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. Um dos instrumentos negociais predispostos à realização desse escopo é a seqüência contrato preliminar-contrato definitivo. Quanto maior for a incidência daqueles fatores de indeterminação, diminuirá, tendencialmente, o teor de programação do conteúdo do contrato definitivo levado a efeito no contrato preliminar, até

---

(46) V. Luigi Montesano, Contratto preliminare e sentenza costitutiva, Napoli, Jovene, 1953, passim; idem, Obbligazione e azione da contratto preliminare, in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, 1970, p. 1175 e segs.

um momento de preliminaridade mínima — que propende a ser típica ou característica para muitas das operações econômicas da sociedade capitalista atual —, na qual se coloca o primeiro contrato como negócio-base, a que deverão aglutinar-se acordos residuais ulteriores. Derivado desse negócio é o poder de exigir a conclusão e a complementação do contrato, e o correspectivo dever de cumprí-las (cf. supra, neste §, n. 1, a).

Outras vezes, porém, poderá crescer, também em correspondência com as necessidades do caso prático em concreto, a assimilação do conteúdo do contrato definitivo pela projeção constante no preliminar, até um estádio completo de programação do segundo negócio, levada a efeito no primeiro. Nestes casos surgem as hipóteses, mais simples, do dever de adimplir o contrato preliminar ou de concluí-lo propriamente (cf. retro, neste §, n. 1, b e c). A preliminaridade contratual, assim, ao nível do conteúdo dos negócios, comporta graus de diversificação. As teorias tradicionais são reducionistas na medida em que restringem a aplicação do instituto a estas últimas hipóteses.

No termo mínimo da preliminaridade, em que muitas vezes se tornam imprecisas as fronteiras entre o contrato preliminar e outras relações jurídicas preparatórias — e.g., minuta, protocolo de intenções, tratativas verbais e escritas, acordos preliminares (47) — encontra-se somente a base do regramento cuja introdução definitiva está programada. A identi

---

(47) V., sobre estes negócios jurídicos preparatórios, Giuseppe Tamburrino, I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto, cit., passim; Antonio Chaves, A responsabilidade contratual, cit., passim; o atualíssimo Alberto Ravazzoni, La formazione del contratto, Milano, Giuffrè, 1973, v. 1, passim, e o clássico Giovanni Carrara, La formazione dei contratti, Milano, Francesco Vallardi, 1915, passim. Em resumo, João de Mato Antunes Varela, Das obriga-

ficação, em termos precisos, desta base, para se saber se existe, no caso concreto, contrato preliminar, e não, um outro negócio, ou negócio algum, somente se pode apurar na dinâmica dos fatos; aqui, a qualificação in iure do negócio depende estritamente do material específico submetido do diagnóstico do operador jurídico.

4. No plano dogmático, a elaboração dessa diagnose pode ser orientada, mediante o estabelecimento de alguns dados que servem para auxiliar, na sua difícil tarefa, aquele operador a quem incumbe dizer, ou decidir, com força institucional, sobre a existência e a eficácia do pré-contrato nos casos-limite de preliminaridade mínima.

a) 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. Assim, se acaso -- no negócio que se pretende seja uma promessa de comodato de um gerador de vastas proporções -- nada for esclarecido sobre a entrega e o uso da coisa infungível, não há contrato preliminar; dá-se mera aparência de negócio. A indicação do elemento categorial inderrogável próprio ao contrato definitivo é sancionada com tal energia porque (é tautológico) o objeto típico que ministra o elemento caracterizador (ou categorial inderrogável) do contrato preliminar é exatamente o contrato definitivo. A essência do pré contrato está em projetar, vinculativamente, a conclusão, ou a conclusão e complementação, do contrato definitivo. O mínimo estrutural de que precisa estar dotado é, portanto, a indi

---

ções em geral, cit., v. 1, n. 67, p. 253-254.

cação de qual contrato será esse cuja introdução difere (v. retro, § 4, final).

b) Não é mister que constem, intuitivamente, no contrato preliminar, os elementos categoriais derrogáveis do contrato prometido. Esses naturalia negotii defluem, como se sabe, da própria ordem jurídica (que é plus, relativamente à ordem legal); de sorte que, posto in esse o contrato definitivo, se nada for avençado a respeito, incidem as normas reguladoras da espécie. Trata-se, aqui, do conteúdo implícito do negócio jurídico.

c) Neste seguimento de idéias, o problema mais espinhoso que se avulta é o da necessidade ou não-necessidade de se programarem, por completo, no conteúdo do contrato preliminar, os elementos particulares do contrato definitivo. Evidente que se as partes pretenderem a inserção de algum elemento particular deverão se pronunciar sobre o ponto, pois é caso em que se impõe, nas hipóteses de negócios individuais, — isto é, não encadeados como contrato preliminar e contrato definitivo — o conteúdo expresso da estipulação. O lugar nevrálgico do aludido problema está em que os chamados acordos residuais ulteriores tem o seu sítio natural entre os elementos particulares do contrato. E estes, conforme a sua maneira de aposição no negócio concreto, normalmente podem passar a condicionar a validade ou a eficácia do contrato, havendo mesmo a opinião de que possa ser prejudicado inclusive no plano da existência (48).

---

(48) V. Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico, cit., p. 49, refere a seguinte passagem de José Carlos Moreira Alves: "... é preciso fazer uma advertência a respeito dos elementos acidentais se considerados abstratamente; se, num caso concreto, forem apostos ao negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, porque intimamente ligados a eles. Asssim, se se apuser uma condição ilícita (Caio pagará certa quantia a Tício, se este matar alguém) a um negócio ju-

Mas, como se tentou explicar, nesses acordos residuais ulteriores se localiza a parte nuclear da preliminaridade contratual, porquanto é a eles que se refere a reserva de complementação, ordinariamente. Ao nível das contratações preliminares, põe-se, como conseqüência, que o não fechamento do conteúdo do negócio não implica a configuração de um contrato imperfeito (quia nondum factum) ou defeituoso, e, pois, conforme o caso, inexistente, nulo ou ineficaz. A falta de fechamento de todo o conteúdo do negócio-base, no plano dos acordos residuais, significa, exatamente, por injunções da própria estrutura típica, que se trata de um contrato preliminar. Nele, as partes se reservam a oportuna complementação do conteúdo do negócio mediante a conclusão de um novo contrato. Por isso, não parece correta a asseveração, a priori, de que se aplicam, ao contrato preliminar (em que há reserva de complementação), as sanções eventualmente cabíveis aos contratos definitivos (agora sim) imperfeitos.

A qualificação jurídica do negócio está, portanto, em dependência da sua estrutura objetiva ou típica. De outro modo, aliás, não teria qualquer sentido dizer-se que o contrato preliminar constitui um tipo contratual autônomo. A área da autonomia privada que concerne à contratação preliminar, mormente em seu limite mínimo, tem como indeclinável pressuposto (negativo) a vontade dos figurantes de não dar vida a

---

rídico, não apenas a condição será nula, mas todo o negócio jurídico" (cf. Direito romano, cit., v. 1, n. 110, p. 74, nota 43). A decisão que o ilustre romanista e civilista proferiu, com votação unânime, no acórdão RTJ 92:250, não discrepa, aliás, desta sua visão precedente. Naquele aresto, à vista de acordos residuais ulteriores em contrato preliminar cuja execução específica fora solicitada, o não fechamento de todos eles, segundo a teoria tradicional, retirava ao negócio a possibilidade de exisitr como o contrato pretendido, e, assim, a executabilidade ex art. 639 do Código de Processo Civil.

um contrato definitivo (49). Daí, também, o equívoco da orientação que postula a aplicação indiscriminada das regras contratuais genéricas aos preliminares, em que pese a autoridade dos que a sustentam. "In realtà — pode-se dizer -- l'istituto del preliminare appartiene alla teoria generale, poiché segna una dimensione della realtà giuridica che si aggiunge a quella del contratto definitivo" (50).

§ 6
Execução do contrato preliminar

1. Faz parte da fenomenologia do contrato preliminar a circunstância de que as partes, ao ajustar o negócio, reservem-se o poder de ulterior complementação do contrato, que deverá ser exercitado, mediante o aperfeiçoamento dos acordos residuais, na oportunidade da conclusão do definitivo. Se este último efetivamente se concluir, o iter sequencial está encerrado. Quando os figurantes alcançam, ut plerumque accidit, o contrato definitivo, este se substitui ao contrato preliminar como sede do regramento — até então diferido, na hipótese característica, pela reserva de conclusão e complementação, ou somente pela primeira, nos casos menos agudos de preliminaridade — dos interesses programados naquele primeiro contrato. Nesse momento, o contrato definitivo absorve o preliminar; daí a menção ao fechamento da seqüência negocial.

---

(49) Carlo Nicoletti, Sul contratto preliminare, cit., p. 73.

(50) Carlo Nicoletti, Sul contratto preliminare, cit.

É da linguagem corrente entre os juristas o emprego do termo execução para designar o adimplemento das obrigações, dos negócios jurídicos e dos contratos. Em realidade, muitos empregam essas palavras como sinônimos (51). Autores há, entretanto, que buscam diferençar, como todo cuidado conceitual, adimplemento da obrigação e execução do contrato (52), restringindo esta última ao "comportamento idôneo para determinar uma modificação na situação patrimonial e, genericamente, nas relações entre os contraentes, modificação esta pela qual se realiza o programa de eventos futuros constante no contrato" (53). O adimplemento, por sua vez, "é essencialmente meio de extinção, e, pois, de liberação para o devedor; a execução reporta-se à atuação da fonte da obrigação (contrato): ou seja, leva a efeito o contrato". Portanto, a execução é, antes de mais nada, um ato do contraente ; assim como o adimplemento é um momento estrutural da obrigação, a execução é momento estrutural do contrato, ou, sob outro aspecto, a execução do contrato está, para o adimplemento das obrigações, numa relação de meio (um dos possíveis meios) a fim (54).

Admite-se uma concepção pluralista de execução, e, neste sentido, dentre outras possibilidades, cabe falar de execução em sentido substancial e execução em sentido proces-

---

(51) Cf., especialmente, R. Limongi França, Manual de direito civil; doutrina geral dos direitos obrigacionais, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, v. 4-I, p. 115-120.

(52) V., em nível monográfico, Adolfo di Majo Giaquinto, L'esecuzione del contratto, Milano, Giuffrè, 1976.

(53) Francesco Messineo, Il contrato in genere, Milano, Giuffrè, 1972, v. 2, p. 102.

(54) Francesco Messineo, Il contratto in genere,cit., v. 2, p. 104.

sual (55). No âmbito da contratação preliminar, sempre que os figurantes não promovam, espontaneamente, a execução do primeiro contrato, consistente na conclusão, ou na conclusão e complementação, do contrato definitivo, dá-se inexecução; este fato poderá acarretar, na seqüência preliminar — definitivo, uma interferência da função jurisdicional ao nível altamente complexo de relação jurídica contratual em que figuram deveres de conclusão, ou de conclusão e complementação do negócio, com a finalidade de fazer surtir os mesmos efeitos que se conseguiriam com a execução em sentido substancial -- que, no caso, também se poderia denominar execução negocial, pois a realização do contrato definitivo é simultaneamente ato devido e negócio jurídico. O expediente técnico adaptado à produção da atividade processual executiva concernente a essa hipótese está, hoje, previsto nos arts. 639 usque 641 do Código de Processo Civil.

2. O contrato preliminar, como foi descrito, em sua compleição funcional e estrutural, nos §§ 2, 3 e 4 desta tese, não tem, per se stante, suficiente idoneidade para sustentar o peso do regramento que deve abarcar toda a situação negocial em que ele se inscreve. Nas hipóteses de preliminaridade máxima (§ 4, 1, a) e de preliminaridade média (§ 4, 1, b) a mencionada insuficiência quase que se apaga,

---

(55) "A doutrina em geral, bem como a própria lei, usam indistintamente" — o que não ocorre no texto, supra — "a palavra execução tanto para significar um resultado (atuação prática da vontade da lei), como para as atividades tendentes a esse resultado. Aos estudos de direito material interessa apenas a execução no primeiro sentido (resultado), a qual será ou não judicial (nesse caso, execução forçada)" (Cândido Rangel Dinamarco, Execução civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 82).

ao contrário do que se passa com a preliminaridade mínima (§ 4, 1, c), em que se dá o menor grau de programação do conteúdo do contrato definitivo.

Essa diversidade de graus não apresenta problema maior, como já foi dito, quando os contraentes promovem a execução negocial do contrato preliminar. Surgem, entretanto, as mais tormentosas e intrincadas questões, de ordem prática e teórica, quando se trata de atuar o aparato normativo dos arts. 639 a 641 do Código de Processo Civil, principalmente quando o contrato preliminar é negócio-base e, em correspondência, está dotada de largo espectro a reserva de complementação.

Quando é mínima a programação do conteúdo do contrato definitivo, a interferência do órgão jurisdicional, para aplicar a norma do art. 639 do Código de Processo Civil, só pode parecer inadmissível — e assim pensa, efetivamente, a teoria tradicional -- se não se houver sob os olhos todo o panorama estrutural e funcional da contratação preliminar. Concebendo-se o contrato preliminar como simples pré-definitivo, de acordo com o referido princípio de identidade do conteúdo (supra, § 5, n. 2), seria como se o juiz, ao proferir a sentença ex art. 639, procedesse à semelhança do terceiro pagador dos arts. 930 e 931 do Código Civil.

O mencionado artigo da lei processual não é, porém, uma sanção tout-court que a ordem jurídica estabelece para o inadimplemento do dever de concluir um contrato. A preliminaridade contratual só é compreensível e justificável quando se estabelece per gradua (§ 5, retro, n. 1); o enunciado do art. 639 do Código de Processo Civil tem o sentido e o significado de disciplinar, no plano processual, os limites e a medida em

que poderá ser tutelada a pretensão à conclusão, ou à complementação e à conclusão, do contrato preliminar (v. infra, § 14).

No art. 639 do Código de Processo Civil, as expressões *"sendo isto possível e não excluído pelo título"* configuram as balizas, genericamente predispostas, para a possibilidade prática do juízo de tutela do contrato preliminar, pelo órgão jurisdicional, no caso concreto, e somente em face da espécie.

O relacionamento dicotômico contrato preliminar-contrato definitivo — desde a reformulação, pelos arts. 639-641 do Código de Processo Civil vigente, do § 2º ao art. 1006 do Código revogado (56) — passou a ser uma tricotomia (57).

Nessa tricotomia há um elemento constante, que é o contrato preliminar, e dois outros elementos que se acham em relacionamento alternativo para com o primeiro; estes elementos são o contrato definitivo e a sentença do art. 639. No âmbito de atuação legalmente previsto para esta providência jurisdicional, o magistrado, "sendo isto possível e não excluído pelo título", pode promover o desfazimento da reserva de complementação, aperfeiçoando os acordos residuais em aberto

---

(56) Amílcar de Castro é de opinião que a locução "sendo isso possível e não excluído pelo título", do vigente art. 639, equivale à parte final do § 2º ao art. 1006 do Código de Processo Civil de 1939: "Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições do definitivo" -- cf. Amílcar de Castro, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, v. 8, p. 181. Como está a se ver no texto, este juízo não reflete a atual compleição da norma e não é de ser compartilhado. Sob diverso ponto de vista, moveu-lhe crítica acertada Pedro Henrique Távora Niess, Da sentença substitutiva da declaração de vontade, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 27-28.

(57) Tal expressão e o raciocínio que está a seguir no texto são de Carlo Nicoletti, Sul contratto preliminare, cit., p. 7.

e projetando, do negócio-base substantivamente arrematado, os efeitos jurídicos que se produziriam com a conclusão acabada (não é tautológico) do contrato definitivo (v. ultra § 14).

Dessa perspectiva, impõe-se à consideração, no estudo do contrato preliminar, toda uma dimensão processual que passou a ser componente indissolúvel da problemática que é própria da categoria.

Integrante, também, desse ponto de vista, é a colocação do juiz como "executante" do contrato preliminar, num sentido que se aproxima (mas não se identifica) com o adimplemento negocial, quando menos porque são diferente os pressupostos do contrato definitivo e da sentença ex art. 639: o contrato definitivo tem pressuposto positivo, ou seja, o cumprimento do dever de conclusão, ou de complementação e conclusçaõ; a sentença de qua tem pressuposto negativo, isto é, a falta de implemento do dever de conclusão, ou de complementação e conclusão. Dá-se, porém, coincidência no plano dos efeitos (58).

Apêndice
Orientação e caminhos do estudo

A tese que ora se apresenta vai culminar com a investigação do ponto temático que lhe serve de título. O pensamento do autor, sempre sub censura, foi enunciar e explicar, neste capítulo primeiro, as convicções que lhe vêm da

(58) Carlo Nicoletti, Sul contratto preliminare, cit., p. 53.

experiência na advocacia e no estudo sobre a estrutura e a função do contrato preliminar, dada a impostergável condicionalidade que a definição prévia desses aspectos do negócio impõe ao respectivo momento de realização. Embora sem pretensões vãs de originalidade, o conjunto de idéias enformado nos parágrafos precedentes não tem semelhança com o entendimento que propicia a doutrina nacional ao contrato preliminar. Por outro lado, sem deixar de cuidar do direito positivo, e procurando sempre partir de exemplos registrados na praxis negocial do país, é manifesta a influência que o trabalho recebe de vários autores, pátrios e estrangeiros; daí a preocupação quase obssessiva de documentar as fontes bibliográficas compulsadas ao longo de toda a elaboração da tese.

Ora, assentados os fundamentos do contrato preliminar segundo o prisma estrutural e funcional, escolhido como um dos setores de verticalização da pesquisa, seria oportuno passar, em momento logo subseqüente, ao tratamento da execução processual do contrato em tema, dados os laços da apertada conexão (diga-se) "tricotômica", entre os graus de preliminaridade e suas diferentes repercussões no segmento processual de sua disciplina.

Este passo, aliás, não transformaria a tese em investigação dirigida principalmente ao direito instrumental, não somente pelos motivos expostos supra, § 5, mas também porque a regulação dos arts. 639-641 é, parcialmente, de lege ferenda, "heterotópica" (59). Se embargo da segura advertência de que, para a "compreensão do fenômeno jurídico em sua tota-

---

(59) Cf. Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo civil, Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. 10, p. 113. O mesmo já dissera o inolvidável jurista nos seus anteriores Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1949, v. 6, p. 376.

lidade se haverá de considerar a ordem jurídica como unidade incidível, em face da qual não subsistem isoladamente categorias que se pretendiam não só diversas, mas também independentes" (60), vale ressaltar que o encadeamento "tricotômico contrato preliminar-contrato definitivo-sentença do art. 639, faz com que se conjuguem, de modo talvez incomum, o processo e o direito substancial. O conjunto normativo dos arts. 639-641 pode inclusive suscitar a impressão de que realiza, nos máximos limites do prático e do razoável, o ideal de fazer específica a execução jurisdicional, de sorte que se produzam os mesmos resultados que adviriam do adimplemento e da execução negocial voluntários (61).

À dogmática civilista do país incumbe construir todo o edifício da contratação preliminar, que vem, aliás, pressuposto pela codificação processual de 1973. Por falta de adequada teorética do contrato preliminar, o precioso aparato do direito instrumental não vem sendo acionado até o limite real de seu alcance; a doutrina tradicional e arraigada, que esvazia quase nuclearmente a função sócio-econômica dos contratos preliminares, não se coaduna com as necessidades práticas, e — apesar de todo o respeito devido aos mestres que a compartilham — é mister que se atualize, repensando os seus próprios fundamentos.

Não obstante todas essas razões, depoentes em favor da articulação inquebrável dos segmentos material e processual da contratação preliminar, está de permeio àqueles, em

---

(60) José Ignácio Botelho de Mesquita, Da ação civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, § 20, p. 119.

(61) Exposição sumamente interessante sobre a diversa intensidade na afirmação histórica do ideal de realização forçada específica dos interesses encontra-se em Crisanto Mandrioli, L'esecuzione forzata in forma specifica; premesse e nozioni generali, Milano, Giuffrè, p. 15-23.

exposição que se pode dizer minudenciada, um longo excurso histórico (com aspectos comparativos) sobre a formação progressiva da categoria em estudo, o seu evolver, em quadros submetidos a diversificadas vicissitudes, e final penetração na ordem jurídica nacional. A só utilidade dos estudos de história do direito justificam uma perquirição dessa espécie (§ 7, infra). Moveu-se, porém, o autor, da preocupação inicial que lhe despertavam as fontes da execução jurisdicional do contrato preliminar. Realmente, o art. 1006 e § 2º do Código de Processo Civil de 1939 encontraram os seus modelos, respectivamente, no § 894 da Ordenança Processual Civil alemã (Zivilprozessordnung) e no art. 25 do Projeto Ítalo-Francês de Código das Obrigações. Por seu turno, os arts. 639 e 640 são o desmembramento traduzido do art. 2932 do Codice civile. Pareceu legítima, portanto, a indagação da tradição romano-canônica do instituto, mormente na parte em que a recolheu o velho direito português, que o direito brasileiro herdou, e manteve, até 1917.

Olim, ergo et hodie não é, com certeza, uma diretriz de que se agrada o autor. A presença plurissecular dos contratos preliminares na vida jurídica de diferentes povos; a comprovação de que certas soluções de iure condito, que saltam aos olhos de muitos como novidade excessiva, já se continham em germe nos períodos precedentes; o exame o mais acurado possível da experiência prática documentada dos contratos preliminares, para evitar julgamentos apressados, e, coetaneamente, o confronto entre diversas tradições jurídicas (no caso,o civil law, por oposição ao common law inglês), para colher na experiência *alheia dados aproveitáveis à própria ordem jurídica*; o reconhecimento histórico de que a categoria que deva a-

tualmente chamar-se contrato preliminar tem lá raízes romanas e tronco fincado no direito comum europeu, mas que é hoje intransponível a distância que medeia entre a construção medieval dos pacta de contrahendo, as promissiones do quinhentismo ao setecentismo jurídicos, as promessas de escritura das Ordenações portuguesas, os contratos pré-definitivos da teoria tradicional, o compromisso de compra e venda introduzidos pelo Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, e o contrato preliminar hodierno, com estrutura e função compatíveis aos novos tempos e às novas necessidades: — tudo são conclusões que se julgam passíveis de ilação no estudo histórico subseqüente. E, sem prejuízo de sua validade intrínseca, não é demais rememorar a contribuição que, por este intermédio, pode ser prestada, mediata e imediatamente, na seara dos contratos preliminares, à decidibilidade propulsora dos raciocínios da ciência do direito (62).

---

(62) V., criticamente, Tercio Sampaio Ferraz Jr., A ciência do direito, São Paulo, Editora Atlas, 1977, p. 87 e segs.

Capítulo Segundo

Perfil histórico do contrato preliminar

§ 7 Finalidade e limites da investigação

O contrato preliminar, tal como a generalidade dos institutos jurídicos, tem as suas raízes mergulhadas no passado, de modo que o estudo das suas origens e de suas vicissitudes encontra a mesma justificativa e a mesma necessidade que se propõem aos estudos de história do direito. Realmente, é fato indiscutido, mas nem sempre respeitado em suas conseqüências, o de que é o direito privado nacional uma resultante da confluência de diversas ordenações jurídicas do passado (direito romano, direito canônico, direito germânico, direito comum, direito português antigo, direito luso-brasileiro), cujo conhecimento subministra a melhor e a mais aprofundada compreensão dos modos de ser dos institutos modernos.

Exposição histórica, porém, não é o mesmo que relato quase-arqueológico de uma série de curiosidades ou antiquitates iuris (como entendeu o humanismo jurídico), mas esclarecimento do como e do porquê um determinado ou determinados institutos jurídicos surgiram e se transformaram, o que é o mesmo que investigar a quais necessidades práticas serviram e em face de quais exigências práticas se modificaram.

Do ponto de vista metodológico a consciencialização do evolver histórico, de um lado, previne o estudioso quanto à aparente fixidez dos dogmas jurídicos e também quanto às generalizações apressadas. De outro lado, este mesmo fator de variabilidade do direito pode concretamente resultar na descoberta de que a natureza e os princípios fundamentais de um instituto são, no presente, profundamente diversos do que foram em suas origens.

Daí o interesse de um breve perfil histórico do contrato preliminar, destinado, quando menos, a evitar dois equívocos, correntes nas obras de "pura dogmática": o de "construir" com fundamento em conceitos pertencentes a um diverso momento histórico, sem correspondência à função atual do instituto, ou, o que é pior, o de "construir" com base em conceitos pertinentes a uma conjuntura histórica diversa, sem correspondência, e até com violência, à própria conjuntura social.

Contudo, o programa tendencialmente dogmático deste escrito impõe limitações ao estudo histórico do contrato preliminar, limitações estas tanto de extensão quanto de profundidade. Por essa razão, no decorrer deste capítulo serão examinadas, na medida que pareceu ser estritamente essencial, as raízes romanas do instituto e a respectiva configuração no período do direito comum europeu. Depois, de modo pouco mais detalhado, a trajetória das promessas de contratar no âmbito do direito português das Ordenações do Reino, o qual virá desaguar no período denominado luso-brasileiro, que, por sua vez, encerrando-se com a promulgação do Código Civil, dará lugar ao atual estádio do direito privado no país.

De permeio, entre a rápida exposição acerca do ius

commune e o direito português das grandes compilações, encontra-se uma incursão aos lindes do direito inglês. Esse desvio para uma diversa tradição jurídica, que à primeira vista pode parecer deslocada na trilha histórica do capítulo, não obedece porém ao motivo de enriquecê-lo com a intensificação de dados. Ao contrário, na trajetória das peculiaridades da ordem jurídica respectiva, floresceu em Inglaterra, paralelamente ao direito do continente europeu, um complexo de problemas análogo ao que ali apresentavam os pacta de contrahendo. Este fato vai trabalhar na formação de todo um subsistema jurídico de direito interno, adaptado, em boa parte, para resolvê-lo, com eficiência e sabedoria singulares. Aproveitar criticamente essa experiência, colhida no fluxo histórico, para depois aplicá-la no plano dogmático,será, afinal, uma das tentativas de contribuição que se oferecem.

De certo modo pode dizer-se nova, em trabalhos monográficos que tematizam o contrato preliminar, essa abordagem mais minudente do direito reinícola, da época luso-brasileira e do direito inglês. A única monografia brasileira especializada nessa espécie negocial ignorou-os simplesmente (1). Outros trabalhos, porém, não deixaram de chamar a atenção para a decisiva importância que desempenham os dois primeiros para o estabelecimento das linhas históricas — e, portanto, práticas — do instituto, e para as respectivas conseqüências, no quadro geral do direito positivo (2). Essa é a orientação

---

(1) Cf. Regina Gondim, Contrato preliminar, cit., capítulo segundo, p. 51-76.

(2) V. Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, cit., v. 13, § 1506, p. 205-208; idem, Tratado das açoes, cit., v. 7, capítulo 12, p. 289-290; idem, Comentarios ao Código de Processo Civil, cit., v. 10, p. 129-133; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, cit., v. 3, n. 199-200, p. 75-78.

que, na presente tese, almejou-se perseguir e aprimorar.

§ 8
As promessas de contratar no direito romano

1. Os romanistas e demais autores que estudaram, em direito romano, o contrato preliminar, já não discrepam da afirmação de que o material que se encontra nas fontes é "extraordinariamente insignificante" (3), de sorte a impedir uma pesquisa concludente acerca da fisionomia do instituto naquele direito. Mas não se discute, outrossim, que o direito romano, caracterizando-se como ordem jurídica prática e concreta, não houvesse conhecido algumas espécies de contrato preliminar, em especial a promessa de mútuo e a promessa de venda, que é tão antiga como a própria venda (4).

Isso não obstante, parece certo que o contrato preliminar, enquanto categoria negocial per se stante, não foi conhecido no direito romano (5), e as expressões pactum de contrahendo sive de ineundo contractu, apesar da forma latina, não são romanas, devendo-se aos autores do direito comum.

A explicação para essa particularidade pode ser dada a partir da consideração do sistema contratual romano que, à

---

(3) "ausserordentlich geringfügig", como diz Güppert, referido por Coviello in Contratto preliminare, cit., n. 12, p. 74.

(4) Aldo Alabiso, Il contratto preliminare, cit., § 1, p. 1.

(5) Giovanni Carrara, La formazione dei contratti, cit., capítulo 3, p. 27.

diferença do direito moderno, desconhece a categoria geral e abstrata do contrato, admitindo apenas figuras particulares de obligationes ex contractu.

Uma conhecidíssima passagem estabeleceu a divisão dessas obligationes de um modo que se tornou definitivo nos estudos de direito romano: "Vejamos primeiro as obrigações nascidas de contrato. Destas há quatro espécies; pois ou se contrai a obrigação re (pela coisa) ou pelas palavras ou pelo escrito ou pelo consentimento" (6).

O cumprimento das obrigações assim contraídas era exigível segundo os modos predispostos pelo ius civile, mas não o eram todos os demais contratos obrigatórios que não obedecessem a uma daquelas quatro causae civiles. Tais contratos são chamados pacta pelos romanos. Alguns desses pactos — todos inicialmente despidos de tutela jurídica — foram depois providos de ação pelo pretor (pacta praetoria) e pela legislação imperial (pacta legitima) (7).

Mas, afora estes últimos, em número bastante limitado, os outros pactos restavam despidos de validade jurídica

---

(6) Gaio, Institutiones, 3, 89: "Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitus obligatio aut verbis aut litteris aut consensu", in Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Manual de direito romano, São Paulo, Saraiva, 1951, v. 2, p. 176; a tradução citada no texto é a que apresentam estes autores (p. 177). Essa formulação gaiana não se encontra, como o diz, equivocadamente, Pedro de Ascenção Barbosa, "nos primeiros tempos de direito romano" (cf. Do contrato promessa, cit., p. 19). Gaio, como é notório, é jurista do período clássico, e a classificação quadripartida prende-se ao sistema contratual do ius gentium, que antiquou as figuras do nexum e da sponsio, essas sim, dos primeiros tempos do direito romano, isto é, do direito quiritário (cf. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Manual de direito romano, São Paulo, Saraiva, 1953, v. 1, § 99-100, p. 276-278).

(7) Cf. Biondo Biondi, Contratto e stipulatio, Milano, Giuffrè, 1953, capítulo 5, p. 131 e segs.; Giuseppe Grosso, Il sistema romano dei contratti, Torino, Giappichelli, 1963, capítulo 9, p. 171 e segs.

(pacta nuda) e somente ganhavam este nível quando se aglutinassem incontinenter a um contrato de boa fé (8).

De fato, o regime dos pactos adjectos nos contratos sancionados por iudicia bonae fidei é substancialmente diverso dos protegidos por outros iudicia, pois, procedendo sempre consoante oportere ex fide bona, procurou-se superar o princípio tradicional de que ex nudo pacto actio non nascitur (9).

Sendo assim, o pacto por cujo intermédio se convencionava a conclusão de um contrato futuro, estando, em princípio, destituído de uma causa civil, perdia-se por entre os pactos nus. Todavia, uma vez adjecto a um contrato de boa fé, era apanhado pela tutela jurídica peculiar à espécie e, deste modo, gerava a mesma ação civil que protegia o contrato principal (10). Registram as fontes um caso de pactum de vendendo acessório a um contrato de compra e venda, celebrado entre marido e mulher, no qual esta última se compromete a revender o imóvel que compra ao marido, pelo mesmo preço, se este assim o quiser, em caso de dissolução do casamento. Entende-se que,

---

(8) Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., n. 12, p. 74. "Nos últimos séculos da República, o direito romano reconheceu a existência dos contratos sinalagmáticos, isto é, de contratos que provocam o nascimento de obrigações para as duas partes contraentes, as quais terão, assim, direitos e deveres recíprocos. As obrigações engendradas por tais contratos sinalagmáticos, cujo número aumenta progressivamente no transcorrer do Império, são obrigações civis, incertas e de boa fé, sancionadas pelos iudicia bonae fidei (ações de boa fé). Nos iudicia bonae fidei, a intentio da fórmula prescreve ao juiz a investigação de tudo aquilo que é preciso dar e fazer segundo a boa fé (quidquid paret dare facere oportere ex fide bona)" — cf. Raymond Monier, Manuel de droit romain, Paris, Monchrestien, 1954, v. 2, p. 116-117. Sobre as actiones bonae fidei v. também Leopold Wenger, Istituzioni della procedura civile romana, Milano, Giuffrè, 1938, § 16, p. 161-162, e Vittorio Scialoja, Procedimiento civil romano, Buenos Aires, EJEA, 1954, § 71, p. 483 e segs.

(9) Biondo Biondi, Contratto e stipulatio, cit., n. 94, p. 239.

(10) Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., loc. cit.

no caso, há de conceder-se a ação, e que o mesmo deve observar-se também a respeito de outras pessoas (11).

Demais deste modo adjecto, o contrato preliminar operou as suas específicas funções negociais no direito romano também de uma maneira autônoma, sob o manto da stipulatio. Com efeito, embora a ordem jurídica romana não reconhecesse validade e eficácia ao pacto autônomo de se concluir no futuro um contrato, nada antepunha à possibilidade de obligationes com esse conteúdo assumidas pela forma da stipulatio (12).

A propósito vale relembrar que a stipulatio consistia numa interrogação oral que o futuro credor (stipulator, reus stipulandi) dirigia ao futuro devedor (promissor, reus promittendi), perguntando-lhe se estava disposto a cumprir uma prestação futura, e o devedor a prometia de imediato (unitas actus), respondendo também oralmente ao credor (13).

---

(11) Digesto, 19, 5, 12, "PROCULUS, libro undecimo epistolarum. Si vir uxori suae fundus vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum", in T. Mommsen e P. Krueger, Corpus iuris civilis, v. 1, Berolini, apud Weidmannos, 1911, v. 1, p. 292. Este passo é apenas referido por Giovanni Carrara, La formazione dei contratti, cit., capítulo 3, p. 27.

(12) Trata-se de outra tese registrada por Leonardo Coviello, ob. cit., p. 74-75, que permanece sem contraditores; seguem-no, entre outros, Aldo Alaviso, Il contratto preliminare, cit., p. 1-2; Pedro de Ascensão Barbosa, Do contrato promessa, cit., p. 21; Regina Gondim, Contrato preliminar, cit., p. 54; Paolo Forchielli, Contratto preliminare, cit., p. 684. Entretanto, o mesmo ponto de vista, com antecedência a Coviello, já se encontra em Charles Mainz, cf. ob. cit. na nota subseqüente, e infra, na forma original, à nota 24, bem como em Arrigo Dernburg, Pandette; diritto delle obbligazioni, cit., v. 2, § 310. Cf., outrossim, as indicações de Louis Boyer, Les promesses signalagmatiques de vente; contribution a la théorie des avant-contrats, in Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, Recueil Sirey, 1949, 47:2.

(13) Sobre a stipulatio v. Biondo Biondi, Contratto e stipulatio, cit., n. 9-11, n. 103 e segs.; Giuseppe Grosso, Il sistema romano dei contratti, cit., p. 130-132; Fritz Schulz, Derecho romano clásico, Barcelona, Bosch, 1960, §§

Foram variadíssimas as finalidades da stipulatio, e, em resumo, pode afirmar-se que toda e qualquer obrigação poderia ser constituída por estipulação, desde que não o proibisse a ordem jurídica romana.

Esta abrangência da estipulação serviu a um argumento que em boa parte se compadece com a sua aplicação regular às promessas de contratar. Realmente, um ilustre autor italiano sustentou a avançada tese de que os romanos houveram um conceito geral de contrato, entendido como meio genérico de tornar juridicamente obrigatório qualunque impegno. Ponderou que o inconveniente do princípio da tipicidade era temperado, já desde o direito quiritário, por meio de um instituto, enumerado entre os contractus, que possibilitava a realização de todas as exigências da vida prática. Este instituto fora, precisamente, a antiqüíssima sponsio, que depois evolucionou e se expandiu na stipulatio. Sempre que os interessados quisessem constituir uma relação dotada de efeitos obrigatórios, que não fosse tipicamente reconhecida pela lei, outra coisa não precisariam fazer senão a prática de uma stipulatio, por

---

805 e segs., p. 452-470; Max Kaser, Derecho privado romano, Madrid, Reus S.A., 1968, § 7, III, p. 45-49, § 40, I, p. 184-6; José Carlos Moreira Alves, Direito romano, Rio de Janeiro, Forense, 1972, v. 2, n. 235, p. 147-153; Raymond Monier, Manuel élémentaire de droit romain, v. 2, cit., n. 71-84, p. 91-103; P.F.Girard, Manuel élémentaire de droit romain, Paris, Arthur Rousseau éd., 1901, p. 479-489; A.E.Giffard e Robert Villers, Droit romain et ancien droit français, Paris, Dalloz, 1970, n. 41-51, p. 34-40; Vincenzo Arangio Ruiz, Istituzioni di diritto romano, Napoli, Jovene, 1978, p. 323-329; Contardo Ferrini, Manuale di Pandette, Milano, Società Editrice Lib., 1953, n. 527-528, p. 514-515; Pietro Bonfante, Istituzioni di diritto romano, Milano, F. Vallardi, 1982, § 154, p. 447-452. Entre os romanistas mais antigos, v. G.F.Puchta, Corso delle istituzioni, Napoli, Tipografia all'Insegna del Diogene, 1854, v. 2, § 273, p. 234-235; Charles Mainz, Cours de droit romain, Bruxelles-Paris, Bruylant-Cristophe & Pedone-Lauriel, 1891, v. 2, § 245-246, p. 346-362; F.Mackeldey, Manuel de droit romain, Bruxelles, Societé Typographique Belge, 1846, § 399, p. 202 e § 451, p. 220.

cujo intermédio uma parte se comprometia, em face da outra, a uma prestação que podia ser do mais variado conteúdo: dare facere, non facere (14).

Conclui no sentido de que, prescindindo-se da circunstância de a obrigação nascer verbis — isto é, pela pronúncia de quaisquer palavras vinculativas — tem-se algo que já não é sobretudo uma formalidade e sim um contrato altamente simples e difundido, que apresenta o mesmo esquema do contrato moderno, o qual, em seus mínimos termos, consiste numa oferta seguida por uma aceitação. É este, precisamente, o esquema da stipulatio, que se revela, então, não como um tipo de contrato, mas como o contrato em geral, suscetível de qualquer conteúdo (15).

Muito embora não seja aceita de maneira uniforme (16), esta concepção da função negocial da stipulatio — que o direito de Justiniano na verdade confirmou e desenvolveu, inclusive por atribuir-lhe eficácia real — coaduna-se perfeitamente com a assertiva, de menor amplitude, da celebração dos contratos preliminares, no direito romano, por meio de estipulação. Aliás, é importante mencionar que um dos mais prestigiosos romanistas atuais incluiu, explicitamente, entre os principais empregos da stipulatio, o ajuste de contratos preliminares ou pré-contratos (17).

Assim, é de acolher-se com certa segurança que, por

---

(14) Biondo Biondi, Contratto e stipulatio, cit., n. 9 e 10, p. 22.

(15) Idem, n. 10, p. 24.

(16) É o caso de Regina Gondim, Contrato preliminar, cit., p. 53, a quem pareceu "exagerada" a afirmativa de que os romanos possuíram um conceito geral de contrato, sem, todavia, aduzir argumentos específicos em contrário.

(17) Cf. Max Kaser, Derecho romano privado, cit., § 40, I, 4, p. 186.

exemplo, numa stipulatio, podia-se avençar tanto uma venda como uma promessa de venda. Suposto que Tício estivesse obrigado em face de Caio a "rem emptori habere licere", e que Caio, por seu turno, houvesse estipulado entregar a Tício o pagamento, ter-se-ia, na espécie, o consentimento dos dois contraentes sobre a coisa e sobre o preço, concluindo-se pois um contrato de compra e venda. Se, diversamente, fosse endereçada por Tício a Caio a expressão

"Promittisne fundum Cornelianum vendere?"

— isto é, "Prometes vender-me o fundo Corneliano?" — e Caio respondesse:

"Promitto.",

estaria celebrado o contrato preliminar de venda e compra daquele imóvel (18).

2. Quanto ao pactum de mutuo dando, é bastante citado e conhecido num lugar das fontes no qual se encontra previsto. Este texto oferece para a história do instituto o maior interesse, porquanto, profundamente estudado entre os glosadores e comentadores, deu origem à teoria dos pacta de contrahendo, que aqueles juristas construíram empregando sucessivas generalizações (19).

O referido passo é o seguinte: Digesto, 45, 1, 68, "PAULIS libro secundum ad edictum. Si poenam stipulatus fuero,

---

(18) O exemplo é de Torquato Cuturi, Della vendita della cessione e della permuta, Napoli-Torino, Eugenio Marghieri-UTET, 1915, n. 22, p. 60; v. também Aldo Alabiso, Il contratto preliminare, cit., p. 1-2.

(19) A observação é de Giovanni Carrara, La formazione dei contratti, cit., capítulo terceiro, p. 28.

si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatur fuero: 'pecuniam te mihi crediturum spondes?', incerta est stipulatio, quid id venit in stipulationem, quod mea interest" (20).

Propõem-se, aqui, duas hipóteses diversas (21). Refere-se a primeira à aposição de uma cláusula penal (poenam) ao contrato preliminar de mútuo, tendo-se, no caso, uma estipulação certa, porque, falhando o implemento à promessa de mutuar, as perdas e danos encontram-se prefixados, com possibilidade de serem exigidos por meio de uma condictio certae pecuniae (22).

A segunda hipótese concerne à falta de uma cláusula penal, de sorte que, inexistindo a predeterminação convencional das perdas e danos, há somente uma estipulação incerta, que obrigará todavia o devedor ao pagamento do id quod interest, isto é, à reparação dos prejuízos a que der causa, se não efetuar o mútuo prometido.

Decorre claramente daquele texto a admissão expres-

---

(20) Cf. Mommsen e P.Krueger, Corpus iuris civilis, cit., v. 1, p. 774. A tradução mais ou menos livre daquele excerto poderia ser este: "Se eu houvesse estipulado uma pena para o caso de não me emprestares uma importância em dinheiro, esta estipulação é certa (isto é, tem objeto certo) e útil (isto é, produz efeitos jurídicos); entretanto, se eu houvesse estipulado: 'prometes emprestar-me uma importância em dinheiro?', a estipulação é incerta (isto é, carece de determinação), porque se refere ao interesse que tenho nela".

(21) Segue-se a explicação dada por Giovanni Carrara, La formazione, cit., loc. cit.

(22) A ação que se origina da stipulatio, quando esta envolve a prestação de determinada soma em dinheiro, recebe o nome de condictio certa pecuniae tanto no período das legis actiones, como à época da extraordinaria cognitio (mas há muita controvérsia a respeito). Consoante expõe Otto Lenel, a fórmula da actio certae creditae pecuniae (denominação dada à ação no período clássico) foi integralmente conservada: IUDEX ESTO. SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILIA CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO (cf. Essai de réconstitution de l'Édit Perpétuel, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901, v. 1, § 95, 2, p. 273).

sa, pelo direito justinianeu, da obrigação de se concluir um futuro contrato de mútuo, denominado corretamente pactum de mutuo dando (23), desde que se respeitasse a forma da stipulatio (24).

3. Outro texto, cuja consideração é da mais alta importância — e não apenas para toda a história posterior e para a teoria geral do contrato preliminar, mas, em especial, para as regras particulares à promessa de compra e venda no direito reinícola e brasileiro — acha-se em constituição de Justiniano, promulgada no ano 528, ensartada no Codex, 4, 21, 17 (25).

A lex em questão compõe-se de múltiplas proposições

---

(23) É essa a expressão mais acertada e não, como dizem, v.g., Charles Mainz (v. nota seguinte) e Giovanni Carrara, ob. cit., p. 28, "pactum de mutuando", que parece designar mais propriamente o contrato de mútuo.

(24) Assim, Max Kaser, Derecho romano privado, cit., § 39, 1, 2, p. 181. No mesmo sentido, Charles Mainz, Cours de droit romain, cit., v. 2, § 233, p. 300, nota 3: "La promesse de faire un prêt de consommation n'est qu'un simple pacte, qui ne produira qu'une obligation naturelle, pactum de mutuando. Rien n'empêche cependant les parties de donner à un pareil pacte une forme civile au noyeu de la stipulatio; seulment il faut observer que, dans ce cas, celui á qui le prêt a été promis ne saurait être forcé à l'accepter, parce que lui seul est créancier".

(25) Ao que parece, um dos primeiros a atentar para a especialíssima pertinência deste passo da codificação justinianéia para com a temática dos contratos preliminares foi Giorgio Giorgi, em nota publicada no Foro italiano, em 1903, I, 797, cujo teor foi parcialmente reproduzido nas edições posteriores de sua Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, cit., v. 3, n. 145 e segs., p. 143 e segs. Contudo, é certo que a alusão ao texto imperial, em tema de contrato preliminar de compra e venda, já se achava na primeira edição do livro de Torquato Cuturi, Della vendita, della cessione e della permuta, n. 22, p. 60-63, que aqui vem sendo citado pela sua segunda edição (1915); entretanto não foi possível ao autor do presente trabalho determinar a data daquela primeira edição. Não obstante alongada, é de toda a conveniência reproduzir aqui a íntegra da mencionada constituição, verbis: Codex, 4, 21 (De fide instrumentorum et ammissione eorum et an

normativas cujo sentido não aparece claramente. Ordena de início o imperador que não sejam considerados válidos, até serem devidamente instrumentados (in mundum recepta -- literalmente: passados a limpo) e assinados pelas partes figurantes os contratos de compra e venda, de permuta, de doações que não precisem de ser insinuadas (26), de arras, de transações que dispensarem a forma escrita, bem como todos os demais contratos independentes deste requisito, quando as próprias partes convencionarem a necessidade da elaboração de um escrito. Acrescenta o monarca que, devendo tais contratos ser outorga-

---

tapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt), 17 Imp. Iustinianus A. Menae pp. Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest 1 ei persolvere. Quae tam in postea conficiendis instrumentis quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi iam super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis iam vel in scheda vel in mundo conscriptis, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus. 2 Illud etiam adicientes, ut et in posterum, si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda".

(26) No período pós-clássico, provavelmente em 323 d.C., uma constituição do imperador Constantino transformou a doação em negócio jurídico típico para o qual passaram a ser exigidas várias formalidades que visavam dar-lhe publicidade. Entre essas formalidades estava a insinuatio, isto é, "a transcrição do ato escrito de doação em arquivo público, pela autoridade -- que tenha o ius acta conficiendi -- do lugar do domicílio do doador" (José Carlos Moreira Alves, Direito romano, cit., v. 2, n. 254, p. 216-217).

dos perante notário, não podem igualmente ser considerdos válidos, até que esse complete a instrumentação (etiam ab ipso completa) e a entregue às partes (et postremo a partibus absoluta sint).

Proíbe, então, expressamente, que sejam deduzidos quaisquer direitos com fundamento em escritos (scheda) que não se achem regularmente constituídos e terminados, mesmo que os tenham assinado uma ou ambas as partes. Esclarece que, numa venda na qual ajustou-se a confecção do escrito, não fica o vendedor obrigado a entregar a coisa contra o preço combinado, nem o comprador adstrito a tal pagamento, a não ser que a escritura já esteja pronta e entregue, conforme as exigências, pois, do contrário, a venda e compra não se considera perfeita.

Esclarecendo a aplicação dessas normas no tempo, o sacratissimus imperator adverte que a ordenação deve efetivar se não apenas quanto às escrituras que se fizerem depois da respectiva promulgação, como também àquelas que se concluíram no passado, a menos que haja, a respeito delas, mediado transação ou sobrevindo sentença executória, casos em que reger-se-ão pelo direito anterior (27).

A última parte da constituição dispõe que, a partir de sua vigência, se arras forem dadas em razão de venda a ser realizada (facienda venditione), havendo ou não a intermedia-

---

(27) Assentando tais regras, o legislador imperial mostra uma fina consciência prática do direito intertemporal na medida em que, excluindo da disciplina da lei nova os negócios cobertos por transação, reconhece-lhes a eficácia de ato jurídico perfeito e, enquanto faz exceção àqueles suscetíveis de actio iudicati, afasta a aplicação da nova lei aos casos julgados. Note-se a simetria com o disposto na Constituição Federal, art. 153, § 3º. Sobre o assunto, R. Limongi França, Direito intertemporal brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 382-415.

ção de escrituras, e ainda se nada se avençar sobre o que deva fazer-se dessas arras, em caso de arrependimento daquele que prometeu vender (qui vendere pollicitus est), será ele condenado a devolvê-las em dobro e, se arrependido for o que se ofereceu à compra (emere pactus est), será condenado à perda das arras que entregou e que não mais poderá reclamar.

Como se pode perceber, em seu começo o texto parece referir-se a um contrato definitivo de compra e venda, mas em sua última parte são utilizadas expressões como facienda venditione, qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est, que dizem respeito às promessas de venda.

À parte esta imprecisão do legislador bizantino, há de se reconhecer que o sentido geral da constituição não favorece a tese da obrigatoriedade da promessa de venda, motivo pelo qual, talvez, apesar de com certeza conhecida pelos autores do direito comum, não lhes serviu de maneira predominante para a construção da doutrina dos pacta de contrahendo, justamente porque, quanto à natureza vinculativa do pacto, não se verticalizaram as discussões, que houveram por fulcro sobretudo as conseqüências da obrigatoriedade dos pactos preliminares, em caso de inexecução culposa, conforme se narra mais à frente (§ 9).

Uma excelente interpretação dada à ratio do Codex,4, 21, 17, mostra que a pouco e pouco foi se produzindo uma confusão entre as noções de escritura como prova e como elemento necessário à existência do contrato de venda e compra, e os juristas práticos do Baixo Império entraram de considerar que, uma vez convencionada pelas partes a feitura de um escrito, seria neste instrumento, e somente nele, que o negócio assen

taria a sua força obrigatória (28). A apontada constituição de Justiniano deu agasalho a este entendimento e estabeleceu a presunção de que, ajustando as partes a facção de um instrumento, ter-se-ia subordinado à redação definitiva da escritura a própria formação do contrato e não só a respectiva prova.

Por conseqüência, sempre que houvesse um contrato de compra e venda, simplesmente verbal, ou escrito mas ainda destituído das formalidades que, segundo a deliberação dos pactantes, deveriam revestir a escritura definitiva do negócio, este não se teria por aperfeiçoado e os contraentes poderiam, sem qualquer sanção, desembaraçar-se da promessa anterior.

Isto em princípio, porquanto, como se viu, a última

---

(28) Cf. Raymond Monier, Manuel élémentaire de droit romain, cit., v. 2, n. 111, p. 141.

Em excelente monografia, Guido Astuti procurou enquadrar e explicar este aporte do Codex, 4, 21, 17, de um modo que merece ser lembrado: "L'Archi la posto in luce la importanza della legislazione imperiale dell'eta post-classica, spesso svalutata quale abulica seguace della prassi ellenistica, mentre invece essa si afferma decisamente come unica fonte di produzione del diritto e rivela precisi scopi e indiriuzzi di politica legislativa. Nel campo contrattuale, questa legislazione appare manifestamente rivolta alla difesa di speciali esigenze, particolarmente sentite durante un periodo de innegabile decadenza della vita giuridica, fra cui dominante è appunto l'esigenza della certezza dei rapporti obbligatori, e quindi della ricerca dei mezzi idonei ad accertare l'esistenza e a garantire la stabilità di questi rapporti. Così, parallelamente al venir meno delle forme classiche e all'affermarsi della redazione scritta della stipulatio, sorge per tutta una schiera di rapporti, fra i più frequenti nell'uso, il problema del valore della loro documentazione, nel fine di determinare quando essi debbano ritenersi validamente conclusi e vincolanti: e numerosi costituzioni, concernente non solo la stipulazione, ma anche la compravendita, la transazione, la donazione, la costituzione contrattuale di dote, mirano precisamente a stabilire i requisiti formali necessari per il perfezionamento di questi negozi, esercitando un'azione innovatrice sulla loro struttura esterna ed interna" (cf. I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Milano, Giuffrè, 1952, p. 106).

parte da constituição de 528 dispunha que, se arras se houvessem prestado, em caso de o promitente vendedor (qui vendere pollicitus est) descumprir o pacto, ficaria obrigado a devolvê-las em dobro, ou, ao inverso, embolsando-as simplesmente, se arrependido fosse o promissário comprador (qui emere pactus est).

Com a lex do Código, 4, 21, 17, Justiniano alterou o significado da escritura nos contratos de compra e venda, fazendo dela uma condicio iuris para a existência mesma do consentimento das partes contraentes. Inicialmente, a instrumentação fora apenas um meio de prova. E, aquele monarca, dando-se conta das regras gerais do sistema contratual, percebeu também as contradições que surgiram, inafastavelmente, entre as regras anteriores e as que introduzia, pois seria absurdo admitir que, à vista dos princípios regentes dos contratos consensuais, não existisse compra e venda senão depois da redação do escrito, ainda mais quando tivessem sido entregues arras para simbolizar a obrigação contraída (29).

Efetivamente, na tradição do direito romano, até então as arras davam certeza sobre a conclusão da venda, e, por esse motivo, Justiniano teve de reconhecer-lhes algum efeito, mesmo naqueles casos em que a forma solene, agora necessária à própria existência do consentimento, não se houvesse observado.

Ao contemplar esses casos, o imperador poderia tê-los considerado como estipulações recíprocas de vender e de comprar, suscetíveis de engendrar uma condenação ao quanti interest na hipótese de inadimplemento. Outra solução seria tra

(29) Torquato Cuturi, Della vendita, della cessione e della permuta, cit., n. 22, p. 62.

tar aqueles mesmos casos como se fossem promessas bilaterais de realizar um fato (prestação do consenso), com a conseqüente condenação limitada à perda de uma certa importância em dinheiro, em face do descumprimento. A primeira solução, que teria sido a mais condicente com os princípios gerais do direito contratual, não poderia, entretanto, ser a escolhida porque, como egregiamente foi apontado, de maneira indireta atribuiria efeito obrigatório a uma venda e compra reduzida à inexistência jurídica pelo só defeito da forma convencional. Por isso, a solução legislativa adotada foi a segunda (30).

Daí que, passando a figurar como simples promessa de comprar e vender aquele negócio que, pelas regras ordinárias do direito dos contratos, era realmente uma venda e compra, acabassem por se confundir, no texto justinianeu, dois conceitos absolutamente distintos entre si: o de promessa de fazer um contrato de compra e venda e o de compra e venda atual (31).

Como, porém, a venda sem arras podia continuar a ocorrer, independentemente do acordo de documentá-la depois, por escrito, surgiu uma tormentosa e persistente dúvida, fomentada pelo modo obscuro em que se expressara Justiniano: se a perda das arras devesse ter lugar em todas as vendas já aperfeiçoadas, quid iuris, se arras houvessem sido prestadas sem que nada ficasse esclarecido quanto à vontade das partes sobre redigir ou não uma escritura? Muitos dos escritores e juristas práticos passaram a sustentar, com base nas Instituições de Justiniano, 3, 23, 2 — onde se repetiu em parte a constituição de 528 — que, em qualquer venda, avençada ou não a forma escrita, as arras estipuladas, salvo acordo em

---

(30) Idem, ibidem.

(31) Idem, ibidem.

contrário, davam aos contraentes "la facoltà di recedere unilateralmente dal patto con la perdita della caparra o con la sua restituzione in duplum (arrha poenitentialis)" (32). Chegava-se desta maneira, pelo intermédio de Justiniano, a uma regra diametralmente oposta àquela do direito romano genuíno: para este as arras provavam a assunção de uma obrigação; a norma bizantina (sobretudo na fórmula das Instituições, 3,23, 2) aparentemente as transformava num meio de facilitar a dissolução do vinculum iuris gerado pelo contrato. Este grave conflito só viria a ser resolvido pelos Códigos modernos, aliás em sentido tendencialmente oposto à letra da regra justinianéia.

4. A completa falta de obrigatoriedade da promessa de venda em que não fossem estipuladas arras e a sua confusão com o contrato definitivo correspondente, deficitário da forma convencionada, são as decorrentes da análise do texto justinianeu sob exame. Mas nem sempre vêm postas no devido realce pelos autores, porque adversas à obrigatoriedade conatural às contratações preliminares e, com certeza, também pelo fato de haverem sido superadas nos tempos posteriores. O assunto será retomado quando se cuidar das promessas de contrato no direito intermediário, nas Ordenações do Reino e no Código Civil brasileiro inclusive.

---

(32) Vincenzo Arangio Ruiz, Istituzioni di diritto romano, cit., p. 345. V. também Biondo Biondi, Istituzioni di diritto romano, cit., § 110, p. 448-449; Giorgio Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano, cit., v. 3, n. 149, p. 150. Buscando restringir a interpretação adotada no texto, Raymond Monier, Manuel élémentaire de droit romain, cit., v. 2, n. 111, p. 143.

5. Para encerrar esta breve investigação do tema no âmbito do direito romano, impende recordar alguns aspectos processuais que a matéria apresenta nesta sede. E a pergunta a ser para logo formulada é esta: quais eram os meios de tutela jurisdicional correspondentes às particulares formas romanas do contrato preliminar?

Tem-se por extreme de dúvidas o fato de que somente se poderia obter em juízo o id quod interest, mesmo que fosse possível a conclusão do contrato prometido (33). Significa isto que o direito romano jamais concebeu a execução forçada específica da obrigação de contratar. Dúvidas persistem ainda, e parece não haver material para dirimi-las, sobre se o interesse (isto é, o equivalente em dinheiro) fosse apenas objeto sobre o qual recaisse a condenação — apresentando-se, deste modo, como um resultado meramente processual — ou se o conteúdo da pretensão creditória (Anspruch) se reduzisse àquele interesse (34). Adotando-se esta segunda hipótese, estaria por conseqüência admitida a opinião de que o contrahere não estava in obligatione, isto é, que o dever de concluir um contrato não fosse a prestação gerada pela promessa dirigida a esse objetivo. De sorte que poderia o devedor oferecer uma soma equivalente ao interesse para liberar-se do vínculo e ao credor não seria lícito recusá-la, pena de incidir em mora accipiendi; em contrapartida, estaria sempre no poder do credor pedir a indenização em vez do contrahere (35).

Prevalece a opinião de que, no direito clássico, o

---

(33) Bernard Windscheid, Diritto delle Pandette, cit., v. 2, § 310, p. 206, nota 2; Arrigo Dernburg, Pandette; dirito delle obbligazioni, cit., v. 2, § 10, p. 34, nota 8; Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., n. 12, p. 76.

(34) Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., loc. cit.

(35) Idem, ibidem.

objeto da obrigação (e não apenas da condenação) fosse o id quod interest mas não o contrahere, tal como resulta do Digesto, 45, 1, 68: "... incerta est stipulatio quid id venit in stipulationem quod mea interest". Em abono desse entendimento invoca-se o princípio geral, válido para todas as obrigações de fazer assumidas pela stipulatio, que se encontra no mesmo Digesto, 42, 1, 13, 1 (De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus): "Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiatur, et faciat, ne quod ex ea re damnum ita habeatur, facit promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus" (36).

Observou-se, entretanto, que a proibição de condenna re ad factum referia-se tão-somente à stipulatio, uma vez que os pacta adiecta admitiriam aquela espécie de condenação, porque a convenção não era formal (37). O ponto de apoio deste raciocínio encontra-se também no Digesto, 18, 1, 75 (De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt): "Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel, si vendat, non alii, se sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id quod pepigerunt ex vendito agere poterit" (38).

---

(36) Enuncia este conhecidíssimo lugar da compilação que, em caso de alguém prometer impedir que o estipulante experimente algum dano e fizer com que, efetivamente, ele não sofra prejuízo no assunto de que se trate, cumpre o que prometeu; se não, porque não cumpriu o prometido, deve ser condenado a pagar uma soma em dinheiro, tal como ocorre em todas as obrigações de fazer.

(37) Este reparo, formulado por Degenkolb e Wächter, encontra-se em Leonardo Coviello, ob. cit., p. 77.

(38) A tradução aproximada do Digesto, 18, 1, 75, é esta: "Aquele que vendeu um fundo, resguardando, porém, a con

No direito justinianeu assiste-se a uma progressiva afirmação das obligationes faciendi, que obtêm afinal o seu explícito reconhecimento; então, o credor tem o direito e o dever de agir ad factum e, correspectivamente, não pode o devedor desembaraçar-se prestando uma importância em moeda ao invês do próprio comportamento (39). Entretanto, para a exigibilidade judicial remanesce firme o princípio de que in pecuniam numeratum condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus (40).

§ 9
Os pacta de contrahendo no direito comum

1. Os glosadores, após o Renascimento cultural do século XII, vão recolher a parte jurídica da herança romana e portar-se como conservadores operosos do patrimônio formidável que recebiam. No caso de se pretender estabelecer a lon

---

servação da respectiva posse, como locatário, mediante o pagamento de aluguer, ou que o vendeu com o pacto de que o comprador, em caso de revenda, não a faça a outro senão ao primeiro alienante, ou com outro pacto semelhante, poderá demandar pela ação de venda o cumprimento do que foi pactado".

(39) Leonardo Coviello, Contrato preliminare, cit., loc. cit.

(40) No período da cognitio extraordinaria "la regola della necessaria condemnatio pecuniaria non vale più. Così il debitore obbligato a restituere o a dare la proprietà di una cosa fisica, vien condannato alla cosa stessa, non al suo valore pecuniario. Il giudice curare... debet... ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est. Solo per eccezione in azioni diretti a un fare o a un omittere, come pure quando la restituzione in natura è impossibile, si deve condannare a una somma di denaro. La misura dell'interesse del denaro, che in tali casi il giudice deve stabilire, è

guíssima lista de seus méritos e também de suas não poucas insuficiências (41), os fundamentos para a construção da categoria geral dos pactos de contrair poderiam figurar, com o devido realce para a história do instituto, na parte ativa do glorioso legado dos mestres bolonheses.

É conhecido, com efeito, o juízo segundo o qual, no período em que pontifica a mater studiorum, consciencializa-se a distinção entre os contratos preliminares e os definitivos, relembrando-se com freqüência este passo da glossa ordinaria: "aliud est dare pignus in solutum, aliud promittere" (42).

---

limitata da una costituzione di Giustiniano (Cod. VII, 47, 1), in modo che in azioni per contratto e in azioni per una determinata cosa o quantità non mai se giunga a superare "il doppio" (dupli quantitatem), mentre in alliis autem causibus,qui incerti esse videntur, si può procedere senza limiti alla determinazione dell'esato risarcimento del danno. Eccessivante chiara questa norma non è". Em nota, acrescenta-se: "Bethman-Hollweg, III, 294, qualifica questa legge, per oscurità di pensiero, una delle peggiori leggi dell'imperatore" (cf. Leopold Wenger, Istituzioni della procedura civile romana, cit., § 30, 4, p. 304 e nota 16).

(41) "Bisogna anzitutto non dimenticare l'ambiente culturale nel quale i glossatori hanno svolto l'opera loro, tra lo scorcio del sec. XI e la metà del secolo XIII. cesto, ambiente molto modesto, dove appena negli studi filosofici e teologici si nota un certo risveglio, che andià di pari passo del resto con quello degli studi di diritto e celebrerà i suoi fasti appunto nel Duecento. (...) La loro ignoranza, particolarmente nei campi dai quali avrebbero maggiormente potuto trare sussidi al loro còmpito di interpreti di un diritto antico, vale a dire la storia e la filologia, è rimasta proverbiale: basta ricordare che, per qualcuno di essi, Ulpiano e Giustiniano furono anteriori a Cristo! (...) fanno sfoggio della loro erudizione etimologica, derivando il nome di Caesar del fatto 'quia ventre matris caesus fuit' (...). D'altra parte soltavano a prè pari tutti i passi della compilazione giustinianea scritti in greco con la rassignata costatazione: 'graecum est: legi non potest' (...). Ora, è cosa meravigliosa che i glossatori con un bagaglio così miserabile di cognizioni, abbiano affrontato lo studi dei testi giustinianei (...)" (Francisco Calasso, Medio Evo del diritto, Milano, Giuffrè, 1954, v. 1, p. 524-525).

(42) Glossa, in Titius in fi. ff de pignor. act., apud Giovanni Carrara, La formazione dei contratti, cit., p. 28, nota 29. Vale observar que o autor desta tese, em suas pesquisas, não conseguiu ter em mãos, durante lapso bastante,

Mas a assunção do corpus iuris como complexo normativo vigente nem sempre favoreceu a diferenciação, sendo de toda a importância para investigação que ora se apresenta notar que os doutores medievais, contrapondo-se à tendência de relaxamento formal que crescera na parte ocidental do antigo império, revivesceram a controverso lugar do Codex, 4, 21, 17, e com ele veio toda a gama de problemas que a já apontada obscuridade da constituição justinianéia carrega até os dias correntes. No quadro das disputationes, encontra-se, à mesma Lei de 528, esta precisa anotação, que captava a mens do texto bizantino no exato modo em que mais tarde seria incorporado pelas Ordenações régias de Portugal (cf. infra §11): contractus in scriptis est ubi contrahunt agentes quod fiat scriptura et gerentes quod non fiat contractus donec de scriptura facta fuerit; tunc enim est contractus in scriptis habitus, quia non contrahitur, nisi mediante scriptura et in mundo redacta, et contractu absoluto isto modo quod dicunt contrahentes: placet. Et ista est veritas". Disceptava-se, outrossim, sobre se o devedor, faltante a escritura, poderia ser compelido a entregar a coisa prometida, mas a conclusão que prevaleceu, aliás conforme ao sentido da lex anotada, foi contrária: "non compellitur ad tradendum antequam contractus fuerit absolutus, nec etiam ad interesse ante compelli". O glosador, ademais, desenvolvia, em conseqüencialidade lógica, toda a concepção do escrito como elemento de existência (perdoe-se a tautologia) do contrato e, retomando a parte final do Codex, 4, 21, 17, aduzia: "Si autem contractus est imperfectus ut

---

a magna glossa ou glossa ordinaria, compilada por Accursio no século XIII. A Biblioteca Central da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo não tem a obra em seu acervo.

quia non sit redactus in mundum et absolutus a partibus, tunc non habet locum nisi poenam arrarum (sic) tantum, ut Instit. de contrahen. empt. § in his autem" (43).

Depois, no mesmo sentido — mas com um relevante distinguo em que se frisava a diferença, no plano dos efeitos, entre a escritura ad substantiam (ou ad solemnitatem) e ad probationem — falou a glossa ordinaria às palavras in scriptis da mesma constituição justinianéia: "ut aliter non valeat nisi scriptura facta, secundum Joannem et secundum Azonem quando in contractu vel ante conveniunt ut scriptura inde fiat, gerentes in animo non prius contrahere, quod scribatur; secus si a principio simpliciter contrahant, et, postea, ad probationem fit in scriptura".

Não obstante esse progresso, por cujo intermédio já se excluía da categoria dos contractus imperfecti aqueles cuja redução posterior à forma escrita se destinasse apenas à constituição de prova, e que, por isso, já eram perfecti contractus, os glosadores ainda se aferravam à ambigüidade do Codex, na medida em que a convenção quod inde fiat scriptura era relegada à posição de simples promessa cujo descumprimento era apenas passível de alguma sanção se e quando houvesse doação de arras. Essas soluções vão ser trabalhadas pela doutrina e pela prática no decorrer da fase do ius commune e as vicissitudes que atravessaram constituem em parte significativa a própria história das promessas de venda (cf. adiante,n. 4 e infra § 11).

---

(43) Accursii, Commentarii, Venetiis, signo aquelae renovantis MDLXXXIV, p. 797, ad 17, Cod. IV, 21, apud Torquato Crituri, Della vendita, della cessione e della permuta,cit., n. 24, p. 65, nota 3.

(43-a) Accursius, Commentarii, glosa às palavras in scriptis, Codicis Justiniani, 14,21,17, in Corpus iuris civilis, Veneza, Apud Bevilaqua et sub signo aquila renovantis, 1634 v. 4.

2. No período dos comentadores (44) encontra-se a contribuição do maior jurista do direito intermédio, fixada em termos que se tornaram antológicos na doutrina dos contratos preliminares: "quandocumque praecedit stipulatio et sequitur pactus seu contractus de eodem; et tunc adverte, quandocumque stipulatio praecedens continet obligationem de contrahendo; quandocumque ipsum contractum. Primo casu sequens iure cuiusdam solutionis tollit contractum praecedentem seu obligationem" (45).

Noutro passo, são diferençados os contratos inominados em dois diferentes grupos: conforme adquiram a própria denominação e gerem a respectiva ação em virtude da simples formação do consentimento (e citam-se como exemplos a venda e compra, a locação e a sociedade), e segundo recebam nome e produzam ação somente depois de iniciada a concernente execução (e tomam-se como exemplos os contratos que re contrahuntur: depósito, mútuo e comodato). Os contratos do segundo grupo ainda não existem, consoante o comentador, enquanto as partes limitam-se ao simples pacto de dar em mútuo, em depósito ou em comodato. Neste caso, verificam-se meras promessas inominadas e, como tais, desprovidas de ação (46).

---

(44) Esta denominação é hoje a usual. Conforme anota Paul Koschaker, Europa y el derecho romano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 143, nota 1, a expressão "pós-glosadores", que se usava antigamente, não convém, pois induz a um sentido de epigonia que já não é compartilhado.

(45) Bártolo, Comm. in secundum Digesti veteris partem, Lugd., 1552, L. SINGULARIA, lib. XII, tit. I, de rebus creditis, apud Giovanni Carrara, ob. cit., p. 29, nota 30. Na Biblioteca Central da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo existe apenas o Comentário de Bártolo à primeira parte do Digesto velho (cf. ob. cit. infra, na nota seguinte). Por este motivo também essa citação não pôde ser conferida.

(46) Bartolus a Saxoferrato, In primam ff. veteris partem, Venetiis, Apud Iuntas, 1570, p. 81: "... contractus

A caracterização do contrato preliminar (pactum de contrahendo) vai se delineando à medida que os doutores do ius commune, paralelamente, passam a reconhecer força vinculatória aos pactos nus, repelindo, assim, o princípio romano, já referido no item anterior: "... nuda pacta obligationem non parit, sed parit exceptionem" (47) — que eles próprios repristinaram deste modo: "ex nudo pacto actio non nascitur" — comparando esses pactos, com uma bem peculiar grosseria de imagens, a uma mulher estéril: "tale sit ac si prorsus sterilis mulier generaret" (48), assunto este examinado mais à frente.

Entretanto, uma parte notável dos iuris auctores do mesmo período já experimentava, ante o recurso à seqüência promessa de contratar — contrato definitivo, uma sensação de

---

producunt eo ipso q. sunt, & nomen habent, modo aduerte, quia quidam contractus denominatur ab actus paciscendi, seu conueniendi, quidam denominantur ab actu exequendis. Si loqueris in primis, quando denominantur ab actu paciscendi, statim facto pacto habent nome, & producunt actionem, exemplum in emptione, venditione, locatione, conductione, societate, mandato, & similibus. Si accipis secũdo modo quando denominantur ab actu exequendi, non habent nomen, nisi facta executione, exemplum in contractibus qui re contrahuntur, ut depositũ, commodatum mutuum, qui ab actu exequendi denominantur, ut patet ad sensum, & ideo si facio pactum de deponendo, commodando, vel mutuando, non est contractus nominatus, nec actionẽ producit, nisi habeat alia vestimenta". A edição consultada apresenta, quanto a este excerto, algumas pequenas divergências em face daquela utilizada por Giovanni Carrara, em a nota 31, p. 29, da Formazione dei contratti, cit. Sobre uma possível contradição entre o presente passo de Bártolo e outro lugar da mesma obra, adiante, nota 54.

(47) Cf. Digesto, 2, 14, 7, 4: "Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hae conventione. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem."; in T. Mommsen e P. Krüeger, Corpus iuris civilis, cit., v. 1, p. 57. Este texto, segundo alguns romanistas, é totalmente interpolado, mas há controvérsia (v. Moreira Alves, Direito romano, cit., v. 2, n. 223, p. 118, nota 1037.

(48) Apud P. Ourliac e J. de Malafosse, Histoire du droit privé, Paris, PUF, 1969, v. 1, n. 69, § 1, p. 69.

perplexidade, que aliás remanesce nos dias correntes, sentimento este que exprimiram na fórmula concisa da causa circuitus vitandi.

É o que se lê numa das additiones ao "mais extenso e importante sistema de todo o direito prático, civil e eclesiástico" da Idade Média (49): *"item ff. de bonis autor. iud. possid. cum unus in q. de illo qui si obligauit se obligaturum ad dandum mihi decem: tenet Albertus Galeotus extra opus per l. ob eam ff. de praescrip. uerb. quod sine alia obligatione mihi ad illa tenetur, ut euitetur circuitus"* (50).

---

(49) É este o juízo que F.C. de Savigny lançou sobre a obra de Wilhelm Durantis (Guillaume Durand), citada na nota subseqüente, em sua Storia del diritto romano nel Medio Evo, Roma, Multigrafica Editrice, 1972, v. 2, p. 535. Mas também afirmou que "al Durante si deve spesso rimproverare il plagio, non essendosi egli limitato a riportare nella sua opera le altrui opinioni, ma interi brani di altri autori, ora, per sunto, e or letteralmente, senza pur nominarne l'autore, di che non si può certo scusare". Savigny repisou assim a acusação(aliás provada) de Giovanni D'Andrea, o próprio anotador do Speculum iudiciale; mas Francesco Calasso, sempre preocupado em reexaminar as opiniões do genial autor alemão, escreveu a respeito esta curiosa refutação que, apesar de alongada, vale a pena de se registrar: "Entretanto, para moderar a crua acusação de furto, que lhe foi feita, por exemplo, pelo já relembrado Giovanni D'Andrea, devemos considerar antes de mais nada que a proteção à paternidade das próprias obras não foi vista pelos juristas medievais (como de resto também não fora pelos próprios jurisconsultos romanos) com o ciúme que é próprio dos escritores modernos; o jurista, então, sabia que trabalhava numa tradição, que chegava até ele, e à qual ele próprio dava a sua contribuição, mas que também o ultrapassava. Em segundo lugar, para uma valoração intrínseca da obra de Durante -- que é sobretudo obra arquitetônica -- não é justo aferrar-se a particularidades, qualquer que seja a sua importância: justamente porque é o edifício todo que se impõe na complexidade de suas linhas e é em seu desenho que a genialidade de Durante se revela bem digna da fama que lhe decretaram os pósteros, que o chamaram por antonomásia o Speculator" (Cf. Francesco Calasso, Medio Evo del diritto, cit., p. 547).

(50) Cf. Giovanni D'Andrea, additio a rubrica de obligationibus et solutionibus, in Wilhelm Duranti (Gillaume Durand), Speculum iudiciale; illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo degli Ubaldi, tomus 2, pars III et IV, neudruck dar ausgabe Basel, 1574, Aalen, Scientia Verlag, 1975, p. 348.

O sentido geral deste excerto permite pensar-se que pode ser diretamente demandado para cumprir a prestação aquele se obrigara a contrair a obrigação de dar dez, pois a exigência da obrigação intermediária (contrato de mútuo) importaria num inútil círculo vicioso.

Em outro ponto da glossa magna, todavia, ressurge o problema, e a solução proposta, adaptada à teorização in fieri dos pactos de contratar, é combatida pelo "gigante de Saxo ferrato" num modo que parece estritamente relacionado com a objeção cristalizada na locução causa circuitus vitandi. O caso é posto nestes termos: "eu queria ir ad nundinas e disse a Tício que viesse comigo; mas Tício respondeu que não podia vir porque não tinha dinheiro para as compras. Eu porém respondi: te prometo dar uma certa soma para que possas fazer as compras, sob pena de pagar 100 peças de ouro; esta estipulação vale e é certa, porque se lhe ajuntou a pena. Se, ao invés, eu tivesse prometido apenas o dinheiro, sem a pena, a estipulação é incerta, porque serei obrigado ao ressarcimento dos danos se não mutuar o que prometi". Na glosa incerta est acrescenta-se: "a estipulação é incerta e no caso de inadimplemento somente haverá lugar a reparação dos danos porque a obrigação tinha por objeto um fato, isto é, a tradição" (51). Essa tese porém é combatida e qualificada de péssima ("glossa pessime dicit") pois — para o autor da objeção, "il più grande giurista che forse sia mai vissuto" (52) — crediturum spondere equivaleria a prometer dar e, portanto, na hipótese

---

(51) "Glossa, L. si poenam (L. 58, D. 45, I), glosa incerta est: quia continet factum, idest traditionem: non ut det scilicet dominium unde aliena pecunia concessa liberatur, qui promisit se crediturum, secus si daturum, vel mutuarum spondet, ut infra eodem l. ubi in fi. et supra si cert. pet. l. j. ad quod factum agitur actione ex stipulatu sed ad interesse condit. cer. ut not. supra Si cert. pec. certi condic-[illegible]" apud Giovanni Carrara, ob. cit., p. 31, nota 35.

em exame, tratava-se de obrigação de dar e não de fazer (53).

Vale notar que o sentido da glosa incerta est era no de entender que o pactum de mutuo dando havia por objeto a prestação de um fato, isto é, a conclusão de um contrato de mútuo, e, sendo assim, a parte que assumira a obrigação de mutuar não poderia ser constrangida à execução específica, na hipótese de que a descumprisse, pois a obligatio faciendi insatisfeita produziria apenas a condenação ao equivalente. A objeção que lhe moveu o excelso comentador ao que parece tinha também uma finalidade consciente, porquanto sustentar a equivalência entre prometer entregar dinheiro a crédito (creditum spondere) e prometer dar o mesmo dinheiro implicava transpor um "inútil círculo vicioso" (causa circuitus vitandi) e — o que é mais — ensejar a execução específica, suscetível de ser movimentada quando a obrigação era simplesmente donandi. Deste modo aliás já se antecipava uma solução que pode dizer-se paradoxal para o problema da execução dos contratos preliminares, pois, na medida em que a eles se atribui a força mesma do contrato prometido, independentemente de qualquer quid medium, termina-se por negar ao instituto a autonomia funcional indispensável ao seu reconhecimento como categoria de negócio. Esta solução, que não pode ser aceita por aqueles que propugnam pela individualidade funcional do contrato preliminar, tinha no entanto a seu favor, na época, a grande vantagem prática de contornar em muitos casos a barreira da inexigibilidade forçada que se considerava peculiar

---

(53) Esta censura de Bártolo é mencionada por Giovanni Carrara, La formazione dei contratti, cit., p. 31. Não fornece porém este autor a ubicaçao do texto, e muito embora, para esta tese, fosse tentada a localização do passo, isto não foi conseguido.

todas as obrigações de fazer (54). Trata-se na verdade de um poderoso tema recorrente na teoria dos pactos de contratar, que ainda não foi esgotado, razão pela qual, nas diversas partes deste trabalho, está enfocado de acordo com a ótica pertinente.

Por outro lado, a mesma glosa incerta est indica a superação da concepção romana que, como se disse no item anterior, excluía do conteúdo da obrigação instituída pela promessa de contratar o contrahere propriamente dito, cingindo dessarte os efeitos da recusa à contratação somente à condenação ad id quod interest. A glosa, efetivamente, parece admitir que a obrigação é de estipular, cerceando contudo a sua execução forçada de modo direto.

3. Somente em fins do século XV tornou-se prevalecente a acionabilidade dos pacta nuda, logrando-se desse modo a destruição do princípio romano que já não encontrava correspondência alguma nos padrões sociais, econômicos e culturais dos últimos tempos (55). Três fatores podem ser apontados como decisivos para a modificação do direito das obrigações e, por conseqüência, das formalidades que se reputavam necessárias para a validade e a eficácia dos contratos.

---

(54) Não há contradição entre esta censura que faz Bártolo à glossa e o seu anterior ensinamento referido supra no texto e nota 45. Para o caso ora examinado, vale a máxima de que "stipulatio tamem praecedens continet ipsum contractum". O problema, aliás, vai ser reproposto numa consulta de Álvaro Valasco, analisada mais à frente, § 11, n. 8.

(55) Cf., a respeito, as sumárias e precisas páginas de Carlo (Karl) Crome, Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese, Milano, Societa Editrice Libraria, 1908, § 1, p. 5 e 6.

O primeiro desses fatores encontra-se, de início, na prática negocial da alta Idade Média, que se formara principalmente devido à influência dos povos germânicos, que jamais compartilharam da aparente sutileza do rigoroso direito dos romanos. Já antes do ano mil pode notar-se uma tendência à derrogação das solenidades que se julgavam indispensáveis para a constituição dos contratos, atribuindo-se a cada vez mais um valor definitivo ao consentimento livremente exarado. Até mesmo quanto à formação dos contratos reais já não se requer a tradição da coisa, bastando a prestação ficta, acessória, como ocorria na venda e nos contratos esponsalícios com a dação de arras (56).

Sem prejuízo do conceito de pactum romano, que ainda se perpetuava entre os doutores do ius civile, nas relações mercantis, que cresciam vertiginosamente, o respeito à palavra dada e ao crédito ganharão o terreno — "L'éthique des marchands n'est plus définie que par la 'morale des affaires' " (57).

O segundo dos mencionados fatores consistiu na imposição dos padrões morais incorporados pela Igreja Católica, que punia como pecado o descumprimento da palavra dada (pacta sunt servanda). Os Padres da Igreja e os canonistas do século XI já ensinavam que as normas jurídicas deviam adequar-se aos preceitos morais, terminando assim por nivelar uns e outros, e mesmo a sobrepor os segundos aos primeiros (58). O adimple-

---

(56) Giuseppe Salviolli, Storia del diritto italiano, Torino, UTET, 1921, n. 622, p. 593.

(57) P. Ourliac e J. de Malafosse, Histoire du droit privé, cit., v. 1, n. 76, p. 91.

(58) V. Giuseppe Salviolli, Storia del diritto italiano, cit., loc. cit.

mento das obrigações passou a ser exigível no foro eclesiásti co e isto veio a permitir que os contratos fossem coativamente executados mediante sanções disciplinares (condictio ex canone, denuntiatio evangelica). Assim, ganhavam eficácia os pactos nus, pois o direito canônico entendia que também a violação de promessas vinculadas a fórmulas configurava um mendacium, que deveria ser castigado como tal e não somente no foro interno (59). O pecado mortal passou a ser reprimido inclusive no foro externo, permitindo-se ao juiz eclesiástico o acolhimento de demandas "eqüitativas" (60).

A influência moralizante do direito canônico não tardou a se fazer sentir sobre os civilistas do século XIV, os quais, valendo-se de interpretações errôneas do direito romano justinianeu, derivadas de sua proverbial ignorância histórica, culminaram todavia na aceitação do princípio da obrigatoriedade dos pactos nus, fundamentando-o nos preceitos do direito natural, e, admitindo primeiramente a proteção dos nuda pacta de natureza comercial, terminaram no século XV por es-

---

(59) "And, finally, the notion of 'res spirituales (hisque annexae)' underwent such extension as enabled the church to include within the sphere of matters spiritual every species of secular transaction where there was question of an act which, by any possibility, could be regarded as a sin". (Cf. Arthur Engelmann, A history of continental civil procedure, South Hasensack -- New York, Rothman Reprints, Inc. -- Augustus M. Kelley, Publishers, 1969, liv. III, § 13, p. 446). V. também, breviter, Salviolli, ob. cit., loc. cit., e Crome, Teorie fondamentali, cit., § 1, p. 5; extensamente, Giovanni Carrara, ob. cit., p. 96 e segs.

(60) Sobre essa marcante tendência, cf. Ourliac e Malafosse, ob. cit., n. 72, p. 87: "Cette solution sera reprise, avec d'innombrables nuances, par touts les canonistes. On la retrouve dans les décrétales de Grégoire IX avec le célèbre canon Antigonus (I, 35, 1 et 3); HOSTIENSIS (+ 1271), glosant ce canon, le fonde sur l'équité naturelle, ajoutant même que l'obligation naturelle que les legistes font naître du pacte nu est justement sanctionnée en droit canonique par une action. SAINT THOMAS, tout en justifiant le formalisme par le caractère changeant de la volonté humaine, posera nettement la règle morale que toute promesse oblige, si elle n'est

tendê-la a todos os contratos de boa fé. Deste modo se revelava o terceiro daqueles mencionados fatores, completando-se a evolução (61).

---

pas illicite et si les conditions économiques ne changeant pas; en effet, 'par sa promesse l'homme s'oblige envers l'homme' ".

(61) Em excelente resumo, Giuseppe Salviolli explica como os glosadores, partindo do direito romano e da importância que nele já se atribuía aos contratos consensuais, alteraram por interpretação o sentido dos textos e tentaram fundar sobre o princípio do consensualismo todo o direito das obrigações. Argumentavam que o direito natural era parte integrante do direito justinianeu, de modo que se identificavam; ora, manter a palavra dada, sustentar a fides pactorum, é de direito natural, e o direito justinianeu não poderia deixar de querer uma coisa necessária por direito natural, logo, os pactos deviam ser respeitados também pelo direito civil. Mas esta solução colidia abertamente com a máxima romana nudum pactum obligationem non parit e por esta razão não prevaleceu, e alguns juristas, já no século XIV, distinguiam o direito romano do canônico para afirmar a validade dos pacta nuda apenas no foro eclesiástico, nos Estados da Igreja e nas causas em que participassem clérigos. Outros tentavam conciliar o princípio romano com o canônico ponderando que a palavra nudum se referia ao pactum nudum a solemnitate, non a causa, entendendo que se houvesse uma causa debendi o pacto estava munido de ação, inclusive no direito romano, desta regra excetuando-se somente os nuda pacta dos comerciantes, porque estes, na curia mercatorum, consideravam-se válidos mesmo se destituídos de causa (Baldo). Em realidade, mesmo depois da contribuição dos comentadores, a matéria continuará embaraçada e sem conceitos diretivos, até o século XV, época em que a teoria dos pacta geminata ou repetidos ganha o aperfeiçoamento de Alessandro Tartagna às construções da pós-glosa, admitindo se, então, que gerassem ação aqueles pactos. Paralelamente, muitas das normas do direito canônico passam a ser aplicadas pelo foro secular (cf. Salviolli, ob. cit., n. 624, p. 594; P. Ourliac e J. de Malafosse, Histoire du droit privé, cit., n. 87, p. 105; Crome, Teorie fondamentali, cit., § 1, p. 5). No século XVI, Hugo Grócio escrevera: "... significada suficientemente la voluntad, puede traspasarse el dominio de la cosa (...); ? por que, pues, no puede traspasarse también el derecho sobre la persona (él qual es menor derecho que el dominio) o para hacer algo, comoquiera que sobre nuestras acciones tenemos igual derecho que sobre nuestras cosas? (...) del mismo modo se dice que nada es tan conveniente a la fe humana que guardar aquellas cosas que agradaran a los hombres entre si. Así, el edicto sobre el dinero ofrecido a dia cierto, donde no habia precedido en el oferente causa alguna de deuda aparte el consentimiento, dícese que favorece a la equidad natural". (Cf. Del derecho de la guerra y de la paz, Madrid, Editorial Reus, 1925, t. 1, cap. 11, p. 172; grifos não originais). Na França, o tratado de Grócio passará a ficar sobre a mesa dos principais juristas. Entre os seus leitores assíduos estarão Jean Domat e Robert Joseph Pothier (cf. Michel Vil-

Mas, isso não obstante, os pactos de contrahendo continuariam inçados de controvérsias, porque ainda não se conquistara um critério exato para a determinação do seu objeto.

---

ley, La formation de la pensée juridique moderne, Paris, Les Éditions Montchrétien, 1975, p. 633). Na famosa obra de Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, la. parte, livro 1º, lê-se: "Le conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent. (...) On voit par cette idée générale des conventions, que ce mot comprend non-seulment tous les contrats et traités de toute nature (...) mais aussi tous les pactes particuliers qu'on peut ajouter à chaque contrat". Mais adiante, na seção la. do mesmo título, item n. 8, acrescenta-se: "Le consentement fait la convention. Les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement" (cf. Oeuvres de Jean Domat, Paris, Louis Tenré Librairie, 1822, v. 1, p. 230-231 e 237). Seguiu-o Pothier, com a seguinte enunciação: "Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux on de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour resoudre un précedent, ou pour le modifier (...). Les principes du droit romain sur les différentes spèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très eloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit". (Traité obligations, Paris, Dabo Jeune Librairie, 1825, t. 1, n. 3, p. 80). No importante livro de André-Jean Arnaud, Les origines doctrinales du Code civil francais, Paris, LGDJ, 1969, estão dadas as provas da irradiaçao do pensamento de Grócio sobre as obras da doutrina francesa da qual decorreu a formação do Code Napoléon, o qual, como diz, em outra obra, o mesmo Arnaud "... contient les prémisses philosophiques de toute la législation bourgeoise. Il apparaît, en effet, comme l'aboutissement d'une longue gestation intelectuelle au cours de laquelle philosophes et juristes mirent au point un système juridique convenant parfaitement à la société bourgeoise. La recherche fut européene; le Code civil fut, un temps, celui d'une grande partie de l'Europe (...) Derrière toute législation, il y a une morale: celle du Code civil était la morale bourgeoise, individualiste et detriquée". (Cf. Essai d'analyse structruale du Code civil français, Paris, LGDJ, 1973, p. 12). Depreende-se, pois, desta incursão que se fez longa, o iter do princípio do consensualismo que dá em boa medida a própria história do contrato, e também como, pela projeção do Code civil, passou-se levianamente a atribuir a formulação daquele princípio a Domat e Pothier, cujas obras transfundiram-se na codificação de 1804. Enfim, mas não menos importante, é a constatação histórica do papel desempenhado pelas doutrinas na ordenação positiva dos contratos, inicialmente em nome da eqüidade natural e da moralidade negocial, cujo tratamento ideológico culminará no século XVII com o racionalismo jurídico, quando a dogmática reduzirá a relação contratual à sua expressão mais simples (conjugação válida de duas vontades livres). Coube à genialidade de Max Weber demonstrar a implicação entre essas sucessivas "metamorfoses" e as necessidades e expectativas da burguesia as-

Assim pois, ainda nos séculos XVII e XVIII, negavam-lhes eficácia jurídica não somente alguns dos retardatários sequazes do direito romano puro como também outros escritores que já haviam aderido ao princípio consensualístico.

Um deles, que soubera fixar com admirável propriedade uma das decisivas funções negociais dos contratos preliminares, então chamados pacta praeparatoria pelos autores germânicos, declara expressamente que, para o direito contemporâneo, os pactos nus geram ação, o que todavia não se passa com os preparatórios: "Ratio quia eo ipso dum partes paciscuntur de contractu ineundo et obligatione per futurum contractum demum constituenda, simul dicunt quod adhuc efficaciter se obligare nolint: adeoque ipsis invitis obligationis vinculum non est injiciendum" (62). Nega também a ação pelo motivo de considerar implícita nos pactos preparatórios a cláusula si sibi expediat: "Quapropter pactum huiusmodi praeparatorium ultra non erit extendendum, quam, quod indicet propositum et animo contrahere volentis, hactenus tamen adhuc suo arbitrio Si sibi expediat reservantis" (63).

Noutra obra também especializada sobre os pactos preparatórios (64) encontra-se sensível progresso na medida em

---

cendente, carecedora de segurança na circulação da riqueza, e o modo pelo qual as construções axiomáticas, "racionais", dos modelos teóricos modernos, serviriam à assecuração do cálculo capitalista (cf. Economía y sociedad, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1974, v. 1, p. 251 e segs.). Essa harmonia entre a dogmática dos contratos e as condições históricas do capitalismo clássico seria rompida somente com o advento das macro-empresas e de sua expansão multinacional (cf.Pietro Barcellona, Dieter Hart e Ulrich Mückenburger, La formación del jurista; capitalismo monopolístico y cultura jurídica,Madrid, Editorial Civitas, 1977, passim).

(62) Grasso, De pacto futuri contractus praeparatorio, Tubingae, 1668, p. 48, apud Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., n. 13, p. 78.

(63) Grasso, De pacto, cit., p. 54, apud Loenardo Coviello, ibidem.

(64) De Lier, Pactum praeparatorium actionem produ-

que se introduzem distinguos de fina perspicácia. Afirma o autor que é preciso separar os contratos preparatórios conforme apresentem ou não obrigações claramente assumidas e determinadas (65). Na primeira hipótese, dando-se a transgressão da obrigação de fazer consistente em concluir o contrato prometido, surge uma ação dirigida à obtenção do equivalente. Na segunda hipótese, em que falte, por exemplo, num pactum de emendo et vendendo, a determinação do preço, nenhuma ação poderá nascer. Mas poderá ser oposta pelo possuidor da coisa — a quem foi prometida, sem determinação do preço, a respectiva venda, locação etc. — uma exceção, sempre que o contrato prometido vier a ser concluído com um terceiro, porque então o preço estabelecido neste último contrato será o preço certo (66).

Por sua vez, "na mais completa das monografias elaboradas entre os antigos escritores" sobre o argumento dos pacta praeparatoria (67), depara-se, antes de mais nada, com um conceito do instituto que faz inveja aos modernos: — *"conventiones seriae et determinatae de futuro contractu vel negotio consensuali constituendo, eo fine ut nostris incommodis prospiciamus atque de futuro contracto securi videamur, initae"* (68).

---

(65) De Lier, Pactum praeparatorium, cit., p. 21, apud Leonardo Coviello, ibidem.

(66) Idem, ibidem.

(67) É a opinião de Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., n. 13, p. 78, sobre o livro de Petermann e de Schmidius, De valore pactum quibus praeparantur contractus, Lipsiae, 1730.

(68) Petermann e Schmidius, De valore pactum, cit., p. 10, apud Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., ibidem.

Os egrégios autores desta fórmula lapidar sustentaram resolutamente a força obrigatória do contrato preliminar, o que tanto mais se explica quanto se medita sobre a apreensão precisa que conseguiram dos extremos dessa espécie negocial. Contra os romanistas que renitiam em negar aquela obrigatoriedade responderam: "Qui contrariam tuentur sententiam, destituuntur quidem romani iuris praesidiis; provocant vero ad Leges, quas imperat ratio, et Germania olim hodieque servavit" (69).

Para esses mesmos juristas, a ação ex pacto praeparatorio tende ao estrito cumprimento da promessa efetuada, segundo o princípio "quidquid est in pacto, illud et in actione", que muito se aproxima da moderna concepção da execução específica dos contratos preliminares. É deles outrossim o esclarecimento de que somente em falta de suficiente permanência da situação preparada (rebus non integris) — o que podia ocorrer no caso de o devedor não mais estar em condições de aperfeiçoar o contrato prometido, efetuando ao credor a prestação concernente, ou quando o autor da ação que persegue o interesse já não precisasse do adimplemento porque cessara de existir a utilidade que o movera a preparar o contrato — surge o interesse em obter a condenação ao equivalente, a qual, em face do referido princípio, mostra-se totalmente subsidiária (70).

4. Será esta a concepção que em boa parte conseguirá consolidar-se no decorrer do período histórico e

(69) Petermman e Schmidius, ob. cit., p. 30.

(70) Idem, ibidem.

projetar-se, em definitivo, no presente, mas não sem sofrer plúrimas vicissitudes, entre as quais ressalta um contragolpe (que se registra, ainda nos séculos XV e XVI) desferido pelos partidários da máxima "Ex sola promissione aliquid faciendi agi potest ac si iam factum esset", cujas conseqüências, em matéria de promessa de venda (cf. supra, n. 2, sobre a promessa de mútuo), resultavam em autorizar o promissário a demandar recta via a execução do próprio negócio prometido. O exame ainda que breve dessas variações é proveitoso porque, das reações que se seguiram, vai originar-se o célebre adágio "promesse de vente vaut vente", cujo alcance, no sistema francês, remanesceu essencialmente polêmico em teoria e instável na aplicação prática até os dias que correm (71).

Ora, os partidários da teoria que enxergava nas promessas de venda a criação de um direito à execução do contra-

---

(71) É avassaladora a bibliografia sobre o tema. Longe de pretender esgotá-la, neste trabalho serviu-se o autor dos seguintes livros: Aubry e Rau, Droit civil français, Éditions Techniques, 1946, v. 5, § 349, p. 3 e segs.; Zachariae von Ligenthal e Carlo (Karl) Crome, Manuale del diritto civile francese, Milano, Società Editrice Libraria, 1907, v. 2, § 329, p. 437 e segs. (tradução e notas de Lodovico Barassi); M. Fréderic Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil, Paris, Garnier, 1892, v. 3, n. 480-488, p. 233 e segs. (12a. edição, revista e atualizada por Charles Demangeat); G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1909, v. 2, n. 687-694, p. 445 e segs.; Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, v. 2, n. 1069-1076, p. 561 e segs., Marcel Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, Paris, LGDJ, 1952, v. 2, n. 2412-2427, p. 787 e segs.; Marcel Planiol, Georges Ripert e Joseph Hamel, Traité pratique de droit civil français, Paris, LGDJ, 1956, v. 10, n. 174-185 bis, p. 197 e segs.; Jean Gaudemet, Théorie générale des obligations, Paris, Recueil du Sirey, 1965, p. 296-272; René Demogue, Traité des obligations en général, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, v. 2, n. 472, p. 17-18; Henri de Page - René Dekkers, Traité élémentaire de droit civil belge, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1972, v. 4, n. 240-247 bis, p. 269 e segs.; Jean Carbonnier, Droit civil, Paris, Presses Universitaires de France, 1976, v. 4, n. 17, p. 67; Alex Weill, Droit civil; droit des obligations, Paris, Dalloz, 1971, p. 114 e segs. Entre os muitos autores italianos que se ocupam do direito francês, cf.

to prometido (72) apoiavam-se também em casos concretos e em soluções legislativas que, por sua vez, tomavam por base o axioma segundo o qual "ex sola promissione aliquid faciendi agi potest ac si iam factum est", e deste modo se influenciavam reciprocamente (73). A respeito, vale reportar o seguinte caso, decidido pelo Parlamento de Paris: duas pessoas celebraram a venda e compra de um imóvel e o adquirente, logo depois da realização do negócio, prometera ao alienante que lhe concederia o direito de comprar de volta o mesmo bem, dentro de um certo prazo, contra o pagamento de uma importância determinada. Antes de expirar-se esse lapso o vendedor fez ao comprador a oferta real do preço, declarando-lhe a vontade de exercitar a prometida venda a retro. O comprador porém recusou-se a aceitá-la, respondendo que havia prometido conceder o direito de recobrar o imóvel mas que não tinha concedido efetivamente tal direito. O Parlamento de Paris, prolatando em nível de recurso, decidiu que o promissário, em razão da promessa de retrovenda exarada pelo comprador, podia depositar diretamente o preço avençado e solicitar a restituição da coisa vendida (74).

Francesco Degni, La compravendita, Padova, Cedam, 1939, n. 4, p. 9 e segs.; Giovanni Carrara, La formazione dei contratti, cit., p. 35-39; Torquato Cuturi, Della vendita, della cessione e della permuta, cit., p. 68 e segs., e Giorgio Giorgi, Teoria delle obbligazioni, cit., v. 3, n. 150-151 e segs. Por último, mas com certeza o texto que melhor se conjuga com a abordagem histórica deste capítulo, o ensaio de Louis Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, já referido em a nota 12, supra.

(72) Tiraqueau, De utroque retractu, 4 25-42, o qual se reporta às opiniões de Alexandre e de Socin (Socinus); Boerius, Decisiones, p. 183, n. 14, ambos apud Louis Boyer, Les promesses, cit., p. 7, nota 9.

(73) A regra "ex sola promissione..." foi consagrada em Itália pelos Estatutos de Ferrara, Verona e Piacenza, tendo inspirado também algumas decisões no direito do Ancien Régime, consoante informa Louis Boyer, Les promesses, cit., loc. cit.

(74) Cf. Giovanni Carrara, La formazione dei contrat

Informa-se contudo que a opinião da maioria dos juriscon sultos do tempo era avessa a tal solução, dominando ainda, se guramente, a construção da promessa de venda, unilateral ou sinalagmática, como geradora de uma obrigação de fazer cuja inexecução dava lugar à indenização pelo equivalente, uma vez que "Nemo praecise cogi ad factum quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succe dit praestatio eius quod interest" (74-a).

---

ti, cit., p. 33, nota 39. A importância dessa decisão do Parlamento de Paris pode ser medida em profundidade a partir da lembrança de que no Ancien Régime aquelas instituições, apesar de sua natureza propriamente jurisdicional, se arrogavam prerrogativas legiferantes, o que aliás motivou o célebre art. 5 do Code civil, segundo o qual "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises". Tiraquellus, que é a fonte da espécie citada apud Carrara, foi conselheiro do Parlamento de Paris.

(74-a) Como se sabe, trata-se essa da mais do que famosa sentença de Antonio Fabro, Rationalia in secundam partem Pandectarum, Genebra, 1626, p. 823 (apud Ernest Barda, La exécution specifique des contrats, Paris, Dalloz, 1928, p. 90) que a emitiu relativamente ao Digesto, 8, 5, 6, 2: "Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, se ne me facere prohiberet..." (cf. T.Mommsen e P. Krüeger, Corpus iuris civilis, cit., v. 1, p. 153). O sentido da anotação de Fabro estava em excluir a possibilidade mesma da execução forçada quando provocasse violência ou intimidação dirigida sobre a pessoa do devedor de obrigação consistente em merum factum, pois isso implicaria, segundo uma concepção que persiste, violação da dignidade humana. Contudo, a vulgarização axiomática e acrítica da fórmula do grande jurista elevou-a a nível de brocardo, afastando-a do próprio contexto, e trazendo com isso a sua extensão indevida à execução das promessas de contratar. Consoante se explica mais à frente no texto, coube a Pothier retomar a observação de Fabro e reconduzi-la ao seu sentido originário, mas poucas foram as legislações e os homens de doutrina que, no particular, apreenderam o alcance de seus ensinamentos, o que resultou em graves prejuízos para os interessados na execução forçada dos contratos preliminares. O próprio Code civil não escapa a essa censura, pois o seu art. 1142 nada mais é senão a tradução per consequentias da formulação de Fabro. Curioso é relembrar, também neste assunto, o dito de Pascal, porquanto, na Inglaterra do século XIV, a Court of Chancery chegava mesmo a encarcerar o devedor renitente, como se narra mais adiante, no § 10.

Avultou-se enfim uma opinião intermediária que haveria de conhecer uma fortuna singular. Originada também na prática do ancien droit recebeu a adesão e a exposição, que se tornaria clássica (no exato significado do termo), do mais influente dos juristas franceses — "le père du Code Civil".

No primeiro de seus imperecíveis tratados, modelos de clareza e de precisão dogmáticas, o "jurista de Orléans" fixou os princípios que serviriam de base ao célebre art. 1142 do Code Napoléon, exprimindo-se desta forma sobre as obrigações de fazer: "O efeito da obrigação de fazer que uma pessoa contratou é o de que ela deve fazer aquilo que se comprometeu a fazer, e, se não o fizer, depois de ser constituída em mora para fazê-lo, deve ser condenada nas perdas e danos causados àquele com o qual se obrigou, isto é, in id quanti creditoris intersit factum fuisse id quod promissum est: o que deve ser estimado numa soma de dinheiro por peritos escolhidos pelas partes" (75).

Mais adiánte este passo é confirmado: "Quando alguém se obrigou a fazer alguma coisa, esta obrigação não dá ao credor o direito de constranger o devedor a fazer precisamente aquilo a que se obrigou, mas apenas a fazer com que seja o devedor condenado a pagar as perdas e danos, por não haver cumprido a sua obrigação. É nessa obrigação de pagar as perdas e danos que se resolvem todas as obrigações de fazer alguma coisa, porque Nemo potest praecise cogi ad factum" (76).

A propósito das promessas unilaterais de venda, entretanto, este enfoque é substancialmente alterado. Nesta ocasião são distintos os fatos exteriores e corporais do homem,

---

(75) Cf. Robert Joseph Pothier, Traité des obligations, Paris, Dabo Jeune Librairie, 1825, v.1, n.146, p. 173.

(76) Pothier, Traité des obligations, cit., n.157, p.

aos quais circunscreve-se a regra nemo potest..., de outras espécies de obrigação de fazer como, por exemplo, o fato que é objeto da promessa de venda, que não é exterior nem corporalmente ligado à pessoa do devedor e que, por tal razão, pode ser suprido por um julgamento, valendo a sentença como contrato sempre que o devedor descumprir a ordem jurisdicional que lhe impuser a celebração (77).

O mesmo tratamento é dado às promessas unilaterais de locação (78), mas — e isto não é normalmente percebido — a solução não é reproposta no que concerne às promessas unilaterais de compra (79).

A grande contribuição destas passagens tão famosas, entretanto, parece estar menos na referência ao princípio de que "faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente le jugement vaudra pour contrat" — que, aliás, o magistral expositor dizia expressamente encontrar na prática do seu tempo — e mais na diferenciação certeira que estabelece entre o contrato de venda e a promessa unilateral de vender:

"Le contrat de vente est un contrat synallagmatique, par lequel chacune des parties s'oblige l'une envers l'autre: mais la promesse de vendre est une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre qui s'engage; celui à qui la promesse est faite ne contracte de sa parte aucune obligation.

Celui qui vend une certaine chose devient débiteur

---

(77) Pothier, Traité du contrat de vente, in Oeuvres de Pothier, Paris, P.J.Langlois, Librairie - A. Durand, Librairie, v. 2, 1844, n. 480, p. 289-290.

(78) Pothier, Traité du contrat de louage, in Oeuvres complètes de Pothier, Eugène Cochard, Paris, 1830, v. 2, p. 959, n. 390.

(79) Pothier, Traité du contrat de vente, cit., n. 490-496, p. 293-297.

de cette chose envers l'acheteur; cette chose devient dès-lors aux risques de l'acheteur à qui elle est due (...); mais celui qui vous promet de vous vendre une certaine chose n'est par encore débiteur de la chose même; il n'est débiteur que d'un fait" (80).

Nada se diz todavia sobre as promessas bilaterais de comprar e vender (81). E este silêncio — tal como sói acontecer sempre que juristas com a autoridade de mentores da legislação, de códigos em especial, omitem-se incidental ou propositadamente sobre certos assuntos — este silêncio provocou na doutrina posterior a atitude de ignorar simplesmente aqueles contratos senão mesmo a de negar sua existência. Isto acarretou para o direito civil francês disceptações doutrinárias que se fizeram incomensuráveis, com os correlatos prejuízos, que foram exportados para outras ordens jurídicas, proporcionalmente às influências do Code civil.

Numerosos arestos dos Parlamentos chamados a estatuir sobre questões com base em promessas bilaterais de venda provam no entanto que, apesar do silêncio do "père du Code civil", anteriormente a essa lei aqueles negócios eram extremamente freqüentes na França, desde meados do século XVI. Nesta época o emprego da forma notarial se generaliza nos negócios de venda, porque era o único adaptado a certificar, nos termos do direito vigente, a data do contrato e a permitir a sua execução forçada, dentre outros efeitos assecuratórios. Por essa razão as vendas passaram normalmente a se desdobrar: no primeiro momento, as partes, antes de se apresentarem perante

(80) Pothier, Traité du contrat de vente, cit., n. 479, p. 288-289.

(81) Cf. Pothier, Traité du contrat de vente, cit., n. 490, p. 293-294.

o tabelião, firmavam os termos do acordo num instrumento particular no qual já constava a cláusula de que se comprometiam a passá-lo para a forma solene num segundo momento, designado para certa data. Estes negócios subordinados à feitura de instrumentação pública todavia não apresentavam sempre a mesma natureza, bem assim a técnica e a prática do tempo, em França, já não se aferravam ao texto da constituição justinianéia do Codex, 4, 21, 17 (cf. supra, § 8), entrando a distinguir essas convenções conforme já fossem uma venda de praesenti — assim considerada quando as partes programavam o ato notarial apenas como meio de prova — ou uma venda de futuro, caracterizada como simples promessa, pois os contraentes condicionavam a existência mesma do negócio à confecção do instrumento público(82).

Ocorria a todo momento, quer se tratasse de uma promessa (venda de futuro) quer de uma venda de praesenti, que uma das partes se recusasse a declarar a vontade para a formação do instrumento notarial, e então se perguntava: a chamada venda de futuro era ou não suscetível de execução forçada? Alguns, na esteira da lex antiqua, afirmavam que tais promessas, faltante a condicio iuris representada pela forma solene, nenhum efeito produziam; outros retomavam a solução do direito comum evoluído e sujeitavam o transgressor ao pagamento do equivalente (83). Mas em nenhum momento percebe-se à baila a invocação da máxima quidquid est in pacto, illud et in actione, que só viria a ser elaborada pelos autores germânicos, no século XVIII, como já foi visto neste mesmo capítulo.

Os Parlamentos, particulamente o de Paris, adotaram,

---

(82) Louis Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, cit., p. 9; Giorgio Giorgi, La teoria delle obbligazioni, cit., v. 3, n. , p.

(83) Louis Boyer, ob. cit., loc. cit.

em face da recusa ao implemento da promessa de venda, uma posição singular: a parte recalcitrante era condenada a passar a escritura dentro de um certo prazo, assinado pela sentença; decorrido o termo final deste lapso, a sentença valeria pela escritura denegada. Mas jurisprudência do Parlamento de Paris era reprovada por vários outros tribunais franceses e o testemunho dessa divergência foi veemente por ocasião dos trabalhos preparatórios do Code civil, para os quais a colaboração do Tribunal de Lyon foi proposta nos seguintes termos: "La promesse de vente ne vaut pas vente; chacun des contractants est maître de s'en departir. Celui qui s'eu départ est condamné à des dommages-intérêts. S'il y a eu des arrhes données, elles determineront le dommage, à défaut, les dommages-intérêts seront fixés par le tribunal compétent" (84).

Foi esta a solução que o art. 1589 recusou, ao enunciar que "La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement sur la chose et sur le prix". O problema resolvido em definitivo por este dispositivo foi o da execução forçada dos contratos preliminares de venda, mediante um procedimento chocante de assimilação pelos efeitos — causa circuitus vitandi — que carrega entretanto o grande mérito de sancionar eficazmente o descumprimento à palavra dada (85).

Mas de modo algum — e eis aqui o grande reproche que se há de mover à doutrina francesa — a investigação histórica da fórmula do art. 1589 jusitifica a interpretação que se propagou, com fundamentos pretensamente lógicos e psicológicos, na singular idéia de que "promesse de contrat vaut contrat", que considera a própria categoria dos contratos preli-

(84) Apud Louis Boyer, Les promesses, cit., p. 10.

(85) Pode admitir-se, realmente, que, com a máxima

minares bilaterais um "conceito irracional", argumentando que se não pode conceber como pré-contrato num negócio em que coexistam todos os seus elementos, menos a intenção de se obrigar de praesenti. Aliás, acrescenta-se, para constatar a impossibilidade lógica de um contrato como esse, nem é preciso recorrer à aplicação por analogia de um artigo especial do Code civil, sendo suficiente aplicar-lhe o princípio geral de direito segundo o qual a natureza jurídica de um negócio se determina pelos elementos que apresenta, seja qual for a etiqueta que lhe pregarem as partes. Daí o dizer-se também que, em virtude deste princípio, bastante óbvio, é que as promessas bilaterais de venda são logicamente equiparáveis às vendas, e que o art. 1589 não precisaria de ser escrito para expressar algo tão evidente (86).

O mais que se consegue admitir em seqüência a tal orientação é a sua referibilidade exclusiva às promessas unilaterais de venda, pois nestas ainda falta um dos elementos constitutivos do negócio, qual seja, a declaração definitiva da vontade de um dos contratantes. Daí que a teoria das promessas de contratar, na esmagadora maioria dos autores franceses, se esgote no tratamento das promessas unilaterais, que, aliás, não são distintas da opção (87).

Promesse de vente vaut vente, o Code civil, art. 1589, e algumas das poucas ordens jurídicas que a aceitaram "de certo modo dinamitaram a figura do pré-contrato, com a aparência de o prestigiar" (Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, cit., v. 39, § 4270, p. 48-49; grifo não-original). O princípio de economia que levou o legislador francês a ter por já concluído o contrato que se prometeu, engolfa o contrato preliminar, esvazia a sua função negocial, e dá a impressão errônea de que é "ilógico" um contrato de contratar, o que violenta a autonomia privada e dá margem às conclusões que se expoem logo a seguir no texto e na nota 87.

(86) Essa é a rotunda afirmação que se lê em Planiol, Ripert e Hamel, Traité pratique de droit civil, cit., v. 10, n. 175, p. 201.

(87) "Quant à la prétendue promesse synallagmatique-

Não cabe cogitar da "inferioridade" ou não de uma construção desta espécie, até porque os sistemas nacionais de direito não autorizam comparações como essas, uma vez que os critérios que permitiriam contrastá-los são de todo inseguros e porque esta questão é inseparável de se saber se são ou não adequados à ordenação das relações jurídicas às quais se propõem (88). A história e a comparação em direito tem outros objetivos e entre eles está o de alertar para o perigo dos "transplantes" e da fascinação exercida pela erudição importada, os quais são propriamente o reverso da medalha do provincialismo jurídico, que é inconciliável com o espírito científico e empobrecedor do desenvolvimento e da aplicação do direito nacional (89).

---

escreveu Jean Gaudemet — dont Pothier n'a jamais parlé, c'est une vente où les parties se sont mal exprimées. Elles on dit: je promets de vendre ou je promets d'acheter, au lieu de: je vends ou j'achète" (cf. Théorie générale des obligations, cit., p. 272; grifos não originais). Todavia, a pergunta com a qual se pode objetar (no plano lógico) a um simplismo como esse é a seguinte: quid iuris, se as partes estipulam num avantcontrat a celebraçao ulterior de um contrato de compra e venda que somente poderá considerar-se existente após um segundo acordo contratual, excluindo, também, expressamente, a aplicabilidade do art. 1589 do Code civil? O princípio da autonomia privada poderia ser forçado, em benefício daquela ficção? Louis Boyer desenvolve uma cadeia de argumentos outros contra a doutrina tradicional e, a certa altura, conclui:"Promesse de vente n'est pas vente, mais un contrat générateur de droits et obligations existe déjà. Ceux deux formules, l'une négative, l'autre positive, résument parfaitement les effets des promesses synallagmatiques de vente" (cf. Les promesses, cit., p. 21).

(88) Este relevo crítico a respeito do confronto entre sistemas jurídicos encontra-se em Koschaker, Europa y el derecho romano, cit., p. 132-133: "De un avión, de una máquina fotográfica, de un aparato cualquiera se puede afirmar que en relación a una cierta época, son las mejores, pero de un sistema jurídico, tales apreciaciones son tan poco seguras, que resulta mucho más prudente abstenerse de hacerlas".

(89) Cf. René David, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Madrid, Aguilar, 1969, n. 8, p. 9 (tradução castelhana da 2a. edição francesa). Esta mesma observação não se encontra na 3a. edição de Les grands systèmes de droit contemporaines.

§ 10
A origem da specific performance e os executory contracts

1. Enquanto na Europa continental estava em gestação o período do ius commune, formado sobre os elementos dos direitos romano, canônico e germânico, a partir do ano de 1066 introduzia-se na Inglaterra a unidade política, por obra de Guilherme, o Conquistador, rei normando que, após a batalha de Hastings, submetera grande parte das Ilhas, com exceção da Escócia. Nos primórdios da organização deste sólido reinado já se manifestavam os caracteres de uma monarquia que, a pesar de feudal, desconhecia a feudalização das funções públicas, ciente de que assim se operava uma cisão fundamental entre o rei e seus súditos. A mentalidade precocemente burocrática da classe dirigente normanda, que jamais perdeu de vista o incremento do poder de vértice, promoveu a reorganização centralizada das instituições judiciárias mediante a criação de um complexo unitário e permamente de Cortes régias, em Westminster, donde partiam magistrados itinerantes (itinerant justices). A combinação dessas duas medidas — centralização na capital do reino dos Tribunais régios e envio de juízes do centro para a periferia — com o emprego sistemático de expedientes outros, destinados a esvaziar a administração da justiça pelas cortes locais (Courts Baron, Courts Leet, Manorial Courts), que haviam sucedido as cortes saxônicas (Hundred Courts, County Courts), culminou na unificação também do direito, que passou a ser, a partir do século XIII, de elaboração exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça — the Courts of Westminster (90).

---

(90) V., sobre a história e a formação do direito in

As normas jurídicas organizadas desse complexo jurisdicional, válidas para toda a Inglaterra, em substituição aos antigos ordenamentos particulares, recebeu o nome de common law. Este "subproduto de um triunfo administrativo", como expressivamente o definiu um historiador britânico atual (91), haveria de se tornar um dos mais imponentes e singulares sistemas jurídicos de todos os tempos.

Nele, o jurista formado pela tradição do ius commune e das codificações que lhe sucederam (civil law) se orienta com extrema dificuldade, pois falham os pontos cardeais que norteiam o seu modo de pensar juridicamente, uma vez que no common law (92) jamais preocuparam as distinções, de origem continental, entre direito público e direito privado, direito

---

glês, Frederick Pollock e Frederick W. Maitland, The history of English law before the time of Edward I, Cambridge, University Press, 1923, vol. 1º, A.K.R.Kiralfy, Potter's historical introduction to English law, London, Sweet & Maxwell, 1958; S.F.C.Milsom, Historical foundations of the Common Law, London, Butterworths, 1969; R.J.Walker e M.G.Walker, The English legal system, London, Butterworths, 1972, parte I, p. 3 e segs.; René David, Os grandes sistemas do direito contemporâneo, cit., n. 266 e segs. Referências sumaríssimas à história e às características gerais do direito inglês encontram-se no curioso livro de René Dekkers, El derecho privado de los pueblos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, n. 141-148, p. 144 e segs.; mais informativa é a notável obra de John Gilissen, Introduction historique au droit, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 183-198. Uma densa e concisa visão de conjunto é a que propicia H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais, Parias, LGDJ, 1977.

(91) Cf. S.F.C.Milson, Historical foundations of the Commom Law, cit., p. 1.

(92) No presente trabalho a expressão common law (grafada com minúsculas, à maneira dos comparativistas) está empregada restritivamente ao direito inglês, com exclusão, portanto, do norte-americano, do qual não se cuida neste estudo sobretudo por falta de suficientes adminículos bibliográficos. É válida, ademais, a advertência de que, "Tecnicamente falando, o direito inglês é limitado, no seu domínio de aplicação, à Inglaterra e ao País de Gales. Não é nem direito do Reino Unido, nem mesmo o da Grã-Bretanha visto que a Irlanda do Norte por um lado, a Escócia, as ilhas da Mancha e a ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito 'inglês'. A expressão 'direito britânico' deve, por esta razão, ser banida" (René David, Os grandes sistemas, cit., n. 265, p. 341). Assim, quan

material e direito processual, direitos obrigacionais e direitos reais.

A própria noção de contrato apenas coincide em teoria, pois a estrutura normativa dos institutos particulares pode resultar numa diferença total (93). Daí os perigos para quem se aventura a investigar dogmaticamente as regras do direito inglês sem se dar, previamente, conta acerca das suas especificidades históricas e da enganosa possibilidade de tradução da sua terminologia.

---

do no texto se fizer referência simplesmente à Inglaterra, por brevidade, entenda-se compreendido o País de Gales. Outra explicação introdutória que também se faz mister é sobre a referência à expressão commom law, no masculino, traduzindo-se a expressão law como direito. É corrente falar-se n'a commom law, traduzindo-se law por lei, mas isto não pode resumir-se numa questão de gosto, pois, como nota John Gilissen, é preferível a primeira forma, uma vez que "La (common law) fait penser à la loi, ce que le common law n'est précisément pas; common law a plutôt le sens de droit commun" (cf. Introduction historique au droit, cit., p. 183, nota 2).

(93) Na clássica obra de Sir Frederick Pollock, Principles of contract, London, Stevens and Sons, 1911, p. 1, lê-se o seguinte enunciado: "A contract is a promise or set of promises which the law will enforce". Esta é a definição aceita por A.G.Guest, in Chitty on contracts; general principles, London, Sweet & Maxwell, 1977, n. 1, p. 1, o qual informa que o Restatement of Contracts, do American Law Institute, no respectivo § 1, também a adota. Sir William Blackstone emitiu o seguinte conceito: "A contract is an agreement upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing" (Commentaries on the Laws of England, n. 442, apud Sir Edward Fry, A treatise on the specific performance of contracts, London, Stevens & Sons, 1911, §1, p. 1. O jurista do civil law, em face de definições como estas, pode ser induzido a ver identidade do contract com a categoria do contrato que lhe é absolutamente familiar. Entretanto, importantíssimas situações de fato, tipicamente contratuais nos sistemas de origem continental, não o são no direito inglês, como é o caso do trust, do bailment e de outros comportamentos postos em prática em razao de commom calling (v. René David, Les contrats en droit anglais, Paris, LGDJ, 1973, passim e, especialmente, o título I, La notion anglaise de contrat, p. 11-84). Por essa razão e outras que enumera, o mesmo René David é explícito em prevenir o estudioso estrangeiro do fato de que, por força da tradição do common law, "Aujourd'hui encore, la meilleure définition du contrat en droit anglais est sans doute celle qui, considérant cette tradition, dira: 'le contrat est l'acte générateur d'obligations qui, si les formes d'action n'avaient pas été abolies, aurait été sanctionné par l'action d'assumpsit'" (cf. Les contrats en droit anglais, cit., n. 66, p. 64; grifos não originais). V. Esclarecimentos complementares na nota

O mesmo se passa com os contratos preliminares, promessas de contratar ou pré-contratos. De fato, um abalizado estudo sobre a execução específica dos contratos em direito comparado afirma que os contratos preliminares foram e continuam sendo muito praticados na Inglaterra, sob a denominação de executory contracts (94).

O significado dessa expressão entretanto não tem o mesmo alcance dos contratos preliminares do civil law. No célebre Slade's case, de 1602, que é apontado como aquele que marca o aparecimento do direito inglês dos contratos, lê-se que "every executory contract imports in itself an assumpsit" (95). Mas na espécie não se cuidava de contrato preliminar, pois Slade, autor na ação (plaintiff), vendera trigo a Morley, o réu (defendant), e este se comprometera (assumed et promised) a contraprestar 16 libras, mas não cumprira a promessa. O caso foi discutido em diversas sedes recursais, acabando por admitir-se a cobrança do preço por meio do writ of assumpsit e chegando-se deste modo, após cinco séculos de common law, à admissão — que pode parecer rebarbativa ao jurista do civil law — de que todo contrato que impõe a uma das partes certa obrigação comporta em si mesmo um assumpsit, isto é, um dever de cumprir com a obrigação assumida (96). Enquanto esta não

---

(94) Trata-se do interessante livro de Ernest Barda, L'éxecution spécifique des contrats, Paris, Librairie Dalloz, 1928, p. 134.

(95) Cf. A.K.R.Kiralfy, Potter's historical introduction to English Law, cit., p. 465.

(96) É impossível retraçar aqui a história do writ of assumpsit, que é, talvez, a história mesma da concepção inglesa do contrato, como aliás se pode depreender do excerto de René David transcrito na nota 93. Com efeito, o jurista inglês não fala de contracts mas de contract e isto somente se explica na medida em que se tome em consideração o fato de que o writ of assumpsit constituiu um modelo único de ação exercitável para tutelar todos os tipos de acordo contratual a título oneroso, segundo uma forma mentis que concentra a

fosse realizada, o contrato dizia-se (como ainda se diz) executory — isto é, exeqüível, suscetível de que se exigisse o adimplemento da prestação faltante pelo writ of assumpsit, sob pena de condenação às perdas e danos — por oposição a executed (cumprido).

A locução, porém, apresenta um outro significado, este mais próximo à idéia do contrato preliminar: "An executory contract is not intendend between the parties to be the final instrument regulating their relations: an executed contract is one wich is intended to be thus final" (97).

A diferença pode ser ilustrada a partir do contraste que se manifesta entre um acordo (agreement), firmado pelos sócios de uma pessoa jurídica cuja dissolução se apresta, para o fito de que seja, num segundo momento, celebrado um negócio sob forma solene (deed), no qual serão estipuladas certas avenças (covenants), motivadas pela dissolução, e o próprio deed, no qual para logo se contivessem aqueles ajustes. O agreement é um executory contract; o deed um executed contract (98).

Nota-se, portanto, que, nesta acepção, a expressão executory contract se entende como uma relação contratual que se desdobra em mais de um instrumento, devendo normalmente o

---

sua atenção não já nas singulares obrigações derivadas de espécies diversas de relações contratuais e sim na responsabilidade de quem prejudica a contraparte por não respeitar o compromisso assumido. A matéria recebeu esclarecimento conciso e certeiro na obra de Adriano Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa; le fonti et il pensiero giuridico moderno, Milano, Giuffrè, 1979, p. 516-522; v. também von Wahlendorf, Introduction à l'esprit e à l'histoire du droit anglais, cit., p. 123 e segs.; René David, Les contrats en droit anglais, cit., p. 34-47, e A.K.Kiralfy, Potter's historical introduction, cit., p. 450-472.

(97) Cf. Sir. Edward Fry, A treatise on specific performance of contracts, cit., § 38, p. 17.

(98) Fry, ob. cit., loc.cit.

segundo negócio (que não será necessariamente um contrato segundo o civil law) obedecer à forma solene. Nestes casos, menos do que criar uma obrigação de contratar, parece que o executory contract é destinado a originar uma obrigação de constituir um documento ou a formalização solene de negócio já aperfeiçoado.

As três figuras do direito inglês que revelam este conspecto negocial, bastante aproximável às linhas básicas da idéia de contrato preliminar no civil law, são (a) a stipulation for the execution of a formal document, (b) o agreement "subject to contract" e (c) o contract to make a contract. Essas três espécies, embora não o digam as fontes bibliográficas consultadas a seu respeito, podem enquadrar-se no último significado da expressão executory contracts.

Nos casos de stipulation for the execution of a formal document dá-se com freqüência que as partes hajam concluído um acordo (agreement) completo sobre as cláusulas do contrato, estipulando, ademais, a celebração ulterior de um instrumento solene que documente definitivamente o negócio. O problema que se costuma apresentar em circunstâncias como essas é o de se determinar se o acordo preliminar é um contrato em si mesmo, ou se é imprescindível a feitura do negócio posterior de formalização: "The problem then is whether the agreement is too general to be valid in itself and is dependent on the making of a formal contract, or whether the parties have in fact completed their agreement so that the execution of a further formal contract, though desirable, is not essential" (99).

Essa é uma questão que deve submeter-se à constructi

(99) Cf. A.G.Guest, in Chitty on contracts, cit., n. 100, p. 49.

on of the court (interpretação jurisdicional construtiva do conteúdo do contrato). As balizas de tal construction cifram-se na verificação da função que se atribuiu ao negócio posterior, distinguindo-se no plano dos efeitos conforme as partes o tenham posto como elemento integrativo da operação ou como simples expressão de sua vontade quanto ao modo pelo qual os ajustes já consolidados devam ser formalizados. Na primeira hipótese não se considera existente um enforceable contract, mas na segunda "there is a binding contract and the reference to the more formal document may be ignored" (100).

Quando se trata de agreements "subject to contract", constatáveis sobretudo nos negócios por instrumento particular destinados à venda e compra de terras, aqueles acordos não são havidos como obrigatórios até o momento em que um segundo contrato formal seja estabelecido entre os agentes. É fortíssimo, portanto, o alcance da cláusula que subordina o acordo preliminar a um novo e posterior contrato, que, evidentemente, embora deva ser um formal contract, é mais do que um instrumento solene, pois implica renovação do consentimento. "Thus in Winn v. Bull the defendant agreed to take a lease of a house a certain time at a certain rent, 'subject to the preparations and approval of a formal contract'. It was held that there was no enforceable contract and Jessel M.R. said, 'It comes, therefore, to this, that where you have a proposal or agreement made in writing expressed to be subject to a formal contract being prepared, it means what it says; it is subject to and is dependent upon a formal contract being prepared" (101).

---

(100) Idem, ibidem.

(101) A.G.Guest, ob. cit., n. 102, p. 49-50; grifos não-originais.

A decisão dos casos concretos enseja outrossim as constructions of court e pode o órgão jurisdicional entender in specie que as partes tenham chegado a um estágio irreversível de vinculação, nada obstante o fato de que o seu precedente agreement "is later to be superseded by a formal contract". Então, tal como se passa com a "estipulação dirigida à celebração de documento formal", procura-se saber se o segundo contrato é condição para a eficácia do acordo preliminar, pois, se o não for, essa poderá concretizar-se independentemente daquele. "Thus in Rossiter v. Miller, the defendant offered to purchase land and was informed that he must purchase subject to certain conditions; his offer remained open and was accepted 'subject to the conditions and stipulations printed on the plan'. It was held by the House of Lords that there was a completed contract and Lord Blackburn said, '... the mere fact that the parties have expressly stipulated that there shall be a formal agreement prepared... does not, by itself, show that they continue merely in negotiation' " (102).

Contract to make a contract é uma expressão que aparece normalmente naqueles casos em que as partes, que ainda não alcançaram acordo completo acerca do conteúdo de um certo contrato, pactam no sentido de continuar a negociar, até a consecução de um contrato final. Nesta hipótese, fala-se em mero contract to negotiate: "... the parties may agree to negotiate, but they do not bind themselves to go on negotiating, much less to make a contract". Por esta mesma razão, um ajuste como esse não é obrigatório e nem suscetível de cumprimento forçado. Contudo, ressalva-se a possibilidade contrária a true contract to make a contract. "Thus in Morton v. Morton

(102) Idem, ob. cit., n. 103, p. 50.

an agreement was made 'to enter into a separation deed containing the following clauses' (of wich a summary was then given). This agreement was held to be a binding contract"(103).

Assim pois, a análise das três categorias de negócio apontadas neste item mostra que, no direito inglês, a obrigatoriedade do acordo preliminar, que em todas se contém, somente se reconhece quando, desde logo ou por construction, possa considerar-se aquele mesmo acordo um contrato atual, verdadeiro e próprio, aperfeiçoado, mas ligado, em seus efeitos ou por causa de certo escopo prático, a uma obrigação posterior, que não seja de contrahendo. A expressão contract to make a contract não deve induzir a analogias apressadas, porque nada mais designa do que um acordo, não-obrigatório, por meio do qual se ajusta prosseguir em negociação já iniciada. Por sua vez, a stipulation for the execution of a formal document não pode ser tratada como promessa de contratar, porquanto, nela, ou já existe um contrato completo, frente ao qual a instrumentação especial é apenas um complemento dispensável, ou ainda não existe tal contrato, precisando-se de que seja integrado por ocasião do subseqüente negócio de formalização do documento. No primeiro caso, a stipulation vale em si e por si; no segundo, entende-se que não há acordo jurígeno. Enfim, o agreement subject to a contract aproxima-se às minutas do civil law, uma vez que respeita a um projeto de contrato futuro, que a nada obriga, a menos que, em realidade, seja ele próprio um contrato perfeito.

Assim ocorre com os contratos preparatários de deeds, que são espécie dos contracts under seal ou specialties, os

---

(103) Idem, ob. cit., n. 106, p. 51-52; grifos não originais.

quais, menos do que contratos no sentido do civil law, são figuras negociais absolutamente formais e fortemente abstratas (104), assimiláveis, talvez, sob alguns aspectos, ao regime dos negócios abstratos de obrigação e de disposição do BGB (105).

---

(104) "Contracts under seal, or specialties, such as deeds and bonds, are instruments wich are not merely in writing, but wich are sealed by the party bound thereby, and delivered by him to or for the benefit of the person to whom the liability is incurred. In no other way than by the use of this form could validity be given to executory contracts in early times. All deeds are documents under seal, but not all documents under seal are deeds. A deed must either (a) effect the transference of an interest, right or property, or (b) create an obligation binding in some person or persons, or (c) confirm some act where by an interest, right or property has already passed. Many documents under seal are not deeds, for instance an arbitrator's award, a certificate of admission to a learned society, a share certificate, probate of a will or a company's memorandum of association". (Cf. A.G.Guest, in Chitty on contracts, cit., n. 18, p. 21; grifos não originais). Essas noçoes, consoante informa René David, se referem a um tipo "d'un engagement abstrait, entièrement différent pour sa nature et par son régime juridique de ce que sommes venus, dans l'optique des canonistes, de l'École du droit naturel et du code civil, à considerer comme un contrat" (Cf. Les contrats en droit anglais, cit., n. 186, p. 175). Entre as fundamentais diferenças que medeiam entre o deed e o contrato do civil law, consoante aponta o mesmo autor, são de lembrar-se estas: (a) o deed configura uma obrigação unilateral e abstrata que atribui direitos ao beneficiário, sem que se precise sequer da aceitação deste; (b) a causa da obrigação está como que no próprio instrumento regularmente produzido e pode até mesmo duvidar-se de que a vontade unilateral do obrigado esteja à sua base; (c) o contract under seal não está submetido, no direito inglês, às mesmas regras que governam os verdadeiros contratos (cf. René David, ob. cit., loc. cit.). Por outro lado, é indispensável lembrar que não existem notários em Inglaterra; o deed pode ser escrito por qualquer pessoa. A necessidade da oposição de um sinete (seal) é reminiscência do seu caráter arcaico, pois, nas origens da regulamentação do deed, as pessoas não sabiam escrever nem assinar o próprio nome, mas os notáveis possuíam um sinete com o qual atestavam a respectiva concordância para com o teor de um certo instrumento. Na atualidade poucos ingleses são portadores de um sinete, mas o comércio dá remédio fácil ao inconveniente: nas boas papelarias encontram-se à venda rodelas de papel vermelho que, coladas ao instrumento e assinadas pelo emitente, fazem as vezes do selo (v. René David, ob. cit., n. 187, p. 175-176).

(105) Cf. sobre estes últimos o exato resumo de Emilio Betti, Système du Code civil allemand, Milano, Giuffrè, 1965, § 10-11, p. 29-36; J.W.Hedemann, Tratado de derecho civil; parte general, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, v. 1, § 25, III, p. 231-241; Ludwig Enneccerus e

Algo de semelhante também se passa na circulação dos direitos imobiliários, em virtude da regulamentação especialíssima a que os contratos respectivos estão sujeitos na Inglaterra. Neste país não há propriamente um registro imobiliário com as funções que se lhe atribuem de comum (106). Os tí-

---

Hans Carl Nipperdey, Tratado de derecho civil; parte general, Bosch, Barcelona, 1981, v. 2, 1a. parte, § 148, c, p. 104-109; Karl Larenz, Derecho civil; parte general, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, § 18, II, c e d, p. 433-444; Andreas von Tuhr, Derecho civil; teoría general del derecho civil alemán, Buenos Aires, Depalma, 1947, v. 2, t. 1, § 54, p. 264-302.

(106) Isso não obstante, a capacidade organizadora da dinastia normanda, já em 1086, por obra direta de Guilherme, concebeu a realização de um cadastro geral de todo o reino, mediante um gigantesco recenseamento de toda a propriedade móvel e imóvel e de seu registro no chamado Domesday Book. Esta documentação foi estabelecida mediante um levantamento cuidadosamente levado a efeito, em cada qual dos condados, por comissões especiais integradas por um oficial régio, por um representante do clero e por quatro agricultores livres. Os resultados dessa operação então registrados numa crônica do tempo na qual se lastima o totalitarismo fiscal do soberano, afirmando-se que "não houve boi, vaca ou porco que não fosse inventariado" (cf. Adriano Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa, cit., p. 493). Em certa medida o Domesday Book hoje em dia ainda permanece como a fonte da completa autenticidade de um título. "Le fait que la preuve d'un titre soit ultérieurement reconnue en vertu d'un état de choses inchangé from time immemorial et que la date fixée permettant de se prévaloir d'un titre en vertu de cette formule soit quelque peu plus récente que Domesday Book (Domesday Book est établi vers 1086, tandis que pour invoquer la formule from time immemorial, il suffit d'établir une preuve remontant 'seulment' jusqu'en 1189) n'y change rien. Jusqu'à ce jour, le registre foncier est une notion dont l'application n'est pas encore généralisée dans l'ordre juridique anglais. Dans le cadre de l'ancien système, la preuve à apporter quant à la bonité d'un droit foncier, devait couvrir une période de 60 ans (réduite aujourd'hui à 15 ans). Mais ce délai prend son sens dans la seule perspective de la responsabilité du vendeur; elle n'exclut pas, théoriquement, qu'un ayant droit fasse valoir son droit, ni par ailleurs celui ci est fondé, même si le fait justificatif est beaucoup plus ancien" (cf. von Wahlendorf, Introduction à l'esprit e à l'histoire du droit anglais, cit., p. 98). "Registration is voluntary — informa A.K.Kiralfy à p. 527 da Potter's introduction, cit. — except in certain areas where it is compulsory on the occasion of sales and some leases. The 'compulsory area' is being extended and will ultimately cover the whole of England and Wales. At the present most of this area is in the south-east, but there are beginnings in the Midlands and North".

tulos de propriedade e dos demais direitos sobre imóveis são, inclusive para os profissionais, de uma grande complexidade, e a concernente verificação demanda lapso de tempo com razoável ou mesmo longa duração. Ocorre, necessariamente, então, que o "promitente alienante" e o "promitente alienatário" estabeleçam num contract for agreement for sale as cláusulas atinentes à operação que tencionam ultimar com a transmissão (conveyance) do bem imóvel. As partes celebram, quase sempre por escrito, segundo a ordem legal, um contrato preparatório (e, neste sentido, executory contract) no qual vêm especificadas as cláusulas e condições da compra e venda que se aperfeiçoará com o conveyance deed.

O contract for agreement for sale — que se poderia traduzir, com o máximo cuidado de evitar apressadas e incabíveis identificações de fundo — por contrato de compra e venda com promessa de alienação, obriga o promitente a transferir o direito real consoante as cláusulas previstas, e obriga também o promissário a cumprí-las, desde que o primeiro prove a existência do seu direito de vender. Prevalecendo, como já se viu, em larga medida, a registrabilidade apenas voluntária dos títulos, o promitente vendedor tem de estabelecer a filiação legítima do seu direito relativamente aos quinze anos precedentes ao contrato preparatório. Isso é feito pela apresentação de um histórico documental sumulado, num instrumento que recebe o nome de abstract of title, no qual devem estar definidas todas as particularidades que demarcam a extensão e o conteúdo dos direitos do vendedor, a partir de um título-base (a good root of title). O comprador deve, pelo intermédio de seu solicitor, investigar (investigation of title) aquele documento sumariado, confrontando-o com os originários, e re-

querer, se for necessário, informações complementares (requisitions). Cabe igualmente ao comprador, para sua própria segurança, promover nos registros competentes as buscas (searches) de eventuais ônus reais que possam pesar sobre o imóvel. Somente então estará claramente delimitado e provado o direito do vendedor, podendo-se, pois, passar à confecção do contrato de transferência do direito real (conveyance deed), cujo instrumento, uma vez entregue (delivered) ao adquirente, torna perfeita e acabada a alienação. O contrato bilateral em dois exemplares de igual teor chama-se indenture, mas é menos praticado do que a declaração unilateral de transferência, o deed pool. De certo modo, tal como ocorre no direito alemão com o dinglicher vertrag, o deed é negócio formal (under seal) e abstrato, destinado à alienação.

Esse inafastável desdobramento negocial tornou comum em Inglaterra o fato de que, medio tempore, entre a assinatura ou o ajuste verbal do contract for agreement for sale e a elaboração do conveyance deed, o vendedor ou o comprador se recuse a praticar o negócio de transmissão da propriedade do bem imóvel. Tal circunstância foi por certo a principal causadora da criação do instituto da specific performance, ou execução específica dos contratos, que não encontra correspondência completa, em termos conceituais, e muito menos ao nível da eficácia, na tradição do civil law.

A consciência dessa singularidade do direito inglês, em razão do aludido desdobramento negocial da venda e compra de bens imóveis, bem como da cessão dos direitos reais, foi exposta de maneira expressiva e sintética no livro que é o clássico da specific performance:

" § 9. (...) in countries where the same instrument

is at once contract and conveyance, it is obvious that no separate jurisprudence in specific performance is ever likely to arise.

(...)

§ 37. The circumstances wich seem beyond all others to have conduce to the great development of the doctrine of specific performance in England are the great complication of the titles to English land, and the fact that in regard to land, contract has never been itself the conveyance. In a jurisprudence where contract and transfer are effected in the same instrument, a jurisdiction in specific performance could hardly arise: but where contract is separated from conveyance by all the formalities and delay of an examination into title, and a preparation of a formal deed, it would be a necessity to anything like a civilized system of law" (107).

A relação entre specific performance e os executory contracts é posta nestes termos: "By specific performance is usually understood that peculiar, and as it is called, extraordinary jurisdiction (...) exercised in respect of executory contracts as contrasted with executed contracts" (108).

Dessa relação infere-se a exata compreensão da "Specific performance of a contract", isto é, "its actual execution according to its stipulations and terms; and is contrasted with damages or compensation for the non-execution of the contract" (109).

---

(107) Sir Edward Fry, A treatise on specific performance, cit., § 37, p. 16-17.

(108) Fry, ob. cit., § 38, p. 17.

(109) Fry, ob. cit., § 3, p. 2.

2. A configuração da specific performance é ao mesmo tempo, em boa parte, a própria história do outro elemento que compõe o binômio sobre o qual assenta o direito inglês, a equity que não corresponde à idéia de eqüidade do civil law (110). Em modo breve, pode definir-se a equity como o sistema de princípios, de institutos e de remédios processuais, desenvolvido a partir do século XV por intermédio da praxe judiciária da Corte da Chancelaria Real (Court of Chancery). Em perspectiva diacrônica, a equity vai emergir como uma jurisdição discricionária e especializante, inspirada na justiça do caso concreto, que todavia cristalizar-se-á, também, num complexo de instrumentos integradores, corretivos e até mesmo inovadores do sistema do common law e de seu rigorismo

---

(110) "A rigidez da common law, sistema de direito positivo ligado a considerações de processo, tornou necessária a elaboração de regras, em Inglaterra, ditas regras de equity, destinadas a completar e corrigir a common law. Uma tal necessidade jamais se fez sentir nos países da família romana germânica, e todos estes países ignoram, por conseqüência, a distinção fundamental inglesa da common law e da equity. A idéia de um direito estrito, que não será 'eqüitativo', vai contra a própria concepção do direito tal como a admitem as universidades; este direito estrito evidentemente não poderia ser proposto por elas como um modelo; não é, a seus olhos, direito" (cf. René David, Os grandes sistemas do direito contemporâneo, cit., n. 33, p. 52). Vale notar que esta explicação de René David, irreprochável em perspectiva histórica, experimenta todavia no Brasil um certo desentendimento, de que é prova a letra do art. 127 do Código de Processo Civil. O assunto será retomado no capítulo terceiro, infra, mas, desde logo, pode registrar-se a opinião de um conspícuo exegeta da lei instrumental de 1973, que reafirma a exatidão da sentença do grande comparativista: "... a regra legal não significa excluir a aplicação da eqüidade fora dos casos de autorização, porque o direito continua a ser ars boni et aequi. Desse modo, ao aplicar a lei aos casos concretos, o juiz não deixará de atenuar o rigor excessivo que, na espécie, trouxer conseqüências indesejáveis; e para esse fim usará da eqüidade. Em síntese, a eqüidade, como meio de interpretação da norma legal, para uma justa aplicação ao caso concreto sujeito a julgamento, não depende da autorização expressa do legislador (cf. Celso Agricola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1981, v. 1, n. 688, p. 521). O ilustre Pontes de Miranda, partindo de outros pressupostos — que, no presente escrito, não serão compartilhados — verberou também aquele cediço dispositivo do Código de Processo Civil e, como sempre, de modo expressivo: "Organizarem-se juris

formal (111).

Realmente, do século XVI em diante, o common law, prolatado pelas Cortes de Westminster, experimenta uma fase de fechamento processual, cuja repercussão significa um fatal distanciamento entre a distribuição da justiça e a sociedade civil, numa ordenação jurídica em que, tal como ocorrera no direito romano (112) à época das ações da lei, "remedies pre-

---

dições de eqüidade, como em certo momento, sob a pressão de condições econômicas e políticas, fez a Inglaterra, compreende-se, e bem. Não a referência à eqüidade em texto de lei. Sempre nos pareceu como o anúncio de restaurante ou bar em que se dissesse 'Aqui também se bebe água' (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1975, v.2, p. 485-486).

(111) Uma das mais respeitadas definições da natureza originária da equity é a que enunciou Lord Cowper em Dudley v. Dudley, no ano de 1705: "Now equity is no part of the law, but a moral virtue, wich qualifies, moderates, and reforms the rigour, hardness, and edge of the law, and is an universal truth it does also assist the law where it is defective and weak in the constitution (wich is the life of the law) and defends the law from crafty evasions, delusions, and new subtilties, invented and contrived to evade and delude common law, whereby such as have undoubted right are made remediless; and this is the office of equity, to support and protect the common law from shifts and crafty contrivances against the justice of the law. Equity does not destroy the law, nor create it, but assist it" (apud R.J.Walker e M.G. Walker, The English legal system, cit., p. 35-36).

(112) São de tal maneira acentuadas algumas das analogias entre a história, a formação do common law e o direito clássico, que Gino Gorla — num magnífico estudo, em que reprova as qualidades de seu espírito excepcionalmente dotado para a análise jurídica — expõe a idéia de que um estudo histórico aprofundado do common law — empresa para a qual subsitem fontes abundantes de documentação — pode oferecer argumentos mais concretos e plausíveis para colmatar as lacunas do conhecimento da história do direito romano (cf. Studio storico comparativo della "Common law" e scienza del diritto (le forme d'azione), in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, 1962, p. 25 e segs. Fascinante, ademais, é o debate sobre as possíveis causas dessas analogias. Para W.W.Buckland e A.D.McNair, tratar-se-ia mais de razões sociológicas, baseadas na afinidade das características de ambos os povos, e muito menos de influências jurídicas diretas (cf. Roman law and Common law; a comparison in outline, Cambridge, University Press, 1952, p. XIX-XX). Gustav Radbruch sublinhou o fato de que a jurisprudência inglesa "precisamente porque conheceu o espírito e o método do direito romano, sem acolher o espírito do código bizantino, permaneceu

cede rights" (113).

É sabido como, no direito romano, a comprovação das novas necessidades sociais e o aconselhamento dos iurispruden tes levaram o pretor a criar meios defensivos encaminhados à criação posterior de novas ações, ou a paralisar as antigamen te concedidas pelo ius civile, afirmando-se também a idéia

---

mais próxima do pensamento jurídico da grande época do direi to romano, diversamente do direito continental, assentado no Corpus iuris" (cf. Lo spirito del diritto inglese, Milano, Giuf frè, 1962, p. 6).

(113) Uma das analogias apontadas em a nota anterior é a que se estabelece entre o formalismo das legis actiones do processo romano pré-clássico e as primitivas forms of action do common law system of pleading: "The forms of actions repre sent the curious admixture of substantive law and procedure characteristic of primitive law. By determining the remedy they indirectly determined the substantive law, but special rules tended to be developed in connection with each remedy" (A.K.R.Kiralfy, Potter's introduction of English law, cit., p. 293). É necessário não esquecer nunca — como bem avisa René David — esta anterioridade do processo em relação ao di reito material, se se quiser compreender o direito inglês (cf. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, cit., n. 276, p. 351). Essa característica é fundamental. Daí, talvez, a oportunidade de se transcrever mais este excerto de von Wah lendorf, que logrou colher o espírito da peculiaridade em questão: "Si l'on parle volontiers en Angleterre de 'l'admi- nistration de la justice', administration of justice, il faut, peut-être, en essayant en tant que 'profane' de saisir tout le sens caché d'une telle formule, se souvenir de cette époque médiévale où l'on interchangeait facilment le terme mi nisterium et le terme mysterium, où la fonction judiciaire s'accompagnait de l'auréole sacrale. Ce rôle dominant de la procédure ressort aussi dans la célebre formule: 'Where there is no remedy there is no right'. La procédure est, d'une cer- taine manière, le critère du droit. Si aujourd'hui, la généra lité et la flexibilité extremes des formules de procédure permittent, en droit anglais aussi, d'en arriver à l'inversi- on du principe évoqué, à savoir que là où il y a un droit il faut qu'il y a remède, il reste nécessaire, et cela plus par- ticulièrement pour comprendre le relief d'un grand nombre des institutions le plus importantes du droit anglais, de se sou- venir du principe premier dont l'écho se trouve dans la formu le de Maine et de Maitland selon laquelle 'substantive law ap pears to have grown in the interstices of procedure' et à la- quelle s'ajoute cette autre formule saisissante de Maitland: 'The forms of action (les anciennes procédures) we have bu- ried, but they still rule us from their graves'. Cette doctri ne de base est intimement liée a toute l'approche concrète du droit anglais qui ne peut connaître d'un droit, donc recon naître un droit que là seulment où une formule reconnue per- met de saisir le juge, en plaçant devant celui-ci l'image du remède recherché en l'occurrence" (cf. Introduction à l'es- sai d'histoire du droit anglais cit., p. 21-22).

de que o magistrado, mesmo reconhecendo a solução posta pelo direito civil, poderia adotar, em consideração a um problema de convivência social, outra solução, mais eqüitativa, e impor às partes limitações aos seus direitos. Neste quadro realizou-se pela obra do ius honorarium e particularmente pela do ius praetorium uma imponente reforma do ius civile vetus, superado pelo tempo e reprovado pela consciência social evoluída, porém entravada pelo procedimento decrépito das legis actiones (114).

Um fenômeno análogo, não de esclerose, mas de estancamento, afligia o common law a partir do século XIV, como já foi dito. Para muitas das novas expectativas e conflitos sociais as Courts não propiciavam remédio jurídico algum e os que existiam em muitos casos revelavam-se inadequados; a legalidade formal já não disfarçava a iniqüidade substancial. Assim, os comuns do povo, desarmados em face da soberba indiferença do common law aos prejuízos que sofriam, apelaram para a tradição medieval que concedia aos particulares desprovidos de meios para tutelar os seus direitos, injustamente ofendidos ou desprotegidos, a possibilidade de recorrer à justiça do rei. Na Inglaterra, realmente, jamais desaparecera o prestígio da corsa, como moderadora e reparadora injustiça — um último tribunal, dotado do poder de julgar com fundamento num ideal ético e humano de justiça, superior ao strictum ius da jurisdição ordinária (115).

---

(114) Cf. Vicente Arangio-Ruiz, Historia del derecho romano, Madrid, Editorial Reus, 1963, p. 184-185; Wolfgang Kunkel, Historia del derecho romano, Barcelona, Editorial Ariel, 1975, p. 93-104; Antonio Guarino, Storia del diritto romano, Napoli, Jovene, 1975, § 23, p. 280-300.

(115) V. Adrianno Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa, cit., p. 531-532; Ernest Barda, L'execution specifique des contrats, cit., p. 46-47.

O monarca, ao dispensar a justiça nesses casos excepcionais, era assistido pelo King's Council, no qual se assentava um grupo de clérigos-juristas adestrados no direito material e processual canônico e por isso aptos para desenredar aquelas questões jurídicas. Dentre esses religiosos estava o Chanceler (Lord Chancellor), que era o funcionário principal do reino, guardião da consciência do rei e do seu sinete (daí também chamar-se Lord Keeper o Chanceler). Com a multiplicação das petitions a incumbência de examiná-las foi paulatinamente confiada ao Chanceler; este, no começo apenas as selecionava para submetê-las ao rei e, depois, mediante um processo de expansão e de regramento dessa função, o Lord Keeper passou a decidir diretamente sobre as súplicas, até que, em fins do XIV século, a sua figura de respeitável juiz de graça, eqüitativo e prolatando in conscience, assume uma colocação autônoma no quadro da administração da justiça. Forma-se a Corte da Chancelaria (Court of Chancery), um corpo jurisdicional nitidamente diferenciado das Courts of common law, que iria se desenvolver em paralelo e até contra estas últimas (116).

Deste modo, nasce nas terras inglesas, como nascera em Roma o direito pretoriano, uma jurisdição de eqüidade, com a sensível distinção de que o ius civile e o ius praetorium eram exercitados pelo mesmo magistrado, e na Inglaterra dois aparelhos jurisdicionais concorrentes se estruturaram, entrando do mesmo de se defrontar e dando origem a passagens histó-

---

(116) Sobre a história apaixonante da Court of Chancery, v., breviter, H.G.Hanbury e R.H.Maudsley, Modern equity, London, Stevens & Lons, 1976, p. 3-15; v. também: A.K.Kiralfy, Potter's historical introduction to English law, cit., p. 569-603; R.J.Walker e M.G.Walker, The English legal system, cit., p. 29-41; Adriano Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa, cit., p. 530-546.

ricas que se incluem entre alguns dos momentos mais gloriosos da formação do direito e da consciência jurídica "ocidental" (117).

A equity, perpassada pelo espírito do direito canônico, considerava a falta à palavra dada nas convenções jurídicas (breach of contract) um pecado punível pela lei eclesiástica. Assim, e.g., reagiu contra as cortes do common law que não atribuíam qualquer tutela aos contratos verbais ou por instrumento particular, concedendo o primitivo writ of covenant

---

(117) O mais frisante desses episódios é talvez o que se passou em 10 de novembro de 1612, quando já vinham se defrontando, de um lado, Sir Edward Coke, Chief Justice da Court of Common Law Pleas — homem sem o qual grande parte da histórica do direito inglês seria impensável — e, de outro lado, o Lorde Chanceller Ellesmere, formidável campeão da equity. Naquela data os juízes ingleses foram chamados à presença do rei Jacques I, da dinastia Stuart, para o fito de que fosse resolvida uma disputa entre um tribunal recém-criado pelo monarca e a Court of Common Pleas. Em favor da posição do soberano, o Arcebispo de Canterbury, fazendo apelo às Sagradas Escrituras, sustentou a tese de que os juízes não mais eram do que delegados do rei e que, por conseqüência, este poderia julgar pessoalmente ou fazer julgar quem ou o que lhe aprouvesse. Por seu turno, Sir Edward Coke constestou que, não ao rei, mas às Cortes de Justiça, cabia julgar as causas civis e penais, segundo o direito e os costumes ingleses. Todavia, Jacques I objetou: "eu pensava que o direito se fundasse sobre a razão, e eu, como os outros, temos tanta razão quanto os juízes". Coke respondeu-lhe, então, que Sua Majestade havia recebido de Deus a razão natural, mas não o conhecimento do direito do reino. E acrescentou: "as causas concernentes à vida, às heranças, aos bens e às fortunas de Vossos súditos não se decidem segundo a razão natural, mas pela razão e pela lógica convenientes ao direito, o qual é uma arte, que exige muito estudo e muita experiência até que um homem possa dizer que a conhece". Indignado, o soberano acusou-o de traição pelo que havia dito, mas Coke, altaneiro, relembrou-lhe que, se o monarca não devia satisfações a nenhum homem, devia porém prestar contas a Deus e ao Direito. O corajoso magistrado foi destituído de seu altíssimo cargo, mas, nas palavras de Coke, já se afirmavam dois dos princípios cardeais do direito inglês: o poder estatal não pode interferir naquilo que respeita à vida e aos bens dos particulares, a não ser pelos modos autorizados pelo direito, e somente os juízes, em razão do poder a eles confiado pela tradição e com base na ars logica de que dispõem profissionalmente, têm a função de descobrir e revelar em suas sentenças o common law, isto é, as normas jurídicas não escritas da Inglaterra (cf. Adriano Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa, cit., p. 543-544).

somente quando o demandante estivesse munido de um contract under seal (118). Os Chanceleres, ao contrário, que estavam já imbuídos da construção canônica do princípio da fé jurada (pacta sunt servanda), consideravam o consentimento como a essência do contrato, e começaram a sancionar a quebra da palavra (breach of faith) de um modo que lhes pareceu ser o mais adequado para a proteção da higidez da alma dos homens (119). Com efeito, entendendo que a prestação do id quod interest não satisfazia aos ditames da consciência, e inspirando-se provavelmente na experiência das Ecclesiastical Courts, os Chanceleres começam a ordenar, aos devedores em contratos levados sob a sua jurisdição, que cumpram exatamente a avença, nos termos em que a assumiram. Esta forma de tutela dispensada aos credores contratuais, nascida sobretudo da idéia tipicamente canônicas que sobrepõe um "direito da consciência" (Equity acts in conscience) àquele das formas e procedimentos legais, recebeu o nome de specific performance (120).

---

(118) Cf. René David, Les contrats en droit anglais, cit., n. 24, p. 26.

(119) V, Ernest Barda, L'exécution specifique des contrats, cit., p. 58-59; A.K.R.Kiralfy na Potter's introduction, cit., p. 578, expressa o fato no seguinte modo: "The equity of the common law courts in the first period was wide and indefinite and included under it such ideas as justice and analogy. It was this that rendered it attentive rather to the external fact than to the mental state, or conscience. The Chancellors, on the other hand, tended naturally to decide their ideas from the conceptions of the canonists. These conceptions depended upon the theory that the law of God governed the universe, and hence His law and the law of nature and reason, wich was nearly synonymous, predominated over the rules of any State. A human law could not be valid in contradiction to divine law".

(120) É ampla a discussão sobre se a specific performance foi ou não uma criação original do Lorde Chanceler. Sir Edward Fry inclinou-se por atribuí-la ao direito canônico, sobretudo em face do texto das Decretais de Gregorio IX, que enunciavam: "Studiose agendum est ut ea quae promittuntur opere compleantur (liv. 1, tit. 36, cap. 3). "These materials make it probable that from early times the Courts Christian enforced the specific execution of contracts in wich the

3. O Chanceler — perante o qual compareciam os credores completamente desprotegidos pelo common law ou neste apenas socorridos por uma ação de perdas e danos — examinava se efetivamente ocorrera a quebra do contrato e, uma vez convencido do fato alegado, dispunha de dois modos para exercer o seu poder eqüitativo. Pelo primeiro, atribuía à parte lesada um writ para que esta exercesse o seu direito à prestação específica junto aos próprios tribunais de common law.

O segundo desses modos, que, afinal, prevaleceu completamente sobre o primeiro, consistia na emanação de uma ordem de comparecimento ao devedor para que, presentes ao processo ambas as partes, o litígio fosse resolvido. Para assegurar o comparecimento do devedor citado, as ordens do Chanceler eram emitidas mediante o writ of subpoena: o destinatário do mandado devia obedecer sob pena de multa ou de prisão.

---

re was an oath or fidei interpositio: that this jurisdiction was narrowed and perhaps almost extinguished by the pressure of the writ of prohibition from the King's Court: and that the ecclesiastical Chancellor found in the Chancery a means of reviving a like jurisdiction, the writ of subpoena taking the place of excommunication" (cf. Fry, A treatise on specific performance, cit., § 33, p. 15-16; sobre o writ of subpoena v. o seguimento do texto). Pollock e Maitland são de opinião semelhante: "The more we read of the thirteenth century, the fewer will seem to us the new ideas that were introduced by the chancellors of the later middle ages" (cf. The history of English law before the time of Edward I, cit., v. 2, p. 595). Para eles, a história do contrato no direito inglês tende a mostrar que a outorga jurisdicional da specific performance é tão antiga quanto a própria condenação ao id quod interest devido pela inexecução contratual. Em abono desse ponto de vista citam um caso no qual uma das velhas Cortes locais determinava a um homem que servisse a um outro (cf. ob. cit., loc. cit.). A hipótese não é de desprezar-se, inclusive na tradição luso-brasileira, porquanto, nas Ordenações Filipinas, liv. 4, tit. 34, consta a seguinte norma: "... E se o que stá por soldada, deixar o senhor, antes que acabe o tempo de serviço, sem culpa do senhor, (...) se lhe ainda não tinha paga a soldada, não será obrigado a lha pagar, e será constrangido pelas Justiças, onde quer que stiver, que venha acabar de servir" (cf. Cândido Mendes de Almeida, Código Philipino, Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 811).

Não obstante alongada, é de toda a utilidade a transcrição desta síntese do procedimento primitivo na Chancery Court.

"A petition originally in Anglo-Norman and after Henry V in English, was presented to the Chancellor praying his interference. Occasionally the petitions may have been oral, and reduced to writing in court. These petitions were normally endorsed with pledges to prosecute as in the Bills of Eyre, and a statute of 1394 required these pledges in order that the Chancellor might be able to award damages and costs where the allegation proved to be untrue.

The object of the petition was to commence proceedings by obtnaining a writ to compel the attendance of the defendant, or occasionally to seek his arrest. This writ was normally the subpoena and if the defendant failed to appear he was certainly punished and probably arrested and brought before the Chancellor. The subpoena dates from about 1330, and was a development of the writ of Certis de Causis. It gave no indication of the nature of the complaint, though the defendant, on appearance, would be given time for his defence.

(...)

The defendant would normally appear to the writ of subpoena. In early days he would attend personally at the Chancery on the day named, though later the appearence became a formality, being simply an entry on the record. At the time when his appearence was personal his answer to the petition would be an oral statement, upon wich he would then be subjected to a viva voce examination by the Chancellor or his deputy. At such a hearing the petitioner would doubtless be pre

sent, and also questioned where occasion demanded. At the end of the examination the Chancellor would thereupon deliver judgement, so that pleadings would be unnecessary. Such a procedure was rapid, and this accounts for the absence of adequate records" (121).

Se, após o julgamento e a prolação do decree of specific performance (122), o devedor perseverasse na inexecução e portanto no seu pecado contra a justiça, o Chanceler mandava aprisioná-lo, durante todo o tempo necessário a que o mesmo devedor, depois da desejável meditação sobre o acinte cometido, chegasse ao... arrependimento, e anunciasse o seu intento de cumprir a obrigação (123).

É preciso acrescentar que essa atuação da Court of Chancery devia pautar-se pela obediência a duas máximas que a qualificam como jurisdição especial. Conforme a primeira des-

---

(121) A.K.R.Kiralfy, Potter's introduction to English law, cit., p. 579-580.

(122) Este julgamento, em virtude da máxima segundo a qual equity acts in personam, explicada em seqüência no texto, não se considera in rem. Fala-se, por isto, em decrees in personam (v. infra, nota 124).

(123) Como se sabe, ainda hoje "Refusal to comply with the order is a contempt of court punishable by imprisonment" (Handbury e Maudsley, Modern equity, cit., p. 33, nota 9).V., sobre o contempt of court, no quadro da chamada execução processual indireta, do civil law, Luigi Ferrara, L'esecuzione processuale indiretta, Napoli, Jovene, 1915, n. 32-33, p. 75-76 e n. 89-91, p. 159-162: "... il reato di 'contempt of court', consiste nel dispregio della decisione al magistrato con la quale veniva ordinata la 'specific performance', e si risolve in una tutela dell'interesse privato per l'adempimento preciso dell'obbligazione riaffermata in giudizio" (p. 160). Sobre uma igual possibilidade do juiz, no ius commune continental, v. ob. cit., n. 15: "Quod licet iudex procedat ad ulteriora, in quantum causae patitur, nihilominus potest iudex inobedientiam contumacem excomunicare, in quantum eum contempsit et sic processus ad ulteriora non excludit facultatem mulctandi propter contumaciam" (Panormitanus, ad C. 8, X, de dolo et contumacia, apud Ferrara, ob. e n. cits., p. 38, onde se nota que aquela contemptio já preludiava o direito inglês).

s máximas, equity follows the law; diz a segunda que equity
cts in personam. O significado conjunto dessas máximas está
em que não pode o Chanceler (em tese) atribuir novos remédios
rocessuais às pretensões positivamente tuteláveis pelo com-
on law, nem pode modificar ou ignorar os direitos subjetivos
já reconhecidos pelo mesmo direito comum. Mas pode agir direta
mente sobre a pessoa do obrigado, constrangendo-o à prática
do ato devido, mesmo se o objeto do contrato estiver fora da
jurisdição territorial da corte. Com o resultado que deste mo
do se obtém, não se cria formalmente uma regra de direito ma-
terial nem se interfere com os procedimentos do common law,
razão pela qual a situação jurídica nova é destituída de efi-
cácia diante deste último. Mas nem por isso é menos jurídica
porque encontra supedâneo nas regras emandas do Tribunal espe
cial e está coberta pela sua proteção (124).

4. Entre as pessoas que se dirigiam ao Chanceler em busca de socorro para as suas pretensões não reco nhecidas ou não tuteláveis adequadamente pelo common law, mui tas eram as que haviam contratado com terceiros sem entretan- to cuidarem de confeccionar os instrumentos negociais em obe- diência às solenidades exigidas. O Lord Keeper, que perscruta va as consciências de seus jurisdicionados, não poderia acei- tar nem permitir que uma pessoa pudesse macular-se moralmen

(124) Cf. R.J.Walker e M.G.Walker, The English legal system, cit., p. 34; Adriano Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa, cit., p. 537-538. "A decree of specific performance issues against the individual defendant. If the defendant is within the jurisdiction of the court and can be personally compelled to carry out his obligation, the court may order to him to do so even though the subject-matter of the contract is outside the jurisdiction of the court" (Handbury e Maudsley, Modern equity, cit., p. 33).

te, deixando de executar aquilo a que se comprometera. Para impedir este inconveniente a specific performance afigurou-se lhe como o remédio de todo em todo apropriado, e ele entrou de aplicá-lo depois de restar convencido da existência do direito cujo reconhecimento era solicitado, sem se preocupar, inicialmente, com os pré-requisitos formais que devessem revesti-lo aos olhos do common law (125).

Sempre que o vendedor, ou o comprador, depois de prometer, num contrato preparatório, a transferência ulterior da propriedade imóvel por meio de um conveyance deed, se recusasse a confeccioná-lo, seria constrangido a fazê-lo, muito embora falhassem os requisitos formais necessários ao primeiro negócio.

Evidentemente, esta abertura precipitou as artimanhas e os falsos testemunhos, e, no século XV, o Statute of Frauds (1676) foi promulgado para o fim de pôr um paradeiro àqueles abusos. Nos termos da Section 4 dessa lei, a proteção jurídica (in law ou in equity) de um contrato de venda de terra ou de cessão de herança, ou de qualquer outro direito vertente sobre esses bens, dependia do seu prévio estabelecimento por escrito, ainda em memorandum ou anotação, elaborado e assinado pelo réu ou por outra pesssoa devidamente legitimada para estar em seu lugar (126).

---

(125) "In contracts for the sale of land it was observed, even during the sixteenth century, that a contract for sale did not pass a title to the land as a similar contract for sale did in the case of chattels. Herein lay considerable hardship, because damages were no adequate remedy, wich was a ground on wich suits were being dismissed. So, the court began definitely to enforce this type of contract, including covenants in marriage settlements to bring property into settlement" (A.K.Kiralfy, Potter's introduction to English law, cit., p. 626).

(126) V. René David, Les contrats en droit anglais, cit., n. 291, p. 269-270.

Deste modo descartava-se a prova testemunhal naqueles contratos, considerados imobiliários. Mas se o Statute of Frauds conseguiu dominuir e até conter as provas dolosamente administradas, favoreceu, por outro lado, àqueles que de má fé se recusavam a cumprir o contrato preparatório alegando simplesmente a respectiva deficiência de forma. Muitas vezes a outra parte sofria com esta mera alegação um enorme e irreparável prejuízo por causa do encadeamento de medidas outras, de ordem prática ou negocial, que organizara em confiança no implemento da promessa. Essa injustiça objetiva motivou a rápida expansão da specific performance, porém com diversos e sábios temperamentos, que já se notam no século XVIII.

Dentre esses temperamentos, que aliás foram se consolidando em várias rules, extraídas da reiteração dos casos, é de toda oportunidade neste ponto evidenciar dois. O primeiro deles, atinente à teoria geral da specific performance, é limitado pelo segundo que, embora não se circunscreva ao cumprimento em espécie do executory contract for sale of land, tem muito a ver com ele.

Consoante a primeira dessas regras, considera-se dentro no poder discricionário do Chanceler a concessão ou não da specific performance. Uma discricionariedade ampla fora compreensível nos primeiros tempos, em que o Lord Keeper ainda estava a lançar as pedras fundamentais do instituto, mas a acumulação das espécies resolvidas e o peso específico atribuído aos precedentes na Court of Chancery passaram a condicionar aquele poder, tornando-se inclusive obrigatória em certos casos a autorização para que o demandante obtivesse a providência em questão (127). De qualquer forma, é preciso que

---

(127) Sir Edward Fry, A treatise on specific performance, cit., § 46, p. 19-20. Este argumento será retomado

as circunstâncias da specific performance não vão redundar em conseqüências piores do que as que poderiam advir da inexecução: "where the enforced performance of the contract would be worse than its non-performance" (128).

A segunda regra somente permite a atribuição da eficácia executiva ao contrato preparatório verbalmente ajustado nos casos em que o demandante provar que o demandado já cumpriu parcialmente a prestação ou prestações que lhe toquem (part performance) (129). Esta é uma regra deixada intacta até o presente, inclusive porque o importantíssimo Law of Property Act, de 1925, e em pleno vigor, retomando a orientação do antigo (e regovado) Statute of Frauds, dispõe (Section 40):

"(1) No action may be brought upon any contract for the sale or other disposition of the land or any interest in land, unless the agreement upon wich action is brought, or some memorandum or note thereof, is in writing, and signed by the party to be charged or by some other person thereunto by him lawfully authorised.

(2) This section applies to contracts whether made before or after commencement of this Act and does not affect the law relating to part performance, or sales by the court" (130).

A verdade é que desde muito tempo, em face da execução dos contracts for sale of land, o direito inglês saltou à frente do civil law, compreendendo, como até pouco não usavam a legislação e a teoria de origem continental, que "Each pie-

---

(128) Fry, ob. cit., § 348, p. 22.

(129) Handbury e Maudsley, Modern equity, cit., p. 32: "Specific performance is available not only where the common law remedy is inadequate, but in one situation also where there is no common law remedy at all, as in the case of an oral contract for the sale of land, supported only by acts of part performance" (grifos não originais).

(130) Apud Handbury e Maudsley, ob. cit., p. 34; grifos não-originais.

ce of land is unique, and it is accepted as a general rule that an award of damages is not adequate compensation for the purchaser or lesser" (131).

Para além dessas hipóteses, "The court, treating each party equally, will also give specific performance to the vendor or lessor, although a monetary payment would in most circumstances be adequate compensation" (132).

Hoje, se o vendedor "fails to comply with the decree, the purchaser may apply to the court for an order nominating some person to execute the conveyance in the vendor's name" (133).

5. Este excurso, conscientemente alongado, sobre os executory contracts e a specific performance, tem a ver com algumas das proposições que serão expendidas mais à frente como tentativa de contribuição do autor deste escrito para a disciplina da execução processual dos contratos preliminares (infra, capítulo terceiro).

A explanação levada a efeito nesta parte do trabalho não insistiu sobre uma eventual similaridade de tratamento material ministrado pela tradição do direito inglês àquelas figuras negociais que, dentro nos seus moldes, aproximam-se à idéia geral que faz o civil law acerca dos contratos preliminares. Em verdade, ressalte-se, uma tal insistência não teria justificativa maior. Mais de uma vez, realmente, alertou-se para o fato de que, no direito inglês, somente se reconhece vinculatividade contratual às convenções ou acordos prelimina

(131) Handbury e Maudsley, ob. cit., p. 40.

(132) Idem, ibidem; grifos não-originais.

....

res quando estes, manifestamente ou por construction of the court, possam ser qualificados como contratos, dotados de um suficiente teor de integralização que dispensa a realização de um negócio posterior, o qual, embora previsto e concertado pelas partes, em seu conteúdo ou em sua função, de modo mais ou menos completo, é desirable but not essential. Ora, uma construção como esta é a antítese do contrato preliminar concebido como negócio constitutivo de uma ulterior "obrigação de contrahendo" (134).

Nos casos de contract for agreement for sale, o que se executa é simplesmente a obrigação de transferir o direito imobiliário, por intermédio do conveyance deed que, enquanto negócio devido, funda-se no contrato antecedente, a cuja força obrigatória plena acrescenta a eficácia real. A função negocial do conveyance deed, a sua formação unilateral por excelência e o seu caráter abstrato explicam-se pela respectiva inserção numa ordem jurídica em que o registro da propriedade (lato sensu) imobiliária não desempenha papel preponderante. Como foi visto, há várias razões que fazem sustentável até mesmo a recusa de subsumi-lo ao modelo contratual do civil law. De qualquer forma, não se pode pretender enquadrá-lo na categoria dos contratos definitivos por oposição ao contract for agreement for sale, que seria preliminar, pois neste já se corporificam os direitos e obrigações próprios à compra e venda, remanescendo apenas o negócio solene que serve para a

---

(134) Conquanto de modo lacônico ou mesmo inexplícito, é isto que se pode depreender da resposta de Roderick Munday à pergunta "Qu'est-ce qu'une promesse de contrat, un avant contrat?", formulada na pesquisa dirigida por René Rodiere em prol da harmonização do direito negocial nos países participantes do Mercado Comum Europeu (cf. La formation du contrat, Paris, Editions A.Pedone, 1976, p. 78; Roderick Munday foi o encarregado de responder sobre o direito da Inglaterra e o da Irlanda).

transferência do direito dito real na tradição das ordens jurídicas originadas do ius commune.

O que é de fato surpreendente no direito inglês é a energia que a ordenação jurídica predispõe para assegurar tais desdobramentos da relação contratual, devido a um contexto cultural que não vacila em reprimir o descumprimento do contrato com a conseqüente frustração (no sentido técnico-jurídico da palavra inglesa frustration) da parte lesada pela inexecução. O direito inglês efetivamente não pode ser acusado de marcar a mesma "simpatia curiosa" pelo devedor, que as legislações do civil law revelam, talvez pela não menos curiosa e até certo ponto compreensível associação das idéias de dívida, pobreza e perseguição (135).

Em Inglaterra domina o objetivo da proteção e da realização do contrato de boa fé, e todos os meios conducentes a esses fins são tidos como bons, ressalvados aqueles que o sentimento jurídico do país refuga, por serem desumanos ou não razoáveis. Os juristas ingleses, aliás, não se escusam de alardear a superioridade de seu sistema. No famoso caso Lumley v. Wagner as palavras proferidas pelo Lord Chancellor St. Leonards não deixam dúvidas: "O exercício desta jurisdição — isto é, a da Chancery Court — teve, segundo acredito, uma influência salutar sobre a manutenção da boa fé que existe neste país em grau talvez muito maior do que em qualquer outro"

---

(135) Cf. as observações perspicazes de Ernest Barda L'exécution spécifique des contrats, cit., p. 119-121, e também a seguinte passagem: "Nous considérons qu'au point de vue social, il est beaucoup plus scandaleux — et le scandale sera d'autant plus grand que la personne sera plus connue et plus populaire — qu'une personne puisse rompre à son gré un contrat, que si cette personne même fut contrainte manu militari à ne pas violer son engagement. D'ailleurs, généralement, la menace de cette contrainte suffirait pour faire respecter l'ordre du juge" (ob. cit., p. 100-101, nota 2).

(136).

É este um dado cultural, de um civilização poderosa que — não por casualidade — aqui também se aproxima da romana, sendo estes dois povos — o romano e o inglês — aqueles que, ao longo dos séculos, criaram impérios mundiais de grande duração e mostraram dotes especiais para o direito privado, "coincidencia esta, que aunque tal vez no pueda explicarse, no es lícito silenciar" (137).

Trata-se, entretanto, de modelos culturais que não podem ser copiados ou transplantados, conforme aliás já se advertiu (cf. retro, § 9, n. 4, in fine). Nem há negar as profundas dessemelhanças que subsistem entre o processo de execução vigente no país e a specific performance, com as suas respectivas bases teóricas, ministradas pelas correspondentes ideologias jurídicas.

Isso não obstante, afigura-se extremamente proveitoso o conhecimento dos princípios que desde o século XV vêm constituindo a rede de precedentes que circunscrevem e orientam o juiz inglês na aplicação da specific performance, a

---

(136) Apud Ernest Barda, ob. cit., p. 121. O caso de Lumley v. Wagner é tão emblemático que merece ser sumariado: a senhorita Wagner comprometeu-se com o senhor Lumley, proprietário do famoso Covent Garden, a cantar neste teatro, em certas sessões, durante um determinado lapso de tempo, bem como a não apresentar-se, no mesmo período, em nenhum outro palco de Londres. Contudo, por uma remuneração mais elevada, contratou a sua apresentação em outro teatro, durante o mesmo período. Lumley ingressou em juízo pleiteando o cumprimento do seu contrato, mas a Chancery Court, entendendo que não poderia determinar a specific performance da parte positiva do negócio, uma vez que isto implicaria uma pressão intolerável sobre a pessoa da ré, emanou porém uma injunction, ordenando à senhorita Wagner que se abstivesse de cantar noutro teatro que não o Covent Garden, durante todo o prazo previsto no primeiro contrato (cf. Handbury e Maudsley, Modern equity, cit., p. 45-47, e Ernest Barda, ob. cit., p. 130-131).

(137) Paul Koschaker, Europa y derecho romano, cit., p. 133.

qual, diversamente da execução forçada das obrigações in gene re, do Código de Processo Civil (Liv. II, tit. II) e do civil law, sempre se orientou para o cumprimento específico dos contratos, ensejando assim a acumulação de um material que, mutatis mutandis, o juiz "continental" está longe de possuir.

Eis porque parece ser legítima a expectativa do autor no sentido que o conhecimento, pelo juiz nacional, de alguns daqueles princípios, decantados por uma longa experiência especificamente jurisdicional, possa ajudá-lo a desincumbir-se de sua função, em harmonia com a administração justiça, que a espécie inspira e requer, dentro das injunções do próprio sistema jurídico.

Esse aliás é o sentido dasinvestigações históricas e comparativas. Realmente, como se pretende confirmar no âmbito deste trabalho, em especial no seu capítulo terceiro, "o legislador, se se pode orgulhar de controlar o desenvolvimento do direito, não pode *pretender regular todos os detalhes*. Ele remete necessariamente a sua aplicação a outros, juristas e juízes, e concede muitas vezes mesmo, de modo deliberado, uma ampla latitude a estes para se pronunciarem, no quadro de certas fórmulas gerais que são voluntariamente ou por necessidade imprecisas. O direito comparado pode ser utilizado de modo completamente legítimo, para guiar os juristas na interpretação destas fórmulas" (138).

---

(138) René David, Os grandes sistemas do direito contemporâneo, cit., m. 5, p. 15-16.

§ 11
As promessas de contratar nas Ordenações portuguesas

1. O tema dos contratos preliminares, ou, como preferem os modernos juristas lusos, dos contratos promessa, desde muito tempo está a merecer um estudo monográfico que possa deslindar o seu real conspecto e fronteiras no âmbito do direito português, precedente e coevo às Ordenações do Reino. Não é o que se pretende nesta sede, nem, com certeza, poderia o autor, dentro de suas limitações, atender àquele desiderato. Mas, por outro lado, não poderia igualmente deixar de enfrentar alguns aspectos da matéria, em especial aqueles que têm sido examinados pela doutrina brasileira, que, dadas vezes, sem maior averiguação, têm aventado proposições que a investigação direta das fontes não confirma, se é que não desmente.

Isso nada obstante, esses alvitres, sob reserva ou sem ela, vêm sendo repetidos, com prejuízo para a realidade histórica, muitas vezes meridianamente exposta na literalidade dos documentos legislativos e na correspondente doutrina dos autores do tempo. Daí a necessidade de que, para cada uma das três memoráveis Ordenações, seja conveniente a perquirição do tema a partir dos próprios enunciados normativos, que, por comodidade de estudo, previamente se reproduzem a seguir (139).

---

(139) O autor, conscientemente, deixa de abordar, nesta tese, os períodos do direito português anteriores à época das Ordenações do Reino. Trata-se, não há negar, de uma lacuna, que todavia encontra talvez uma pequena escusa na falta objetiva de material de estudo concernente àqueles períodos. Por outro lado, o rumo destes lineamentos históricos tende ao estabelecimento da formação, no direito brasileiro, da disciplina dos contratos preliminares e, quanto a esta, a tradição fundamental parece que se concentra naquelas Ordenações. Cf., sobre a periodificação do direito português, Marcello Caetano, História do direito português, Lisboa - São Paulo, Editorial

2. Nas Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V, possivelmente concluídas no segundo semestre de 1446 ou no primeiro de 1447 e cujo termo inicial de vigência não tem data comprovada (140), a sedes materiae encontra-se no Livro IV, título 57, verbis:

"Do que prometeo fazer Estromento pruvico, e despois se arrepende, e o nome quer fazer.

ElRey Dom Donis da famosa e esclarecida memória em seu tempo fez Lei em esta forma, que se segue.

1 Diz o Direito, que se dous hommeẽs fazem algum contrauto d'aveença, ou de venda, e ficaõ pera fazer Estromento de Certidooẽ, aquelle, que ouver de fazer o Estromento, se possa quitar, se quiser, antes que o Estromento faça.

(...)

3 A QUAL Ley vista per Nós, adendo e declarando acerca da primeira parte, nonde falla daquelle que prometeo de fazer Escriptura d'algum contrauto, que se pode arrepender ante que faça o Estromento, Dizemos, e Declaramos, que esto averá lugar, quando o contrauto fosse tal, que segundo direito nom podesse valer sem Escriptura, assi que a Escriptura seja da substancia desse contrauto: assi como nos contrautos, que se devem fazer, e ensinuar perante o Juiz, e em o contrauto infitiotico, quando se faz d'alguã cousa Ecclesiastica, ou em outros casos semelhantes, e que segundo direito som de semelhante qualidade e condiçom.

---

(140) Cf. Marcello Caetano, ob. cit., m. 146, p.534-535; Nuno Espinosa Gomes da Silva, História do direito português, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, p. 350-351; Guilherme Braga da Cruz, O direito na história do direito português, Coimbra, 1975 (Separata da Revista Portuguesa de História, t. 14) p. 214, nota 47, compartilha a opinião de que as Ordenações Afonsinas adquiriram vis legislativa ainda em 1446 "mais provavelmente em 1447".

4 OUTRO SY póde aver lugar quando as partes ambas, ou cada huã dellas dissessem expressamente, que sua voontade era tal contrauto se fazer per Escriptura, e que d'outra guisa nom valesse, ou posto que assi expressamente nom dissessem, podesse-se entender per algum modo, que sua voontade era tal, que sem Escriptura nom valesse: assi como acontece quando alguns Reix, ou Grandes Senhores antre sy querem trautar paz, e d'huã parte aa outra per Escripto declaram suas voontades, antes que sejam concertados em huã teençom, e des que per seus escriptos se concordam, firmam suas conveenças per Escriptura: em tal caso razoadamente e segundo direito se deve entender, que aquelles, que per escripto trataram sempre sua conveença, e nom per palavra, que sua vontade era seer o contrauto em escripto celebrado. E pode-se poer outro eixemplo semelhante, quando alguãs partes querem fazer alguã conveença e dizem que aquella conveença lhes praz de se fazer em escripto; ainda que expressamente nom digam que nom valha em outra maneira, hi se deve entender, porque em escripto se chama quando a Escriptura he da sustancia do contrato, ou conveença; e por tanto em todos estes casos e outros semelhantes esta conveença nom tem firmidooẽ, nem póde valer, senom des que a Escriptura he feita, e leuda, e assinada pelas partes; e por esta razom, segundo direito, cada huã das partes se póde afastar fora, ante que firme essa conveença per seu assinamento.

5 E SE as partes fezessem alguã conveença, a qual firmassem antre si, e despois que assi antre elles fosse firmada simpresmente, dissessem que fossem fazer Escriptura, em tal caso Dizemos, que se as partes huã vez fezerom, e firmáram sua conveença, que nom se podem mais afastar a fora per razom desta Lei, se lhe outro algum remedio de direito nom va

lesse; porque em tal caso a Escriptura nom he da essencia do contrauto, mais soomente he pera provar como essas partes contrataram.

6 E POR tanto Dizemos, que se alguã das partes dissesse, que a outra ficou a fazer Escriptura desse contrauto, e despois lha nom quiz fazer, e por tanto ho nom pode provar per Escriptura, nom será recebuda tal prova per testemunhas, nem ouvido per tal razom em Juizo: salvo se o quizer leixar em juramento da outra parte, e a cousa, sobre que for a demanda, passar a conthia da Hordenaçom; ca em outro modo se faria engano contra a dita Hordenaçom, o que nom devemos consentir em nenhum caso" (141).

O primeiro dado que o intérprete constata, a partir da mera leitura dessa lei de Dom Diniz, é o da sua inequívoca filiação à constituição de 528 inserta por Justiniano no Codex, 4, 21, 17, cuja vigência fora conservada pela glosa, com alguns acréscimos de distinção, sobretudo entre as formas especiais ad substantiam e ad probationem (cf. retro, § 9, n. 1). Ora, trabalhando-se consoante esses fundamentos, pode-se tentar extrair o núcleo normativo do texto em exame, mediante a formulação dos seguintes enunciados:

(a) segundo o direito romano, quando os figurantes de um contrato de venda ou de algum outro contrato ficam para fazer instrumento público (142) do negócio,

---

(141) Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1792, v. 4, p. 203-206. Essa edição, que ainda hoje é a única que se fez do diploma afonsino, por "resolução de S. Magestade de 2 de setembro de 1786", deve-se aos cuidados do lente Luis Joaquim Corrêa da Silva, que para ela escreveu uma importante prefação (v. Guilherme Braga da Cruz, ob. cit., loc. cit.).

(142) A Ordenação Afonsina fala claramente em "Estromento pruvico"; as posteriores dirão simplesmente "escriptura" (Ordenação Manuelina) ou "scriptura" (Ordenação Filipina). Mas o significado é o mesmo. "Em accepção mais especial

aquele que houver de fazê-lo pode livremente arrepender-se da convença (143) antes que o instrumento seja confeccionado;

(b) esta norma tem lugar quando o contrato não possa "valer sem escritura", de modo que a escritura é da "substância" do contrato, como naqueles que se devem fazer e insinuar perante a autoridade judiciária e no contrato enfiteûtico de coisa eclesiástica, bem como em casos outros que, segundo as normas vigentes, são de qualidade semelhante;

(c) a mesma norma também se aplica quando ambos os figurantes ou algum deles disser expressamente que é de sua vontade fazer-se por escrito público o contrato, ou, mesmo que não o digam de modo expresso, assim seja possível entender-se, pois, razoavelmente, segundo o direito vigente, é de se presumir que aqueles os quais trataram sempre por escrito os seus ajustes queiram também por escrito o resultado afinal alcançado;

(d) nas hipóteses anteriores (sob c) e noutras semelhantes, a convenção precedente não tem "firmeza" nem "validade", até que a escritura seja feita, lida, e assinada pelas partes, razão por que cada uma delas pode demitir-se da convenção, antes que a torne firme com a própria assinatura;

(e) contudo, se as partes fizerem alguma convenção, tornando-a firme (144) entre si, e depois digam

---

quim José Caetano Pereira e Souza, Primeiras linhas sobre o processo civil, Lisboa, Typographia Rollandiana, 1858, t. 1, nota 449, p. 165. O instrumento particular se diz "escrito", simplesmente.

(143) A palavra convença, no português antigo, tem dois significados, o primeiro "Vem do latino convenire, trazer alguém perante o juiz". O segundo significa "convenção, composição, pacto" (cf. Viterbo, Elucidário, cit., v. 2, verbetes convença[1] e convença[2], p. 131-132). Evidentemente, é neste segundo significado que o empregam as Ordenações no passo em exame.

(144) "... esta conveença nom teem firmidooẽ", diz a

que a fárão por escritura, a convenção assim ajustada não permite o arrependimento, porque nesse caso a escritura não é da "essência" do contrato, destinando-se apenas a provar o modo pelo qual os figurantes contrataram; ressalva-se entretanto que, em face das particularidades do contrato, possa o contraente, que se quer arrepender, invocar em seu favor "outro algum remédio de direito", como sucederia, se, no momento da avença inicial, houvesse dado arras penitenciais, cuja perda ou devolução em dobro, em favor da contraparte, tornaria legítimo o afastamento (145).

(f) e, se alguma das partes depois alegar que a outra ficou de lhe outorgar a escritura do contrato já firmado, negando-se posteriormente a fazê-lo, razão pela qual não pode provar mediante escrito o contrato anterior, proíbe-se que seja ouvida em juízo, caso pretenda fazer prova apenas testemunhal do negócio, quando este houver recaído sobre objeto (coisa ou quantia) que somente possa ser provado por escritura;

Ordenação. A palavra significa firmeza, valor, permanência. "Em os nossos antigos documentos, se acha, a cada passo: Facta firmitudinis Carta, para nos dizerem que aquele instrumento por nenhum princípio seria quebrantado mas antes permaneceria para todo tempo firme e valioso" (Cf. Fr. Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, Elucidário das palavras, termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram, Porto - Lisboa, Livraria Civilizaçao, 1966, v. 2, verbete Firmidoem, p. 273; edição crítica por Mário Fiuza). Portanto, dizer-se, como também o farão as Ordenações Filipinas, IV, 19, § 1, que a "convença não tem firmeza alguma" é o mesmo que declará-la não-obrigatória, conforme, aliás, com outros argumentos, se procura mostrar no texto, infra, n. 7, neste mesmo parágrafo.

(145) Cf. Ordenações Afonsinas, IV, 35, "1 E DIZEMOS, que no caso honde o comprador e o vendedor ouvessem acordada, e firmada sua venda e compra de certa cousa por certo preço, e o comprador desse logo de sinal certo dinheiro ao vendedor, que se chama em direito arra, per segurança da dita compra, em tal caso se esse comprador se arrepender, e quizer afastar do dito contrauto, podelo-á bem fazer, mais perderá o dinheiro que assy deu em signal, como dito he: e bem assy dizemos, que se o dito vendedor, que assy o dito signal recebeo do comprador, se quizer arrepender, e afastar da dita venda, podelo-á bem fazer, mais tornará ao comprador todo o dinheiro, que delle recebeo em signal, com outro tanto. E esta

(g) admite-se, porêm, que o demandante deixe em juramento decisório da outra parte o objeto da demanda, resolvendo-se assim a questão, pois cuida-se, na hipótese, de contrato que, para valer, não depende de instrumento público (146).

Melhor do que passar à imediata discriminação dos significados, das conseqüências e das discussões que encerra e provoca este feixe de proposições normativas, é conhecer, primeiro, as regras que se lhe seguiram e o teor das modificações introduzidas, discutindo-se, depois, o alcance do conjunto.

3. Isto posto, transcreve-se em seqüência a íntegra do título 36, do Livro IV das Ordenações do Senhor Rey D. Manuel, cuja edição definitiva data de 1521 (147):

"Do que prometeo fazer escriptura dalguũ contracto e

---

pena lhe derom os que estabeleceram as Leyx Imperiaes ao dito comprador, porque nom quizerom confirar da provisom que os Direitos aviam estabelecida acêrca da perfeiçom do dito contrauto, e quiseram usar d'outra nove provisom, a saber, de dar e receber o dito signal, como dito he".

(146) Com peculiar clareza dizia Coelho da Rocha que "Juramento é o cato, pelo qual se toma a Deus por testemunha da verdade do que se allega. (...) Diz-se juramento decisório, ou voluntário, aquelle em que uma das partes defere, ou refere a outra, para por ella decidir o litígio. (...) O juramento decisório emprega-se principalmente na acção, chamada de juramento de alma, na qual o autor demanda directamente o réu, para que venha em audiência declarar, debaixo de juramento, a verdade da obrigação, com a cominação de ser condemnado pelo juramento d'elle autor" (cf. M.A.Coelho da Rocha, Instituições de direito civil portuguez, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886, t. 1, §§ 179, 180 e 181, p. 121-122). V. também Paschoal José de Mello Freire, Institutiones iure civilis Lusitani, Coimbra, Ex Typis Academicis, 1853, t. 4, tit. XIX, § 2, e Pereira e Souza, Primeiras linhas sobre o processo civil, cit., t. 1, § 235, nota 497, p. 211.

(147) Cf. Nuno Espinosa Gomes da Silva, História do direito português, cit., p. 370-378; Guilherme Braga da Cruz, O direito subsidiário na história do direito português, cit., p. 223, nota 59.

despois se arrependeo, e a nom quer fazer. E assi da
quelle que confessa o que lhe he deixado em seu jura
mento com alguã qualidade.

SE algũas pessoas fezerem alguũ contracto de venda, cu doutra qualquer conuença, e ficarem pera fazer escriptura desse contracto, ante que se tal escriptura faça, pode-se arrepender aquele que a escriptura auia de fazer, e arredar de dita conuença. E esto auerá luguar, quando o contracto for tal que segundo Dereito nom possa valer sem escriptura, e que a escriptura seja de substancia do contracto, assim como nos contractos que se deuem fazer, e insinuar, e em o contracto infitiotico da cousa Ecclesiastica, e em outros que segundo Dereito sam de semelhante qualidade e condiçam.

1 OUTRO SI auerá lugar quando as partes ou cada huã dellas dissessem expressamente, que sua vontade he que tal contracto se faça por escriptura, e que doutra guisa non valesse; ou posto que o expressamente nom dissessem, que por alguũ modo se podesse entender que sua vontade era tal que sem escripto nom valesse, assi como acontece quando alguũs grandes Senhores antre si, querem trautar algũa conuemça, e de huã parte a outra declaram por escrito suas vontades ante que sejam concertados em huã tençam, e despois que por seus escriptos se concordam, firmam suas conuenças por escriptura,em tal caso deue-se por Dereito entender, que aqueles que per escripto trautaram sempre sua conuença, e nom per palaura, que sua vontade era seer o contracto em escripto celebrado. E pode-se poer outro exemplo quando as partes querem fazer algũa conuença em escripto, posto que expressamente nom digam que nom valha em outra maneira, assi se deue entender; porque em escripto se chama quando a escriptura he da substancia do contracto ou conuenca; e por tanto em todos estes casos, e ou-

tros semelhantes, a conuença non tem firmidam algũa, nem pode valer nem obriguar as partes, senam despois que a escriptura he feita, e leuda, e assinada polas partes; pleo qual por Dereito cada huá das partes se pode afastar afóra, antes que firme essa conuença por seu assinado.

2 E QUANDO as partes afirmassem entre si algũa conuença de que a escriptura nom for de substancia do contracto, posto que despois de a terem simpresmente affirmada dissessem, que fossem fazer escriptura, sendo a causa sobre que se fez a conuença ou a contia tal, que segundo Nossas Ordenaçõe se nom possa provar senam por escriptura pubrica, em tal caso se a parte confessar que a dita conuença foi antre elles affirmada, será constrangida a fazer escriptura de tal conuença. E se a parte neguar que antre elles nom foi feita tal conuença, e por conseguinte que lhe nom ficou fazer escriptura, e a outra parte disser que quer prouar por testemunhas como lhe ficou de fazer dita escriptura do contracto que diz antre elles seer feito, em tal caso nom será ouuido em Juizo sobre tal razam, saluo se quiser leixar em juramento da outra parte a cousa sobre que for a demanda, porque em outra maneira ligeiramente se faria enguano contra a Ordenaçam Das prouas que se ham de fazer por escriptura pubrica.

3 E MANDAMOS que assi neste caso, como em qualquer outro de qualquer contia ou qualidade que seja, onde for leixado por juramento da parte qualquer cousa sobre que for contenda, e a parte que assi jurar confessar o que lhe assi he leixado em seu juramento seer verdade, e poser algũa qualidade que concluda elle nom seer obriguado ao por que he demandado, ou ao porque o querem obriguar, posto que a tal qualidade seja separada do que lhe he demandado, aquelle que assi ju-

rou seja crido em todo na dita qualidade pera nom seer obriguado; assi como se huũ homem fosse demandado por outro que lhe emprestara dez cruzados, e por nom teer proua como lhos emprestou, ou por a nom querer dar, o leixar em juramento daquelle que he demandado, e o que assi he demandado jurar que he verdade que lhos emprestou, mas que despois lhos paguou, posto que outra proua pera ello nom tenha, nem dee" (148).

Entre as alterações ministradas por este texto à lei de Dom Diniz recebida pelas Ordenações Afonsinas, ressaltam-se principalmente as insertas nos §§ 2 e 3 da consolidação de D. Manuel, ultimamente transcritos.

Em o § 2 deixa-se implícita a circunstância de que o segmento normativo se refere a contratos cuja instrumentação pũblica é prevista somente ad probationem ("E quando as partes affirmassem entre si algũa conuença de que a escriptura nom for de substancia do contracto"), precisando de ser dessumido por interpretação o que estava explícito no texto afonsino: "... se as partes huã vez fezerom, e firmárom sua conveença, nom se podem mais afastar a fora per razam desta Lei, se lhe outro algum remedio de direito nom valesse, por que em tal caso a Escriptura nom he da essencia do contrauto, mais soomente he pera provar como essas partes contrataram".

Nisto, a Ordenação Manuelina perdeu em clareza, sobretudo na medida em que omitiu a referência à validade daquele "algum outro remédio de direito" — como poderia ser a perda das arras, ou sua restituição em dobro — que tornaria legítimo o arrependimento, como já se apontou.

Mas a grande inovação que se apresenta, relativamente à compilação anterior, está nesta sentença, que também se

---

(148) Ordenações do Senhor Rey D. Manuel, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1782, v. 4, p. 88-91.

acha no mesmo § 2: "... em tal caso se a parte confessar que a dita conuença foi antre elles affirmada, será constrangida a fazer escriptura de tal conuença.". Deste modo já se avança uma solução que se aproxima à idéia atual da execução específica da obrigação de declarar a vontade (que não é sinônima de obrigação de contratar). Essa regra, que será repetida nas Ordenações de Dom Felipe, constitui uma das questões centrais desta parte do presente estudo e será detidamente passada em revista mais à frente.

No § 3 minudencia-se, também por acréscimo à forma dinisiano — afonsina, a disciplina do juramento d'alma, que nada de significativo aportava ao núcleo da disciplina das promessas de escritura, pelo que a falha sistemática virá corrigida na Ordenação Filipina, onde se lhe abre um título específico, no respectivo Livro IV, título 52.

4. O derradeiro dos grandes corpos legislativos gerais da velha metrópole, as Ordenações do Reino de Portugal, recopiladas por mandado de El-Rey D. Philippe I, estavam terminadas em 1595, mas só em 1603, já durante o reinado de Felipe II de Espanha, por força de lei de 11 de janeiro do mesmo ano, entravam em vigor (149). O título 19 — de seu Livro IV, que se ocupava, como nas precedentes Ordena-

(149) Cf., sobre as Ordenações Filipinas, Guilherme Braga da Cruz, História do direito português, Coimbra, 1955, s.e. (edição mimeografada), p. 394 e segs. Foram confirmadas por D. João IV em 1643 e tornaram-se alvo freqüente de críticas relativas à sua falta de originalidade e pelo descuido dos compiladores que não se deram ao desejável cuidado de verificar o revogado e o desusado, evitando dessarte a inserção de leis contraditórias. Estes defeitos foram batizados "filipismos", designação que depois vingou (cf., sobre o estado atual dessas questões, Nuno Espinosa Gomes da Silva, História do direito português, cit., p. 402-405).

ções, do direito civil — é, por sua vez, o que se transcreve, litteris:

"*Do que prometteu fazer escriptura de venda, ou de outro contracto, e depois a não quer fazer.*

Se algumas pessoas fizerem contracto de venda, ou de qualquer outra convença, e ficarem para fazer scriptura desse contracto, antes que se a tal scriptura faça, se pode arrepender e arredar da convença o que havia de fazer a escriptura. E isto haverá lugar, quando o contracto fôr tal, que segundo Direito não possa valer sem scriptura, e que a scriptura seja da substancia do contracto, assi como nos contractos que se devem fazer e insinuar, e em contrato emphyteutico de cousa Ecclesiástica e em outros, que segundo Direito são de semelhante qualidade e condição.

1 Outrosi haverá lugar, quando as partes, ou cada huma dellas disser expressamente, que sua vontade he, que o contracto se faça per scriptura, e que de outra maneira não valha: Ou posto que o expressamente não diga, se per algum modo se podesse entender, que sua vontade era, que sem escripto não valesse; assi como quando algumas pessoas de stado, ou de grande qualidade querem entre si tratar alguma convença, e de uma parte a outra declaram per scripto suas vontades, antes que sejão concertados em huma tenção, e depois que per seus escriptos se concordam, confirmam suas convenças per scriptura.

E em tal caso se deve per Direito entender, que pois per scriptura trataram sempre sua convença, e não per palavra, sua vontade era ser o contracto celebrado per scripto. E pode-se por outro exemplo: quando as partes querem fazer algu

ma convença, e dizem, que lhes apraz fazer-se em scripto, posto que expressamente não digam, que de outra maneira não valha, assi se deve entender, porque em escripto se chama, quando a escriptura he de substancia do contracto, ou convença.

Por tanto nestes casos e outros semelhantes a convença não tem firmeza alguma, nem pode valer, nem obrigar as partes, senão depois que a scriptura he feita e lida, e assinada pelas partes. Pelo qual per Direito cada huma das partes se póde apartar do contracto, antes que per seu assinado firme a convença.

2 E quando as partes affirmassem entre si alguma convença de que a escriptura não fosse de substancia do contracto, posto que, depois de a terem simplesmente affirmada dissessem, que fossem fazer scriptura, sendo a cousa, sobre que se fez a convença, ou a quantia tal, que segundo nossas Ordenações não se possa provar, senão per scriptura pública, se a parte confessar, que a convença foi entre elles affirmada, será constrangida a fazer della escriptura.

E se a parte negar, que entre elles foi feita tal convença, e per conseguinte, que não ficou com elle de lhe fazer scriptura, e a outra parte disser, que quer provar per testemunhas, como ficou de lha fazer, não será ouvido em Juízo sobre tal razão, salvo se a quiser deixar em juramento da outra parte a cousa, sobre que fôr a demanda, porque em (outra) maneira facilmente se faria engano à Ordenação (do Liv. 3. Tít. 59): Das provas que se devem fazer per scripturas publicas" (150).

Como se depreende, a não ser o corte, já assinalado da facti species pertinente ao juramento d'alma, transferida para o título 52 do mesmo Livro IV, o regime filipino não dis

crepa das anteriores Ordenações.

Ora, este ligeiro confronto entre as sucessivas formas apresentadas, desde a compilação afonsina às consolidações manuelina e filipina, pelos textos em que estão reguladas as promessas de escritura, já possibilita a revisão de algumas das facetas da matéria que têm sido discutidas pelos autores nacionais.

5. Na mais exauriente obra que já se escreveu sobre o direito privado brasileiro, o seu ilustre autor avançou numa tese, evidentemente inaceitável, que todavia não recebeu, até o tempo presente, a merecida corrigenda. Realmente, escrevendo sobre o direito das promessas de compra e venda nos séculos XV a XX, deteve-se o grande jurista sobre a lei de Dom Dinis inserta nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, título 57, § 1 (cf. supra, neste mesmo parágrafo, n. 2), para afirmar que ela

"... interpretou o direito romano como se a fosse relativa à validade, e não à existência. No texto manuelino (Livro IV, Título 36, pr.), já se haviam superposto os dois casos: o de validade e o de substância: 'esto auerá luguar quando o contracto for tal que segundo Dereito nom possa valer sem escriptura, e que a escriptura sea de sustancia do contracto...'

(...)

Seja como for, o direito português recebera a exigên

---

no de Portugal recopiladas por mandado D'El-Rey D. Philippe I, Rio de Janeiro, Typografia do Instituto Philomathico, 1870, p. 800-801. Trata-se da divulgada edição de Cândido Mendes de Almeida, mais conhecida pela forma citada supra, em a nota 121.

cia da escritura pública como exigência para a validade: 'fôr tal, que segundo o Direito não passa valer sem escritura" e "que a escritura seja da substância do contrato'. O que perturbou os intérpretes foi essa palavra 'substância', que lembra ser e não ser. Mas, já antes, se confirmara tratar-se de nulidade, e não de inexistência: '... se possa arrepender e arredar da convenção o que havia de fazer a escritura', o que o legislador pôs, como o legislador manuelino ('pode arrepender (sic) aquele que a escritura havia de fazer, e arredar da dita convença'), no lugar do texto dionisiano-afonsino.

(...)

O aumento manuelino, obra de algum juiz, provavelmente de João Cotrim, e não de jurista teórico, foi assaz comedido e merece toda atenção" (151).

A abordagem e a tentativa de explicação de antigos textos e institutos sob a ótica da moderna tricotomia existência-validade-eficácia, que, em realidade, é um vezo do autor dos excertos recém-transcritos, pode com certeza ser posta em prática com fins meramente descritivos, mas nunca com o objetivo de fundamentar uma construção dogmática que se faça seguir com base na mencionada análise em três planos. Este proceder, aliás, já lhe fora criticado, com certa acrimônia mas com toda razão e honestidade, por um eminente historiador do direito luso-brasileiro, que tem caracterizado as suas pesquisas pela incansável revisão de alguns casos (mal) julgados doutrinários acerca da formação de diversos institutos processuais (152).

---

(151) Cf. Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, cit., v. 13, § 1506 e § 1507, p. 206-210.

(152) Cf. Moacyr Lobo da Costa, A revogação da sentença no direito lusitano, São Paulo, 1979-1980; p. 190-194 (separata da Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 74 e 75).

Neste particular, entretanto, não se trata de simples erro metodológico, pois, como se pode perceber pela mera leitura das passagens dos três monumentos legislativos em estudo, os legisladores portugueses, como não poderia deixar de ser, empregaram indiferentemente as expressões "não pudesse valer sem a escritura", "assim que a escritura seja da substância do contrato", "a convenção não tem firmeza, nem pode valer", "a escritura é da essência do contrato". E todas para significar que, na falta do instrumento público, lido, aprovado e assinado pelas partes, a convenção anterior juridicamente não se considerava, a menos que se houvesse exigido tal escrito público apenas para a prova do ajuste, porque, neste caso, a convenção antecedente já era contrato, e proibia-se o arrependimento.

Nem, por outro lado, há falar-se em "aumento manuelino" ao texto dionisiano-afonsino, uma vez que, nas primeiras Ordenações, já se encontram, para quem quiser vê-las, as palavras substância (§ 3), firmeza, valer (§ 4) e essência (§ 5), utilizadas, sem exceção, para designar a circunstância de que a falta da escritura pública autorizava o devedor da outorga concernente, ou cada uma das partes, a se "arrepender" (§ 3) ou a se "afastar afora" (§ 4 e § 5) da "conveença" precedente.

O grande jurista aqui criticado, como se viu, afirmava que a lei de Dom Diniz interpretava o direito romano como se a necessidade, legal ou voluntária, de escritura pública para uma convenção anterior fosse relativa à nulidade desta, e não à sua inexistência. Com isso, terminava por sustentar que "o direito português recebera a exigência da escritura pública como exigência para a validade", e, para dar apoio à tese, não titubeava sequer em perturbar a memória de João Co-

trim, irrogando-lhe um inexistente "acréscimo manuelino".

Deste modo, falsificava a história, talvez por falta de paciência para conferir o inteiro teor da Ordenação Afonsina, ou, com maior probabilidade, porque a tese da validade era mais bem adaptada para fundamentar o seu parti pris sobre a obrigatoriedade das promessas de contratar no velho direito lusitano e as conseqüências que disso procurou deduzir para a aplicação do moderno direito nacional (sobre este assunto v., adiante, o § 12).

6. O § 1 ao título 57, do Livro IV das Ordenações Afonsinas, consoante já se mostrou, enunciava: "Diz o Direito, que se dous homeẽs fazem algum contrauto d'aveença, ou de venda, e ficaõ pera fazer Estromento de Certidooẽ, aquelle, que ouver de fazer o Estromento, se possa quitar, se quiser, ante que o Estromento faça".

" 'Direito', isto é, o direito romano" (153). Ou, mais precisamente, o Codex, 14, 21, 17. Eis o texto que parece ser decisivo para se tentar reconstituir, mediante interpretação histórico-dogmática, o significado e a abrangência daquela norma afonsina e das que lhe substituíram. O procedimento se justifica, porquanto manifesta e inegável se afigura a relação etiológica entre os textos romano e português, reforçada, talvez, pela intermediação da Lei VI do título V da Quinta Partida de Dom Afonso IX de Espanha (154).

---

(153) Pontes de Miranda, ob. cit., § 1506, p. 206.

(154) "Ley. VI. En que manera se deue fazer la vendida, e la compra. Compra e vendida se puede fazer en dos maneras. La una es con carta, e la otra es sin ella. E la que se faze por carta, es quãdo el cõprador dize alvẽdedor, quiero, q̃ sea desta vẽdida, carta fecha. E la vẽdida que desta quisa es fecha maguer se auengan enel preciso, el cõprador, e el

No § 8, supra, cuidou-se de explicar a célebre constituição justinianéia de 528, de um modo que convém, brevemente, ser retomado nesta oportunidade. Viu-se, então, que exigências práticas da época conduziram a que se reforçasse o formalismo nos negócios, pois a decadência da vida jurídica (como então ocorria) normalmente volta-se para a tutela acentuada do valor certeza. O Imperador emanara, pois, uma lei que considerava indispensável, para a existência mesma de certos negócios, a forma escrita, quando os respectivos figurantes a convencionassem ("in scriptis fieri placuit"). Alterava-se dessa maneira a função do instrumento, que antes servia apenas como simples meio de prova. Entretanto, igualmente se instaurava uma divergência entre a nova ordenação e os princípios regentes dos contratos consensuais, a fortiori quando, numa compra e venda, em que as partes houvessem combinado a ulterior confecção de um instrumento, desde logo tivesse ocorrido a prestação de arras, uma vez que estas simbolizavam a assunção definitiva da obrigação. Em face de uma hipótese como essa, Justiniano teria compreendido que reconhecer o negócio como venda e compra implicaria proteger uma operação econômica que a nova lei desconsiderava, a menos que fosse im

---

vendedor, non es acabada, hasta que la carta es fecha, e otorgada, por q̃ antes desto puede se arrepẽtir qualquier dellos. Mas despues que la carta sea fecha, e acabada con testigos, non se podria ninguno dellos arrepẽtir, ni yr cõtra la vendida, para desfazer la. E sin carta se podria fazer la vendida, quando el comprador, e el vendedor, se auienen en el precio, e cõsienten amos enello. Assi, q̃ el comprador e el vendedor, se pagan cada uno dela cosa, e del precio, no faziẽdo mencion de carta. Ca estouce dizimos que seria acabada la vendida que assi fiziessem, maguer non diesse señal, ninguna el cõprador al vendedor por que seriã ambos tenudos de complir el pleyto, que assi auissem puesto". (Cf. Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nueamente glosadas por el licenciado Gregorio Lopez, Salamanca, Andrea de Portonaris, 1555 -- edição anastática do Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1974 -- v. 3, p. 16).

plementado o pacto relativo à forma escrita. Por outro lado, desprezá-lo, sem mais, seria recalcar ao nada jurídico uma obrigação de vontades plenamente conforme ao sistema contratual clássico, que ainda não se ousara ab-rogar. Daí a opção por tratarem-se os contractus quos instrumento recipi convenit como promessas de contrair cujo inadimplemento seria eventualmente sancionado pela perda das arras dadas, ou por sua devolução em dobro, conforme houvesse arrependimento do promitente ("qui vendere pollicitus est") ou do promissário ("qui emere pollicitus est"). Desse modo, dava-se uma certa relevância ao acordo preliminar e às arras, mas se terminava por confundir, com a promessa de contratar verdadeira e própria, a compra e venda atual, em que fossem prestadas as arras, com independência do pacto de subseqüente instrumentação.

Os contratos quos instrumento recipi conveniunt foram chamados pelos glosadores imperfecti contractus, e o nome é expressivo, porque parece indicar a percepção de que há um começo de contrato, algo como um nexo quase-vinculatório que justifica a perda ou a devolução em dobro das arras, conquanto ficasse excluída a exigibilidade da execução (155). Na glossa magna, como também foi visto, a regra é mantida, "secus si a principio simpliciter contrahant, et postea, ad probationem fit in scriptura" (156).

Ora, quais são as espécies previstas, mas não claramente discriminadas, nas diversas formulações dos três grandes diplomas portugueses, naquelas partes de que se vem cuidando, e que se referem aos que prometeram fazer escritura

---

(155) As expressões contractus imperfectus e contractus perfectus, como aliás será visto ao longo deste parágrafo, serão empregadas no mesmo sentido pelos juristas portugueses.

(156) Cf. retro, nota 43-a.

(pública), de um contrato ou convenção, e depois não a querem fazer?

O confronto e a ponderação dos mencionados conjuntos normativos, à luz dos precedentes históricos, permite o discernimento das seguintes hipóteses e das correspectivas consequências.

a) Em certos contratos é essencial ou substancial a celebração de um instrumento público, por força da própria ordem jurídica, e isto se passa, por exemplo, com os contratos que precisam de ser insinuados, com os contratos de enfiteuse de coisa eclesiástica e com outros semelhantes (157). Nesses casos, quando a parte que se comprometeu a fazer a escritura a tanto se recusar, é livre o seu arrependimento da convenção em que se predipôs a outorgar tal escritura, até o momento em que esta seja elaborada.

b) É também essencial ou substancial a instrumentação pública do contrato quando um, alguns ou todos os seus participantes disserem expressamente que o querem apenas e tão-somente naquela forma, e que de outro modo não o desejam. Mas ainda que expressamente não digam que não querem a contratação a não ser por escritura pública, isto é de se presumir quando as precedentes tratativas foram encaminhadas sempre por escrito. Nesses casos, a parte ou as partes que ficaram de fazer o instrumento público podem se afastar da convenção

---

(157) Sobre quais contratos eram semelhantes, cf. Mello Freire, Institutiones iuris civilis lusitani, cit., v. 3, tít. III, § 10, tít. XI, §§ 11 e 28, v. 4, tít. III, §§ 14 e 17. Segundo José Homem Corrêa Telles, Digesto português, Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1869, § 288, p. 49 e nota (c), era uso geral do reino presumir-se o ajuste de se fazer "escriptura ou escripto" do contracto em que se transferia "dominio de bens immoveis, ou direito ou ação a elles".

anterior que "não tem firmeza alguma" (158) até que aquele instrumento seja preparado, lido e assinado por elas.

c) Nos contratos em que a escritura pública não for, de qualquer modo, substancial ou essencial, as partes — depois de simplesmente chegarem à conclusão de um acordo verbal que recaia sobre coisas ou quantias pertinentes a obrigações cuja prova não se permita, conforme a lei, senão por instrumento público — as partes podem combinar, por tal razão, a feitura desse documento. Nesses casos, sempre que alguma delas se recusar a fazer dita escritura, poderá ser demandada para que a outorgue, sendo constrangida a fazê-lo, se confessar, em juízo, o contrato anteriormente firmado.

7. Nas duas primeiras hipóteses, sob a) e b), faltando a escritura, não se pode propriamente falar em contrato, pois a declaração solene do consentimento — de acordo com o estado da cultura jurídica coetânea — integra a existência, o ser mesmo do negócio: forma data esse rei. Nem se poderiam diferençar, por outro lado, existência e validade do contrato, o que repercute, no plano dos efeitos, na obrigatoriedade nenhuma da convenção em que se promete a escritura. Neste sentido dispõem as Ordenações Afonsinas, Livro IV, tít. 57, § 4: "... a conveença nom tem firmidooẽ, nem póde valer"; as Ordenações Manuelinas: "... a conuença nom tem firmidam algũa, nem pode valer nem obriguar as partes (Livro IV, título, 36, § 1) e as Ordenações Filipinas, Livro IV, título 19, § 1: "... a convença não tem firmeza alguma, nem póde valer, obrigar as partes...".

---

(158) V. retro, nota 143.

Daí decorre, inafastavelmente, ao nível de regra, a conclusão de que, no direito das Ordenações, herdeiro do direito romano e da Glosa, era absolutamente despida de conseqüências a demissão do figurante no contractus imperfectus em que se prometia o instrumento público, ressalvada, à evidência, a eventual dação de arras como "sinal dado ao vendedor simpresmente".

O arrependimento, afora isso, é livre, e nada se encontra nas leis ou nos autores que autorize a conclusão de que o "arredar-se da convença" acarretaria o pagamento do id quod interest.

Não se pode, portanto, aceitar estoutra afirmação, feita, indistintamente, a respeito das promessas de venda:

"... o outorgante pode arrepender-se, mas há de ressarcir perdas e danos. Já era assim no século XIV, sob D. Diniz: o outorgante arrepende-se, arreda-se da convenção, e paga perdas e danos" (159).

Nem, muito menos, esta assaz singular etimologia que o mesmo autor propõe para a palavra arredar, em reforço de seu ponto de vista, contrário ao arrependimento sem conseqüências:

"... Arredar-se é desvencilhar-se do vínculo. Em documento daquele tempo, que estava no tombo antigo da Sé de Vizeu, com a data de 1302, falava-se de 'arredar um seu criado', quer dizer distratar, ou resolver, ou, em geral, extinguir a relação jurídica entre o vendedor da fazenda e o criado que nela trabalhava, com a cláusula de indenizar se o não conseguisse ('e se o arredar nom poder, obliga-se a pagar porem XX maravedis'). Arredar é a-retro-ar, desdar o nó da conven-

---

(159) Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, cit., v. 3, § 343, p. 397.

ça. (Não se confunda com arredar, arredrar, redrar, radar, vi rar). O arredamento das Ordenações era resolução, por declara ção unilateral de vontade, como continuou a ser no Código Ci vil, art. 1088" (160).

Embora não decline, como deveria, a fonte dessa sua informação, em verdade colheu-a o escritor referido num pres tigioso vocabulário (161), sob o verbete Arredar da fazenda ou da herança, de cujo teor integral se depreende a impertinência do que alega, pois, no caso, o arredamento do criado devia, em princípio, ser do alvedrio do vendedor da fazenda, e a este, no caso de não lograr demitir o criado, caberia pagar uma indenização ao comprador do imóvel, a título de compensação pela permanência do indesejável "alaamtego".

Ademais, não se encontra justificação alguma para que se explique a etimologia do termo arredar, nas Ordenações, pela forma "a-retro-ar" (?). A derivação latina provém de *ad-retrãre, que significa fazer recuar, de retro. A forma arcaíca era arredrar (162).

Assim, demonstrada, por princípio, a falta de base histórica, legal e gramatical, para a opinião que propugna pela obrigatoriedade das promessas de fazer escritura em contra

---

(160) Pontes de Miranda, ob. cit., v. 13, § 1509, p. 213.

(161) Trata-se do já referido Elucidário, de Frei Joaquim Santa Rosa de Viterbo, v. 1, p. 590, verbis: "ARREDAR DA FAZENDA OU HERANÇA. Excluir, lançar fora, nao admitir alguém a ter parte nos bens, de que se trata. No de 1302, vendeu Fagundo Pires uma herdade em Valbom, junto de Pinhel, a D. Egas, bispo de Viseu, obrigando-se por si e por seu aver, a arredar huum seu criado, que é alaamtego: e se o arredar nom poder, o bliga-se aa pagar porém XX. maravedis ao Bispo. Tombo antigo da Sé".

(162) Cf. Antenor Nascentes, Dicionário etimológico da língua portuguesa, Rio de Janeiro, Livraria Academica-Livraria São José - Livraria Francisco Alves - Livros de Portugal, 1955, v. 1, verbete arredar, p. 45; Viterbo, Elucidário, cit., v. 1, verbete arredar, p. 589.

tos nos quais o instrumento público fosse exigido por lei ou pela vontade das partes (consoante as hipóteses sob a) e b) no n. 6, supra), impende passar em revista a doutrina portuguesa da época para averiguar qual fora sua orientação em face do problema.

8. No livro de um dos primeiros jurisconsultos que inauguravam, em Portugal, o estilo de procurar, na prática dos tribunais, a certeza de que, então, dramaticamente, carecia a vida jurídica (163), pode ser lida esta máxima:

> "*Poenitire et recedere licet a contractu in quo scriptura est de substantia ante confectionem illius*" (164).

Em si mesmo, este enunciado conjuga-se com a tese que se vem defendendo, contra o ponto de vista de um insigne tratadista nacional. Mas é esse mesmo escritor quem a invoca em abono da intelecção que propõe, conquanto sem argumento algum que a explique (165). Releva, portanto, que se mostre a

(163) V. sobre a importância e os caracteres da obra dos chamados "decisionistas", a brilhante monografia de Nuno Espinosa Gomes da Silva, Humanismo e direito em Portugal no século XVI, Lisboa, s.e., 1964, p. 342-347.

(164) Cf. Álvaro Valasco, Decisionum, consultationum ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae, consultatio 153, n. 10, in Opera omnia, 1742, v. 1, p. 126-127 (no exemplar consultado estao ilegíveis, por deterioração do frontispício, os nomes do local de impressão e da casa publicadora; trata-se, todavia, da edição estampada em Colônia, por Marci-Michaelis Bousquet & Soc., na data já apontada).

(165) Cf. Álvaro Valasco, Decisionum, consultationum cit., cons. cit., n. 1, p. 126-127. Mello Freire definiu deste modo o morgado: "Per majoratum intelligitur: Jus succedendi in bonis ea lege relictus, ut in familia integra perpetua conservatur, proximoque cuicumque primogenito ordine successivo deferantur" (Institutiones iuris civili lusitani, cit., v. 4, tít. IX, § 1, p. 124). Essa definiçao foi aprovada por

impertinência também dessa citação feita por aquele autor, dado a contexto da referida máxima.

O título da consulta na qual está inserta é *"De promissione facta in contractu dotis, constituendo majoratum tanti valoris de bonis mariti, qui posteà constituit de tertia tantum, & cum certis oneribus, & forma succedendi"*.

A facti species fora a seguinte: um certo N., no contrato de seu matrimônio, prometeu constituir um morgado com rédito anual no valor de mil ducados, logo que recebesse o dote. Este morgado seria constituído em favor do primogênito das núpcias contraendas e do descendente deste, e composto pelos bens do marido, que ficava de fazer a escritura pública da instituição, para estabelecer certas cláusulas e condições pertinentes à conservação do mesmo morgado. Entretanto, em declaração de última vontade, instituiu um morgado correspondente à terça parte dos seus bens, acrescentando certos ônus e o modo pelo qual queria a sucessão, com a cláusula de que seu filho, então já nascido, sucederia naquela terça formadora do morgado somente se a ela ajuntasse a própria legítima, que haveria do instituidor, seu pai, e também de sua mãe.

Em razão deste caso concreto, duas questões se propuseram ao jurisconsulto. A primeira foi esta: seria possível que, efetuada e aceita — numa escritura pública de contrato

---

Liz Teixeira, que acrescentou a seguinte explicação: "O morgado, entendido como disposição de propriedade, é um fideicomisso gradual, sucessivo, perpétuo e indivisível, deixado para o fim de se conservar o nome e esplendor d'uma casa ou família, aproveitando sempre a pessoa mais velha da mesma, circunstância esta, de que a disposição tomou o nome, formado das duas palavras — majores natu -- que exprimem aquella qualidade e requisito dos substituídos, ou nos chamados a este fideicomisso" (Curso de direito civil português, Coimbra, J. Augusto Orcel, 1856, parte segunda, divisao 2a., tít. IX, §1, p. 2).

dotalício outorgada perante tabelião — a promessa de instituir um morgado no apontado montante, pudesse depois o mesmo promitente instituí-lo de outra maneira, com base na terça parte de seus bens, ou seria lícito ao tutor, em nome do pupilo, impedir a execução do testamento, para que se não fizesse o morgado com a terça, até que, com os bens do próprio falecido, se constituísse aquele morgado que ele prometera instituir, em favor do mesmo pupilo, no pacto dotalício, celebrado por escritura pública ao tempo do matrimônio?

O segundo quesito inquiria: antes que a primeira promessa seja cumprida, poderá formar-se o segundo morgado e se dispor dos bens do de cujus, em prejuízo do primeiro morgado, que ele, precedentemente, prometera instituir? (166)

O grande decisionista respondeu inicialmente que "videbatur juridicam esse tutoris postulationem, quia praetor edixit pacta servari (...) praefertim pacta dotalia, celebrata in contractu matrimonii (...) etiam extantibus liberis. Proinde priûs debet majoratus ille promissus in scriptura dotali constitui, quiam de bonis defuncti majoratus constitutus de tertia adimpleatur, quia primus debet solvi & impleri debitum defuncti primum contractum, ab ipso in vita sua, quia est debitum necessarium (...) quãm majoratus constitutus in testamento voluntarie, de tertia bonorum.

E aduzia:

"... ex praedicta promissione acceptata, & stipulata, quaesitum est jus filio nascituro (...) quod quando in contractu matrimonii, ordinatur, quod nasciturus succedat in aliqua domo & castro, acquiritur jus tali filio (...). Ergo debet talis obligatio adimpleri, & ius quaesitum ex ea non mi-

(166) Álvaro Valasco, Decisionum, consultationum, ... - 2 n 6 - p. 126-127

nui per indirectum, disponendo de tertia bonorum & constituendo de ea alium majoratum, in praejudicium prioris promissionis, factae per contractum inter vivos" (167).

Em suma, percebe-se que o egrégio jurisconsulto apoiava seu raciocínio no argumento de que a promessa anterior já era "contrato", e não simples promessa, razão pela qual, desde logo, criara, para o filho então nascituro, o direito adquirido ao morgado, segundo a forma prevista no pacto dotalício, o qual, ademais, também havia de ser implementado antes do testamento, pois originara um debitum necessarium per contractum inter vivos que preferia ao morgado constitutus in testamento voluntarie.

Para reforçar o argumento, acrescentava em seqüência uma distinção que é fundamental para a prova do ponto de vista que aqui se defende:

"Nec obstat, in instrumento dotali non fuisse majoratum constitutum, sed solum promissionem de eo constituendo, & aliud est facere seu se obligare aliud verò promittere de se obligando, sicut aliud est vendere, aliud verò promissio de vendendo (...). Ex quo videtur, quod non potest impediri talis promissor, constituere alium majoratum de tertia, maximè illorum doctorum opinione, qui dixerunt, promissionem obligandi se in decem, non operari eundem effectum, ac si quis statim se obligaverit in decem, prout multi tenerunt, quos Decius memorat. (...) quia contraria opinio, imo quod idem operetur, ac si de praesenti quis se obligaverit fuit Joan. Andr. ad Speculat. tit. de oblig. et solut. super rubr. quem sequuntur, Alex. Soci, (...) & testantur communem Rubeus (...) ubi ex praefata sententia Joan. Andr. ait, quod promissio constituendi dotem, habet eundem effectum, ac si esset consti

---

(167) Álvaro Valasco, Decisionum, cit., cons. cit.,

tuta, & alibi Salyc. (...) inquit, quod si convenit donare,eo ipso donationem facit quia infinitivum comprehendit omne tempus, & sic concernit etiam tempus praesens (...). Unde licet in instrumento dotali, intervenerit tantùm promisso constituendi majoratum, de tanta quantitate pro filio primogenito, perinde debet haberi, ac si talem majoratus constituisset realiter..." (168).

A peroração seguia-se nestes termos:

"Non obstabit item si dicas, quod maritus, promisit facit compromissum de tali majoratu, cum conditionibus necessariis, ergo ante confectionem potuit poenitire, quia tali casu scriptura est de substantia, ut l. contractus C. de fide instr. Ordin. in tit. 46 §. I. illud enim compromissum, quod erat faciendum, non erat de ipso contractu, quo casu loquitur Ord.sea de conditionibus adjiciendis majoratui, quo casu non est scriptura de substantia, nec est licita poenitentia, & quod scriptura non sit de substantia majoratus, Gomez l. 41. Tuauari,n. 20..." (169).

Nessa longa transcrição, os argumentos que, em suma, precisam de ser realçados, são os seguintes: em primeiro lugar, a consulta afasta a hipótese de que in casu se possa tratar a promessa de instituir o morgado como simples pactum de contrahendo, pois uma coisa é fazer ou se obrigar e outra prometer obrigar-se, assim como "aliud est vendere, aliud verò promissio de vendendo". Ora, considerando-se a espécie como simples promessa, de acordo com a opinião de certos doutores, não se poderia impedir a constituição do morgado com a terça, devendo-se obedecer à sentença conforme a qual "a pro-

(168) Álvaro Valasco, Decisionum, cit., cons. cit., n. 11, p. 127.

(169) Idem,ibidem.

messa de se obrigar a dar dez não produz aqueles mesmos efeitos que decorrem para quem se obriga desde logo a dar dez".

Essa solução, que evidentemente não interessava ao consulente, mostra, todavia, com clareza, a consciência do jurista reinol sobre a diferenciação levada a efeito pelos glosadores e escolas subseqüentes, entre o contrato e a promessa de contratar. E, sem dúvida, não é essa diferenciação que ele repudia, senão as conseqüências que ela pode engendrar para o caso. Estriba-se, por conseqüência, em autores que perfilharam as máximas que induziam ao salto da promessa de contratar para os efeitos jurídicos do contrato prometido, sempre que aquela promessa pudesse ser considerada um contractus perfectus (170). Isto o leva a aceitar a opinião de que prometer dotar e prometer doar (assimiláveis, per saltum, a obrigações de dar) operam as mesmas conseqüências que fazer o dote ou fazer a doação desde logo, "quia infinitivum comprehendit omne tempus, & sic concernit tempus praesens".

Finalmente, em relação ao tópico n. 10 da consulta, intitulado "Poenitire et recedere licet à contractu in quo scriptura est de substantia ante confectionem illius", responde que não obsta ao raciocínio antecedente a argüição de que o marido prometera fazer o contrato do primeiro morgado com condições necessárias, logo, antes de assim proceder, poderia arrepender-se, uma vez que, no caso, a escritura seria da substância do contrato. A argüição não colhe — prossegue — por isso que, no caso, não se cuidava de fazer o próprio contrato de instituição, mas, simplesmente, de estabelecer condições que se aglutinariam ao negócio, e, sendo assim, a escri-

---

(170) Note-se que Álvaro Valasco, entre as várias auctoritates enumeradas no passo referido em a nota 167, supra, traz à balha os nomes de Giovanni D'Andrea (Johannes Andreae) e Alexandre Socin (Socinus), partidários, respectiva-

tura não era substancial, nem era lícito o arrependimento. Este, contrario sensu, poderia admitir-se somente se, na espécie, a escritura pública fosse essencial ao contrato, pois "poenitire et recedere licet a contractus in quo scriptura est de substantia, ante confectionem illius".

Vê-se, deste modo, que o argumento extraído do contextura do tópico n. 10 da consulta é em sentido exatamente contraditor ao enunciado que lhe serve de título. O verdadeiro pensamento do jurisconsulto era apenas e textualmente este: é lícito ao promitente arrepender-se (poenitire) e arredar-se (recedere) do contrato cuja escritura é substancial, antes que o instrumento se faça, mas o arrependimento não é lícito quando à promessa possa considerar-se, desde logo, o contrato ("... contraria opinio, imo quod idem operetur, ac si de praesenti se obligaverit").

Ora, em face de uma conclusão como esta, descabe, e, com a máxima licença, caracteriza-se como leviana, a asserti va de que o arrependimento naquelas circunstâncias obrigaria ao pagamento de perdas e danos, "desde o século XIV, com D. Diniz" (!) e consoante a opinião do notável decisionista cuja consulta vem de ser analisada (171).

9. Noutra obra profunda, da lavra de um dos mais ilustres escritores do humanismo jurídico português (172), o problema da disciplina jurídica das promessas

---

mente, das máximas causa circuitus vitandi e ex sola promissione aliquid faciendi agi potest ac si iam factum esset, cujo alcance, em matéria dos contratos preliminares, foi estudado no § 9, retro, n. 2 e 4; cf. notas 50 e 72.

(171) O argumento será retomado mais à frente, neste mesmo parágrafo, a propósito de outras fontes.

(172) Trata-se do livro de Francisco de Caldas Pereira e Castro, Analyticus commentarius sive ad typum instrumen-

de escritura nos contratos em que ela fosse de iure ou voluntariamente necessária é exposta de modo elegante e certeiro:

"Contractus autem emptionis & venditionis solo consensu perficitur, absque scriptura, nisi ejusmodi fit, qui ex Ordinatio. Regla libr. 3. tit. 45. (In nova compil. lib. 3, tit. 59) vel ad probationem, vel ex Ordinat. lib. 4 tit. 36 (In nova compil. lib. 4. tit. 19) ad substantiam, vel essentiam ipsius contractus scripturam desideret: iis enim casibus licet partes de scriptura conficienda non paciscantur, id tacitè convenisse videtur, quoniam etsi vellent aliter contrahere, non possent, quare prudenter nostri interpres discrimen constituunt inter contractus requirentes scripturam de sui essentia, & poscentes ad substantia, quod videtur voluisse gloss. in authen. de instrumen. editio. § si vero tale,verbo cum jurejurando, collat. 6. resolvens, promissionem de conficiendo instrumento inducere contractum perfectum, & consensu absolutum, quoniam instrumentum fit ad probationem contractus iam celebrati, & hoc quando scriptura non respicit substantiam contractus: secus vero quando est de substantia, tunc enim nisi scriptura confecta sit, contractus consummatur dici nequit, quoniam peccat in substantialibus" (173).

Aqui, depois de assentar a regra de que o contrato de compra e venda se aperfeiçoa pelo só consentimento, sem necessidade de escritura, acrescenta-se que o instrumento pú-

---

ti emptionis et venditionis tractatus, in Opera omnia, Colonia, Marci-Michaelis Bousquet & Soc., 1765. Sobre este egrégio jurista e seu papel crítico e construtivo na doutrina do tempo, v. Nuno Espinosa Gomes da Silva, Humanismo e direito em Portugal no século XVI, cit., especialmente p. 333-334 e 341-342. Como se sabe, o nome vocatório desse autor reinícola é simplesmente Caldas.

(173) Cf. Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., cap. 19, n. 2, p. 174.

blico pode ser confeccionado ad probationem — segundo a ordenação filipina do livro III, tit. 59 — ou ad substantiam, conforme o tít. 19 do Livro IV, esclarecendo-se também que a promessa de confeccionar o instrumento induz à presunção de que existe um contrato perfeito quando se destina à prova de um negócio já celebrado. Ao contrário, porém, quando a escritura est de substantia, pois, neste caso, a menos que se elabore o instrumento, não se pode dizer que exista um contrato consumado, visto que "pecat in substantialibus". A partir desse pressuposto, ficava lícito às partes absterem-se de outorgar a escritura que deixassem para ser feita, porquanto se subentendia que fora isto, justamente, o convencionado.

Ainda outra vez, portanto, resta desconfirmada a obrigatoriedade do pacto de conficienda scriptura quando fosse ela essencial ao negócio, quer pela respectiva disciplina jurídica, quer pela vontade das partes.

Aliás, sobre esta segunda possibilidade, logo após se reitera que "Contractus non est perfectus, nisi facta scriptura quando partes conveniant: ... unde sicut quando agitur, quod contractus in scriptis celebretur, non dicitur perfectus, antequam scriptura fit in mundum redacta & absoluta (...) ita quando agitur, ut notarius rogetur, & instrumentum conficiatur, non dicitur perfectus, quousque rogetur, & scriptura celebretur, & sic potest altera pars poenitire, nec ulla, nisi arrharum jactura, poena coercetur, (...) non autem cogitur ad perficiendum" (174).

10. Em reputado comentário (175) publicado no século

(174) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., cap. 19, n. 4, p. 175.

XVIII à Ordenação Filipina, Livro IV, título 19, pr., confirmam-se as precedentes diretrizes doutrinárias:

"Coligitur ex textu, quod si cõtrahẽtes cõvẽnerit de emptione, & venditione alicujus rei certo pretio, vel de alio contractu, de quo scripturam conficiendam dixerunt, antequãm ea conficiatur poenitire potest illum qui eam facturus erat: Quod desumptum ex L. Contractus 16. Cod. de fide instrum. (...) Quia in contractu emptionis, & venditionis, & in qualibet alio contractu non requiritur scriptura ad eorum validitatem; nisi a casibus à jure expressis" (176).

Mais à frente, cuidando em hipótese de "Quando contractus dicatur in scriptis celebratis", o ilustre jurisconsulto faz essa elucidação:

"... contractus dicitur & inteligitur in scriptis celebratus, quando in ipso contractu, vel ante eum de conficienda scriptura mentio facta est, & tunc dicitur contractus imperfectus, antequam scriptura conficiatur, & ante illam confectam licet contrahentibus poenitire, & à contractu discedere ..." (177).

No comentário ad § 1 mantém-se com o mesmo acatamento à letra da lei:

"Prosequitur in textu legislator in explananda materia praecedentis, & dicit, quod etiam a contractu resilire possunt contrahentes, antequam scriptura de eo conficiatur, quando expresse ipsi contrahentes, vel alter eorum dixerint, voluntatem suam esse, quod contractus fiat per scripturam et

ad Ordinationes regni Portugaliae, Lisboa, Apud haeredes Antonii Pedrozi Galram, 1740, v. 4.

(176) Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria ad Ordinationes, cit., v. 4, p. 389, n. 1 e 3.

(177) Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria ad Ordinationes, cit., v. 4, p. 389, n. 4.

aliter non valeat.(...)

Vel quamvis expresse hoc non dicant, si aliquo modo intellegi posset partium voluntatem esse, ut contractus non valeat sine scripto; veluti, si personae magnae qualitatis aliquam conventionem tractassent, declarantes per scriptum suas voluntates antequam sint concordes in una determinatione; tunc secundum jus intellegi debet, voluisse contrahere in scriptis, quia verbaliter conventionem nunquam tractarunt..." (178).

O comentador, portanto, reafirma a essencialidade da escritura pública para o contrato de compra e venda, bem assim para os demais, quando o direito expressamente o exija ou quando os figurantes, ou algum deles, disserem que o contrato de outro modo "não valha" (179). Em ambas as hipóteses não registra qualquer óbice para o arrependimento das partes, sendo-lhes lícito apartarem-se da convenção (note-se que é com este mesmo significado que o autor emprega os verbos discedere e resilire) antes que o instrumento se faça. Esta, aliás, é a mais freqüente das conseqüências "..., resultantes ex eo, quod contractus sit in scriptis celebratur (...): ante quam fit scriptura, licet partibus poenitire, & a conventione recedere" (180).

Entretanto, como jurista atento, avisava, com base em muitas auctoritates, que, em dadas circunstâncias, esta re

---

(178) Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria ad Ordinationes, cit., v. 4, p. 392, n. 1 e 2.

(179) Não é demais ressaltar como a expressão "non valeat", que estava na glossa magna de Acúrsio, cf. supra, nota 43a, passou a constar nas Ordenações Afonsinas, IV, 57, § 4 ("ainda que expressamente nom digam que nom valha em outra maneira"), foi conservada pelas subseqüentes e nunca deixou de aparecer nos escritos dos tratadistas e dos comentadores para designar um fenômeno jurídico que seria hoje tratado no plano da existência do negócio. Esta observação é feita desde logo para o fito de se roborar, também por essa perspectiva, a conclusão que se apresenta mais à frente, no texto, sob o n.

gra comportava interpretação restritiva. Assim:

"Limitatur I. Quando ex conjecturis constaret, voluisse partes, quod contractus statim valeret; nam etsi de scriptura conficienda mentio fiat, statim erit perfectus (...).

Quae quidem voluntas contrahentium colligitur I. quando partes voluerunt, conventionem effectum habere tempore, quo facta fuit (...).

Secundo quando emptor non spectata confectione instrumenti pretium rei venditae solvi (...).

Tertiò si unus ex contrahentibus promisit conficere instrumentum ad omnes requisitiones alterius; quia tunc contractus jam praesumitur perfectus; alioquin enim posita perfectio in sola voluntate alterius contrahentium; quod iure pormissum non est (...).

Quartò quando ipsi contrahentes jurarunt observare contractum; quia tunc praesumitur perfectus, etiamsi deinde debet fieri instrumentum, quia juramentum non praestatur, nisi perfectu contractu (...).

Quintò quando contrahentes subscripserunt contractum (...).

Sexto si venditor promisit de evictione..."

Septimò, si utraque parte praeferente, gabella soluta sit gabellario (...).

Octavò, quando conventum fuit, quod ex tunc emptor perciperet fructus (...)" (181).

Por outro lado, repete-se a distinção entre a promessa de escritura ad substantiam e ad probationem:

"... si verò partes post contractum simpliciter ver-

---

nationes, cit., v. 4, p. 390, n. 17.

(181) Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, cit., loc. cit.

is et absolute conventum expresserint, quod de illo fiat scriptura, utique absque dubio resolvendum est, scripturam tantum requiri ad faciliorem probationem, non verò ad substantiam contractus..." (182).

É dispensável, ademais, enfatizar a relevância dessa distinção, bem como das anteriores restrições interpretativas ao alcance da promessa de fazer escritura enquanto impedimento à própria formação do contrato, uma vez que, naqueles casos, bem como no de promessa de fazer instrumento simplesmente para a prova da avença, esta se trata como perfeita, e exigíveis serão ou são as prestações correspectivas, pois os agentes se obrigam desde logo. Trata-se, em realidade, de contratos definitivos com projeções de formalidade, que somente um exame superficial ou desatento poderia apropinquar aos contratos preliminares. A este equívoco, em que não incorreram os juristas do período, serão dedicadas, infra, mais considerações.

11. De uma situação especial, em que se apresentam contratações de praesenti concorrentes com promessas de fazer escritura, se ocupa o § 2º ao título 19 do Livro IV das Ordenações Filipinas, as quais, como foi visto, trazem a última forma à disciplina de um problema já previsto pela compilação afonsina e resolvido, em substância, pelo diploma manuelino.

A hipótese — descrita sob a letra c) do n. 6, retro — foi resumida no seguinte modo por um escritor da época:

"Primo statuitur in textu, quod si partes firmassent

---

(182) Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, cit., p. 389, n. 4.

aliquam conventionem, in qua scriptura non esset de substantia contractus, quamvis postea dicerent, fieri scripturam, & res; seu quantitas conventionis talis sit, quod secundum legis regias probari non posset nisi per scripturam publicam, si pars conventionem profiteatur, ad scripturam conficiendam cogi debet: Et ratio est, quia licet talis conventio probari non possit, nisi per scriptura publica juxta Ord. lib. 3. tit. 59 tamen confessio habet vim publicae scripturis, si judicialis est..." (183).

Demais, é totalmente clara a consciência de que, nesse lugar, a lei não tem em vista a disciplina das promessas de contratar, pois o contrato, ao qual se refere a escritura pública devida e denegada, existe e vincula as partes, porém as obrigações geradas somente podem ser provadas mediante aquela forma especial:

---

(183) Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, cit., p. 395, n. 1, aliás precedido, sem citá-lo, por Francisco de Caldas Pereira, cuja explicação era exauriente: "Aliud etiam est discrimen inter contractum in scriptis, & verbalem seu nuncupativum. Ille enim, quia à scriptura pendet, & robur ac substantiam capit, sicut non potest suppleri, ita contrahens compelli nequit scripturam facere, nec rursus ea pro facta censebitur, si per eum steterit, quo minus fiat, quoniam poenitentere potest; quosque scriptura perficiatur (...). Contrarium obtinet in contractu verbali, quem semel consensu perfectum, contrahentes possunt compelli, publico instrumento comprobare, ut tradit Cynus d. q. 3, & est Ordinat. libr. 5. titul. 36. § penul. (In nova compil. lib. 4, tit. 15. (SIC) §. 2.) utramque sententiam adstruens: in principio enim, quando scriptura est de substantia contractus, sancitum est non posse quenquam compelli scripturam conficere, scilicet quando contractus in scriptis celebrari debet: tunc enim scriptura ad ejus substantiam spectat. Secundo legislator disponit, eo casu, quo scriptura non est de substantia contractus, posse contrahentes compelli instrumentum conficere, ibi, Postoque despois de aterem affirmada dissessem, que fossem fazer scriptura, id est, quamvis post stabilitam conventionem dicerent, quod in scriptura redigeretur. Ex quo colligo, posse quemlibet contrahentem contractus celebrati instrumentum publicum conficere: quamvis illud non promiserit, quod innuit illa implicativa dictio Posto que, id est, Etsi, vel Quamvis, qua implicat casum contrarium, quando scilicet promissum, aut conventum non fuit, quod scriptura conficeretur, quae utilis foret resolutio in foro, nisi judiciorum mores aliud hortarentur, & omnem conficiendi instrumenti necessitatem ei, quo pollicitus non est,

"In textu ibi: Affirmassem entre si alguma convença, loquitur de contractu iam celebrato, non verò de promissione contrahendi..." (184).

Demandado para outorgar a escritura pública, o réu devedor pode confessar a obrigação ou negá-la. Nesta segunda hipótese, "sendo a cousa, sobre que se fez a convença, ou a quantia tal, que segundo nossas Ordenações não se possa provar senão per scriptura pública", o autor não poderá sequer ser ouvido se pretender fazer prova apenas testemunal, restando-lhe a frágil solução do juramento d'alma. Mas "si agatur de conventionem summam legis non excedente, potest pars admitti ad justificandum per testes, quod sibi promissum fuit per adversarium scripturam facere de contractu jam celebrato; quia tunc cessat ratio fraudis legis, & ejus ratione cessante cessat & ejus dispositio" (185). Portanto, se a obrigação prevista no contrato incidisse sobre coisa ou quantia não excedente ao limite legal de prova, ficava admitida a instrução por testemunhas, uma vez que não subsistia a razão da norma impeditiva da fraude.

Se todavia a parte confessasse o contrato anteriormente firmado seria "constrangida a fazer escritura".

---

auferrent". (Cf. Analyticus commentarius, cit., n. 21, p.180). Sobre a eficácia da confissao, em consonância com a visao da época, dizia "... confessio est efficacior, quam probatio ã testibus & instrumentis (...) nec ulla major & excellentior probatio quam ea, quae fit per confessionem partis (...) & confessionem est probatio probata..." (idem, n. 25, p. 181).

(184) Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria ad Ordinationes, cit., v. 4, p. 397, n. 11. Este excerto demonstra quão clara era a consciência de Silva sobre o fato de que a Ordenação, IV, 19, § 2, não cuidava das promessas de contratar, sobre as quais ele inclusive fazia indicações bibliográficas: "... de quo vide... Caldas de empt. & vendit. cap. 8 n. 4" (ob. cit., loc. cit.).

(185) Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, cit., p. 396, n. 9.

A doutrina preocupava-se em explicar essa eficácia dada à confissão (186) e, o que é muito mais, em justificar a solução do ordenamento rêgio, que aliás conflitava abertamente com a máxima nemo potest praecise cogi ad factum:

"Verum nobis plane inhumanum, & austeritate plenum videtur, venditorem instrumentum venditionis conficere, quo rei gestae veritas appareat, compelli non potest: cum ejus confectio sibi nullum afferat praejudicium, emptori plurimum afferat utilitatis & emolumenti, quoniam regulariter de contractu à se celebrato cogitur quis instrumentum facere (...). Quocirca in casu nostro venditor scripturam facere compellendus est, quae continebit omnia pacta & conventiones quae de consuetudine solent apponi, secundum Alex. d. l. ex ea parte, quoniam quis intelligutur contrahere secundum consuetudinem ..." (187).

Daí que aparecesse legítima a conseqüência de que "Compellitur autem contrahens scripturam facere,prae

---

(186) Cf., além da passagem de Caldas citada na nota 183, in fine, Miguel Reynoso, Observationes practicae in quibus multa, quae per controversiam in forensibus judicijs adducuntur, felisi stylo pertractantur, Coimbra, Iosephus Ferreyra Typographus, 1675, observatio 74, p. 539: "Est apud nos lex Regia lib. 4. tit. 19. § 2. qua cautum est quod si inter aliquos celebretur cotractus, qui sine scriptura, & publico documento probari non potest, & unus ex contrahentibus qui à contractu resilire volebat, vel ipsum negabat in judicium vocatus contractum confiteatur, eo ipso tenebitur coficere instrumentum illius. Cujus legis ea est praecipua ratio, quoniam nulla melior est probatio quam proprij oris confessio". Jorge de Cabedo, cuidando de outra hipótese ("An per instrumentum factum inter contrahentes, contra heredes eorum via executiva procedi debeat"), também afirmava: "... scriptura dicitur pura... si purificetur ex confessione partis" (cf. Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus regni Lusitaniae, Antuerpia, Apud Joannem Baptistam Verdussem, 1684, decisio 103, p. 48).

(187) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., cap. 19, p. 180, n. 21.

cedente judicis cominatione, eoque reluctante, scriptura pro confecta cum clausulis consuetis haberi potest" (188).

É verdade que o direito português das Ordenações não estava jungido ao postulado romano, já referido, consoante o qual in pecuniam numeratam condemnatur in onmibus obligationibus faciendi. E talvez não seja um caráter devidamente realçado em sua total importância o de que a ordem jurídica lusitana do período conscientemente se afastava do princípio dominante no ius commune, que era o romano, ainda que a obrigação fosse personalíssima:

"In faciendis obligationibus, si factum petitum fit, ut quia quis scribere, aut pingere promisit, & ad ipsum condenatio dirigatur, pro illius executione si condemnatus post requisitionem virtute sententia factam, factum promissum praestare nollit, aut capitis pignoribus coercendus est, aut ponendus in compedibus, donec pro se faciat quod promisit, nisi creditor malit facit non impleti interesse recipere" (189).

No tocante ao cumprimento forçado da promessa de escritura, no caso da Ordenação, IV, 19, § 2, que repetia a consolidação manuelina, IV, 36, § 2, a norma era inclusive explicitada em apartado:

"... si debitor promisit delegare debitorem creditori, aut ei scripturam facere, ad hoc cogendus est captura, non verò exequendus in pecunia, alias executione esse nullam, cum in alia re fiat quàm promissa est: quae concussio ex sty-

---

(188) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., p. 181, n. 24. Esse enunciado é repetido por Silva, com um importante acréscimo, relativo ao modo de constrangimento pessoal e seu procedimento: "Compellitur autem contrahens scripturam conficere, praecedente iudicis iussu, & comminationem etiam per capturam, & adhuc eo reluctante, scriptura pro confecta cum clausulis consuetis haberi potest".(Cf. Commentaria ad Ordinationes, cit., p. 396, n. 3).

(189) Silvestre Gomes de Moraes, Tractatus de executionibus instrumentorum & sententiarum, Lisboa, 1730, v. 2,

lo Regni videtur indubitabilis, nam secundum illum obligatur ad factum praecise cogitur facere, nec liberatur interesse praestando, dum factum ipsum praestare potest, estque creditor utile, ne alias creditores decipiantur, quia de ipso facto, non de interesse intellegunt..." (190).

O constrangimento a fazer a escritura, que era execução real, devendo por conseqüinte realizar-se diretamente sobre a pessoa do devedor, se este persistisse na recusa de outorgá-la, ao que parece teria caído logo em desuso, tendo sido adotada a prática de que a sentença fizesse as vezes do instrumento. Já se mostrou que os autores mais antigos e também os mais recentes diziam que "eo (o devedor) reluctante, scriptura pro confecta cum clausulis consuetis haberi potest". E assim também se advertia, em obra que se tornara um precioso guia para a prática do tempo, numa nota ao verbete Contracto depois de celebrado, se a parte o confessar, será constrangido (sic) a fazer d'elle scriptura:

"Ad verba: Será constrangido. Nota hanc Legem, ex qua videtur expresse probari quod de Jure Regio obligatus ad factum tenetur praecise facere (...) et vide sequentem Notam Senatoris Oliveira. Nota in praxi, *que nunca vi na prática fazer-se semelhante constrangimento real, sendo que em semelhantes casos se manda nas sentenças, que a parte faça escriptura; e não a fazendo, fique a mesma sentença valendo, como se o fora*" (191).

---

livro VI, Cap. 10, conclusio 84, p. 394.

(190) Silvestre Gomes de Moraes, Tractatus de executionibus, cit., conclusio cit., p. 394-395.

(191) Cf. Repertório das Ordenações do Reino, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1857, v. 2, p. 375, nota (d). Foi Jerônimo da Silva Pereira o organizador e o reformador dessa edição.

12. A revista, um tanto longa, à qual vêm de se submetidos os textos legislativos e a doutrina dos juristas do velho reino português, até agora se concentrou no estudo da configuração e dos efeitos das promessas de escritura, principalmente porque este é o objeto das disposições normativas a partir de quais alguns modernos autores têm procurado reconstituir a história luso-brasileira dos contratos preliminares e nelas assentar algumas conclusões de natureza dogmática a respeito da ordenação jurídica atual dessa categoria de negócio.

Entretanto, depois da precedente exposição, parece restar claro que esse proceder importa no equívoco, historicamente nuclear e inadmissível, de se encambulharem as promessas de fazer o instrumento do contrato e as promessas de contratar, mistura esta de que, por sinal, se mantiveram distantes os juristas da época. De fato, não lhes escapou que a Ordenação do Livro IV, título 19, § 2º (correspondente ao § 2º ao título 36 do Livro IV do diploma de Dom Manuel) tinha pertinência exclusiva a contratos já acabados (jam celebrati), carecedores de forma solene em razão da regra que exigia o instrumento público para a prova das obrigações postas in esse pela relação contratual verbalmente assentada em fase negocial anterior. Outrossim, jamais consideraram promessas de contratar aquelas convenções em que os figurantes se comprometiam a instrumentar publicamente o negócio — o que se exigia in casibus a iure expressis — ou naqueloutros em que ipsi contrahentes, vel alter eorum dixerint voluntatem suam esse quod contractus fiat per scripturam et aliter non valeat. Dessas promessas os figurantes podiam livremente arrepender-se (poenitire) e arredar-se (recedere, resilire), pois, peccantes

in substantialibus, engendravam apenas imperfecti contractus. Nem há negar a flagrância da indistinção dos três diversos planos do negócio jurídico em tal concepção; mas era essa a que correspondia à cultura jurídica do momento, em consonância, repita-se, com o paradoxo, historicamente explicável, introduzido pelo direito justinianeu, que elevara à posição de elemento essencial de certos negócios a forma escrita, sem, contudo, sob certas circunstâncias, desconsiderá-los ao nível da existência ou deixar de atribuir-lhes validade e eficácia, apesar de registrarem algum défice no elemento formal.

Por sua vez, as promessas de scriptura conficienda ad probationem tantum referiam-se a contratos perfeitos (isto é: existentes, válidos e eficazes); por isso, o promitente ou o compromitente se obrigava logo, e assim, "no caso de contravir, pode pedir-se-lhe o cumprimento da promessa, ou interesse" (I92).

Se essa série de demonstrações impede que se misturem os conceitos de promessa de contratar e de promessa de fazer escritura, não tolhe porém o reconhecimento de que, durante o longo lapso secular em que vigiram as Ordenações, houvessem as promissiones de contrahendo sido praticadas e detectadas, na vida jurídica do reino lusitano, de acordo com as especificidades que lhes procurava a doutrina do tempo.

---

(192) Essas expressões, que são de José Homem Corrêa Telles, Doutrina das acções, Rio de Janeiro, Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918 (edição anotada, de acordo com o Código Civil, por Pontes de Miranda), § 299, p. 299, nota 1, dizem respeito exclusivamente à hipótese da Ordenação, IV, 19, § 1, e, portanto, às promessas de escritura originadas ex voluntate partium relativamente a contratos em que a formalidade não era "substancial" expresso iure. Corrêa Telles jamais reconheceu aos "tratados de fazer um contrato" qualquer obrigatoriedade; o passo referido no texto tem a ver apenas e tão somente com as promessas de escritura ad probationem e não pode ser interpretado no sentido de uma vinculatividade susceti vel de ser gerada pela promessa de contratar, como pretendeu, *ainda outra vez forçando o contexto, o mesmo* Pontes de Miran-

Desse fato há inclusive provas de casos concretos, relatados em pareceres e decisões, dos quais um excelente exemplo é a seguinte consultatio:

"Um certo homem casado, sem apresentar a outorga uxória, prometeu vender uma casa por determinado preço, uma parte do qual foi paga imediatamente. Devendo receber a parte restante no ensejo da confecção da escritura, cedeu a posse ao comprador, que fez melhoramentos na casa, como se a coisa fosse sua, com ciência e consciência do vendedor e de sua mulher. Depois de vários anos, o vendedor, percebendo que a casa fora consideravelmente melhorada, entendeu de reclamá-la de volta, porque não fora prestado o consentimento uxório. Assim, perguntou-se: quid iuris? " (193).

"Respondi primum domos illas non fuisse venditas, sed duntaxat intervenisse promissionem de vendendo, & quamvis diversa sint vendere, & promissione de vendendo...

Attamen cum non sit adhibitur consensu uxoris ad illam promissionem de vendendo, etiam illam non valere multitoties vidi judicatum, nec in hac re differe promissionem de vendendo ab ipsis venditione, ne lex Regia frauderetur per indiretum...

Secundo etiam respondi, nihil profuisse in hac specie allegare mulierem vidissem meliorationes ab emptore in domibus fieri, & ivisse salutatum uxorem emptoris, quia licèt haec sint signa taciti consensus, quia lex Regia, d. tit. 6 requirit expressum consensum, & per scripturam publicam, & adjicit non sufficere tacitum, quia tacitus ex dictis, vel fac-

---

da, no § 1506, p. 207, de seu Tratado de direito privado, cit., v. 13 e nos seus Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973), cit., v. 10, p. 132.

(193) Álvaro Valasco, Decisionum, consultationum, cit., consultatio 83, p. 183.

tis colligitur (...). Unde in proposita specie judicatum est, domos restituendas.

Sed de restitutione pretii accepti tertio loco quaesitum est, quia lex Regia d. tit. 6. §. incipiend. E no caso, expresse disponit, quod si emtor tempore venditionis scit venditorem esse uxoratum, & emit sine consensu uxoris, non audiatur volens repetere pretium datum, & sic in poenam emtionis, contra legem factae amittat pretium.

Veruntamen ipse in specie proposita respondi, emtorem non amissum pretium, primo, quia illa non fuit perfecta venditio, sed promissio de vendendo, & de conficienda scriptura venditionis & ordinatio illa poenalis de amittendo pretio: quae loquitur in venditione & alienatione perfecta, non debet trahi quoad poenam ad promissionem de vendendo. (...) Unde poena apposita ementi, non debet extendi ad obligantem, sed ad emendum, imo debet intellegi se obligare ad emendum adhibitis iuris solemnitatibus, nec aliter intelligendus est voluisse emere, ut non discedat a iure..." (194).

Como se pode ver, a facti species revela feição e sabor atualíssimos. O notável jurisconsulto, com a acuidade que o celebrizou, decompôs a relação jurídica de sorte a evidenciar que não se realizara uma venda e compra, nem fora o caso de uma promessa de escritura, porquanto a falta da outorga conjugal tornara deficiente a própria convenção preliminar, que, por isso, só podia ser qualificada como promessa de venda a parte mariti. Ora — acrescenta — tratando-se de simples promessa, não cabe aplicar a sanção cominada pela Ordenação Manuelina, § 6, título 6, Livro IV (a que corresponde o § 6 ao título 48, Livro IV, da Ordenação Filipina) ao compra-

(194) Álvaro Valasco, Decisionum, consultationum, cit., cons. cit., n. 2 usque 4, p. 183.

dor que, no tempo da venda, soube ou teve justa razão para saber que o vendedor era casado, e que, por "comprar coisa de raiz sem outorga da mulher do que sabia ser casado", deve perder o preço adiantado, pela razão de que essa Ordenação diz respeito apenas às compras e vendas já perfeitas. Daí que, in proposita specie domos restituendas, contudo, poena apposita ementi non debet extendi ad obligantem, ao qual o adiantamento do preço há de ser devolvido.

Eis aí, por conseqüinte, a prova de que, de modo prático, diferenciavam-se, com clareza, contrato definitivo, promessa de escritura e contrato preliminar, tanto no plano conceitual como no da eficácia; por outro lado, nota-se também como, no caso, o jurisconsulto, ciente da distinção, sequer precisara socorrer-se (ou talvez propositadamente o evitasse), para o enquadramento categorial da espécie, do contractus imperfectus e do conseqüente arrependimento livre que a promessa de escritura ad solemnitatem poderia ensejar para o vendedor, pois, a rigor, o défice da outorga uxória na avença inicial não a fazia contrato, nem mesmo imperfeito, mas um minus negocial, que definia como simples promessa. Tal solução, de outra parte, se percebe tanto mais engenhosa para o problema em particular quanto mais se atenta para o fato de que a caracterização do negócio inicial como promessa de contratar já cerceava um provável argumento no sentido de sua qualificação como venda e compra atual, embora dependente de escritura ad substantiam, o que poderia favorecer a tese da aplicação, à espécie, da Ordenação Manuelina, IV, 6, § 6 (Ordenação Filipina, IV, 48, § 6) na qual o legislador não distinguira explicitamente.

Essa consulta, porém, deixa ainda na sombra alguns

outros aspectos fundamentais do instituto em tema. Entre eles avulta sempre o da obrigatoriedade da promessa de contratar efetuada independentemente da entrega de arras: no caso de inexecução, tal como ocorria para com as promessas de fazer escritura ad substantiam, o devedor do contrato prometido poderia arrepender-se e se afastar livremente do negócio, sem pagar perdas e danos?

A resposta a essa questão era ministrada a partir da diferenciação preliminar entre a venda e a promessa de vender:

"... maximum in se differunt venditio & promissio de vendendo (...) illa enim contractum consensu perfectum significat, Ordinat. lib. 4 tit. 23. in prin. (In nova compil. livr. 4, tit. 1) tradit Fortunius Garsia in l. jurisgentium, post num. 11, ff de pact. ubi ait, statim dari actionem ex empto (...) promissio vero de vendendo perficiendum contractum designat (...) ex quibus vulgaris exoritur regula, quod aliud est vendere, aliud promissio de vendendo..." (195).

Sobre outros negócios, em que a distinção era também usualmente feita, diz-se:

"... addo Corrasium in l. 4 ff de servitut. ponentem discrimen inter constituentem servitutem de praesenti, & promittentem constituere, Quintilian. in regula Cancell. 34. qu. 55. ubi quod mandatum de providendo aliud est, quam ipso provisio..." (196).

E logo a seguir chama-se a atenção para a possibilidade de que uma (aparente) promessa de comprar e de vender já

---

(195) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., cap. 8, p. 48, n. 5.

(196) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., loc. cit.

seja, ou seja ao mesmo tempo, o próprio contrato definitivo (de praesenti):

"... sed minime refragatur formula, à nobis superius praescripta, quoniam vel indicat, intercessisse promissionem de vendendo, & postea super pretium contractum absolvisse, vel eodem instanti promissam venditionem, & mox venditionem celebratam, quoniam accedente venditoris & emptoris voluntate & intentione, quia statim venditio perficitur, & omnia solemnia adimplentur, promissio de vendendo ab ipsa venditione non differt, ut tradit Fortunius Garsia, in l. jurisgentium, n.92. ff. de pact. quare si pretio nominatim expresso, quis promittat vendere, & alter vicissim emere velle declaret, emptionis & venditionis contractus de praesenti celebratus dicetur ..." (197).

O mesmo vale para a promessa de doação e para a promessa de dote:

"Unde promissio de donando centum, vel in dotem dando, cum donandi aut dotandi voluntas concurrit, in donationem de praesenti resolvitur..." (198).

No caso, porém, da promessa de contratar verdadeira e própria, qual seria a sanção aplicável ao inadimplente?

"Unde eleganter Paulus in leg. si haerer, verific. tamen, ff de eo, quod certo loco, scripsit, hoc casu quo, quis mihi promisit vendere, posse me nolle emere, seu ab emptione resilire, quamvis jam pretii partem solverim, quam me posse repetere probat, non enim ego teneor emere, licet ille vendere compelatur: quamvis regulariter contractus hujusmodi

---

(197) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., p. 48-49, n. 5, retro, nota 170.

(198) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., p. 49, n. 6; grifo não-original.

claudicare non debeant, ut in leg. Labeo scribit, ff. de act. empt. nam correlativa diverso jure censeri non debent, ideoque dispositio in vendente comprehendit ementem (...). Haec vera sunt in venditione perfecta, non in promissione vendendo (...). Quamobrem hoc casu arrharum constitutio in mutuum resolvitur, ut repeti possit ab eo, qui emere promiserat, ex not. per Boerius (...) unde contrarium est resolvendum in arrhis praestitis ab ipso, qui promisit vendere, nam cum ex parte illius contractus sit obligatorius, nec ipse poenitire liceat, nisi interesse praestet, utique arrhas constitutas dimittit, quasi loco interesse persolvendi subrogatas.

Ex supra scriptis ergo resolvendum est, plurimum diferre promissionem de vendendo ab ipsa venditione, nec minus quam actum perfectum à perficiendo, quare promittens vendere praestando interesse liberatur, ut diximus, non sic qui vendidit..." (199).

Este lugar do egrégio humanista lusitano não deixa margem para dúvidas sobre o fato de que, tratando-se dos pacta de contrahenda emptione, ele só considerava obrigatória a promessa unilateral de vender, excluindo qualquer vinculação para a promessa unilateral de comprar, e até mesmo esclarecendo que, em ocorrendo negócio desta última espécie, o promitente comprador que houvesse prestado arras poderia repeti-las, porque a importância dada em sinal se considerava recebida pelo promissário a título de mútuo. Ao promitente vendedor, todavia, não era lícito o simples arrependimento, pois, de sua parte, o contrato era obrigatório, e ele somente poderia liberar-se pagando perdas e danos ou abandonando à outra parte as arras que dera, porquanto elas se sub-rogavam ao interesse. E

(199) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., p. 52-53, n. 23-24.

isso a despeito de, no direito romano, existir, tendo como premissa os contratos de venda e compra, a máxima — relembrada pelo próprio jurista — de que as coisas semelhantes ou que mantêm entre si a mesma relação de necessidade não devem ser submetidas a tratamento jurídico diverso (correlativa diverso iure censeri non debent).

Entretanto, ao contrário daquele que prometeu vender, o vendedor (qui vendidit) não se pode apartar do contrato prestando ao credor as perdas e danos:

"Hic enim tenetur rem venditam tradere, si facultatem tradendi habet, nec solvendo interesse liberatur (...). Ille vero qui tantum promisit vendere, solvendo interesse liberatur (...) quia promittens vendere factum, dicitur promittere, quae ratione praecise compelli non potest..." (200).

Ao promitente vendedor reserva-se sempre a possibilidade de se desvincular, pagando o interesse ou perdendo as arras quasi loco illo subrogatas, mesmo quando a posse da coisa já se haja transferido ao promissário; a este se enseja apenas uma ação pessoal destinada a perseguir o crédito, e inclusive os frutos interimários terão de ser restituídos pelo possuidor:

"... quoniam promissio de vendendo non est venditio, ut in juribus supra citatis notatur; quaere traditio inde sequuta, tanquam nuda, praestare non potest dominii acquisitionem (...) & proinde fructus interim perceptos suos nequit possessor facere (...) quoniam ex promissione de vendendo, nec dominium, nec aliquod aliud jus reale transfertur in emere volentem sed sola personalis actio adversus promissorem

---

(200) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., loc. cit.

datur..." (201).

13. Nos autores subseqüentes, tende a se esmaecer a distinção já acentuadamente trabalhada pela doutrina anterior, entre os conceitos de contrato e promessa de contratar, que todavia seguiam diferenciados dos meros entendimentos preliminares ou tratativas, então designados pelas palavras tractatus e assertiones (202).

O grande luminar do enciclopedismo português, não obstante fosse bom conhecedor dos intérpretes alemães do usus modernus pandectarum, levado pela simplificação, ignora simplesmente a doutrina dos pacta praeparatoria, cingido-se à menção dos tractatus de contrahendo, para esclarecer que, diversamente dos simples pactos, não engendravam obrigações para os figurantes respectivos:

"Separandi autem sunt tractatus de contrahendo ab ipsis pactis, seu contractibus; namque ex mudis tractatibus et sermocinationes nulla nascitur obligatio; quippe quia,quan diu negotium adhuc tractatur, deficit consensus duorum in idem placitum. Ad meros tractatus pertinet promissio vaga et indefinita, non ex animi sententia, sed joco facta" (203).

---

(201) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., p. 52, n. 20. Essa tutela outorgada a nível de perdas e danos ao promitente comprador (emere volentem), mas não ao promitente vendedor, não é explicada; o seu fundamento, porém, é presumivelmente o de que se protege o comprador em razão de seu interesse característico, que no mais das vezes incide sobre coisa determinada, isto é, aquela prometida à venda; o vendedor, entretanto, recebe sempre coisa fungível (o preço em dinheiro), daí, em princípio, que não possa exigir de uma determinada pessoa o pagamento prometido, pois é indiferente para ele a fonte do preço. Razões análogas poderiam ser invocadas para justificar a omissão de Pothier quanto à coercibilidade processual da promessa de comprar.

(202) Cf. Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., n. 17, p. 83.

(203) Paschoal José de Mello Freire, Institutiones

Sem maiores explicações, noutro passo da mesma obra aparece contudo a indicação de certos negócios jurídicos obrigatórios cujo posicionamento dogmático se tornara ambíguo, em virtude da rejeição das categorias tradicionais pelo princípio triunfante do consensualismo:

"... omnes contractus hodie esse consensualles; adeo que divisionem in contractus reales, verbales, literales, consensuales, nominatos, et inominatos, quae in jure Romano utramque facit paginam, nullius usus esse, cum solo consensu obligatio oriatur: illud tamen notandum, pactum de mutuando, commodandove actionem quidem producere; ea autem ex mutuo non est, vel commodato, quale nondum contractum est, sed ex pacto, vel promisso..." (204). Desse modo se instaura, porém, uma contradição com a anterior definição e delimitação dos pactos, já equiparados aos contratos: "Pactum definitur: Duorum, pluriumve in idem placitum de dando aliquo, faciendove consensus (...). Quia vero hodie inter pacta et contractus nomine tantum distinctio est, praefata definitio tam pacto nudo et simplici conventioni, quam contractui recte adplicatur..." (205).

Em verdade, o prestigioso iluminista, ao ter de reconhecer ação aos pacta de mutuo dando vel commodando, fundamentando-a, não em contrato, quale nondum contractus est, mas no que denominava pacto ou promessa, saltava comodamente por sobre um problema dos mais relevantes, ainda não superado, aliás, pelas concepções tradicionalistas da teoria dos contratos, preservadas, de modo aparente, na grande maioria das co-

---

iuris civilis Lusitani, cit., v. 4, tít. II, § 7, p. 9.

(204) Paschoal José de Mello Freire, Institutiones, cit., tít. II, § 4, p. 7-8.

(205) Paschoal José de Mello Freire, Institutiones, cit., tít. II, § 1, p. 6.

dificações.

De fato, no direito romano clássico, o mútuo e o comodato (bem como o depósito e o penhor) formavam no grupo dos contratos chamados reais. Re contrahitur obligatio significava a produção da obrigação por intermédio da entrega de uma coisa corporal. Os contratos reais não eram solenes e sua celebração dava-se com aquela transmissão de coisa, que acarretava para quem a recebia a obrigação de restituir. Os essentialia negotii eram tanto o acordo dos figurantes sobre a finalidade da traditio como a tradição mesma: se não houvesse o acordo não existia contrato e, embora normalmente seja dito que na falta da entrega da coisa o contrato existia, mas era nulo (o que está conforme à idéia romana), a abordagem descritiva e sincrômica do fenômeno pende no sentido de posicioná-lo no plano da existência (206).

De qualquer modo, o princípio da consensualidade na formação contratual impunha, como consectário lógico, o reconhecimento de eficácia obrigacional, desde logo, ao acordo de vontades sobre a finalidade da tradição, que a construção historicizada tratava apenas como um dos dois elementos constitu

---

(206) V., sobre os contratos reais no direito romano clássico, por todos, Fritz Schulz, Derecho romano clásico, cit., §§ 800 e 870, p. 448-449 e 484-485. Sobre o posicionamento do ato real no plano da existência, cf. Pontes de Miranda: "Os chamados contratos reais são negócios jurídicos em que para a vinculação contratual não basta que as manifestações de vontades, de um lado e de outro, coincidam (consensualidade); é mister que entre no suporte fático a entrega do bem, o que exige, necessariamente, acordo de direito das coisas" (Tratado de direito privado, cit., v. 26, § 3170, p. 286). Outro é o entendimento de Antônio Junqueira de Azevedo, para quem a "entrega da coisa nos contratos reais é causa pressuposta deles, mas (...) a causa, quando pressuposta, não é elemento do negócio, e sim, requisito de validade. A nosso ver, a efetiva entrega da coisa não faz parte, portanto, da existência dos contratos reais, e sim, somente influi sobre sua validade" (Negócio jurídico; existência, validade e eficácia, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 45, nota 54). Esta opinião que, para o autor da presente tese, é a melhor, precisa, porém, de ser posta em conexão com o poder que é, nesta área, próprio à autonomia privada, conforme se explica em a nota 208.

tivos do negócio. Daí a solução de se considerar pacto ou promessa de contratar aquele acordo, em si vinculatório, mas diverso do contrato verdadeiro e próprio, que apenas se alcançaria obligatio re contrahitur. Em realidade, esta era e continua a ser uma construção artificial, que visa conciliar o princípio da consensualidade com a tradição do direito romano. Mas, no caso, não há falar-se de promessa de contratar ou de contrato preliminar. O que se designa como pactum de mutuo dando vel de commodando é o acordo em razão do qual nasce a relação jurídica de mútuo ou de comodato, e, ao mesmo tempo, a obrigação de entregar a coisa, fungível no primeiro caso, infungível no segundo; não surge porém obrigação alguma de se concluir um segundo contrato. Por outro lado, assim como ocorre nos contratos de locação (universalmente aceitos como consensuais puros), a obrigação de restituição nasce em virtude da entrega da coisa e pelo acordo, contemporâneo ou precedente, sobre a devolução (207).

Dúvida não remanesce, por conseqüência, de que o autor sob estudo não cuidou dos contratos preliminares, e quando se referiu a certos negócios jurídicos que eram obrigatórios e geravam a ação correspectiva ao mútuo ou ao comodato, sem que já fossem tais contratos, embaraçava-se no conflito entre o princípio consensual e a estratificação resistente do direito romano em matéria da formação dos contratos ditos reais, fugindo, por esta razão, de chamar aqueles negócios de acordo com o que eram e são, isto é, contratos (208).

---

(207) V. Andreas von Tuhr, Derecho civil; teoria general del derecho civil alemán, cit., v. II-1, § 50, p.168-169, e v. II-2, § 62, p. 174-175.

(208) Karl Larenz acabou a desmistificação da categoria dos contratos reais, já antes iniciada por von Tuhr, Philipp Heck e Josef Esser, chamando a atenção para o fato de que, a entender-se que a vinculação somente se produz com o ato real, fica postergado o princípio atualmente vigente acer

Quanto às promessas de escritura, nada acrescenta à interpretação da Ordenação, IV, 19:

---

ca da validade jurídica de todo acordo sério que fundamente uma obrigaçao admitida pela ordem jurídica. O ponto de vista tradicional, procedente do direito romano, tem de ser apreciado apenas como "um resíduo histórico e sistemático que hoje de modo algum se justifica" (cf. Derecho de obligaciones, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, § 6, p. 90-91). Noutro lugar dessa mesma obra, ocupando-se do contrato de mútuo, reconhece que o § 607 do BGB, correspondente ao art. 1257 da lei civil brasileira, foi visivelmente influenciado pela teoria do contrato real, pois, de fato, é muito freqüente que a estipulação da entrega de uma soma a título de empréstimo seja acompanhada pela entrega de dita soma, e não sucede com igual assiduidade a mera estipulação desacompanhada daquela entrega. Admite também que a obrigação de restituição somente vá surgir à medida que e quando o tomador do empréstimo houver recebido o numerário. Mas objeta que isto nada demonstra em favor de um "contrato real", isto é, de um negócio jurídico que, para ser vinculante, requeira, ademais do acordo, um necessário elemento "real". Nada obsta — prossegue — como aliás se deduz do princípio da liberdade de contratar, que as partes concertem o contrato de empréstimo antes da entrega da importância em dinheiro. Então, um dos contraentes (o mutuante) se obriga a entregar, enquanto a outra (o mutuário) se obriga a restituir e a pagar o preço do empréstimo. A entrega da soma emprestada tem, nessa hipótese, o caráter de execução do contrato avençado e é o começo de seu cumprimento. Esta relação de empréstimo não tem como fundamento jurídico a entrega do capital e sim o contrato de mútuo anteriormente celebrado. Ver neste último unicamente um pré-contrato, como forçadamente enxerga a teoria do contrato real, não corresponde, na maioria dos casos, ao sentido da estipulação. Se efetivamente se tratasse de um contrato apenas preliminar, o mutuante não estaria obrigado ao pagamento do dinheiro, senão à celebração do contrato definitivo, no momento preciso em que fosse prestada a importância monetária. Seriam criados direitos e obrigações somente depois da conclusão deste "contrato definitivo". Mas, na verdade, os figurantes em concreto jamais consideram que seja com a entrega e a recepção do dinheiro que o contrato se consuma, porque já o consideram concluído desde o momento do acordo. Não se encontra nenhum motivo razoável para dar relevância a outras conclusões, em obséquio à velha concepção romanista do supostamente necessário "contrato real". Certamente que as partes podem convencionar também um contrato preliminar à celebração de um contrato de mútuo, o que certamente farão, quando as circunstâncias atinentes a ele houverem de ser negociadas em particular (cf. Karl Larenz, Derecho de obligaciones, cit., 1959, v. 2, § 47, p. 272-273). No Brasil, nos arts. 1248, 2a. parte, e 1257, do Código Civil, fica explícito que os contratos de comodato e de mútuo são "reais"; o mesmo vale para o depósito, em vista do art. 1265 da mesma lei. "Não se pode pôr de lado a letra das leis, a ponto de se interpretarem as regras jurídicas sobre contratos reais como se não existissem. Porém seria fora de tempo, por apego ao direito romano, que se inspirava em dados históricos, entender-se que não possa haver o pré-contrato de comodato (pactum de commodando), o pacto de mútuo (pactum de mutuo dando ou de mutuo dando et accipiendo),

"Scriptura eo tantum casu necessaria est, et de substantia contractus, quo expresse conventum, ut venditio in

---

ou o pacto de depósito (pactum de depositando). (...) Assim, há dois caminhos: a) admitirem-se, ao lado dos contratos reais, contratos consensuais, de jeito que, com a conclusão do contrato, exsurge relação jurídica obrigacional e na obrigação de devolver somente se pode pensar quando tiver havido a entrega da coisa; b) entender-se que, se não houve entrega da coisa, mas se concluiu o contrato que seria real, e não foi, pela falta de entrega da coisa, apenas se pré-contratou. (...) Seria difícil, certamente, manter-se o apego à reminiscência histórica e sistemática do direito romano. Não se poderia considerar inexistente ou nulo o contrato de mútuo, ou de comodato, ou de depósito, em que não houvesse a entrega da coisa, isto é, o contrato de mútuo, de comodato, ou de depósito consensualmente concebido; não se irradiaria dele o dever de restituição, porque esse somente nasceria com a entrega da coisa. A atitude de se considerar inexistente (= não entrado no mundo jurídico) o negócio bilateral só consensual, de mútuo, de comodato, de depósito, iria, sem dúvida, contra os princípios hodiernos de liberdade de contrato. Bem assim, a que os reputasse nulos. (...) Se o contrato consensual está manifesto e não há dúvida entre se tratar de contrato consensual ou de pré-contrato, nada obsta a que se considere estabelecida a relação jurídica. Entregue a coisa, os princípios relativos ao mútuo, ao comodato, ou ao depósito, contratos reais, incidem. Se há dúvida devemos entender que apenas se pré-contratou" (cf. Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, cit., v. 26, § 3170, p. 286-288). Vê-se, pois, que o egrégio jurisconsulto brasileiro se afina com as proposições dos autores alemães já apontados, e especialmente com Karl Larenz, na medida em que frisa bem o papel da autonomia privada na "consensualização" dos contratos ditos de formação re. Nem parece discutível que deva de ser esta a orientação jurídica mais adaptada às expectativas e aos padrões sócio-econômicos da atualidade. Por outro lado, o tratadista brasileiro também procura conciliar a ordem legal e o auto-regramento dos particulares ao advertir que, entregue a coisa, incide a disciplina relativa aos contratos reais, devendo-se acrescentar: se for o caso (isto é, supletivamente ou naquilo que for de ordem pública). Propicia ainda um importantíssimo esclarecimento para o tema desta tese: "O pré-contrato de modo nenhum se confunde com o contrato consensual por 'desrealização' do contrato real. Naquele, é indispensável a conclusão do contrato real, que se prometeu; daí o direito a essa conclusão e o dever de concluir o contrato prometido. No contrato consensual por 'desrealização' do contrato real, protrai-se o fato da entrega da coisa, e esse protraimento transforma em adimplemento do contrato o que teria de ser, no contrato real, elemento do suporte fático. Ali, a vinculação é a prometer; aqui a vinculação é a promessa" (cf. Tratado de direito privado, cit., v. 26, § 3170, p. 288). No Projeto de Código das Obrigações, da lavra do eminente Caio Mário da Silva Pereira, foi suprimida a categoria dos contratos reais (cf. Projeto de Código das Obrigações, Serviço de Reforma dos Códigos, 1965, arts. 539-599); aliter, o Projeto de Código Civil de 1975, que também nessa parte manteve a sua inclinação conservantista. Na bibliografia italiana, v., contra os contratos reais,

scriptis fieri; vel quo scriptura pro forma contractus, qualis est emphyteusis ecclesiastica, requiritur; vel quod demum id actum intelligitur, ut non valeat venditio, nisi publico confecto instrumento" (209). "Rescinditur venditio, ab eaque ea recedere licet (...) unius dissensu, altero invito, si contractus nondum est perfectus" (210).

Ainda no período da influência iluminista, outro excelente escritor ensinava que o "tratado de fazer um contrato não produz obrigação" (211) referindo-se, está claro, aos tractatus de contrahendo ou entendimentos preliminares, que hoje, correntemente, tem o nome técnico de tratativas (212). Mas, logo a seguir, acrescentava:

"As promessas de doar, ou de vender, referidas a tempo futuro, também não obrigam, porque esperam apoz de si o contracto obrigatório (...). Se o promitente porém se obrigar logo, no caso de contravir, pode pedir-se-lhe o cumprimento da promessa, ou interesse. Se se obrigou a fazer escriptura de venda, e refusa, a sentença, que o condena a fazê-la, fica

---

Lodovico Barassi, Teoria generale delle obbligazioni; le fonti, Milano, Giuffrè, 1948, v. 2, n. 134 e 135, p. 147 e segs., e Giuseppe Osti, Contratto, in Novissimo digesto italiano, Torino, UTET, 1974, v. 4, n. 22, p. 483 e segs.

(209) Paschoal José de Mello Freire, Institutiones iuris civilis lusitani, cit., v. 4, tít. III, § 14, p. 30.

(210) Paschoal José de Mello Freire, Institutiones, cit., tít. III, § 17, p. 32-33.

(211) José Homem Corrêa Telles, Doutrina das acções, cit., § 299, p. 299, nota 1, in principio.

(212) Equivocou-se, portanto, desde logo e gravemente, Barbosa Lima Sobrinho, que sustentou, com base nesse passo de Corrêa Telles, um presumido "princípio geral de nosso direito civil, de que o tratado de fazer um contrato não produz obrigação", tomando a palavra tratado (= tractatus) no sentido de contrato e não de simples tratativas, como na verdade a significava Corrêa Telles (cf. Barbosa Lima Sobrinho, As transformações da compra e venda, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, p. 53). A exposição anteriormente desenvolvida mostra que, pelo menos no que tocava a certas promessas unilaterais de contrato, o princípio era o da obrigatoriedade. Na linha histórica, Corrêa Telles pertence a um período de involução (cf., logo adiante, no texto); invocá-lo para axiomatizar

servindo de título" (213).

Discriminam-se, destarte, variadas conseqüências consoante se cuide, em concreto, de uma dessas quatro hipóteses: tratativas, promessas de contratar de futuro, promessas de contratar de praesenti, promessas de escritura não "essencial". As duas primeiras não obrigam; a terceira obriga porque já é na verdade o contrato como ocorreria, e.g., quando o negócio prometido consistisse em confecção de escritura pública ad probationem, ou, tratando-se de negócio não solene, a promessa já contivesse em si própria (perfectus contractus) todos os elementos e requisitos necessários e suficientes ao contrato definitivo, sendo, portanto, equiparável a este último; a quarta se prende à norma, já analisada, da Ordenação, IV, 19, § 2. Nota-se, por conseqüência, uma clara involução, fomentada talvez pela ideologia do individualismo, no tratamento das promessas de contratar. A doutrina anterior fixara inclusive a possibilidade do salto para os efeitos jurídicos do contrato prometido sempre que a promessa fosse de praesenti, sem, entretanto, em matéria de promessa de doar ou de vender, denegar ao donatário ou ao comprador o direito de perseguir perdas e danos, em face do arrependimento do outro contraente. No passo analisado, entretanto, nivelam-se — com clara influência do primeiro autor do período — as promessas de contratar e as simples tratativas, perdendo-se, com isso, a preciosa esculturação dada à figura em todo o transcurso do ius commune (214) e por alguns dos maiores juristas lusos

---

o referido "princípio" é, quando menos, desprezar vários séculos de doutrina e prática da contratação preliminar.

(213) José Homem Corrêa Telles, Doutrina das acções, cit., loc. cit., continuatio. No Digesto portugues, cit., v. 1, n. 284-288, Corrêa Telles interpreta estritamente o título 19 da Ordenação, IV.

(214) Lembre-se, a respeito, a notável precisão de

das épocas precedentes.

Assim é que outro dos melhores iuris auctores oitocientistas vai silenciar igualmente sobre os contratos preliminares, sem contudo olvidar as "minutas, ou apontamentos do contracto", que, "assignadas e accordadas em todas as condições, tornam este válido, e produzem immediatamente os direitos e obrigações respectivos, Cod. da Aust. art. 884" (215).

A invocação das codificações estrangeiras, como é de hábito nos juristas desta fase, e, nesse particular, do Código civil austríaco, demonstra, a nível doutrinário pelo menos, o quanto havia tombado em esquecimento o contrato preliminar no direito português, em meados do século XIX, porquanto a mesma lei austríaca fora das primeiras a regulamentar o instituto num dispositivo que, ainda vigente, é digno de muito louvor, na medida em que regra, efetivamente, alguns dos seus mais importantes perfis (216). Não era todavia sequer lembrado.

Felipe Decio, ainda no século XVI : "promissio aliud est et alliud implementum facti promissi; conventio de faciendo non concludit illud fuisse factum, cum aliud sit promissio, et aliud implementum facti promissi. Attamen promittens, ex omni justitia et aequitate, promissione servare tenetur, et propterea promissio, quando est licita parit actionem" (Decis. recent. Decis. 36, n. 9; n. 163, n. 1, apud Torquato Cuturi, Della vendita, della cessione e della permuta, cit., p. 76).

(215) Cf. M.A.Coelho da Rocha, Instituições de direito civil português, cit., v. 2, § 738, p. 583-584.

(216) Nunca é demais repetir a excelente formulação do Código Civil geral da Áustria, que, por seu art. 936, disciplina ad hoc as promessas de contratar: "La convention par laquelle on déclare vouloir conclure un contrat dans l'avenir n'engage pas les parties que si on fixe l'époque de la conclusion et les clauses principales du contrat et si, entre temps, les circonstances n'ont pas changé de telle façon que le but expressément déterminé ou celui qui apparait à la lumière des circonstances est rendu impossible, ou si la confiance de l'une ou de l'autre partie se trouve détruite. En général, il faut agir en exécution de telles promesses au plus tard un an après le moment convenu, sinon le droit est prescrit" (Code civil général autrichien, Paris, Éditions A. Pédone, 1947, tradução para o francês de Michel Doucet).

14. A Lei portuguesa de 9 de julho de 1849 dispôs que, nos contratos de compra ou troca de bens imobiliários de valor excedente a 50$000 réis, a parte que se recusava à formalização do contrato, depois do ajuste, podia ou não ser judicialmente demandada para fazer escritura pública, com a conseqüência de servir como título de igual força a sentença que a isso a condenasse. Determinava, outrossim, o mesmo diploma legal, que os contratos de compra e venda ou de troca de bens de raiz, cujo valor excedesse a 50$000 réis, não pudessem ser provados em juízo senão por escritura pública.

Em face desse texto, julgava-se em alguns casos que o contrato naquelas condições, celebrado por meio escrito particular, era nulo, enquanto não reduzido à escritura pública, porque esse instrumento era da "essência" do negócio. Mantinha-se, deste modo, fidelidade ao pensamento das Ordenações, IV, 19, cujo § 2º admitia que o devedor da outorga fosse constrangido a fazer escritura apenas quando esta não fosse da substância do contrato. Em outros casos, no entanto, decidia-se que, em vista das palavras "fazer prova em juízo", que estavam na nova lei, a escritura não era da "essência" do contrato, mas necessária para a respetiva prova em juízo e só para isso. De sorte que os direitos e pretensões deduzidos com dependência dessa formalidade seriam simplesmente desconhecidos se a não apresentassem os interessados, mas isto, por outro lado, não impedia a demanda de que a parte reticente fosse condenada a fazer escritura, sob pena de, não a fazendo, dentro no prazo de um mês, contado do transcurso em julgado da sentença condenatória, ficar esta servindo de título com valor igual ao da escritura pública recusada (217).

---

(217) V. José Dias Ferreira, Código Civil portuguez annotado, Lisboa, Imprensa Nacional, 1873, v. 4, p. 10, nota ao art. 1548. A íntegra deste preceito é a seguinte: "A sim-

Esta segunda orientação — conforme estará ocorrendo mais ou menos coetaneamente no Brasil — estaria a tratar como promessa de venda o contrato de conficienda scriptura, ou, simplesmente, por considerar o segundo negócio voltado ad probationem, dava eficácia ao primeiro, como se fora contractus jam perfectus?

Os autores do tempo não esclarecem qual fosse a motivação das sentenças que, nas apontadas circunstâncias, condenavam a fazer escritura. Mas um deles, que vem sendo citado, lembra que "talvez" a mente do Código civil português, finalmente promulgado em 1º de julho de 1867, cujo legislador dispusera, em o art. 1548º, que a promessa recíproca de venda, com determinação do preço e especificação da coisa, formava mera convenção de prestação de fato (218), tivesse por objetivo resolver a dúvida instaurada com o advento da Lei de 9 de julho de 1849. Realmente, segundo o disposto no art. 711º do primeiro Código civil de Portugal, o devedor de prestação de fato não poderia ser compelido a realizá-la, ficando adstrito apenas ao pagamento das perdas e danos. Demais disso, o art. 1590º da mesma codificação dizia, sobre a forma do contrato de compra e venda de bens de raiz cujo valor excedesse a 50$000 réis, que "a venda só poderá ser feita por escritura

---

ples promessa recíproca de compra e venda, sendo acompanhada de determinação de preço e especificação de coisa, constitui uma mera convenção de prestação de facto, que será regulada nos termos gerais dos contratos; com a diferença, porém, de que, se houver sinal passado, considerando-se como tal qualquer quantia recebida pelo promitente vendedor, a perda dele ou a sua restituição em dobro valerá como compensação de perdas e danos". O decreto n. 19:126, de 16 de dezembro de 1930, viria acrescentar-lhe este parágrafo único: "Tratando-se de bens imobiliários, o contrato deve ser reduzido a escrito, e, sendo feito sem outorga da mulher do promitente vendedor, este responde por perdas e danos para com o promitente comprador" (cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, Código civil português, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 10).

(218) José Dias Ferreira, Código civil portuguez anotado, cit., loc. cit.

pública", disposição essa que era aplicável à troca (art.1594º).

Daí a conclusão do mencionado comentarista: "... o código, com a disposição do art. 1548º (...) fixou a jurisprudência no sentido de que na promessa de venda e troca em geral, e portanto de bens immobiliarios, com a simples promessa de venda,acompanhada de determinação de preço e especificação de cousa, ha mera convenção de prestação de facto para o effeito de se exigirem perdas e danos, e não para o effeito de ser obrigada a parte à realização do contrato..." (219).

Isso não obstante, acrescentava:

"Ainda assim já vimos sustentar na imprensa jurídica, depois da promulgação do código, que, arrependendo-se o vendedor de celebrar a escriptura de venda, pode o comprador usar da acção alternativa, para o compellir a fazer a escriptura, ou a indemnisá-lo de perdas e damnos. Essa doutrina porém é inadmissível" (220).Dada a letra da lei e o sistema do código de 1867, parece incontestável essa última opinião, contudo, a resistência da corrente oposta, ainda contra litteram, revelava a sua força, que, aliás, nos tempos futuros, haveria de ganhar corpo, até as normas dos arts. 410º e seguintes, do magnífico Código civil português de 1966, com o complemento do art. 830º.

De qualquer forma, a codificação lusitana do século passado repudiava claramente a máxima promesse de vente vaut vente, e, ao mesmo tempo, qualificando-a como mera convenção de prestação de fato, regulável consoante o regime genérico dos contratos, assentava também que a promessa formava já um contrato, que não era o de venda e compra, mas, à evidência,

---

(219) José Dias Ferreira, Código civil portuguez annotado, cit., p. 11.

(220) José Dias Ferreira, Código civil portuguez annotado, cit., loc. cit.

obrigatório, com a responsabilidade pela inexecução balizada pela perda ou restituição em dobro do sinal passado, ou, em sua falta, pela condenação em perdas e danos, segundo o art. 711º (221). Permanecia entretanto vedada a possibilidade de execução específica da promessa sinalagmática de venda, dados os explícitos termos daquele artigo.

O regime dos demais contratos preliminares poderia ser determinado pela regra do art. 16º do Código oitocentista (222).

---

(221) Barbosa Lima Sobrinho (Transformações da compra e venda, cit., p. 54) diz, a respeito do art. 1548º do Código civil português de 1867, que a promessa de compra e venda era um contrato preliminar, "uma obrigação de fazer, prestigiada por uma sanção eficaz, qual fosse a restituição do sinal em dobro ou a perda do sinal pelo adquirente". Esqueceu-se contudo de mencionar a resolução com perdas e danos do art. 711º, autorizada pelo próprio art. 1548º, na medida em que se reportava à disciplina da promessa recíproca segundo "os termos gerais dos contratos", e não percebeu, portanto, o considerável passo dado pela codificação revogada, em caracterizar como obrigatório o contrato preliminar, mesmo em falta de estipulação das arras penitenciais, de modo a romper, enfim, na tradição portuguesa, com a herança do direito justinianeu, que possibilitava o livre arrependimento de quem desertava do pacto de fazer escritura (cf. retro, a análise do Codex, 4, 21, 17). Fora claro, porém, José Dias Ferreira: "A disposição do art. 1548º abrange na sua generalidade todas as vendas, qualquer que seja o seu objecto, mas tem applicação sobretudo aos bens immobiliários. Ajusto com Paulo a venda de minha casa por 400$000 réis, ainda mesmo que ele entre para a casa, e eu receba o preço, e a contribuição do registro se pague, o contrato não está consummado sem ser reduzido a escriptura pública. Nem direito tenho de obrigá-lo a fazer a escriptura, vista a disposição terminante do art. 1548º, que dá o caráter de mera convenção de fato a este accordo; não pode ser compellido judicialmente a prestá-lo, mas simplesmente à indenização de perdas e damnos" (cf. Código Civil portuguez annotado, cit., p. 12; grifos nao-originais). O parágrafo único ao mesmo art. 1548º, introduzido em 1930 (v. retro, nota 221), veio restringir essa possibilidade de condenação ao id quod interest, na medida em que, tratando-se de promessa vertente sobre bens imobiliários, exigia a respectiva redução à forma escrita, excluindo a indenização se fosse o contrato simplesmente verbal.

(222) Essa possibilidade encontra adesão e desenvolvimento em Pedro de Ascensão Barbosa, Do contrato-promessa, cit., p. 16 e segs. Cf. o art. 16º do Código civil português de 1867: "Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidos, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme

Prende-se a última observação um reparo que se deve fazer ao Código de 1867, em matéria de regramento dos contratos preliminares in genere. Esse ordenamento civil, como atesta seu art. 1548º, ainda se encontrava voltado para a resolução do problema das promessas de escritura de venda e compra, e não, em realidade, para os contratos preliminares de comprar e vender. A área normativa ocupada por aquele dispositivo corresponde, mutatis mutandis, ao título 19 do Livro IV das Ordenações Filipinas, de modo que o sentido do art. 1548º na verdade prende-se ao modo pelo qual se deve resolver a questão de um contrato de compra e venda já aperfeiçoado ao nível da existência, mas ainda deficiente no plano da validade, em razão de requisito formal desatendido, a saber, o instrumento público. O legislador português continua aferrado à distinção do século XVI entre promessas de praesenti e de futuro, e a doutrina ainda se mostra incapaz de compreender a atuação da seqüência contrato preliminar - contrato definitivo quando todos os elementos e requisitos do segundo contrato estão presentes no primeiro.

E tanto isso é certo que o excelente anotador do diploma de 1867 experimentava o mesmo sentimento de perplexidade, contornado no período do direito comum pela máxima causa circuitus vitandi, ao cuidar das promessas de venda de bens mobiliários:

"Não fica desde logo celebrado o contrato (...), ainda que a venda de bens mobiliários não dependa de formalidade alguma especial, art. 1589º, porque a disposição do art. 1548º é genérica, abrangendo, tanto a venda de bens immobiliários, como a dos mobiliários.

No entanto em face dos princípios jurídicos não ve-

mos razão plausível para applicar às vendas e trocas de bens mobiliários o disposto no art. 1548º" (223). Deste modo também admitia, no plano do direito material, a equiparação do contrato preliminar ao próprio contrato prometido, quando os contraentes, embora qualificassem o negócio como promessa, desde logo o determinassem em todos os seus elementos e requisitos, necessários e suficientes para "definitivizá-lo". Era essa, como foi visto, a hipótese em que as partes "se obrigavam logo". A interpretação "em salto", aliás, é de importância que dispensa comentários nas ordens jurídicas -- como já era a portuguesa em 1867 — para as quais basta o consentimento para a transferência do domínio. Daí, inclusive, a preocupação aberta do legislador em definir, no art. 1548º, a promessa bilateral de venda como "mera convenção de prestação de fato", geradora de obrigação de fazer, pois o contrato de venda e compra, ele próprio, era real quoad effectum.

Com o art. 1548º, porém, os lusitanos se preservaram distantes dos grandes debates e correspondentes situações de indecisão em que se encontravam os seus contemporâneos em Itália, onde o Codice civile de 1865 não repetira nem repudiara expressamente o art. 1589 do Code Napoléon (224).

---

(223) José Dias Ferreira, Código civil portuguez annotado, cit., p. 13.

(224) V. sobre o debate registrado nesse país, a expressiva síntese de Francesco Degni, La compravendita, cit., n. 5, p. 11-14. Uma parte da doutrina sustentava a adoção implícita do princípio de equiparação entre a promessa bilateral de venda e a própria venda. Dominante em princípio, cedeu passo depois à intelecção segundo a qual, com a promessa sinalagmática de venda e compra, os figurantes prometiam um ao outro a aquisição e a alienação da coisa por um preço determinado, subordinando, contudo, a transferência do domínio a uma nova declaração de consentimento, isto é, à estipulação de novo contrato (cf. Degni, ob. cit., loc. cit.). Entre os processualistas, impressiona pela extrema lucidez do ponto de vista, Luigi Mattirolo, Trattato di diritto giudiziario civile italiano, Roma-Firenze, Fratelli Bocca Editori, 1895, v. 3, n. 256-257, p. 198-204, que já sustentava, com argumentos que permanecem atualíssimos, a obrigatoriedade das promessas

§ 12
As promessas de contratar no direito luso-brasileiro

Apesar da proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822, as Ordenações Filipinas vão continuar regendo a parte fundamental do direito privado do Brasil, até o advento do Código Civil, cujo art. 1807 finalmente as declara ab-rogadas. Foram três séculos de vigência ininterrupta que singularizaram, efetivamente, a história do direito civil pátrio (225), quando menos porque o vetusto corpo legislativo, consoante as palavras de excelente historiador do direito lusitano, era,"verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos Tempos Modernos" (226). A esse período que medeia entre a pro

---

verbais de vender e de comprar, e a chamada "substituição sentencial" da declaração negocial do promitente demandado para prestá-la. Deste modo, conquanto sob diverso enfoque, precedia ao celebérrimo escrito de Giuseppe Chiovenda, L'azione nascente del contratto preliminare, que o publicou em 1911, na Rivista di Diritto Commerciale, reproduzindo-o, depois,nos Saggi di diritto processuale civile, Roma, Societa Editrice "Foro Italinao", 1930, v. 1, p. 101 e segs. (2a. edição). V. contra, mas superado pelo Codice civile de 1942, Antonino Coniglio, Lezioni di diritto processuale civile; il processo esecutivo, Padova, Cedam, 1936, n. 6, p. 7-8; igualmente, Giulio Venzi, Manuale di diritto civile italiano, Firenze, Fratelli Cammelli, 1925, n. 416, p. 377.

(225) Cf. Orlando Gomes, Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro, Salvador, Livraria Progresso Editora, s.d., p. 7. "Ma una caratteristica importante della loro formazione storica, che forse più di aqui altra contribuisce a dare al diritto privato e processuale brasiliano i suoi conotati distintivi e a formare la sua individualità storico-comparata, è il fatto che la sua evoluzione interna si è svolta ininterotta dal secolo XV, cioè dall'epoca della recezione del diritto romano comune nelle Ordenações do Reino, senza più allontanarsi profondamente dalla configurazione acquistata in quel momento e risentendo scarsamente l'influenza di fattori estranei" (Enrico Tullio Liebman, Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano, in Problema del processo civile, Napoli, Morano Editore, s.d., p. 501).

(226) Guilherme Braga da Cruz, A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro, in Revista da Faculdade de Direito (da Universidade de São Paulo),São Paulo, 1955, 50:35.

clamação da Independência e a promulgação do Código Civil, dá se, nesta tese, o nome de luso-brasileiro, pois, no Império nascente, prosseguiam em vigor as "Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções, promulgadas pelos Reys de Portugal, e pelas quaes se governava o Paiz até o dia 25 de Abril de 1821" (227), bem como o domínio quase inconteste da literatura jurídica correspondente.

1. Não se discute que a prática dos contratos sinalagmáticos de promessa de compra e venda já era intensa no Brasil do século passado, principalmente no que diz respeito à circulação negocial dos bens imóveis, que, pela tradição, estava submetida, como ainda hoje, a trâmites mais ou menos delongados, concernentes a certidões negativas, pagamento dos impostos de transmissão, documentos de quitação etc. (228).

A Lei n. 840, de 15 de setembro de 1855, determinara que, sob pena de nulidade, todos os contratos de compra e ven

---

(227) Cândido Mendes de Almeida, Código Philippino, cit., p. XXXVI, referindo-se à Lei de 20 de outubro de 1823 que confirmava a vigência daquelas espécies legislativas em território brasileiro. A expressão "direito luso-brasileiro", por conseqüência, não é utilizada no texto em nenhum dos dois "sentidos fundamentais" assinalados por R. Limongi França: "O de Direito da Comunidade Luso-Brasileira, de modo a incluir o período posterior à independência política do Brasil, e o de Direito de Portugal vigorante em nosso país, enquanto este foi colônia e reino" (cf. Direito intertemporal brasileiro, cit., p. 252).

(228) A observação é de Barbosa Lima Sobrinho, Transformações da compra e venda, cit., p. 54, o qual acrescenta: "o que era essencial nesse contrato, o que de certo modo o caracterizava, era o fato de não transferir a propriedade da coisa, a que se reportava". Seria mais técnico dizer que o negócio assim constituído não ensejava título que possibilitasse a transmissão do domínio, porquanto, no Brasil, o contrato não é translativo de direitos reais.

venda de bens de raiz cujo valor excedesse de duzentos mil réis deveriam revestir-se de escritura pública, que se confirmava como essencial ao negócio (art. 11). Isso não obstante perseverou nas práticas e usos do país "o costume de vende rem-se por escripto particular terras e situações" (229).

Contra essa prática voltou-se a admirável Consolidação das leis civis, cujo sentido, destinado, pelo próprio caráter da obra, à condensação da experiência jurídica do passado, revigorou, também nessa parte, muitas das camadas normativas que se haviam acumulado sobre a "carcassa das valetudinárias Ordenações do Reino".

O exímio legislador, com efeito, retomou a distinção entre instrumento público ad substantiam e ad probationem dos contratos (art. 366), fixando, como conseqüência de tal diferenciação, a regra de que, sendo a escritura pública da substância dos contratos, "não têm estes firmeza, enquanto a escriptura não for lavrada e assignada. Até este ponto é lícito a cada uma das partes arrepender-se" (art. 376). No art. 367 enumerou as hipóteses em que era o instrumento público ad substantiam; no art. 368 discriminou o fato-base para a exigência da escritura ad probationem, e, no art. 377, por contraposição, editou: "Fora desses casos (art. 368), se a parte confessar em Juízo a convenção ajustada, será constrangida a fazer escriptura", deixando, claro, por conseqüência, com a alusão expressa ao art. 368, que a confissão não poderia suprir a falta do instrumento público ad substantiam (230).

Pela conjugação dos arts. 371 e 378, extrai-se a nor

---

(229) Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, Rio de Janeiro, B.L.Garnier, 1876, nota 53 ao art. 376, p. 264 (3a. edição).

(230) Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, cit.; v. especialmente a nota 54 ao art. 377, p. 264.

ma que veda, à parte interessada, provar por testemunhas a existência de convenção de scriptura conficienda, destinada à prova do negócio, quando a contraparte o negar, mesmo com a anuência desta àquela prova. O art. 374, por sua vez, autoriza a solicitação do juramento d'alma.

Como se depreende, sob formulação legislativa modernizada, era conservado o regime integral da Ordenação, IV, título 19, que versava as promessas de escriptura (231). Nenhuma menção se faz, na Consolidação, acerca das promessas de contratar, embora em nota, aposta na 3a. edição daquele diploma, ao texto do art. 373, seja feita referência às

"Minutas de contractos por escripto particular",que, "assignadas pelas partes contratantes, são obrigatórias entre ellas á não terem expressamente declarado o contrário.

---

(231) Por outro lado, não se pode, de modo algum, silenciar sobre o embasamento teórico com o qual o máximo jurisconsulto das Américas, no século XIX, substanciava as suas convicções de permanência do statu quo ante. O excerto seguinte, apesar de alongado, é preciso que seja citado na íntegra, para não deixar passar o dever de honrar, sempre que se possa, a memória do sofrido e genial homem de leis: "os Juizes e Advogados devem constantemente meditar sobre o que chamão os Autores — essentialia negotii (no sentido dos caracteres que varião segundo o fim particular das diversas especies de contractos, sem os quaes o contracto dado não póde existir), — naturalia negotii (effeitos que derivão da natureza do contracto, tal como as leis o-regulão, e que se-subentendem, ainda que as partes sejão omissas, á menos que tenhão convencionado o contratio); -- accidentalia negotii (modificações que alterão a natureza do contracto, os seus effeitos previstos na lei, salva porém a essencia delle).

Tambem as legislações para advertirem terceiros, que possão sêr prejudicados, exigem para certos contractos uma fórma especial, ora de instrumento publico em geral, ora de escriptura publica (uma das especies de instrumento publico), ora de instrumento em geral publico ou particular, ora finalmente de uma certa classe de instrumentos particualres; e tudo isto, ou em geral com os requisitos proprios de cada uma das mencionadas fórmas, ou com o additamento de requisitos e solemnidades especiaes. Em todos estes casos a fórma do contracto é um elemento essencial delle, e d'ahi a maxima — fórma dat esse rei —. Fóra destes casos, é livre ás partes declarar sua vontade nos contractos por qualquer fórma que seja.

Assim deve sêr entendido o têxto do Art. 366 supra, dizendo que a escriptura publica, ou é da substancia dos con-

Não são porém obrigatórias a pollicitação, a promessa, a proposta, a offerta, antes de aceitas pella outra parte" (232).

Segundo o mencionado art. 373 — pertinente ao regramento do instrumento público necessário para a prova dos contratos — o escrito particular, reconhecido em juízo pela outra parte, que o passou e o assinou, ou que o assinou somente, seria atendível como se fora escritura pública. De sorte que a referência às minutas, feita neste contexto, em verdade é de maneira não própria, pois estas, supondo-se inafastavelmente "assignadas e accordadas em todas as condições", sem declarar expressis verbis que não obrigavam desde logo, já eram realmente contratos, uma vez que a pública forma era requerida somente ad probationem. Tratava-se, de fato, de mais

---

tractos, ou só necessaria para sua prova. Nos casos, em que a escriptura publica é só necessaria para prova dos contractos (já que não é da essencia delles), é livre ás partes, como acabamos de dizêr, declarar sua vontade por qualquer fórma. Erão pois todos aquelles, que, nao vendo uma escriptura publica, senão unicamente um instrumento particular de quantia superiôr á taxa da lei (Art. 368 Consolid.), opinião, que o contracto é nullo, e negão direito ao credôr para demandar em Juizo; ou julgão, que o credito não está provado.

Quando o legisladôr declara, que um contracto não se póde fazêr sem escriptura publica, seu ponto de vista é o acto da celebração do contracto. Quando porém declara, que o contracto não se-póde provar senão por escriptura publica, seu ponto de vista é outro, suppõe já feito o contracto; e tanto assim o-suppõe, que o-considera contestado, e dependente da necessidade de prova. Como pois entendêr neste segundo caso, que a falta de escriptura publica induz a nullidade do contracto? Se neste segundo caso a escriptura publica não é um elemento essencial do contracto, como póde havêr nulidade sem têr havido preterição de elemento essencial? O fim do legislador neste segundo caso, tendo sido simplesmente a prova do contracto, é claro, que tal fim se-consegue, quando a parte obrigada confessa o contrato" (cf. Texeira de Freitas, Consolidaçao das leis civis, cit., nota 26 ao art. 366, p. 253-254). A teoria, é claro, já não subsiste totalmente, até porque algo seria de se esperar da dogmática civil do século XX; mas remanesce sempre a meridiana clareza das idéias do jurisconsulto, em muitos pontos, quase a despertar o sentimento melancólico do pouco que se conseguiu no sentido de superá-las, e do muito que se perdeu ao acreditar que se conseguira.

(232) Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, cit., nota 50 ao art. 373, p. 263.

uma circunstância em que o figurante "se obrigava logo" (v. retro, § 11, n. 13), da qual nenhum apoio pode deduzir-se em favor de uma tutela eventual e implícita dos contratos preliminares na majestosa Consolidação das leis civis.

2. O estudo do direito romano, do direito comum e do direito das Ordenações não deixa dúvida de que a instrumentação por escrito notarial foi, em certos contratos, galgada à posição de elemento essencial desses negócios, de modo que a respectiva falha os atingia ao nível (modernamente identificado e individualizado) da existência jurídica, que, então, não se distinguia da invalidade. Os doutores medievais introduziram, porém, a discriminação, no plano dos conceitos e no das conseqüências, entre a forma escrita ad substantiam e ad probationem, cuja aceitação, pelas Ordenações do Reino, parece não ter sido levada a efeito com toda a consciência do refinamento conceitual, e assim, no diploma filipino (IV, 19) e nos que o precederam, houveram de ser determinadas por interpretação as espécies que o estilo labiríntico daqueles corpora iuris nem sempre deixava entrever. Parece ter sido a entremeação dessas categorias que levou o legislador português de 9 de julho de 1849 a dispor que os contratos de compra e venda ou de troca relativos a bens de raiz cujo valor excedesse a cinqüenta mil réis, não pudessem "ser provados em juízo" senão por escritura pública (v. supra, § 11, n. 14).

Essa mesma indistinção, ademais, parece também que tenha sido a causa da prática, justamente acoimada de "abusiva" pelo egrégio consolidador, no sentido de "demandar-se ao penitente para fazer escriptura com a comminação de valêr por

escriptura a sentença que se proferir", mesmo quando fosse o instrumento público "da substância do contracto" (233).

A doutrina portuguesa anterior à codificação de 1867, que mantinha intocado o seu prestígio no Império do Brasil, deixara de lado em grande parte as construções dos juristas do direito comum e dos seus continuadores, os únicos, aliás, que podiam explicar a contento a mente das Ordenações, e este fato — somado ao estilo aforismático daquela doutrina, cuja preocupação era "desentranhar da congérie de leis e regulamentos em vigor, o direito positivo" (234), sem aparato demonstrativo e com limitadíssima especulação teorética — redundou em nivelar e confundir conceitos e categorias diversificados, submetendo-os aparentemente ao menos, a uma disciplina comum.

É o que se vê, por exemplo, neste enunciado: "Se a sentença manda que o condemnado assigne uma escritura ou outro título similhante, o despacho do Juiz suppre a falta d'aquella assignatura" (235). Como poderia o operador de média habilitação, a partir de um dado lacônico como esse, exumar todo o riquíssimo material teórico acerca da diferenciação conceitual das escrituras ad substantiam, normativas ou voluntárias, das escrituras ad probationem, e dos correspectivos consectários? (236).

---

(233) Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, cit., nota 10 ao art. 517, p. 345.

(234) Como disse expressivamente San Tiago Dantas, em discurso de homenagem a Lacerda de Almeida, ora inserto em Figuras do direito, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1962, p. 99.

(235) Cf. José Homem Corrêa Telles, Manual do processo civil, em suplemento ao Digesto portuguez, Lisboa, Livraria Classica Editora, 1909, v. 3, § 428º, p. 127. A primeira edição desse Manual é de meados do século XIX.

(236) Talvez seja importante lembrar que a consulta aos antigos praxistas tropeçava na dificuldade de se ter à

Os autores nacionais que vieram logo após igualmente não favoreceram a demonstração de seus pontos de vista (237), até que, por sua vez, a Ordenação do livro IV, título 19, § 2, indevidamente extrapolada para as convenções em que a escritura prometida era essencial, também foi sendo combatida e esquecida, inclusive quanto ao âmbito de sua aplicabilidade específica ou analógica.

---

mão os seus livros, bem assim na barreira do idioma latino, em que se vazavam. Na Introdução ao seu denso tratado das Obrigações, Rio de Janeiro, Livraria Cruz Coutinho, 1897, p. XVIII, o egrégio Lacerda de Almeida dizia ser a obra de Manuel Álvares Pegas "de Obligationibus et Actionibus, que vem no tomo III das 'Resoluções Forenses' (...) um amontoado indigesto de textos do Corpus Juris ou de trechos de auctores practicos exibido de modo empirico e quasi sempre em remissões e abreviaturas que nada adiantam. É esta obra, pode-se affirmar, a expressão mais genuinamente practica da escola practica. Tambem rarissimos são os que hoje em dia irão levantar este ilegível cartapácio do pó duas vezes secular em que repousa". Em contrapartida, lê-se, no mesmo Lacerda de Almeida, logo à frente: "A melhor obra conhecida em nosso foro, sem falar da tradução de Pothier, é incontestavelmente o Direito Civil de Coelho da Rocha" (cf. Obrigações, cit., p. XX). A tradução a que se refere é a do Traité des obligations, levada a efeito por Corrêa Telles.

(237) Cf., por exemplo, Bernardo Teixeira de Moraes Leite Velho, Monographia juridica e pratica das execuções de sentenças em processo civil, Rio de Janeiro, Typ. de A.Guimaraes, 1885, art. 334, p. 216: "Se a sentença manda que o executado assine uma escriptura ou outro título semelhante, e a não assignar no praso que se lhe marcar, e lançado que seja, a sentença do juiz suppre a falta da scriptura e serve de titulo ao exeqüente". Mais extenso já era Affonso Fraga: "A sentença que condemna o devedor à prestação positiva de um facto, não sendo por elle cumprida póde sel-a: (...) pelo juiz (...) O vencido deve ser citado para, no prazo fixado na sentença ou no que for arbitrado, presta o facto, sob pena de, não o fazendo, reputar-se elle cumprido por virtude da mesma sentença que o ordenou. A sentença, neste caso, fará as vezes do acto que deveria ser praticado, como, por exemplo, quando o executado é condemnado a outorgar escriptura publica de quitação, de renovação de arrendamento, emplyteuse, etc. O facto ou acto do juiz é então reputado em direito como facto ou acto da própria parte" (cf. Theoria e pratica na execução das sentenças, S.Paulo, C.Teixeira & C., 1922, n. 94, p. 259-269). É importante fazer notar que esses dois autores, na esteira de Silvestre Gomes de Morais (cf. ob. cit., retro, notas 189-190 e texto) tratavam da "substituição" do negócio devido pela providência jurisdicional como espécie de execução de sentença. Esse posicionamento sistemático, que já era o do antigo § 779 da Civilprozessordnung, de 30 de janeiro de 1877 (atualmente, Zivilprozessordnung, § 894), será adotado pelo Código de Processo Civil de 1939, art. 1006, e pela codifica-

Curiosa prova dessa situação pode ser encontrada em sentença que se prolatou em começos do presente século sobre o seguinte litígio: dois indivíduos adquiriram em condomínio uma determinada fazenda; decorrido algum tempo, mediante escritura pública, celebrada em fevereiro de 1898 e re-ratificada por outra de 24 de novembro do mesmo ano, o réu se obrigou a vender e o autor a comprar a parte daquele, no mencionado imóvel rural. Combinou-se, outrossim, a entrega da posse integral do bem ao promissário comprador, autor na ação, e o pagamento em diversas parcelas, no prazo de oito anos; saldado o débito seria, somente então, outorgada a escritura de venda e compra. O promissário comprador, entretanto, alegando ser lícito o arrependimento do contraente, nos termos da Ordenação, IV, 19, pr., solicitou a dissolução do "compromisso de compra e venda" anteriormente celebrado.

A sentença, não apelada, do primeiro grau de jurisdição, pronunciou a dissolução do contrato, admitindo o poder de resilição lastreado naquele passo da Ordenação, com os seguintes esclarecimentos:

"Tratando-se de compra e venda de immovel, por preço maior de 200$000, a escriptura publica é da substância do contracto. As partes, que ajustaram a compra e venda, pódem, pois, arrepender-se, até que seja assinada a escriptura (Ord., 19, pr. e § 1º). O arrependimento é facultado 'ao que houver de fazer a escriptura; a expressão, porêm, nos contractos bilaterais, como o dos autos, comprehende ambas as partes contractantes, pois sem a presença, outorga e assignatura dos dois, não poderia ser lavrada a escriptura. Ao autor, portanto, era

---

ção vigente, arts. 639-641. No direito suíço vigente, a Loi fédérale de procédure civile fédérale, de 4 de setembro de 1947, também inclui a espécie no capítulo das execuções de sentença (art. 78).

lícito deixar de realizar a compra, ficando ipso facto extincto o compromisso.

O § 2º da Ord. cit. autoriza o juiz a constranger a parte a dar escriptura, mas o preceito não póde ter applicação, já porque se refere aos casos em que a escriptura não é substancial, já por falta de sancção, que lhe dê efficácia, pois o juiz não disporia de meios práticos para obrigar a parte a cumprir a ordem que proferisse. Os praxistas, reconhecendo a inocuidade do referido preceito, decidem que a sentença tenha o valôr de escriptura (Candido Mendes, Código Filippino, nt. 2 á cit. Ord.) esta solução, porêm é arbitrária e offende a natureza das sentenças judiciaes, meramente declaratorias de relações jurídicas preexistentes, e não creadoras de direitos. Demais, o caso tem outra solução natural. Outorgar uma escriptura é uma prestação de facto, pois, como ficou dito, o acto depende do comparecimento das partes ante o official publico, de declarações verbaes ou escriptas, de assignaturas, etc., -- e a inexecução das obrigações de fazer se resolve na indemnização das perdas e damnos causados" (238).

O fulcro da decisão estava, como se vê, na admissão do direito ao arrependimento, por parte do promissário comprador, que pretextava ser a segunda escritura essencial ao aperfeiçoamento da relação jurídica complexa que se estabelecera. Não parece, entretantò, que a resolução do problema por esta via houvesse de agradar à sensibilidade, e.g., de um antigo decisionista, que guardaria bem de perto a distinção entre perfecti e imperfecti contractus. Na espécie em questão, não se poderia considerar ad substantiam o instrumento público prometido, pela razão de que o primeiro negócio já se fizera pe-

(238) Cf. Manuel da Costa Manso, Casos julgados, São Paulo, Saraiva & Cia., 1920, p. 108-111.

la forma pública, ficando, dessarte, para logo atendida a exigência da lei, ou, segundo o modo de expressão dos antigos doutores, o primeiro contrato era jam celebratus, nada lhe faltando in substantialibus: res, pretium, consensus aut scriptum. A única forma de garantir o arrependimento teria sido a concernente estipulação expressa no primeiro negócio. A espécie era, tipicamente, daquelas em que as partes na verdade compram e vendem a prazo, embora digam prometer comprar e vender; daquelas em que ocorre de o "promittente porém se obrigar logo", e, "no caso de contravir" (como é o do arrependimento ilegítimo) "pode pedir-se-lhe o cumprimento da promessa, ou interesse" (239).

A própria Ordenação, IV, título 2, pr., deixava claro que "Fazendo-se compra e venda de alguma cousa por certo preço, depois que o contracto he acordado e firmado pelas partes não pode mais alguma dellas arrepender sem consentimento da outra". Demais, a exigência de forma, de que cuidava a título 19, no caso sequer poderia ser aventada, porque as partes, desde o início, já a tinham satisfeito. Irrelevante, outrossim, seria o argumento de que a compra e venda não fora perfeita porque se ajustara o pagamento a prazo. Isso seria confundir venda condicional, que se opõe à venda perfeita, com a venda a prazo, e o "prazo não suspende o contracto, também o suppõe consummado, mas retarda sua execução" (240).

Por outro lado, poderia ter sido aplicado ao litígio o § 2º da Ordenação, IV, 19, exatamente porque se referia aos casos em que a escritura não era substancial; o juiz disporia,

---

(239) Assim se exprimia, como ficou dito e analisado, o influente Corrêa Telles, em a ob. cit. nas notas 192 e 213.

(240) Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, cit., nota 4 ao art. 512, p. 344.

ao contrário do que afirmara a sentença, do meio prático consistente em fazê-la "valer pela escritura", seguindo a praxe que, dentro nas circunstâncias da lide, não seria "abusiva", e, quanto à constitutividade daquela sentença, inadmissível para a parte maior dos juristas brasileiros do tempo (241), o problema também não se propunha, em razão da incidência do referido § 2º à Ordenação, IV, 19 (242). A mais, a sentença ex quo, não custa lembrar, detinha considerável peso de constitutividade, pouco importando, aos olhos de quem lhe estude a história e a função, o quanto se afirmasse em contrário.

3. No Esboço do Código Civil, que a mediocridade contemporânea rejeitou (243), o excepcional juriscon

---

(241) Carlos de Carvalho, Direito civil brazileiro recopilado ou Nova Consolidação das leis civis, Porto, E. Nogueira, 1912, art. 407, § 1: "As decisões judiciárias são meramente declaratórias do direito; podem, porém, constituir servidões nos casos expressos em lei". Não deve causar espanto ou desdouro essa orientação, porquanto, em 1906, data do aparecimento de seus estudos, hoje clássicos, sobre a sentença civil, Alfredo Rocco combatia acerbamente a categoria das sentenças constitutivas (cf. La sentenza civile; studi, Milano, Giuffrè, 1962, n. 54-60, p. 125 e segs.), hoje pacificamente admitida pela doutrina, que todavia discute de modo acirrado a estrutura e a função respectivas.

(242) Nesses casos, o próprio Teixeira de Freitas, sempre cioso da aplicação exata, não evolutiva, das Ordenações, de certo modo não excluía a atuação do "meio prático" recusado por Costa Manso: "Será constrangida a fazer escriptura —:"E se não a quizer fazêr? Nemo ad factum praecise cogi potest, e a confissão judicial, ou a sentença que nella se fundar, provará o contrato. A confissão judicial póde ser expressa ou tácita. (...) É uma omissão sensível desse art. 162 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 a da confissão judicial resultante dos articulados e allegações dos Advogados - Ord. L. 1º T. 48, § 15, L. 3º T. 50, § 1º" (cf. Consolidação das leis civis, cit., nota 54 ao art. 377, p. 265). Na espécie, ambos os litigantes confirmaram a existência do negócio, o que se poderia interpretar como confissão tácita, no sentido da última colocação do egrégio jurisconsulto, para subsumir o caso ao § 2º, da Ordenação, IV, 19. Mas nem haveria necessidade desse expediente, em face do documento público celebrado.

(243) V. a respeito o apaixonante estudo bio-biblio-

sulto do Império trouxe muito de inovações à matéria de que se vem tratando, por comparação aos elementos que consolidara, modificando, assim, o regime tradicional das promessas de escritura e introduzindo, ao mesmo tempo, e talvez sem o exato conhecimento do que fazia, a disciplina embrionária das promessas de contratar no direito positivo brasileiro. São notáveis, demais, os aprimoramentos que introduz quanto ao tratamento das arras, agora esmiuçado e precisado, inclusive na medida em que é conjugado com as mencionadas promessas de escritura, tal como, aliás, já se padronizara na praxis negocial da época.

Realmente, já não se repete no Esboço o art. 366 da Consolidação, segundo o qual a "escritura pública, ou é da substância dos contractos, ou só é necessária para sua prova". Seria apressado dizer se houve ou não o abandono da distinção levada a efeito pelos doutores medievais, sem, contudo, se poder negar o seu considerável abrandamento. Com efeito, o art. 1929 do Esboço estava assim redigido:

"Devem ser feitos por escritura pública, pena de nulidade:

1º Todos os contratos, a não serem feitos em hasta pública, que tiverem por fim transferir domínio de imóveis, ou constituir direitos reais sobre imóveis, ou transferir direitos reais sobre imóveis de outrem, o que é aplicável às embarcações em alto-mar, como se fossem imóveis.

2º O que as partes fizerem por instrumento particular assinado, em que se obriguem expressamente a reduzi-lo a escritura" (244).

---

gráfico de Silvio Meira, Teixeira de Freitas - o jurisconsulto do Império, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1979, em especial o cap. 10, p. 194 e segs.

(244) Teixeira de Freitas, Código Civil - Esboço, Rio

O art. 1930 prosseguia, levando a novas fronteiras,o significado do preceito anterior:

"Os contratos que, devendo ser feitos por escritura pública (art. 1929, n. 1), forem feitos por instrumento particular assinado; ou que forem feitos por instrumento particular assinado, em que as partes se obriguem expressamente a reduzi-los a escritura pública (art. 1929, n. 2); não ficarão concluídos como tais enquanto a escritura pública não for assinada (art. 860); mas ficarão concluídos como contratos em que as partes se têm obrigado a fazer escritura pública (arts. 1839 e 1904), se os instrumentos particulares tiverem sido judicialmente reconhecidos ou verificados (arts. 745 e 750 a 758).

Procede esta disposição quando os instrumentos particulares forem minutas ou apontamentos do contrato, ou cartas missivas, contanto que estejam assinadas".

O caput do art. 1929 cominava a sanção de nulidade ao défice da escritura pública, necessária ou voluntária, em aparente coincidência com a análise teórica atual, mas, em realidade, no excelente monumento legislativo, os planos ainda permaneciam misturados, uma vez que o art. 860 dizia começar a "existência" dos "atos entre vivos", que "dependerem para sua validade da forma instrumental, ou de outra exclusivamente decretada, no dia da data dos respectivos instrumentos, ou em que a forma for preenchida".

Ainda assim, os negócios de scriptura conficienda passavam a receber um tratamento normativo visceralmente aperfeiçoado, por oposição ao regime precedente que, na esteira do direito romano justinianeu e do ius commune, ossificara-se

---

de Janeiro, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, v. 3.

na Ordenação do livro IV, título 19.

Continuavam, de certo modo, imperfecti contractus, enquanto a escritura não fosse feita ("não ficarão concluídos como tais", dizia o art. 1929), mas a imperfeição de formalidade que apresentavam já não era atinente ad substantiam, pois, agora, com o art. 1930, se lhes aplicava o princípio da consensualidade, conforme os arts. 1839 e 1904 (245), e, desde que estivessem instrumentados por escrito particular, judicialmente reconhecido ou verificado, ficariam "concluídos como contratos em que as partes se têm obrigado a fazer escritura". Sendo assim, o instrumento público, pelo fato de ser indispensável (art. 1929, 1º e 2º), impedia a equiparação do primeiro negógio ao negócio prometido, porquanto, do prisma da necessária configuração solene deste último, o primeiro era nulo. Mas, por outro lado, existia, valia e tinha eficácia como contrato que obrigava as partes a fazer a escritura pública. Talvez se possa dizer, portanto, que, na última alínea da 1a. parte do art. 1929, o codificador já fixava como que uma hipótese de "conversão legal" do negócio jurídico primitivo, no caso do inadimplemento da obrigação de se lhe aprestar o requisito de validade consistente na escritura pública.

Não será demasia repetir que, com o disposto no art. 1930, o autor do Esboço compreendera, pois, que o contrato em que se prometia escritura pública necessária segundo o art. 1929, existia, valia e estava dotado de eficácia como contrato distinto daquele cuja instrumentação era devida e indispen

---

(245) "Art. 1839. Eis que uma das partes tenha declarado à outra parte sua aceitação, dá-se no mesmo instante a conclusão dos contratos, mas só para o efeito em geral de produzirem uma obrigação".

"Art. 1904. Os contratos consensuais (...) ficam concluídos, para produzirem os seus efeitos próprios, desde que as partes tiverem reciprocamente manifestado o seu consentimento".

sável. Assim, e.g., quando os figurantes, por instrumento particular, contratassem a constituição de direito real sobre o imóvel de um deles (art. 1929, 1º), este contrato não valeria como negócio constitutivo (não ficaria "concluído" como tal contrato, segundo a fôrmula do art. 1930). Mas, em caso de inexecução, a teor do art. 1931, a "obrigação produzida por esses contratos, assim feitos por instrumento particular, será julgada como uma obrigação de fazer; e a parte remissa só poderá ser demandada pela outra, para que outorgue e assine escritura, com a cominação de resolver-se a obrigação em perdas e interesses", limitados na forma do art. 1932 (246).

Essa última solução atacava frontalmente aquela "praxe abusiva", já referida, de "demandar-se ao penitente para fazer escriptura, com a cominnação de valêr por escriptura a sentença que se proferir" (247).

Por outro lado, no magnífico projeto sob exame, coarctava-se, sensivelmente, a possibilidade de arrependimento da parte no negócio em que se ficava a dever a escritura necessária ao perfazimento da avença. De fato, na Consolidação das leis civis, o art. 515, situado sob a epígrafe da compra e venda, enunciava simplesmente: "É facultado o arrependimento, quando o compradôr der ao vendedôr alguma quantia em signal da segurança da compra". A nota a esse dispositivo esclarecia que este "signal tem o nome de — arrhas —, palavra que significa o penhor que se-dá para execução de qualquer

---

(246) "Art. 1932. Se no instrumento particular dêstes contratos houver estipulação de cláusula penal, ou se eles forem feitos com sinal, a indenizaçao das perdas e interêsses no primeiro caso só consistirá no pagamento da pena convencionada; e no segundo caso na perda do sinal, ou na sua restituição com outro tanto (arts. 1912, ns. 2 e 3, e 1915, ns. 1 e 2)".

(247) Deste modo, como já foi visto, Teixeira de Freitas exprimira a sua contrariedade para com a prática, encontradiça à sua época, de se solicitar ao Poder Judiciário

contracto, e especialmente no contracto esponsalício" (248).

O monumental Esboço, porém, na Seção III, título I, capítulo I (Dos contratos em geral), § 5º (Das espécies e modificações dos contratos), dava assento à regulamentação do sinal ou arras em seus arts. 1910 usque 1916, nos quais a matéria estava sistemàticamente disposta. O art. 1910 ministrava o conceito do instituto, caracterizando-o a partir da respectiva função: "Sinal vem a ser o que uma das partes tem dado à outra parte contratante para segurança do cumprimento do contrato". Por seu turno, exarava o art. 1914 que o sinal não teria o "efeito de facultar às partes o arrependimento do contrato, exceto: (...) 3º Se tendo de ser reduzido o contrato a escritura pública, se declarar, no respectivo instrumento particular, que nada há feito antes de se passar a escritura pública". Note-se, portanto, que, nas promessas de fazer escritura em que as partes expressamente declarassem ser indispensável, para o aperfeiçoamento do contrato, aquele instrumento, em contraposição à regra genérica era atribuído às arras um alcance puramente penitencial. Em continuidade, determinava o art. 1933 que as disposições do art. 1931 (que fixavam as conseqüências da obrigatoriedade da promessa de escri-

---

que a sentença fizesse as vezes da escritura pública devida e recusada, mesmo que fosse ad substantiam (cf. supra, n. 2, nota 233 e texto). Sob este aspecto, como adiante será examinado, o Projeto Beviláqua (arts. 1225-1226) vai distanciar-se do Esboço, ao copiar a formulação do Projeto Coelho Rodrigues (arts. 304-305), que se aproximava daquela prática condenada pela atitude "conservadora" do grande Freitas. Aliás, sobre o "conservantismo" do jurisconsulto e de sua Consolidação, há as curiosas observações de Guilherme Braga da Cruz, em A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro, cit., p. 67-69; o propalado "conservantismo", porém, está a merecer, no que concerne ao Esboço, um reexame crítco vertical.

(248) Consolidação das leis civis, cit., nota ao art. 515, p. 344-345.

tura feita por instrumento particular) não prevaleceriam na hipótese de que as partes combinassem, de modo expresso, uma "cláusula de arrependimento", que, de qualquer modo, não viria em "prejuízo, porém, dos direitos adquiridos, ou por se ter estipulado alguma cláusula penal, ou por ter havido sinal" (art. 1933, 2a. parte).

Pela via dessa complexa regulação, os negócios nos quais se fazia promessa de escritura passaram a ser tratados como contratos obrigatórios, isto é, com a eficácia de vincular os figurantes à celebração do instrumento público, resolvendo-se em perdas e danos a condenação não obedecida pelo demandado, de acordo com a regra romana de que in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.

A obrigatoriedade assim tutelada era conatural ao contrato-promessa de escritura, ainda que sem ela fosse nulo o segundo negócio. Desse modo, eram também repostas as arras em sua função tendencial de firmar a presunção do acordo final e tornar obrigatório o contrato perficiendo, pois, no Esboço, a entrega do sinal autorizava o arrependimento somente quando, por cláusula expressa (art. 1933), as partes dissessem que "nada há feito antes de se passar a escritura" (art. 1914, 3º).

Não transparecia, como já se disse, na ordenação normativa projetada pelo jurisconsulto do Império, a consciência da preliminaridade que revelava o contrato no qual era prometido o instrumento público, necessário (como requisito de validade próprio ao segundo negócio) ou apenas voluntário consoante a pactação prévia dos figurantes. A doutrina pandectística alemã já estava a perguntar se, em ambas aquelas hipóte-

ses, no adimplemento da forma também haveria, ou não, um novo contrato, muito embora o conteúdo do negócio posterior estivesse definido no precedente (249). Essa questão, porém, recebera implicitamente uma resposta afirmativa no teor dos arts. 1929 e 1930 do Esboço, que os disciplinavam como contratos constitutivos de obrigação de fazer escritura de um outro contrato.

Noutro ponto, todavia, o genial jurisconsulto se adiantara, pois, conforme se pode ler no "jurista mais citado até aos dias de hoje" (250), vários dos fundadores da ciência atual do direito privado ainda se prendiam ao princípio da finalidade de forma (251) para sustentar que os "requisiti speciali per la validità del contratto principale, ed in particolare il requisito d'una forma per avventura legalmente prescritta, valgono pel contratto preliminare quando il diritto senza l'adempimento di questi requisiti non vuole un vincolo

---

(249) Degenkolb, em estudo que se tornou clássico na matéria — Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag, in Archiv für civilistsche Praxis, v. 71, p. 52 a 92, apud Bernard Windscheid, Diritto delle Pandette, cit., v. 2, § 312, p.212, nota 10-a — entendia que, no adimplemento da forma, está ínsita, sempre, ainda que o contrato anterior já seja perfeito, a conclusão de um novo contrato.

(250) É assim que Franz Wieacker, na sua maravilhosa História do direito privado moderno, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, § 23, IV.2, p. 509 (tradução portuguesa do original alemão Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2a. edição, 1967), se refere a Bernard Windscheid: "Não é pela audácia, mas pela objectividade trabalhada, pela formulação classicamente harmônica e concludente dos resultados e pela influência dominadora sobre a jurisprudência e legislação de seu tempo, que ficou célebre o jurista mais citado até aos dias de hoje, Bernard Windscheid". Sobre a influência de Windscheid no meio nacional, é ao menos interessante transcrever a seguinte observação que se encontra em Jossef Esser, Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, Barcelona, Bosch, 1961, cap. XV, p. 394, nota 355: "ASCARELLI, que trabajó como abogado doce años en São Paulo, decía sin rebozos que aún hoy allí se tiene más éxito en un pleito con una cita de WINDSCHEID que con un texto del Código". É despiciendo acrescentar que os tempos mudaram...

(251) Já referido no capítulo primeiro, supra.

della volontà in genere" (252). No Esbôço, ao revês, a pactação de formalidade (contrato-promessa de escritura) obrigava sempre, desde que documentada por instrumento particular judicialmente reconhecido ou verificado, como que a mostrar a consciência plena, por parte do gênio que o elaborava, de que o requisito formal, em qualquer caso, somente se justificava em razão da causa ou função sócio-econômica a ser desempenhada pelo negócio posterior, e que, por isso, não se comunicava ao antecedente.

4. No Projeto Coelho Rodrigues, terminado em 11 de janeiro de 1893 (253), na Parte Geral, Livro III, título IV (Dos actos jurídicos), capítulo III (Dos actos jurídicos relativos aos direitos pessoaes), os arts. 303 usque 305 apresentavam a seguinte redação:

"Art. 303. Quando a lei ou o teôr do contrato exigir forma especial para sua prova ou validade, póde qualquer das partes arrepender-se antes de concluído o respectivo instrumento, salvo à outra a indemnização pelas perdas e damnos que do arrependimento lhe resultarem.

---

(252) Bernard Windscheid, Diritto delle Pandette, cit., v. 2, § 310, p. 206.

(253) V., sobre o Projeto Coelho Rodrigues, Pontes de Miranda, Fontes e evolução do direito civil brasileiro, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928, n. 44, p. 107-108, que é, entretanto, lacônico e um tanto injusto para com aquele Projeto, o que seria, talvez, desculpável, no começo do século, mas não na 2a. edição do livro (Fontes e evolução do direito civil brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 81-83), ligeiramente revista mas não no lugar citado. Clóvis Beviláqua, grande devedor de Coelho Rodrigues, foi mais adequado, referindo-se ao Projeto como "Trabalho de incontestável merecimento" que "estava, perfeitamente, nas condições de se converter em lei" (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro - São Paulo, 1953, v. 1, p. 16). V., também, breviter, Antonio Chaves, Lições de direito civil; parte geral, São Paulo, J. Bushatsky - Ed. da USP, 1972, v. 2, p. 79-80, e R. Limongi França,

Art. 304. Todavia, si por impossibilidade de dar ao acto na occasião do acordo a sua devida forma, se compromette rem as partes por escripto do punho de uma e assignado por todas, com duas testemunhas, a dar-lh'a opportunamente, nenhuma dellas poderá mais arrepender-se contra a vontade das outras.

Art. 305. No caso do artigo antecedente, qualquer dos exemplares do escrito commum habilita a parte interessada na execução a accionar a arrependida, e a sentença, que o julgar feito com os requisitos essenciais do respectivo acto, valerá como seu título" (254).

Nesta nova tentativa de se fazer um Código Civil para o país, que haveria também de malograr, para depois renascer em boa parte no Projeto Beviláqua, a matéria atinente aos contratos que implicassem promessa de fazer instrumento — exigido pela lei ou avençado pelos figurantes, para dar validade ou fazer prova relativas a negócio que, desde logo, se constituía — apresentava-se de um modo que a situava, sem favor nenhum, entre as melhores do mundo contemporâneo.

Muitos progressos se faziam, inclusive em face do Esboço. O ponto de partida de referida disciplina se encontrava na diferenciação entre a exigência de formalidade especial necessária à validade do contrato e a exigência de formalidade especial destinada à respectiva prova. Se as partes, oralmente, ou por escrito sem os atributos previstos pelo art. 304, contratassem a feitura de negócio dependente de formalidade especial ad validitatem ou ad probationem, não se formava um acordo final que tornasse obrigatória a execução do negócio dependente daquela formalidade, facultando-se, a qualquer dos

---

nual de direito civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, p. 123-124.

(254) Cf. A.Coelho Rodrigues, Projecto de Codigo Civil brazileiro, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, p. 43-44.

contraentes, o arrependimento, mas com a indenização pelos danos e perdas causados à outra parte. Deste modo, no Projeto Coelho Rodrigues ficava claramente exposta uma certa consciência de seu autor para com a pertinência do requisito formal ao plano da validade, principalmente. Por outro lado, ao contrato que fixava a obrigação de confeccionar o instrumento, atribuía, ex tunc, a eficácia de gerar o pagamento das perdas e danos à parte que se arrependesse, independentemente da existência de qualquer escrito, e, por conseqüência, de seu reconhecimento ou verificação judiciais, como determinava o Esboço (art. 1929). Tudo isso se amoldava, realisticamente, às circunstâncias típicas em que se desenvolve a contratação qua inde conficiatur instrumentum.

Ficava, contudo, proibido o arrependimnto unilateral, ensejando-se, para a parte interessada, a exigibilidade dos efeitos jurídicos próprios ao negócio a ser instrumentado sob forma especial, no caso de os contraentes todos, com duas testemunhas, assinarem escrito redigido de próprio punho por um deles, sempre que, por impossibilidade (palavra que, sem forçar, pode ser também interpretada no sentido de conveniência) não lograssem, ab initio, dar ao contrato a formalidade devida.

O escrito particular assim elaborado servia de título para o interessado na execução do contrato demandar a contraparte que se recusasse ao implemento da forma, e a sentença, que julgasse o primeiro contrato aperfeiçoado em seus "requisitos essenciaes" (a expressão, aqui, tecnicamente, equivaleria a elementos, requisitos e conteúdo mínimo) operaria com a eficácia do próprio contrato com a adequada instrumentação (art. 305).

No art. 306 do Projeto Coelho Rodrigues completava-se a disciplina dos contratos-promessa de escritura, mediante uma disposição que demonstra, pela só leitura, todo o conhecimento, em profundidade de conseqüências, que o ilustre jurista granjeara acerca da problemática específica daquela figura jurídica:

"Si o objecto do contrato" — na hipótese do art. 305 — "for direito real sobre bem immovel, o interessado na sua validade poderá requerer a prenotação delle, desde o dia em que accusar a citação da parte arrependida".

Preconizava, nessa maneira, a adoção da espécie registral que é uma das grandes virtudes do BGB em matéria de asseguração de eficácia contra terceiros dos direitos (rectius: pretensões) de crédito ou pessoais vertentes sobre a propriedade imóvel (255). Como é sabido, depois de incontáveis transtornos, algo de semelhante só viria a ser introduzido no Brasil como o advento do célebre Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, cujo art. 5º, desde sua redação primitiva, instituiu o registro peculiar aos instrumentos de compromisso de venda e compra de bens imóveis loteados, de molde a gerar um "direito" dito "real", que ainda provoca acendrada controvér-

---

(255) Cf. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), § 883: "Para garantia da pretensão à constituição ou extinção de um direito sobre um prédio, ou sobre um direito onerando um prédio, ou à modificação do conteúdo da ordem (de inscrição) de um tal direito, pode ser inscrita uma prenotação no Livro de Imóveis. A inscrição de uma prenotação é também admissível para garantia de uma pretensão futura ou condicional.

Uma disposição que, depois da inscrição da prenotação, for tomada sobre o prédio ou o direito, é ineficaz desde que venha a frustrar ou prejudicar a pretensão. O mesmo se dá quando a disposição tiver lugar por via de execução forçada ou de execução de arresto ou pelo administrador da falência. A ordem (de inscrição) do direito, para cuja constituição a pretenção está dirigida, estabelece-se de acordo com a inscrição da prenotação" (Souza Diniz, Código Civil alemão, Rio de Janeiro, Record Editora, 1960, p. 148-149; Carlos Melón Infante, Código civil alemán, Barcelona, Bosch, 1953, p. 186, não discrepa da tradução brasileira do BGB, a não ser quanto à palavra prenotação (Vormerkung), para a qual prefere a forma,

sia doutrinária sobre sua natureza jurídica (256).

Por último, é muito importante mencionar que o Projeto Coelho Rodrigues — tantas vezes seguidor, como se costuma lembrar, do então vigente Código Civil do Cantão de Zurique (Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich), de 1887, e também de certas concepções da ciência jurídica alemã (que teriam, estas, sido talvez a inspiração dos arts. 303 a 306) — não resistiu à poderosa influência do Code civil, ao inscrever, no art. 592 da codificação que se preparava, a regra que poderia ter sido o similar nacional do art. 1589 da lei napoleônica:

"Art. 592. A promessa de vender ou de comprar seguida de acordo sobre o objecto e o preço dá a cada uma das partes o direito de exigir da outra o cumprimento do contrato, ou a indenização das perdas e damnos resultantes da inexecução, quando esta for culposa".

Deste modo, em matéria de promessas (unilaterais, como sugere a interpretação gramatical do texto) de vender ou de comprar, vingava a máxima promesse de vente vaut vente, e ao promissário credor se atribuía a possibildiade de exigir, recta via, do promitente devedor, o cumprimento específico do contrato prometido, ou a respectiva resolução com perdas e danos, quando fosse culposo o inadimplemento.

---

mais explicativa e menos literal, "anotación preventiva"). Cf., sobre a prenotação no BGB, Martin Wolff e Ludwig Raiser, Derecho de cosas, v. 1, § 48, p. 295 e segs., in Enneccerus-Kipp. Wolff, Tratado de derecho civil, Barcelona, Bosch, 1970.

(256) V. Orlando Gomes, Direitos reais, Rio de Janeiro, Forense, 1976, n. 239, p. 331-332, diz que "Entre nós o sistema de anotação preventiva foi aplicado à promessa irretratável de venda"; no mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva, A obrigação como processo, São Paulo, J. Bushatsky, 1976, p. 160. Do ponto de vista estritamente teórico, a melhor explanação acerca do problema talvez seja a de Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, v. 13, §§ 1468-1469, p. 120-123, onde se explica, coerentemente, de acordo com o sistema da prenotação alemã, que o registro (anterior averbação) ex Decreto-lei n. 58, não pode gerar direito, pois o que se regis-

5. O Projeto Beviláqua, também chamado de Projeto primitivo, elaborado entre abril e outubro de 1899, aproveitava em vastas proporções (257), também no tema de que se cuida, as anteriores contribuições do Projeto Coelho Rodrigues. Em realidade, foram literalmente copiados os arts. 303 a 306 desse Projeto, cuidando-se apenas de lhes dar novo posicionamento sistemático, no Livro III (Direito das obrigações), Título IV (Preceitos geraes sobre os contractos), Capítulo I (Da constituição dos contractos), arts. 1244 a 1227 (258).

Não há negar que, de certo modo, era melhor esta última ubicação, porque, desconhecida, ainda, entre os juristas brasileiros, a categoria do negócio jurídico, que se diferenciava no quadro dos fatos e dos atos jurídicos em geral, por obra da construção pandectística no século XIX, a sede dos "Preceitos geraes sobre os contratos" fora mais propícia.

No Projeto revisto (259) foram entretanto cortados os

---

tra é a pretensão, que, por esta maneira, ganha eficácia de "inalienabilizaçao relativa, de impedimento — no registro — à eficácia da transcrição de outro título de aquisiçao que esse que se profetiza".

(257) Esta é uma opinião unânime, porque inegável, e o próprio Clóvis Beviláqua dá expresso reconhecimento ao fato: "Podendo dispôr dessas materias accumuladas, esforçando-me por achar nellas os élos de uma evolução do pensamento jurídico em nosso paiz, meditando sobre os estudos e as críticas feitas na Imprensa e no Congresso, parece-me que a tarefa se havia aligeirado, podendo ser levada a termo por pulso menos forte do que o de meus antecessores.

Principalmente o Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS e o Projecto do Dr. COELHO RODRIGUES, mais seguidamente este do que aquelle, forneceram-me copiosos elementos para a construção que me havia sido confiada" (Cf. Clóvis Beviláqua, Em defeza do Projecto de Codigo Civil brazileiro, Rio de Janeiro - Sao Paulo - Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1906, p. 26).

(258) Cf. Projeto Beviláqua, in Projecto do Codigo Civil brazileiro; trabalhos da Commissão Especial da Camara dos Deputados, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, v. 1, p. 119-120).

(259) "O projeto primitivo foi examinado por uma comissão, para esse fim especialmente nomeada, composta de cinco

enunciados correspondentes aos arts. 1225 a 1227, mantendo-se apenas a norma do art. 1224 (Projeto Coelho Rodrigues, art. 303), mas não sem as alterações impostas pelas mencionadas su pressões. Dizia, pois, o art. 1238 do Projeto revisto:

"Quando o contracto exigir instrumento publico, póde qualquer das partes arrepender-se antes de assignal-o, pagando á outra a indemnização das perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do disposto nos arts. 1245 a 1247". Estes dispositivos disciplinavam as arras, do mesmo modo em que hoje o fazem os arts. 1094 usque 1097 do Código Civil, com redação muito melhorada. Estava, pois, consagrado o regime que, com modificações que não produziriam maior conseqüência, permanece na vigente lei civil (art. 1088).

Nos trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, porém, foi proposto o restabelecimento dos arts.1225 a 1227 do Projeto primitivo, os quais, como foi visto, consubstanciavam as profundas inovações propugnadas pelos arts. 304 a 306 do Projeto Coelho Rodrigues (260). E, nesse momento, o que mais surpreende é a resposta do codificador a essa sugestão:

"Os artigos cuja restauração pede o nobre relator, foram transcriptos do Projecto do illustrado Sr. Dr. Coelho Rodrigues, e ainda estou convencido de que não eram ociosos,

---

membros, entre os quais se encontrava o insigne Lacerda de Almeida. Iniciados a 29 de março de 1900, os trabalhos concluíam-se a 2 de novembro, com nova redação da lavra deste jurisconsulto. Assim, o Projeto Revisto foi apresentado à Câmara dos Deputados com a mensagem presidencial de 17 de novembro de 1900". (R. Limongi França, Manual de direito civil,cit., v. 1, p. 125). Os outros quatro integrantes daquela Comissão foram Olegário Herculano de Aquino e Castro, Amphilophio Botelho Freire de Castro, Joaquim da Costa Barradas e João Evangelista Sayão de Bulhões Carvalho.

(260) V. supra, n. 4, neste mesmo parágrafo.

do Código Civil (264). Assim, na redação final do Projeto, apresentada pela Comissão Especial, o art. 1092, correspondente, na nova numeração, aos arts. 1224 do Projeto Bevilaqua e 1238 do Projeto Revisto, aparecia com a seguinte redação:

"Quando o contracto exigir instrumento público como prova, póde qualquer das partes arrepender-se antes de assignal-o, pagando á outra a indemnização das perdas e damnos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do disposto nos arts. 1099 a 1101" (265).

A expressão excrescente — "como prova" — que se ajuntava ao artigo significava, no contexto das convicções do seu propositor, um retrocesso para aquém do Codex, 14, 21,17, até onde não se atreveram chegar, segundo parece, as idéias de algum dos mais obscurantistas dos doutores medievais. Com efeito, o antigo conselheiro do Império rebelava-se contra o conjunto de regras que, nesta matéria, faziam a grandeza e a modernidade do Projeto Coelho Rodrigues (arts. 303 a 306), e que, copiados pelo Projeto Beviláqua (arts. 1124 a 1127), haviam sido erradicados do Projeto Revisto, para, afinal, serem reapresentados pelo relator da matéria na Câmara dos Deputados (266).

O cerne de sua motivação estava no velhíssimo argu-

---

(264) Trata-se de Andrade Figueira, que personificou as forças conservadoras na Câmara dos Deputados, a cujos trabalhos compareceu na qualidade de convidado especial. "Os dois nomes que mais apareceram e representavam, efetivamente, correntes nacionais de então, foram o do Conselheiro do extinto Império, Andrade Figueira, e o do autor do Projeto" (Pontes de Miranda, Fontes e evolução do direito civil brasileiro, cit., n. 46, p. 109).

(265) Cf. Projecto do Codigo Civil brazileiro; trabalhos da Commissão Especial da Camara dos Deputados, cit., v. 6, p. 378 e 625; v. 8, p. 180.

(266) Projecto do Código Civil brazileiro, cit., v. 6, p. 50-51.

mas não direi que envolvam questão doutrinária de alto relevo, nem que sua essência assignale uma falha de graves conseqüências practicas" (261).

A história — desgraçadamente, para os infelizes promissários compradores de imóveis urbanos loteados e não-loteados — encarregou-se de mostrar, com fortes cores e muita injustiça social, o engano do em que incorria o magnífico legislador, talvez pelo seu "excesso de boa fé" (262)ou, quem sabe, pelo motivo de que é perceptível uma certa falta de consciencialização do problema solucionado por aqueles artigos, imputável à imaturidade do jurista, de quem talvez se possa dizer que se transformou num dos maiores civilistas latinos depois de elaborar o seu Projeto e no curso de sua ingente defesa (263). Por outra, serve-lhe igualmente de escusa a circunstância de alguns dos luminares do direito civil brasileiro, que estiverem na Comissão Revisora, foram os primeiros a desprezar aquelas normas.

Na Câmara dos Deputados, ademais, o próprio art. 1239 do Projeto Revisto tombaria vítima da sanha reacionária de uma personagem que, exatamente por essa sua tendência, haveria de se tornar sempre lembrada na história da elaboração

---

(261) Cf. Projecto do Codigo Civil brazileiro; trabalhos da Commissão Especial da Camara dos Deputados, cit., v. 6, 11a. reunião extraordinária em 14 de dezembro de 1901, p. 50.

(262) "O Código Civil brasileiro, pelo que deve a Clovis Bevilaqua, é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida. O que nelle vae morder (digamos) a realidade, vêm de Teixeira de Freitas, ou de Coelho Rodrigues. Espírito claro, liberal, sereno, não ha demasias no Codigo, porque repugna ao temperamento do professor do Recife, mas ha um excesso de bôa fé, que lhe advêm de não haver advogado, nem ter sido juiz, mas professor" (Pontes de Miranda, Fontes e evolução do direito civil brasileiro, cit., n. 47, p. 112).

(263) De que é prova veemente o livro Em defeza do Projecto de Codigo Civil brazileiro, cit., passim, mas, em especial, v. o respectivo Prólogo, p. VII-XII.

mento — já referido tantas vezes ao longo deste capítulo — de que certos contratos não têm existência sem o instrumento público, de jeito que, não havendo tal instrumento, contrato também não há, e, se não o há, ninguém pode pedir indenização alguma em caso de arrependimento da outra parte, pois seria uma grande contradição mandar pagar perdas e danos em virtude de um contrato que não chegou a existir. Se assim era, segundo o conselheiro, como se poderia, a fortiori, aceitar uma sentença que — fundamentada num instrumento particular de contrato referente a bem imóvel, ao qual falhava, portanto, o componente essencial da escritura pública — viesse a surtir os mesmos efeitos do negócio devidamente instrumentado, e, ainda por cima, a autorização para prenotar a correspectiva pretensão, desde a comunicação de feitura da citação inicial?

Daí a conclusão, aparentemente lógica: "Não se póde negar o arrependimento, nem querer prenotar uma cousa que não existe. A lei não admite effeitos de contracto, para cuja substância exige o instrumento público, como fórma. A indemnização refere-se a outro caso, a contractos que teem outra formação" (267). Daí, também, o sentido da locução "como prova", no atual art. 1088 do Código Civil. O intransigente conselheiro em realidade não reconhecia jamais qualquer indenização à parte prejudicada pelo arrependimento da outra, em negócio no qual falhasse a formalidade ad substantiam consistente na escritura pública, pela razão de que, faltante a formalidade, não existiria contrato, nem, por conseguinte, descumprimento de obrigação que legitimasse aquela paga. Indenização, porém, admitia, inclusive com a sub-rogação de arras, nos casos em que o instrumento público fosse necessário ad probatio

(267) Projecto do Código Civil brazileiro, cit., v. 6, p. 5-6.

nem contractus, e nada mais. Foi essa a mens legislatoris que passou para a letra do art. 1088 do Código Civil. O imperador bizantino, ao editar a lei 17, do Codex, 14, 21, fora, em 528, menos draconiano do que o impermeável conselheiro caboclo, pois permitira, em algumas circunstâncias já revistas, a perda ou a devolução em dobro das arras prestadas, por causa do arrependimento unilateral, também nos contratos em que a formalidade fosse "substancial" (268).

6. As propostas de codificação civil que se sucediam, conquanto disciplinassem, a partir do Esboço, com segurança e profundidade de vistas, os contratos-promessas de escritura, ignoravam ainda o instituto da promessa de contratar compreendido in genere. Em verdade, nem os singulares espécimes de promessa eram objeto de previsão, ressalvada a exceção do art. 592 do Projeto Coelho Rodrigues, concernente às promessas de comprar ou de vender. De sua parte, todavia, quais eram as proposições que tinha a oferecer a doutrina brasileira do tempo, a respeito dessa matéria?

Num descolorido compêndio de meados do século passado, encontra-se mencionada e brevemente tratada a "distincção entre os ajustes de contrahendo e os pactos e contractos" (269).

---

(268) De resto, poderia ter servido para iluminar a mente passadista do conselheiro, o próprio legislador francês, que, instituindo o salto, a nível de direito material, do contrato de promessa de venda para os efeitos jurídicos do contrato prometido, isso não obstante, dispusera, no art. 1590 do Code civil: "Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître d s'en departir; Celui qui les a données, en les perdant; Et celui qui les a reçues, en restituant le double". Ao que tudo indica, entretanto, o Code Civil, então já velho de quase um século, ainda era moderno demais para o gosto do portador daquele título que Eça de Queiroz haveria de imortalizar...

Os ajustes de contrahendo são causa distincta dos pactos e contractos; porquanto aquelles consistem na lucta, que se estabelece entre as partes contractantes até chegarem a um mutuo accordo sobre as condições do contracto, e assim é visto que não há pacto ou contracto, ou por outra, que não ha consenso de dous em um mesmo objecto, ou em um mesmo sentido, conquanto as partes contractantes tratão de chegar a um accordo a respeito de alguma causa, isto é, emquanto estão em ajustes.

Pertence portanto aos puros ajustes a promessa "vaga, e indefinida, feita não deliberadamente, mas por gracejo" (270).

O excerto, como sói acontecer na obra desse jurisconsulto, é cópia, com ligeiras modificações, do prócer do iluminismo jurídico português (270-a), com ligeiras adatações. Os ajustes de contrahendo a que se refere são tradução da expressão tractatus de contrahendo, que designam os tratativas, consoante se apontou, retro, § 11, n. 13. Repete-se, inclusive, com o mero fato da cópia, a infeliz inclusão das declarações de vontade efetuadas animo jocandi entre as negociações antecedentes ao contrato.

O panorama é contudo diverso, agora sim, naquele que talvez seja o mais denso tratado de teoria geral da obrigação que já elaborou a doutrina brasileira (271). Neste clássico, propicia-se tratamento cuidadoso aos contratos preliminares.

---

de direito civil brasileiro, Rio de Janeiro, B.L.Garnier, 1872, v. 2, § 660, p. 234.

(270) Trigo de Loureiro, Instituições de direito civil brasileiro, cit., loc. cit.

(270-a) Cf. Paschoal José de Mello Freire, Institutiones iuris civilis Lusitani, cit., v. 4, tít. II, § VII, p. 9.

(271) Trata-se das Obrigações, de Lacerda de Almeida, citadas supra, em a nota 236.

"O pacto de contrahendo (avença, chamal-o-e-mos por brevidade, mero ajuste, que é, de contrato por celebrar, nenhum effeito jurídico tem mais que autorisar a parte prejudicada a haver a pena convencional, o signal, ou perdas e damnos de não ter sido levado a effeito o contracto, do qual é lícito a cada uma das partes arrepender-se" (272).

Aqui, o contrato preliminar vem definido em termos gerais, pela primeira vez, por autor em língua portuguesa. Chamado "ajuste de contrato por celebrar", afirma-se a sua obrigatoriedade, com sanção pelo inadimplemento mediante o pagamento de cláusula penal, da perda ou devolução em dôbro do sinal, ou das perdas e danos. Porque ainda não se concluiu o contrato posterior, é lícito a cada uma das partes arrepender se do pactum de contrahendo, o que implica não permitir, ao interessado na execução, a demanda direta das prestações atinentes ao segundo contrato, que foi apenas prometido.

Essa última solução, contrária à execução forçada específica, era a tradicional, mas com duas grandes repercussões em face do contexto doutrinário e legislativo: em primeiro lugar, reafirmava a existência e a proteção das promessas de contratar, que haviam mergulhado no esquecimento dos autores, desde fins do século XVIII em Portugal. Em segundo lugar, exigia do excelente jurista brasileiro uma colocação do instituto, assim reabilitado, em confronto com as velhas Ordenações do Reino, ainda em vigência no país.

A tarefa assim pendente foi equacionada, como não poderia deixar de ser, em face do título 19, livro IV, da Ordenação:

"Quando o accordo versa sobre os pontos essenciaes e

---

(272) Lacerda de Almeida, Obrigações, cit., § 62º, p. 293-294.

refere-se ao contracto cuja forma legal é estabelecida ad probationem, vale a convenção pelo proprio contracto; já não ha pacto de contrahendo, mas contracto, cuja redução à forma solemne pode ser requerida em juizo" (273).

Era o caso, de fato, nessa seqüência de idéias, de justamente se invocar a Ordenação, IV, 19, § 2: "E quando as partes affirmassem entre si alguma convença, de que a escriptura não fosse da substancia do contracto (...) se a confessar, que a convença foi entre elles affirmada, será constrangida a fazer della escriptura" (274).

Mas, era necessário esclarecer, outrossim, a hipótese de se verificar "accordo sobre os pontos essenciaes da convenção, mas o contracto é daquelles, cuja forma solene é condição de existência do acto jurídico", quando "pode haver ou não haver pacto de contrahendo, conforme a intenção das partes foi obrigarem-se logo a dar forma solemne à convenção ou terem subordinado a existência da convenção a accordo posterior" (275).

Obrigando-se logo, não há pacto de contrahendo, mas o próprio contrato, dependente do implemento da forma, que inclusive poderia solicitar-se com base na aplicação extensiva da Ordenação, IV, 19, § 2. Se, contudo, algo falta, de modo a subordinar a "existência" do segundo contrato a um outro acor

---

(273) Lacerda de Almeida, Obrigações, cit., § 29, p. 294. Neste caso, o exímio jurista recolhia a tradição do ius commune — que considerava contractus perfectus ou iam celebratum aquele que dependia de formalidade apenas ad probationem — e à qual se prenderam os antigos praxistas do reino para explicar as Ordenações Manuelinas e Afonsinas. A sua influência imediata, contudo, provinha de Bernard Windscheid, Diritto delle Pandette, cit., v. 2, § 310, p. 206, que ele não acusa, todavia.

(274) Lacerda de Almeida, Obrigações, cit., § 62º, p. 294, nota 7.

(275) Lacerda de Almeida, Obrigações, cit., § 62º, p.

do, que o torne factível, então "ha pacto de contrahendo que se resolve as mais das vezes em perdas e damnos ou no pedido da pena convencional ou do signal" (276).

Guiado pelas leituras do pandectista maior, o escritor brasileiro lograva, assim, colher os sinais característicos da contratação preliminar, sem esquecer, inclusive, os "contractos de formas livres aos quaes as partes accordaram dar fórma solemne", que submetia, como o egrégio jurista alemão do passado século, ao regime dos pacta de contrahendo"(277). E, embora ainda mencionasse a dicotomia, de origem medieval, entre forma ad substantiam e ad probationem, compreendia que tal "substancialidade" era pertinente ao segundo contrato,mas não à avença que o preparava (278) e da qual, por esta razão, era lícito arrepender-se, solvendo, porém, as perdas e danos ou o sub-rogado nas arras ou na cláusula penal. Pena que o exacerbado saudosista que se intrometeu tão desastradamente na construção do art. 1088 do Código Civil não tivesse o mesmo descortino, ou, o que seria bem menos, a leitura desse tratado do direito obrigacional que havia aparecido já em 1897.

---

(276) Lacerda de Almeida, Obrigações, cit., § 62º,p. 294-295, nota 9.

(277) Cf. Bernard Windscheid, Diritto delle Pandette, cit., v. 2, § 312, p. 212,e Lacerda de Almeida, Obrigaçoes, cit., § 62º, p. 295.

(278) "Entre os alemães discute-se a natureza jurídica desse pacto, isto é, se o pacto de contrahendo constitue contracto por si só subsistente, ou se, ao contrário, não será elle um desenvolvimento do contracto principal, do qual é preparatório: esta última é a opinião dominante" (Lacerda de Almeida, Obrigações, cit., § 62º, p. 293, nota 5). Aqui, o ilustre Lacerda de Almeida, embora cite Windscheid, não conseguiu colher o exato sentido da nota 1-a, aposta ao § 310, p. 205, do v. 2 do Diritto delle Pandette. Em realidade, Windscheid concordava com Degenkolb e Göppert, ali referidos, na opinião de que "il contratto preliminare non è una fase dello svolgimento del contratto principale, ma un contratto per se stante"; apenas não a julgava de grande importância, em face da decisiva finalidade econômica do negócio, que sobretudo estava na preparação à conclusão de um contrato, disso, precipuamente, devendo dar conta a exposição teórica.

Um reconhecimento, que precisa de ser prestado a outro dos grandes civilistas pátrios, nesta matéria dos contratos preliminares, é, antes de finalizar, o de ter sido, possivelmente, o primeiro a traduzir para o português, naquela maneira, a palavra alemã Vorvertrag (279), definindo, a partir dessa escola, o instituto:

"Em alguns casos se constituem verdadeiros contractos preliminares, que se destinam exclusivamente a crear para as partes a obrigação de fornecerem o seu consentimento afim de que se forme o contracto principal" (280).

Nada obstante a contribuição desses dois grandes estudiosos, o Código Civil persistiria em ignorar a figura genérica do contrato preliminar, ocupando-se, porém, daquela espé

---

(279) Cf. Eduardo Espinola, Systema do direito civil brasileiro, Rio de Janeiro - São Paulo - Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1912, v. 2 - t. 1, p. 622.

(280) "Por sua propria natureza, claramente se vê qual a sancção de taes contractos: a obrigação decorrente, si não cumprida, transforma-se em divida de indemnização por perdas e interesses. Assim era no direito romano naquelles casos em que se admitia um contracto de tal natureza. Thöl e Windscheid, entre outros, entendem que de modo differente se deve decidir quanto ao direito moderno, declarando o último que a condemnação se dirige à conclusão do contracto, reputando-se esse concluído logo que a condenação passa em julgado. Para uma tal solução encontramos sério obstáculo: ou se reputará o contrato principal perfeitamente constituído desde que se formou o contracto preliminar, o que é absurdo, pois então desappareceria a figura deste, ou então ha de se concluir que o contrato principal jamais se formará por simples effeito da condemnação, desde que lhe falta o elemento específico, o accordo das partes, o consentimento" (Eduardo Espinola, Systema do direito civil brasileiro, cit., p. 622, nota 220). Ao deduzir essas objeçoes o ilustre autor não percebia, curiosamente, que os autores que criticava tinham a seu favor o § 779, da antiga CPO (ZPO atual, § 894), que foi traduzido do seguinte modo: "Cuando el debedor haya sido condenado a hacer una declaración de voluntad, se considerará como hecha esta declaración desde el momento en que la sentencia sea firme". (Cf. Código de Procedimento Civil del Império, de 30 de janeiro de 1877, traduçao de Tomás A. Banzhaf, in Adolf Wach, Manual de derecho procesal civil, Buenos Aires, EJEA, 1977, v. 1, p. 551). A expressao "se considera como feita esta declaração" equivale a uma fictio iuris pela qual se transpõem os obstáculos levantados por Espinola: a sentença é como se fosse o contrato definitivo e tem como título o contrato preliminar. Assim se conservam intactas as duas figuras. A solu-

cie negocial que com ele também se entende, a saber, o contrato-promessa de escritura.

ção ficcional, porém, foi superada pelo Codice civile, art. 2932, que serviu de base aos arts. 639-641 do Código de Processo Civil de 1973. No Brasil, já era objeto de críticas, por parte de Luis Eulálio de Bueno Vidigal, Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1940, n. 68, p. 84, que se apoiava em Chiovenda.

§ 13
O Código Civil e leis posteriores

1. É cediça a afirmação de que o Código Civil de 1º de janeiro de 1916 não concedeu disciplina específica à categoria dos contratos preliminares. Grande parte da precedente tradição luso-brasileira, bem como a prática dos negócios, entretanto, não os ignorara, embora não se possa dizer, depois do minudente estudo realizado ao longo deste capítulo segundo, que os havia apreendido em seus lineamentos conceituais genéricos. A base do material doutrinário e legislativo existente a respeito é dada, efetivamente, pelos estudos e comentários que fizeram os juristas sobre os lugares das três Ordenações do Reino em que se cuidava de regulamentar as chamadas promessas de escritura. Esta espécie contratual, como foi visto e explicado, ganhara importância especial, relativamente a certos negócios, com a Lei Justinianéia de 528, ubicada no Codex, 14, 21, 17. Trabalhada durante a baixa Idade Média e nos tempos subseqüentes pelos doutores do ius commune, essa lei foi incorporada pelas Ordenações Afonsinas e transmitida, com ligeiras modificações, às outras duas compilações lusitanas. Por esta via, recebeu-a a Consolidação das Leis Civis e, afinal, de certo modo, o Código Civil, por seus arts. 1088 e 133. De sorte que, no evolver dos séculos — conforme se espera haver mostrado — é sobre essas promessas de escritura que se vai forjar a porção maior da experiência histórica documentada dos contratos preliminares, no Brasil e em Portugal, até o fim do século XIX. A praxis negocial preliminar, nesses países, tanto outrora, em ambos, como em maneira ainda preponderante no presente brasileiro, tem como ponto centrífugo, por-

tanto, essas promessas de escritura, isto é, contratos celebrados oralmente (hipótese mais rara) ou por instrumento particular, que em regra versam compra e venda de bens imóveis. Nestes contratos, normalmente concluídos com a cláusula de se pagar mediante prestações o preço da compra, ou com a cláusula de entrega posterior da parcela faltante à respectiva integralização, fica-se a dever, a parte venditoris, a outorga da escritura pública que possa validar, em seu conjunto, como contrato de compra e venda segundo os requisitos do caput e do inciso II ao art. 134 do Código Civil, o negócio assim desdobrado ou formado progressivamente.

Daí a razão por que as promessas de escritura — ou, melhor, os contratos de compra e venda de bens imóveis com promessa de outorga da pública forma, que são a sua espécie corrente — viessem de ordinário subsumidos à previsão do art. 1088 do Código Civil, que, para tanto, precisou, como precisa ainda, de ser interpretada contra a letra e consoante o sistema. Realmente, esse dispositivo é egresso de um legislador passadista que, segundo já se viu, levou para o art. 1088 as conseqüências extremas da distinção entre formalidade ad substantiam e ad probationem dos contratos, e, para o fito de expungir, da lei que se elaborava, qualquer maneira de se indenizar a parte prejudicada pelo arrependimento, no contrato em que a promessa de instrumento público fosse ad substantiam, fez inserir no art. 1088 a locução "como prova". A codificação de 1916, contudo, não veio a consagrar aquela distinção (281), cominando a sanção de nulidade (art. 145, III), e não de inexistência, àqueles poucos negócios para os quais a instrumentação pública se considera "essencial". Isso permi-

---

(281) Cf. Clóvis Beviláqua, Direito das obrigações, São Paulo - Rio de Janeiro, Livraria Irancisco Alves, 1954, § 65, p. 151.

tiu que, por interpretação sistemática, a sentença "quando o instrumento público for exigido como prova do contrato" fosse lida com diverso significado, de modo que, corrigido pelo intérprete, soaria assim o conjunto do art. 1088: *"Quando o instrumento público for exigido como requisito de validade do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1095 a 1097"* (282).

Sabedores, portanto, do fato de que o contrato-promessa de escritura obrigava, enquanto tal, o contraente devedor, a passar o instrumento, sem poder, entretanto, valer como se fora o contrato colimado, para cuja configuração só faltava a formalidade apontada, os melhores estudiosos cuidaram de determinar a sua natureza jurídica e explicitar quais fossem as suas conseqüências obrigacionais.

Ao que parece, o primeiro a qualificar a promessa de escritura como contrato preliminar foi mesmo o inesquecível jurista autor do Projeto primitivo do Código Civil de 1916:

---

(282) Essa formulação dada, teoricamente, ao art. 1088, não significa que ele sempre tenha sido interpretado deste modo, ou que ela fosse aceita com ciência e consciência do alcance do enunciado proposto. Significa, apenas, que a maioria dos juízes reconheceu, implicitamente, a obrigatoriedade da promessa de escritura, ao facultar o arrependimento do promitente, sem dispensá-lo, entretanto, das sanções previstas no dispositivo em questão. Não faltaram, porém, os que consideravam nulo o contrato — promessa de escritura. Com efeito, aceitando a regra francesa de que a promessa de venda, em que há acordo sobre a coisa e sobre o preço, vale venda — e que, por outro lado, o contrato de compra e venda, sem os requisitos do art. 134 do Código Civil, é nulo (art. 145,III) — declaravam nula também a promessa, ordenando a reposição ao statu quo ante, segundo o art. 158! (Cf. neste sentido, o sinuoso voto (felizmente) vencido de Edmundo Lins, na Revista Forense, 1:41; depois, desgraçadamente, essa tese iria tornar-se vitoriosa, durante bom tempo, no Supremo Tribunal Federal, que passaria a acompanhar um novo e célebre voto do mesmo Edmundo Lins, em favor da exigência de escritura pública para a validade da promessa de compra e venda, sob pena de lhe não reconhecer efeito algum (Cf. Edmundo Lins. Estudos jurídicos, p. 303 e segs.). Era como se o espectro do conselheiro Andra

"Emquanto não fôr assignado o instrumento publico, as partes podem arrepender-se, porque, sem essa forma, o acto não tem existencia jurídica. Se, porém, havia promessa de lavrar a escriptura, constante de um contracto preliminar, o não cumprimento della acarreta a responsabilidade por perdas e damnos, como acontece, em toda a obrigação de fazer não cumprida por culpa do devedor" (283). Lido sob a ótica da teoria moderna dos três planos, o excerto apresenta o equívoco lógico e terminológico que é o dizer carente de "existência jurídica" o contrato sem a forma pública. Isso porém não trazia, no plano material, maior prejuízo ao contrato-promessa de escritura, pois já havia a consciência de que a "formalidade essencial" somente o prejudicava na possibilidade de vir a produzir os efeitos específicos ao contrato desejado ou definitivo, mas não na obrigatoriedade que lhe era própria, e que desencadeava o dever de pagar perdas e danos em caso de arrependimento unilateral. Por outro lado, enquadrava-se, certeiramente, a promessa de escritura, na categoria do contrato preliminar (284).

---

de Figueira estivesse a perambular pela Suprema Corte, com um sorriso de revanche...

(283) Clóvis Beviláqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado, cit., v. 1, observaçao n. 2 ao art. 1088, p. 248. A ediçao aqui citada é de 1953, mas a passagem transcrita no texto figura nessa obra desde o seu aparecimento. Pontes de Miranda (Fontes e evolução do direito civil brasileiro, cit., n. 152, p. 272-275), em 1926 — data da 1a. ediçao desse livro — chamava pré-contrato a promessa de escritura suposta pelo art. 1088. Joao Luis Alves, após criticar, no art. 1088, a antiqualha que se reportava à exigência do instrumento público "como prova" do contrato, dizia: "Ha na hypothese do texto uma obrigação valida — a de lavrar uma escriptura publica de determinado contrato. A recusa de cumprir essa obrigação estabelece a responsabilidade por perdas e damnos, porque esse é o princípio geral na inexecução de qualquer obrigação (art. 1056)". — cf. Código Civil da República dos Estados Unidos annotado, Rio de Janeiro, F.Briguiet e Cia., 1917, p. 732-733.

(284) Pontes de Miranda (Fontes e evolução do direito civil brasileiro, cit., n. 154, p. 274), depois de qualificar, como já se disse, pré-contrato a promessa de escritura

Bem lançada, efetivamente, é a afirmação de que, no art. 1088 do Código Civil, está o "germe legislativo" da "teoria brasileira do contrato preliminar" (285).

2. Com a expansão das populações urbanas e o paulatino aparecimento das megalópoles, fenômeno explicável em parte pelo eclodir da última fase da industrialização capitalista nos países subdesenvolvidos, aumentou também, com correspondência e rapidez assombrosas, a demanda de terrenos destinados a edificações residenciais. Para facilitar as operações relativas a essa procura, recorreram os interessados ao expediente de parcelar o preço do imóvel, cuja posse era,

---

implícita na regra do art. 1088, esclarecia que no "Código dar-se-á a indemnização, como queria, desde o Esboço, arts. 1931, 1934, Teixeira de Freitas. Tratava-se, então, como hoje, de vorvertrag, cf. a Lei suiça de 1911, art. 22". Alguns anos depois, voltando ao assunto, não deixou passar sem censura os que desentenderam, por ignorância histórica e preparo técnico, o sentido e a abrangência do art. 1088 do Código Civil: "De modo que os pré-contratos já existiam no regime do Código Civil (...) e em quantidade maior do que no direito suiço, a despeito de sua regra explícita. E eram obrigatórios, tendo sido a mais inominável injustiça a espoliação dos que compraram lotes de menos (então) de mil cruzeiros e não foram admitidos a registrar e os que obtiveram promessa de compra e venda de lotes, de mais de mil cruzeiros, e não se lhes reconheceu o direito à indenização dos danos pelo fato de lhes não entregar a propriedade. O que passou, passou; porém consignemos, aqui, mais um caso de pecado social pela negligência técnica dos juízes. Nenhuma sociedade anda certa quando frauda o seu próprio direito". (Tratado de direito privado, cit., v. 13, § 1432, n. 3, p. 31-32).

(285) As expressões entre aspas são de Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, cit., v. 3, n. 199, p. 75. Não parece certa, porém, data venia maxima, a opinião do egrégio civilista quando, após asseverar, com toda razão, que, em torno do art. 1088 "os nossos doutrinadores ensaiaram os primeiros passos na construção dogmática do contrato preliminar", conclui dizendo que tal construção "é igual ou superior às mais adiantadas" (cf. ob. cit., loc. cit.). Infelizmente, no Brasil, a edificação dogmática do contrato preliminar, em realidade, está ainda por se fazer, a fortiori, com a especialização categorial que se consumou a respeito do compromisso de compra e venda.

as mais das vezes, entregue ao promissário comprador, pela razão de que este, ao mesmo tempo que não podia comprá-lo à vista, por causa de seus parcos recursos, precisava também entrar de logo na construção ou na posse da sua moradia. Sendo assim, como remédio destinado a garantir a posição do vendedor, que se despojava da posse do bem sem haver a totalidade do preço, reativou-se, com altíssima intensidade social, a vetusta promessa sinalagmática de compra e venda, documentada por instrumento particular, no qual se fazia constar uma promessa de escritura. Os negócios se conjugavam, funcionalmente, do seguinte modo: após o pagamento, pelo promissário comprador, de todo o preço parcelado em *n* vezes (implementando-se, assim, a promessa de comprar), cabia ao promitente vendedor outorgar a escritura pública necessária à validação, da relação contratual desdobrada, como contrato de compra e venda, segundo o art. 134, caput e inciso II, do Código Civil (implementando-se, dessarte, a promessa de vender).

A esse negócio complexificado, que preparava um contrato "definitivo" de compra e venda de bem imóvel, a doutrina chamou contrato preliminar de promessa de venda, e depois, ao colher as suas especificades, promessa irretratável de venda (286). A prática, entretanto, parece haver preferido sempre a expressão, menos correta, compromisso de compra e venda, que terminaria por se consagrar em nível legislativo e

---

(286) Assim, Orlando Gomes, Direitos reais, cit., n. 235 e segs., p. 322 e segs.; Silvio Rodrigues, Direito Civil; direito das coisas, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 5, n. 175 e segs., p. 299 e segs. Caio Mário da Silva Pereira prefere a locução "promessa irrevogável de venda", incluindo-a entre os direitos reais de aquisição (cf. Instituições de direito civil, Rio de Janeiro, Forense, 1981, v. 4, n. 365 e segs., p. 362 e segs.), em dissidência com Silvio Rodrigues, que a concebe como direito real de gozo (ob. cit., n. 175, p. 300). Orlando Gomes, ultimamente, parece ter acedido, em substância, à teorização que Pontes de Miranda (v. nota 256, retro) já colhera na doutrina germânica da Vormerkung (cf. Direitos reais, cit., n. 239, p. 331-332).

popular (287).

Para logo, "a valorização das terras, não apenas provocada pela inflação então incipiente, como também por razões históricas capazes de influir decisivamente na conjuntura econômica, apresentou-se como razão importante do inadimplemento das obrigações por parte dos promitentes vendedores. Pois estes, após receberem o preço pelo qual já haviam prometido vender lotes de terrenos, percebiam que os mesmos valiam, então, importância dez ou vinte vezes maior do que aquela pela qual haviam sido alienadas. E, como se tratava de alienação de bens imóveis, cuja eficácia dependia de instrumento público, permitia a lei o arrependimento, contando que se sujeitasse o arrependimento ao pagamento das perdas e danos (Código Civil, art. 1088).

Recorrer àquele arrependimento lícito constituía, assim, um meio de enriquecimento para os promitentes vendedores, porque a indenização a que ficavam sujeitos, quando a ela condenados, era sempre inferior ao proveito auferido. Ademais, não raro havia se insinuado sub-repticiamente no contrato o direito de arrependimento, mediante a devolução em dobro das prestações pagas" (288).

---

(287) Com efeito, o Decreto-lei n. 58, de 1o de dezembro de 1937, deu a esta figura contratual o nomen legis compromisso de compra e venda, que se popularizou, irreversivelmente, inclusive entre os técnicos do campo jurídico.

(288) Essa é a exposição, elegante e concisa, de Silvio Rodrigues, Direito civil; direito das coisas, cit., n. 176, p. 102, acerca das causas que forçariam o aparecimento do Decreto-lei n. 58. V., outrossim, Antônio Chaves, Lições de direito civil; obrigações — contratos em espécie, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, v. 3, p. 55-56 e Wilson de Souza Campos Batalha, Loteamentos e condomínios, São Paulo, Max Limonad, 1953, v. 1, n. 82, p. 223-225. "O único direito assegurado ao comprador, escreve SILVIO PEREIRA, 'era o de pagar', acrescentando que 'preenchidas as condições do pagamento, o pretendente à compra ainda ficava à mercê do vendedor, que ou cumpria o prometido ou esperava a ação de perdas e danos garantida pelo Código ao compromissário burlado. E esta ação geralmente não era intentada. Na maioria dos casos, os

A multiplicação desse exercício abusivo do arrependimento, facultado pelo art. 1088, revelou a fragilidade do mecanismo de proteção aos direitos e pretensões oriundos da tradicional promessa sinalagmática de venda e compra por instrumento particular, e a instabilidade social, gerada pela situação miserável dos incontáveis compradores frustrados, forçou a emanação do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937.

Criavam-se, com essa espécie legislativa, os contornos peculiares do chamado compromisso de compra e venda, os quais, na verdade, após dezenas de anos de progressos e regressões, viriam a se autonomizar de tal sorte, que um jurista maior, com clarividência que surpreende os epígonos, não hesitou, em 1942, em defini-lo como "uma nova modalidade de compra e venda, apresentando nítidos caracteres específicos" (289) que "constitue uma espécie do gênero 'compra e venda', e não do gênero 'contrato preliminar' " (290). De fato, os compromissos de compra e venda registrados nos moldes dos arts. 5º e 22 do Decreto-lei n. 58, refogem, por motivos que não precisam ser retomados nesta tese, à teoria dos contratos preliminares, e inclusive antiquaram, no comércio jurídico, o contrato preliminar de compra e venda de imóveis (291).

Uma proposta, todavia, que é da maior conveniência sustentar, está no tratamento dos compromissos de compra e

---

compromissários não dispunham de recursos suficientes para fazer frente aos gastos do processo, num país em que são provérbiais a careza e a morosidade da justiça' ". (Cf. Barbosa Lima Sobrinho, Transformações da compra e venda, cit., p. 61-62).

(289) V. Luiz Machado Guimarães, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1942, v. 4, n. 485, p. 495.

(290) Luiz Machado Guimarães, Comentários ao Código de Processo Civil, cit., n. 486, p. 495.

(291) V., por todos, Barbosa Lima Sobrinho, As transformações da compra e venda, cit., capítulo 4, p. 51-91.

venda não registrados — e, pois, insuscetíveis de gerar, para o promissário comprador, o direito à chamada "adjudicação compulsória", segundo a norma expressa no art. 23 do Decreto-lei n. 58 — como contratos preliminares de compra e venda, tuteláveis, por conseqüência, em sede de execução específica de obrigação de fazer, pela norma genérica do art. 639 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 1006, § 2º, do Código de Processo Civil de 1939), que não exige o registro prévio para a acionabilidade, fixando, porém, outros pressupostos de aplicação.

Apesar de toda a importância dessa ressalva para a solução dos inumeráveis litígios provocados pela exigência judicial de cumprimento específico dos compromissos de compra e venda, quitados ou não, mas destituídos do registro, não caberia negar que o quinhão negocial socialmente maior e mais relevante dos contratos-promessas de escritura, desertou da seara dos contratos preliminares, pois a sua correspondência essencial para com a circulação da propriedade dos bens imóveis terminou por atrai-lo à incidência do complexo normativo especial (292) que regulamenta, não sem contradições e instabilidade, a vida do compromisso de compra e venda, "o mais brasileiro dos contratos".

Permanece, contudo, nos quadros de teorização do contrato preliminar, a fattispecie do art. 133 do Código Civil, que diz respeito à fixação negocial do instrumento público,

---

(292) Essa expressão "complexo normativo" não é meramente retórica, senão que procura retratar a contribuição e a concorrência da legislação, da jurisprudência e da doutrina, na construção do regramento do compromisso de compra e venda. Hoje, com efeito, de pouco serve a letra do Decreto-lei n. 58, de 10.12.1937, bem assim a do recente diploma que disciplina o parcelamento do solo (Lei n. 6766, de 19.12.1979), se não se tomarem em consideração os rumos jurisprudenciais, normalmente influenciados por correntes doutrinárias.

que se presume, segundo a locução do dispositivo, ser "da substância do ato".

3. Com o advento do Código de Processo Civil de 18 de setembro de 1939, penetrava no sistema jurídico brasileiro, como "uma das maiores inovações do Código", "o art. 1006, em que se rompe com o princípio a que, em momentos de ausência de regra, se chamava da infungibilidade jurídica da prestação consistente em declarar a vontade. Esse princípio predominava na maioria dos países, a despeito do esforço de alguns juristas para lhe atenuar a rijeza e a vastidão" (293).

O mencionado artigo apresentava a seguinte enunciação:

"Art. 1006. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada, logo que a sentença de condenação passe em julgado.

§ 1º. Os efeitos da declaração de vontade que dependam do cumprimento de contraprestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta.

§ 2º. Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições do definitivo" (294).

---

(293) Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1949, v. 6, p. 368.

(294) Entre as principais obras que, escritas sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, se ocuparam de analisar o artigo em questão, v., por ordem de preferência, depois dos Comentários de Pontes de Miranda citados em a nota anterior, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, Direito processual civil brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. 4, n. 371-384, p. 266-273; Amílcar de Castro, Comentários do Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1941, v. 10, n. 415-417, p. 369-374; Enrico Tullio Liebman, Processo de execução, São Paulo, Saraiva, 1946, § 12, n. 99, p. 341 e segs.;

A cabeça do dispositivo era, indiscutivelmente, a reprodução do § 894 da Ordenança processual civil alemã (295), pertinente, segundo o sistema dessa lei, ao regime da "execução forçada para obter a entrega de coisas e a realização de atos e abstenções" (ZPO, §§ 883-898). Mas o § 2º fazia referência específica aos contratos preliminares ou promessa de contratar, assegurando-lhes, de modo geral e compreensivo, a executabilidade específica, desde que preenchidas, as "condições" do contrato definitivo. Foi o § 2º àquele art. 1006, provavelmente, inspirado no art. 25 do Projeto ítalo-francês de Código das Obrigações (296).

José Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 1960, v. 5, § 214, p. 318-321; Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, São Paulo, Max Limonad, 1972 (4a. edição), v. 3, n. 895, p. 357-358; Gabriel Rezende Filho, Curso de direito processual civil, São Paulo, Saraiva, 1946, v. 3, n. 1133, p. 263-265; Oswaldo Pinto do Amaral, Código de Processo Civil brasileiro comentado, São Paulo, Saraiva, 1941, v. 5, p. 346-347. Ao nível das monografias, registram-se: o estudo, agora clássico, de Luis Eulálio de Bueno Vidigal, Execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade, cit., e o importante artigo de Torquato Castro, Da tutela processual dos contratos preliminares, in Revista Forense, 145:22-29, do ano de 1953.

(295) Cf. ZPO (Zivilprozessordnung), § 898: "Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willensklaerung verurteilt, so gilt die Erklaerung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlongt hat". Sobre a disciplina da matéria, nessa Ordenança processual, v. James Goldschmidt, Derecho procesal civil, Barcelona - Madrid, Editorial Labor, 1936, n. 6, p. 739-742 e Leo Rosenberg, Tratado de derecho procesal civil, Buenos Aires, EJEA, 1955, v. 3, § 208, III, p. 248-252. A forma original do mencionado § 891, ZPO, transcreve-se aqui por esforço de documentar a tese, porquanto o autor não domina o idioma alemão.

(296) "Si un contractant, ayant promis de conclure un contrat, réfuse d'éxecuter sa promesse, le juge peut, sur la demande de l'autre partie, et pourvu que les conditions requises pour la validité du contrat se trouvent alors réunies, lui assigner un délai pour s'éxecuter, après l'expiration duquel le jugement vaudra conclusion du contrat". (Projeto franco italiano de Código das obrigações, art. 25, apud Pierre C. Viforeanu, Contribution a l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé, Paris, Édouard Duchemin, 1932, n. 113, p. 378).

Não se pense, porém, que a normação recém-promulgada tivesse sido aceita ou mesmo compreendida desde logo. A muitos escapou que a "obrigação" a que se referia o § 2º do art. 1006 não era, simplesmente, a obrigação de concluir o contrato prometido, mas, sim, a obrigação de realizar as prestações — dar, fazer ou não fazer — advindas desse segundo contrato, que o próprio legislador denominava "definitivo" (297).

Isso, todavia, fora, não muito tempo depois da vigência da (então) nova lei processual civil, explicado, de forma lapidar, pelo mesmo jurista que tanto se criticou aqui, sob perspectiva histórica, e que, no entanto, foi provavelmente o único, nessa época, a compreender de modo vertical, todo o impacto inovativo do § 2º ao art. 1006, no conspecto da ordem jurídica que o recebia:

"O art. 1006, § 2º, dá, a mais, a sentença proferida em ação do art. 1006 (sentença que, já vimos, é executiva do pré contrato) e eficácia que teria a sentença condenatória ou condenatória-executiva do contrato prometido. A lei processual tentou reduzir os inconvenientes que resultariam da concepção demasiado lógica do encadeamento pré-contrato, pretensão a contratar, ação para conclusão do contrato, conclusão do contrato — advertindo que tudo se há de reduzir se o pré-

---

(297) Certas opiniões, que profligavam a admirável inovação materializada no art. 1006, § 2º, chegavam mesmo, com perdão pela franqueza, ao descaminho da tolice grosseira: "Parece-nos que (...) o art. 1006 e seus parágrafos, do atual diploma processual, são meramente de ordem formal, vazios de conteúdo material, e não compreendemos como se possa aplicar uma medida coercitiva dessa natureza (de origem processual) para o cumprimento de uma obrigação para a qual o direito (substantivo) não outorga tal coercibilidade (à sua solução)." — Alcino Pinto Falcão em aditamento à tradução brasileira de Gino Gorla, Teoria e prática da compra e venda, Rio de Janeiro, José Komfino, 1960, v. 1, p. 48. Essa tradução, aliás lamentável, é a que se fez do original italiano intitulado la compra vendita e la permuta, Torino, UTET, 1937, livro excelente que foi quase posto a perder.

contrato satisfaz todos os pressupostos do contrato prometido. É o salto, no campo processual, que a lei criou" (298).

Explicava-se, assim, no âmbito do direito nacional, a grave inquirição que percorrera os séculos, nos diversos países, sobre o modo pelo qual poderia ser protegido — com a atuação do que era e continua a ser a causa do contrato preliminar — o pretendente à situação jurídica que somente poderia derivar da constituição do contrato definitivo. A atual concepção do processo, desenvolvida desde meados do século passado na Alemanha, ensejava, agora, a instituição e a justificação do salto que, no plano lógico-jurídico, poderia ser dado, com a atuação da norma instrumental, da situação jurídica preliminar para a situação jurídica (mas não de fato) que teria sido instaurada com o adimplemento normal da promessa de contratar, isto é, mediante a conclusão do contrato definitivo.

Segundo a lição do príncipe dos processualistas italianos, *"il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli*

---

(298) Pontes de Miranda, Comentários do Código de Processo civil (de 1939), v. 6, cit., p. 382. As eventuais restriçoes que se possam e devam fazer ao inesquecível Pontes de Miranda não diminuem, na verdade, o valor global de sua obra. E, com a devida solicitação prévia de licença, o autor desta tese gostaria de externar a sua admiração pessoal pelo magno jurisconsulto brasileiro do século XX, reproduzindo as seguintes palavras: "Expressão máxima, verdadeira síntese da civilística nacional com base no Código de 1916, é o monumental Tratado de direito privado do já citado Pontes de Miranda, em sessenta volumes, onde, a par da exegese dos textos à luz da doutrina estrangeira e nacional, e do constante e agudo exame da atividade jurisprudencial, se analisa o direito in fieri, nos quadros de uma compreensão teórica unitária. Embora nem todos os tomos desse Tratado apresentem a mesma estatura atingida, por exemplo, nos tomos relativos à Parte Geral, trata-se de obra que, só por si, bastaria para dar a medida da cultura jurídica brasileira, que ocupa posição de relevo no continente americano" (Miguel Reale, Cem anos de ciência do direito no Brasil, in Horizontes do direito e da história, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 192).

ha diritto di conseguire" (299). E não foi, certamente, por acaso que esta máxima, que hoje é princípio da disciplina da execução processual específica, tenha sido pronunciada em tese de contrato preliminar...

4. O Código de Processo Civil de 11 de janeiro de 1973 persistiu na orientação sistemática da lei que revogou, inserindo, sobre o contrato preliminar, regras semelhantes às que encerrava o antigo art. 1006, § 2º, em seus arts. 639 e 640, localizados também sob a rubrica da execução das obrigações de fazer e de não fazer. O texto que imediatamente inspirou o legislador de 1973 foi o do art. 2932 do Codice civile, que, aliás, foi simplesmente traduzido e desdobrado (300). O novo modelo adotado pela codificação processual civil vigente implicou modificações diversificadas e de grande alcance, em face da lei anterior. O último capítulo desta tese tem por objetivo o respectivo estudo, privilegiando-se, contudo, o enfoque que é próprio à economia do trabalho.

---

(299) Cf. Giuseppe Chiovenda, L'azione nascente del contratto preliminare, p. 110, in Saggi di diritto processuale, cit., retro, em a nota 224.

(300) Cf. Codice civile, art. 2932: "Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso del titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto la domanda non può essere accolta se la parte che l'ha proposta non e segue la prestazione o non ne ha offerta nei modi di legge, a meno che la offerta non sia ancora esigibile". (Codice civile, Milano, Giuffrè, 1980). Esse texto corresponde aos arts. 639-640. O art. 641 reproduz, em parte, a famosa enunciação da ZPO, § 894, evitando, entretanto, a concepção ficcional ("será esta" — a declaração — "havida por enunciada", dizia o [illegible]

Capítulo Terceiro

Execução do contrato preliminar

§ 14
Um caso paradigmático

1. No § 5, letra c), supra, ao tratar dos graus da preliminaridade contratual, apresentou-se, a título de exemplo de programação mínima do conteúdo do contrato definitivo, um certo negócio, denominado pelas partes "contrato preliminar de compra e venda de ações". No instrumento assim intitulado, determinadas cláusulas havia que ilustravam o que se poderia concretamente identificar, de acordo com a nomenclatura sugerida nesta tese, como acordos residuais ulteriores, postos sob reserva de complementação (§ 1 e § 5). Essas cláusulas, que apareciam ligadas a um contrato preliminar em modalidade mínima e irredutível, denominada negócio-base (§ 5), denotavam que "ficava para ser estipulado um aluguel mínimo" para os prédios de propriedade particular dos acionistas promitentes vendedores, então ocupados pelos estabelecimentos componentes da empresa; declaravam também a obrigação da empresa promissária compradora "garantir com fiança idônea e capaz todas as obrigações que vier a assumir para com os acionistas" promitentes vendedores; estipulavam, outrossim, que também deveria a empresa promitente compradora" substituir,

em prazo a ser determinado, todas as garantias pessoais dos acionistas em favor da empresa" etc. Todos esses pontos negociais pendentes de complementação deveriam ser fechados no ensejo da conclusão da compra e venda projetada (1).

Desentenderam-se porém as partes, e a empresa promissária compradora ingressou com ação judicial objetivando a "adjudicação compulsória das ações", com fundamento no art. 1126 do Código Civil e 639 e 640 do Código de Processo Civil (2). Vencida em primeiro grau de jurisdição, obteve, depois, ganho de causa, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao nível de embargos infringentes, relativamente aos quais também não houve votação unânime. Foi então a vez dos acionistas promitentes vendedores interpor recurso extraordinário, conhecido e julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de restabelecer, com alterações, a sentença inicial, que "julgou improcedente a ação de adjudicação, quando, em verdade, a autora era carecedora dela".

O brilho e a extensão absolutamente invulgares que demonstram todas as partes do acórdão prolatado não são susceptíveis de ser reproduzidos senão pela íntegra da decisão; neste passo, portanto, cabe reconstituir a ratio decidendi na medida a mais exata possível de sua estruturação ao evolver do processo.

Num dos vigorosos votos vencidos no juízo dos embargos infringentes, assim se expressava o eminente Desembargador:

"No caso presente, em várias passagens e cláusulas do

---

(1) Cf. RTJ 92:292.

(2) Cf. Orlando Gomes, Promessa unilateral, opção e acordo preparatório, cit., 377; v. supra, Capítulo Primeiro, nota 41.

escrito de fls. 36" — o referido instrumento intitulado 'contrato preliminar de compra e venda de ações' —" se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo fixado, sem o necessário acertamento. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimentos, não pode prover o juiz.

A promessa de concluir contrato, como quer o art. 639 do CPC, quando sanciona o promitente inadimplente, não é e nem pode ser a obrigação de concordar com o que se quer impor, a de executar o conteúdo das cláusulas de conteúdo não estabelecido, mas tão somente a de firmar o ato jurídico prometido, mas tal qual foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações. Tendo o contrato suas condições, os elementos acidentais valem aqui tanto quanto os essenciais. Não se impõem nem se presumem condições.

Existiam no escrito condições a definir, cláusulas a encher, não podendo o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende de futuro entendimento e de apreciação e de valoração de dados ainda não colhidos. Se assim o fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável de julgamento, pois que se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declarações de vontade que elas não fizeram" (3).

---

(3) Excerto do voto vencido declarado pelo Desembargador Hamilton Moraes e Barros, RTJ 92:272; grifos não-origi-

Estes argumentos, que seriam sufragados pelo eminente Ministro relator (4), encaminhavam também o estabelecimento das seguintes premissas que ele próprio assentava:

"Como se vê, em síntese, a questão jurídica fundamental que se discute nestes autos é esta: se, no curso de negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais e depois reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas) ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados irretratáveis, de mera minuta (punctação) sem o caráter vinculante de contrato preliminar, e, consequentemente, insusceptível de adjudicação compulsória?

Essa questão é largamente examinada na doutrina estrangeira, havendo, a propósito, três correntes de opinião:

a) - aquela segundo a qual o contrato — preliminar ou definitivo — só se aperfeiçoa quando as partes estão de acordo com todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais e acidentais;

b) - a pela qual o contrato — preliminar ou definitivo — se perfaz com a concordância, apenas, sobre os elementos essenciais dele, salvo se elas se reservarem, para ulteriores tratativas, sobre os elementos acidentais; e

c) - aquela de acordo com a qual o contrato — preliminar ou definitivo — se reputa celebrado no momento em que as partes acordam sobre os pontos essenciais, ainda que

---

(4) O Ministro relator, como já se disse, era José Carlos Moreira Alves (retro, capítulo primeiro, nota 9).

se tenham reservado para discutir os pontos secundários, pois se não vierem a chegar a acordo sobre estes o juiz os suprirá levando em conta a natureza do negócio" (5).

Prosseguindo na fundamentação do voto, aduzia, mais à frente, que "no caso não se nega que a questão se coloca no campo do direito comercial (compra e venda de ações de sociedade anônima a ser celebrada por comerciantes)" (6), lembrando, a propósito, o art. 191 do Código Comercial:

"O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa,no preço, e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento de outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. (...)".

" 'Condições' nesse texto não é expressão empregada no sentido técnico (...) aí, como bem acentua Pontes de Miranda (Tratado de direito privado, vol. XXXIX, 2a. ed., § 4.265, I, pág. 6), está empregada no sentido de 'outras cláusulas': 'Lê-se no Código Comercial, art. 191, 1a. alínea: 'O contrato de compra e venda é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições' — entenda-se nas outras cláusulas'.

Portanto, no direito comercial brasileiro, só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar do contrato, sejam elas relativas aos denominados ele

---

(5) Cf. RTJ 92:281. V. forma análoga de posicionamento das correntes doutrinárias enumeradas pelo ilustre Ministro Moreira Alves, in Darcy Bessone de Oliveira Andrade, Da compra e venda, cit., n. 38, p. 110.

(6) Cf. RTJ 92:288. Já fora afirmado, em voto vencido no juízo da apelação, tomando-se como premissa um lugar de J.X.Carvalho de Mendonça (Tratado de direito comercial brasileiro, v. 1, nota 360), que a "compra e venda do controle acionário de estabelecimentos mercantis" configura "ato sujei-

mentos essenciais, sejam elas referentes aos chamados acidentais, ambos objetivamente considerados.

Se, no curso das negociações, concordam em relação a certos pontos e deixam em aberto outros, ainda que, em documento escrito, estabeleçam a irretratabilidade quanto aos pontos acertados e declarem que os demais serão objeto de acordo posterior, o contrato preliminar somente surgirá no momento em que houver a concordância sobre estes, completando-se, assim, o acordo sobre o conteúdo global do contrato. (...).

Não se admite, em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no direito suíço e no direito austríaco, que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo (...) (7).

Ou, como acentuou em voto vencido o Desembargador Hamilton de Moraes e Barros (fl. 884, 3º volume): 'A promessa de concluir o contrato como quer o art. 639 do CPC, quando sanciona o promitente inadimplente, não é e nem pode ser a obrigação de concordar com o que se quer impor, a de executar o conteúdo das cláusulas de conteúdo não estabelecido, mas tão-somente a de formar o ato jurídico prometido, mas tal qual

---

(7) "(1) Se as partes se tiverem posto de acordo sobre todos os pontos essenciais, presumir-se-á que a reserva de pontos secundários não deve impedir a formação do contrato.

(2) Se não se estabelecer um acordo sobre os pontos secundários reservados, decidirá, sobre estes, o juiz, de conformidade com a natureza do negócio.

(...)" — v. Código federal suíco das obrigações, art. 2, in Souza Diniz, Código civil suíço, Rio de Janeiro, Record Editora, 1961.

"Art. 885. - (Novelle III, art. 93) - Si le document formel n'a pas encore redigé, mais si le points principaux ont déjà fait l'objet d'une redaction signée par les parties, ce texte fonde déjà des droits et obligations à l'égard de ce qui a été exprimé (Code civil général autrichien, cit. em a nota 216, supra, capítulo segundo). Segundo informa o eminente Ministro relator, no direito austríaco o "juiz regula os pontos acessórios não incluídos na minuta" (RTJ 92:289). O autor do presente escrito não logrou, infelizmente, localizar a

foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações' " (8).

2. O sumário das razões de decisão encontráveis no próprio acórdão traz à mostra, muito claramente, o grau de oposição em que se encontram os respectivos fundamentos e duas das proposições centrais elaboradas neste trabalho. Com efeito, não só o princípio da identidade de conteúdo do contrato preliminar se reafirma em grau máximo, como também, em plena coerência, denega-se ao magistrado a possibilidade de participação complementativa nos acordos residuais ulteriores, confinando-se a regra do art. 639 do Código de Processo Civil ao campo meramente sancionatório do contrato preliminar "definitivizado", ou, se se preferir, do contrato definitivo "preliminarizado".

Demais, nota-se uma indevida extensão da norma do art. 191 do Código Comercial, cujo enunciado é exclusivamente pertinente à formação dos contratos (definitivos) de compra e venda mercantil, à categoria genérica do contrato preliminar, como se fosse canône hermenêutico óbvio e pacífico a regulação dos contratos preliminares conforme a disciplina própria dos contratos definitivos aos quais eles se ligam eventualmente. Em o § 4, n. 4, supra, alertou-se para a circunstância de que a tipicidade (§ 4, b) da categoria negocial em estudo já é bastante para impedir que se lhe aplique, indiscriminadamente, a regulamentação geral dos contratos, pois a construção desse conjunto de princípios e normas tem com ponto de partida e de chegada os contratos enfocados de modo não articulado, isto é, fora dos esquemas seqüenciais em que se

(8) RTJ 92:289, 290; grifos não-originais.

podem inserir.

Com maior razão, a autonomia típica do contrato preliminar impede a sua redução ao regime do contrato definitivo com o qual se relaciona. Não é recente o aviso de que o preliminar "non si può confondere con nessuno de'contratti nominati dal codice, ancorchè abbia per oggetto uno di essi (mutuo, comodato, ecc.) e dippiù conserva sempre integra la sua propria figura, abbia per oggetto l'uno piuttosto che l'altro contrato, appunto perchè è un contratto a sè, sebbene abbia per scopo finale la conchiusione di altro contratto" (9).

O elemento comum, na seqüência contrato-preliminar - contrato definitivo, se localiza, exatamente, na criação atual de um vínculo que cobre a conformação básica, ou a parte média, ou a menor parte de um regramento de interesses predisposto; mas no contrato definitivo a vinculação existe, vale, e, normalmente, está dotada de eficácia; no contrato preliminar a vinculação existe e vale (como vinculação preliminar), mas a produção dos efeitos contratuais pretendidos com a articulação negocial dependerá da complementação dos acordos postos sob reserva. Nisto o contrato preliminar se diferencia, desde logo, do modo de formação ao qual se subordina a generalidade dos contratos (retro, § 5, 1, c), e não se lhe pode forçar a alheia moldura. A categoria dos contratos preliminares sofre, efetivamente, um certo influxo nos seus moldes estruturais no momento mesmo em que se interliga a uma determinada espécie de contrato definitivo, conservando porém intacta a sua autonomia, que mergulha tanto mais no concreto quanto se caracteriza a operação negocial como preliminaridade mínima, controlável, para os efeitos do art. 639 do Código

---

(9) Leonardo Coviello, Contratto preliminare, cit., n. 5, p. 70.

de Processo Civil, por aquelas válvulas de concreção cifradas no enunciado "sendo isso possível e não excluído pelo título".

Os eminentes magistrados e juristas de alto porte que participaram na construção da máxima que figura na ementa do acórdão sub examine (10), minimizaram, infelizmente, a exigência de concreção que há de informar e presidir o diagnóstico jurídico dirigido à qualificação de uma dada relação de direito como contrato preliminar. Em verdade, os argumentos deduzidos naquele aresto — afora os que partiram de certo Ministro que passou rente à que seria talvez a solução desejável da lide (11) — prenderam-se mais aos aspectos institucionais e abstratos da categoria (contingência que aliás se entende, uma vez que está por ser feita, no Brasil, a respectiva teorização) permanecendo contudo opinativos os juízos respeitantes à possibilidade ou não de se encher os "vazios contratuais", os "pontos cambiantes" ou "inexistentes", da espécie sub decisione, que — com a máxima licença — foi alvo de autêntico anátema.

3. Repetiu-se, propositadamente, o argumento de um dos eminentes Desembargadores, que, vencido no segundo grau de jurisdição, preponderou, enfim, pela adesão expressa, dada pelo ilustre Ministro relator, à idéia de que a norma do art. 639 do Código de Processo Civil se destina a

---

(10) Cf. retro, capítulo primeiro, nota 36.

(11) Cf. a empolgante manifestação do Ministro Leitão de Abreu, que demonstra efetivamente existir, na espécie litigiosa, um contrato preliminar, que, todavia, por não conter todos os elementos do definitivo, careceria da eficácia pretendida pelo trâmite do art. 639 (RTJ 92:298-307).

"formar negócio jurídico prometido, mas tal qual foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações".

Este modo de ver não se concilia em absoluto com a estrutura plástica dos contratos preliminares nem corresponde à fórmula, maleável e predisposta para a individualização, que se encontra no art. 639 da lei instrumental (retro, § 1). Esse ponto de vista implica o aprisionamento da sentença fundada naquele artigo como providência de conteúdo meramente negativo, com o seu âmbito de atuação circunscrito à verificação da inocorrência do duplo negocial ("o contrato preliminar deve conter todos os elementos do definitivo"). Assim, a "relevância" da sentença do art. 639 do Código de Processo Civil estaria em "consagrar o preliminar na sua função de definitivo" (12), sem quaisquer possibilidade de "ampliações, reduções ou alterações" (13).

Em coerência, pois, com esta concepção do contrato preliminar como modelo negocial fechado, é coarctado o poder

---

(12) Assim se exprime, ironicamente, Carlo Nicoletti, sobre a doutrina tradicional, que parte do pressuposto da auto-suficiência do preliminar (cf. Sul contratto preliminare, cit., p. 49).

(13) Sem embargo da diversidade do enfoque, colhe, relativamente à orientação criticada no texto, a anotação de Salvatore Satta -- que percebia, no art. 2932 do Codice civile, de que se originou o art. 639 do Código de Processo Civil — algo estritamente conexo à diretiva assentada no acórdão de quo: "l'impostazione tradizionale del nostro problema ne risulta assolutamente capovolta. Non si tratta più di stabilire la natura e il contenuto del contratto preliminare, bensi di stabilire quali conseguenze l'amissione dell'esecuzione specifica abbia sulla natura e sul contenuto del contratto preliminare" (cf. Salvatore Satta, L'esecuzione forzata, Torino, UTET, 1952, n. 204, p. 253). Em trabalho ulterior, voltava ao assunto da seguinte maneira: "... non si poteva sfuggire alla contraddizione, la quale solo poteva essere composta col ricondure direttamente l'effetto giuridico costituendo al contratto preliminare, intendendo cioè questo come la volontà di costituire un effetto giuridico, volontà quindi già tutta esaurita nel contratto stesso, e rispetto alla quale veramente la costituzione di quell'effetto si presenterebbe como l'esecuzione (cf. Salvatore Satta, Commento al codice di procedura civile, Milano, Francesco Vallardi - Società Editrice Libraria, 1966, t. 3, p. 19).

de complementação que caberia ao órgão jurisdicional em virtude dos próprios termos do art. 639 (14). Ora, no capítulo primeiro dessa tese, os esforços se desenvolveram exatamente em sentido oposto, isto é, no de realçar a estrutura categorial aberta dos contratos preliminares, que demandariam, assim, uma disciplina de direito processual em compatibilidade direta com o tipo do negócio (v. § 5, n. 2, retro). Adiantou-se, outrossim, que essa postulada compatibilidade há, de lege lata, no art. 639 do Código de Processo Civil, que inclusive incorporou-se à problemática mesma das contratações preliminares, figurando a modo de terceiro elemento, aglutinado, variavelmente, à relação dicotômica contrato preliminar-contrato definitivo. Tratar-se-á agora de desenvolver e aprofundar essa apontada conexão.

§ 15
A preliminaridade contratual e o art. 639 do Código de Processo Civil

1. A ideação da categoria contrato preliminar como estrutura negocial típica, aberta e prospectiva, encontra, na sentença do art. 639 do Código de Processo Civil, a imanência potencial que a qualifica, de iure condito, como elemen-

---

(14) As projeções, no campo processual, da concepção do contrato preliminar como modelo negocial fechado, são descritas, com peculiar clareza, por José Carlos Barbosa Moreira, O novo processo civil brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1972, v. 2, p. 44: "Tratando-se de obrigação fundada em contrato preliminar, é indispensável, para acolher-se a pretensão do credor, que aquele negócio jurídico contenha todos os elementos do definitivo: ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas apenas fazer desnecessária, por meio da sentença, a declaração de vontade que, incidindo sobre cláusulas e condições já estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo. Em outras palavras: a sentença não tem a virtude de criar, sequer em parte, o objeto ou o conteúdo do contrato que se deveria concluir; o que pode faltar, e que ela torna

to indissolúvel e central da problemática do contrato preliminar. Tanto mais que, no direito brasileiro, os arts. 639 a 641 propiciam, implicitamente, a sede positiva do segmento de direito material integrado no regime da contratação preliminar; os arts. 639 usque 641, também por esta razão, perfazem a órbita jurídica da categoria. Essa pertinência todavia não exaure a implicação da sentença de qua na referida problemática jurídica, porquanto a respectiva potencialidade subsiste, outrossim, no âmbito intrínseco à incidência social e concreta daquela categoria de negócio (15).

Nessa ordem de idéias pode asseverar-se que a parte que não implementa o contrato preliminar está imbuída, senão totalmente, pelo menos em certa medida, de que não se acha vinculada de modo irreversível, fato este que, na pior das hipóteses, isto é, em caso de demanda judicial, lhe possibilita um campo de manobra em que podem pesar, decisivamente, sobre o juízo de controle e de valoração jurisdicional da espécie, a deficiência dos meios de prova, a desigualdade de fortuna e estrutura mesma da sociedade.

O significado social da contratação preliminar (que se não confunde com a concernente função sócio-econômica) repousa nesta certeza de que o momento determinativo da idoneidade do contrato preliminar para produzir efeitos "definitivizados" está, exatamente, na injunção do controle e da valoração judiciais do regramento projetado. Dito de outro modo, a realidade do contrato preliminar é a sua "vivência", os seus modos de atuação no plano dos concretos padrões de comporta-

---

supérflua, é só a declaração de vontade, não emitida pelo devedor".

(15) V. Carlo Nicoletti, Sul contratto preliminare, cit., p. 97-98.

mento e expectativas negociais. Recentemente, a doutrina vem explorando com sucesso os reflexos, na ordem processual, dos aspectos psicológicos na articulação preliminar e nos diferimentos da vinculação contratual definitiva. A complexidade das negociações bem como os outros motivos já apontados em o § 1, supra, levam o interessado a apressar a formação imediata de vínculo jurídico que, porém, fica sob reserva de complementação, até a oportunidade em que lhe seja conhecida satisfatoriamente a situação de fato e de direito em que a operação econômica pretendida vai se realizar. Essa relativa (em grau maior ou menor) possibilidade de análise e de verificação das superveniências tem por fim prevenir modificações ou surpresas adversas e inesperadas no prosseguimento contratual, de sorte que, eventualmente concretizadas, venham antes a colher a parte como passivamente legitimada para a ação de adimplemento do que com legitimação ativa para a ação de resolução (16).

Está-se a dizer, portanto, que o ajustamento do instituto do contrato preliminar tem como decisivo pressuposto prático-social a possibilidade, legalmente prevista, da intervenção do juiz na economia do contrato, para que seja proferida uma determinada valoração do caso concreto e contingente, de modo a respeitar e a proteger o negócio específico, ou a rejeitá-lo, negando-lhe os foros de "definitividade". Opera, substancialmente, o princípio da conservação do negócio, pelo trâmite da resolução judicial da reserva de complementação, "sendo isso possível e não excluído pelo título", como predetermina o art. 639 do Código de Processo Civil.

---

(16) V. Giovanni Gabrielli, Il contratto preliminare, cit., p. 152 e segs.

2. Este modelo de complementação negocial por obra do juiz faz parte de todo um ideário do pensamento jurídico contemporâneo que — não se pode negar — ainda não integra as pautas externalizadas da magistratura do país, e, aparentemente, sensibiliza pouco a literatura didático-dogmática. Embora seja arriscado qualquer avanço nesse terreno, que exige investigações científicas praticamente inexistentes no meio nacional, é talvez passível de afirmação que o princípio da legalidade permanece ideologicamente preservado ao ponto de faltar consciência teórica acerca da metódica alternativa da legislação; da legislação vigente inclusive.

Não causa absolutamente surpresa que o magistrado, nos termos do art. 394 do Código Civil, em face do dificílimo problema do abuso do pátrio poder, possa ordenar a "medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e de seus interesses". O art. 924 da mesma lei dá ao juiz o poder de reduzir proporcionalmente a cláusula penal estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento quando se cumprir em parte a obrigação. "As leis são hoje (...), em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo idêntico ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro" (17).

"A situação actual é a seguinte: a vinculação à lei dos tribunais e das autoridades administrativas não está tão reduzida quanto, no começo do nosso século, a chamada Escola

---

(17) Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, p. 172.

do Direito Livre considerou ser inevitável e correcto; está-o todavia em certa medida e de modo a obrigar-nos a orientar as nossas considerações metodológicas noutras direcções e por outras vias" (18).

Esta digressão tem por sentido recordar que as atividades jurisdicionais de intervenção e de complementação dos negócios jurídicos tem precedência institucional bastante superior aos casos costumeiramente apontados como exemplos de sua ocorrência. Os diversificados modos de expressão legislativa engendram, por vezes, expressiva autonomia do julgador na construção da regra concretamente aplicável. O art. 639 do Código de Processo Civil é espécie em que não se delimita em termos pormenorizados a situação fática à qual há de ligar-se a conseqüência jurídica que prevê. A locução "sendo isso possível e não excluído pelo título" deixa ao magistrado a possibilidade de determinar se, no caso concreto, poderá a sentença funcionar como elemento alternativo na tríade contrato preliminar-contrato definitivo-sentença ex art. 639 (supra, § 5, n. 2).

3. Ocorre, portanto, estabelecer o sentido e o alcance desse juízo de determinação, em consonância com os graus de preliminaridade estudados no capítulo primeiro (retro, § 4). Nos graus mínimo e médio, nos quais é extensificada a programação do conteúdo do contrato definitivo no preliminar, o órgão jurisdicional, se não houver impedimento derivado do próprio título (19), não tem atividade mais ca

(18) Karl Engisch, Introdução do pensamento jurídico, cit., loc. cit.

(19) V. infra, § 18.

racterística a desempenhar (20). Pronuncia a sentença que, transitada em julgado (art. 641), constitui, em prol do autor, a mesma situação jurídica que surgiria da execução negocial do contrato não concluído (art. 639, última parte) (21). A atuação do juiz, a esse nível de preliminaridade, já está bastante esclarecida em excelentes obras que se ocupam do assunto, e que, como já se disse, em sua parte maior, tem por certo que sejam esses os limites máximos da função da jurisdição na esfera da proteção processual dos contratos preliminares.

---

(20) Isto porque, de acordo com o entendimento dominante acerca da divisão das sentenças, não existe uma diferença de substância na função do juiz, qualquer que seja a figura de sentença: declaratória, condenatória ou constitutiva. "É o próprio ordenamento jurídico que condiciona o advento de um determinado efeito jurídico, ou de um conjunto de efeitos, à sentença judicial. Mas não é a sentença como provimento jurisdicional que cria a mudança jurídica. O poder jurisdicional, aí, não faz mais que atuar numa determinação de lei preexistente" (Torquato Castro, Ação declaratória, 1942, p. 25-26, apud Celso Neves, Coisa julgada civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 458). Conforme adiante será visto, não se pode sustentar este mesmo entendimento em face das chamadas sentenças determinativas (ultra, § 19) que, segundo se propõe nesta tese, situam exatamente a natureza jurídica da sentença do art. 639 do Código de Processo Civil, nos casos de preliminaridade mínima ou típica.

(21) Cf., entre outras obras, que apontam a constitutividade típica do art. 2932 do Codice civile e, por conseqüência do art. 639 do Código de Processo Civil, Sergio Costa, Manuale di diritto processuale civile, Torino, UTET, 1973, n. 28, p. 41; Marco Tullio Zanzucchi, Diritto processuale civile, Milano, Giuffrè, 1974, v. 1, p. 149; Gian Anotnio Micheli, Esecuzione forzata, in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli Editore - Il Foro Italiano, 1977, p. 193. Vozes destoantes que vale a pena apontar são as de Francesco Carnelutti, em genial nota de rodapé lançada às p. 320 e 321 de Diritto e processo, Napoli, Morano Editore, 1958, e de Ugo Rocco, Tratatto di diritto processuale civile, Torino, UTET, 1966, v. 4, p. 60, nota 47, para quem a providência do referido art. 2932, "per quanto assuma forma di una sentenza, sembra possa più correttamente inquadrarsi tra gli atti di volontaria giurisdizione". Quanto a doutrina nacional, v., sobre o Código de Processo Civil de 1939, a monografia escorreita de Luis Eulálio de Bueno Vidigal, Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade, Empresa Gráfica "Revista dos Tribunais", 1940, n. 74-75, p. 91; com referência ao Código de 1963, v. Alcides de Mendonça Lima, Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 6, t. 2, n. 1756, p.

Neste trabalho, porém — em que se procurou delimitar uma zona específica de aplicação da seqüência contrato-preliminar-contrato definitivo (supra, capítulo primeiro, § 1 e § 5), chamada preliminaridade mínima, na qual a dissolução das reservas de complementação se torna dificultada pela presença de acordos residuais ulteriores ligados a um contrato preliminar (negócio-base) em cujo conteúdo está programada a parte irredutível do regramento futuro — outros esclarecimentos precisam de ser ministrados no sentido de fixar, o mais claramente possível, as tarefas que o magistrado deva efetivar, naquela área de limites fluídos, mediante a aplicação das regras do art. 639 do Código de Processo Civil.

A distinção inicial a que deve proceder respeita à identificação estrutural da espécie (supra, §§ 3 a 5). Se o contrato posto sob o exame do órgão jurisdicional não estiver credenciado ao menos como negócio-base, isto é, quando dele não resulta, direta ou indiretamente, a vontade dos figurantes de se reservarem o poder de complementação dos acordos residuais em aberto, por intermédio do contrato definitivo, não há contrato preliminar, mas negócio imperfeito (supra, § 5, n. 4, c). Não caberá, então, a pronúncia da sentença ex art. 639.

Se, entretanto, for possível a identificação da preliminaridade mínima, estabelecida no negócio-base em que constem pelo menos os elementos categoriais inderrogáveis do contrato projetado, o plano teórico da investigação cede passo à perquirição (concreta) da fenomenologia jurídica externada pelos acordos residuais pendentes de complementação. Neste momento, o juiz irá determinar, no lugar da parte a que caberia adimplir o dever de complementação, o conteúdo das declara-

ções de vontade atinentes aos acordos residuais carecedores de fechamento. Aqui, como já se notou com muita expressividade, "l'invasione della sfera giuridica del debitore appare assai più profonda (...) perchè il giudice, invece di limitarsi a dar forma autoritativamente obbligatoria a un contenuto già predisposto in tutte le sue modalità dall'obbligato, deve entrare addirittura a volutare gli interessi di lui e quasi a indovinarne le riposte intenzioni" (22).

O magistrado, portanto, invocado pela necessidade de prover o conteúdo dos acordos residuais, deve decidir se a reserva de complementação estabelecida pelas partes no negócio base é ou não suscetível de dissolução, pela atividade do poder público, em conformidade com um ato de valoração jurídica (e, pois, condicionado, pelo quadro social, ético e econômico) que o leve ao convencimento da utilidade de se aperfeiçoar a complementação e a conclusão de um negócio entre particulares. Essa valoração tem como ponto de referência inicial e inarredável os dados qualitativos e quantitativos que se descobrem no fato concreto. E é a partir da possibilidade in concreto de se determinar (com o auxílio de todos os meios técnico-jurídicos suscetíveis de utilização; ultra, § 16) a conveniência do completamento do conteúdo do contrato que deve firmar-se a postura do julgador.

Normalmente, no campo em que impera a autonomia privada, os negócios jurídicos e os contratos são os meios que a ordem jurídica predispõe para a composição dos conflitos de interesses; se, com a atuação dessas categorias jurídicas o conflito é eliminado, tanto melhor para os próprios interessa

---

(22) Piero Calamandrei, La sentenza come atto di esecuzione forzata, in Studi sul processo civile, Padova, Cedam, 1934, p. 37.

dos, mas, se o acordo não se alcança, a perduração do conflito não sensibiliza o ordenamento no sentido da intervenção; ao contrário, faz parte da ideologia dominante o princípio (que é de razão prática) da economia de interferência na dinâmica das estruturas (teoricamente) desvinculadas da ingerência do poder.

"Se io mi sono innamorato di un bel quadro esposto in una vetrina di un antiquario, ma questi per vendermelo mi chiede un prezzo troppo superiore ai miei mezzi, lo Stato non si allarma perchè il mio desiderio di avere il quadro sia rimasto insodisfatto o perchè l'antiquario non abbia potuto fare bon affare col vendermello al prezzo da lui preteso: e lascia, lo Stato, che io vada in cerca di quadri meno costosi, e l'antiquario in cerca di clienti meglio forniti" (23).

Não há negar, por outro lado, que a ordem jurídica, com vistas à conservação da estabilidade econômico-política pode, sob determinadas circunstâncias, entender conveniente e até necessária a conclusão de um contrato entre particulares, mesmo quando haja pendência de pontos negociais em aberto (24). Neste amplo contexto, que é o do chamado dirigismo contratual, a sentença ex art. 639 do Código de Processo Civil recebe justificação e significado para uma parte de seu papel.

Essas cogitações, conquanto genéricas e insuficientes, já bastam, todavia, para desconfirmar a assertiva de que comete "grosseiro desvio de função", com "vício insanável de julgamento", a sentença em que o magistrado "consagra, pelas partes, o que está por acertar" (25).

---

(23) Piero Calamandrei, La sentenza come atto di esecuzione forzata, cit., p. 40.

(24) Piero Calamandrei, La sentenza come atto di esecuzione forzata, cit., loc. cit.

(25) Expressões empregadas no acórdão RTJ 92:272.

§ 16
Complementação técnica dos acordos residuais

O magistrado que se encontra na difícil situação de proferir o juízo de determinação da exeqüibilidade do negócio-base, mediante a complementação dos acordos residuais postos sob reserva, nos casos de preliminaridade mínima, uma vez que ultrapasse o momento de valoração positiva da conveniência na conclusão do contrato, pode servir-se de todos os meios, legais e extra-legais, desde que eticamente legítimos, para apurar (e não para adivinhar) o conteúdo provável dos negócios jurídicos em aberto.

É claro que muita coisa poderá ser resolvida pelas provas produzidas, especialmente periciais. Esse, aliás, é um ônus que deverá inclusive pesar fortemente contrat o autor que, na ação do art. 639, deixar de solicitar a respectiva realização no momento oportuno (Código de Processo Civil, art. 282, VI), pois é sabido que apenas em casos mais agudos o magistrado tenderá a exercitar o poder que lhe concede o art. 130 da mesma lei. Com razão, portanto, poderá refugar a dissolução da reserva de complementação quando, podendo o conteúdo do acordo ou dos acordos residuais ser preenchido pela verificação técnica, o autor negligenciar o protesto pela admissão do exame, vistoria ou avaliação periciais pertinentes ao caso (Código de Processo Civil, art. 420).

Demais, este campo da complementação judicial dos acordos residuais é altamente propício à aplicação das máximas de experiência a que se refere o art. 335 do Código de Processo Civil (26).

---

(26) As máximas de experiência, segundo a conceitua-

No polêmico aresto que propiciou boa parte dos raciocínios deduzidos nesta tese, encontra-sé, aliás, uma passagem frisante, em que se ressalta o dever do magistrado de preencher os acordos residuais, em face da "determinabilidade objetiva" de suas cláusulas:

"Sufragando, neste particular, a opinião adotada no aresto recorrido, reporto-me à demonstração, que nele se faz, acerca da determinabilidade das cláusulas, a que se recusa esse característico. Não está em branco, nem é inexistente, por exemplo, a cláusula em que a compradora se obriga a garantir com fiança idônea e capaz todas as obrigações que viesse a assumir para com os acionistas, uma vez que não se deixou ao alvedrio da compradora indicar fiador que bem entendesse, mas quem dispusesse de meios, objetivamente verificávies, para garantir o credor contra o inadimplemento do devedor. Vale o mesmo em relação à 'forma de direito a ser estudada', pois seria determinavel, mediante critério técnico, dentre as formas de direito viáveis, a que melhor se ajustasse ao interesse das partes. 'Substituir, em prazo determinado, todas as garantias pessoais dos acionistas em favor da Empresa' não significa, igualmente, que esse prazo não pudesse ser determinado segundo critério de razoabilidade. Também não faltam elementos para a fixação do aluguel mínimo a ser estabelecido, quer

---

ção clássica de Friedrich Stein "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (cf. El conocimiento privado del juez, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1973, p. 30). V. também José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados, in Temas de direito processual; segunda série, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 61-72, e o excepcional livro de Horst-Eberhard Henke, La cuestión de hecho; el concepto indeterminado en el derecho civil y ser casacionabilidad, Buenos Aires, EJEA, 1979, especialmente §§ 3 usque 5.

em face do que se acha estipulado na cláusula na qual se provê quanto a essa obrigação, quer em presença dos usos comerciais. É verdade que tais cláusulas, bem como outras, sobre as quais se trava a controvérsia, necessitam determinação. Mas é exato, por igual, que, embora com certo grau de indeterminabilidade, possuem, contudo, grau de determinabilidade,que as fazem obrigatória. (...) Desse modo, o acordo de vontades, expresso no contrato preliminar, é vinculante, já que esse acordo diz respeito a todas as cláusulas contratuais, não obstante algumas delas exigirem especificação complementar do seu conteúdo" (27).

Vê-se, dessarte, que o eminente Ministro admitia a indeterminabilidade relativa das cláusulas do contrato preliminar, de modo a exigirem, algumas delas, "especificação complementar do seu conteúdo", segundo critérios objetivamente verificáveis (28). A tese da preliminaridade mínima, porém, vai mais longe. Não somente admite a possibilidade da "especificação complementar" de algumas cláusulas do contrato preliminar, como a própria ausência delas, exatamente porque não coincidem, caracteristicamente, o conteúdo do contrato preliminar e o do contrato definitivo (retro, §. 5).

Quanto à utilização dos usos e costumes para a complementação do conteúdo do contrato, ficou dito no capítulo segundo, § 11, n. 11, a respeito da hipótese da Ordenação,IV, 19, § 2, que "Compellitur autem contrahens scripturam facere, praecedente judicis cominatione, eoque reluctante, scriptura

---

(27) Cf. voto do Ministro Leitão de Abreu, in RTJ 92:304-305.

(28) Essa, aliás, é a expressão utilizada por Karl Larenz, Derecho de obligaciones, cit., v. 1, § 6, III,p. 100, cuja lição é expressamente perfilhada pelo eminente jurista, antigo Ministro do STF, referido em a nota anterior.

pro confecta cum clausulis consuetis haberi potest" (29). Hoje, o problema pode analogamente ser resolvido pela aplicação dos arts. 126 e 337 do Código de Processo Civil, os quais remetem, implicitamente, para os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

§ 17
Casuística e máximas práticas de decisão

Na experiência secular do cumprimento específico dos contratos, que se promove no direito inglês pela specific performance (§ 10, supra), foi se constituindo uma rede de máximas (maxims of equity) dotadas de um sentido ético e prático que, como será visto, podem prestar um auxílio precioso ao magistrado que se encontra na difícil situação de proferir ou não o juízo de determinação da executabilidade do negócio-base e a complementação simultânea dos acordos residuais, com a final constituição da situação jurídica correspondente ao contrato definitivo, como se foram devidamente cumpridos os deveres de complementação e conclusão avençados no preliminar.

Estas máximas são, porém, de incidência logicamente anterior à decisão sobre a oportunidade e a conveniência de complementar o conteúdo contratual previsto no negócio-base e logicamente posterior ao convencimento acerca de sua possibilidade fática; a sua importância está, propriamente, em influir no convencimento do magistrado de maneira a sugestioná-

(29) Francisco de Caldas Pereira, Analyticus commentarius, cit., loc. cit. em a nota 188, retro, capítulo segundo.

lo no sentido da atuação ou não-atuação da prerrogativa que lhe defere a ordem jurídica, para amparar, nos casos-limites, a preliminaridade contratual.

À base da concessão da specific performance, está o dito: the plaintiff must come into court with clean hands(30). Isto significa que o tribunal se reserva o poder de examinar se o demandante de execução específica do contrato comportou se de boa fé no relacionamento contratual que manteve, até então, com a outra parte. Se o tribunal constatar que o pretendido implemento forçado repousa em conduta que não for estritamente "justa e regular", embora não configure ilícito, a specific performance é recusada. É a máxima: he who seeks equity must do equity (31). Este critério ético, que de certa foram se liga à ratio do brocardo nemo auditur propriam turpitudinem allegans pode prestar excelentes serviços no momento da elaboração do juízo acerca da conveniência ou da justiça da complementação do contrato preliminar pela sentença ex art. 639.

Outras vezes, o tribunal inglês recusa a specific performance por entender que é mais adequada a resolução do contrato com perdas e danos. Já adaptando a hipótese ao assunto em tratamento neste tese, seria de se lembrar o caso de um contrato preliminar incidente sobre vultosa quantidade de ações, com excelente cotação em Bolsa, que se encontram para a compra ao preço do mercado. Há, porém, no contrato preliminar, vários acordos postos sob reserva de complementação, suscetível, a maior parte deles, de haver o respectivo conteúdo determinado pela verificação dos usos e costumes do círculo negocial. Aqui, caberá ao órgão jurisdicente examinar a fundo

---

(31) V. Edouard Jenks, Digeste du droit civil anglais, Paris, LGDJ, 1923, v. 1, art. 289, p. 88.

a conveniência de completar os acordos postos sob reserva,pois o não cumprimento do contrato preliminar, em tese, não trará prejuízo maior ao credor que, munido da importância correspondente ao id quod interest,poderá adquirir no mercado os títulos cuja aquisição pretende (32).

Ao contrário, normalmente deverá induzir ao juízo favorável à complementação (preexistindo, é claro, possibilidades de fato) a circunstância do autor ter "interesse substancial" no contrato, de sorte que não poderá ser adequadamente compensado com o pagamento das perdas e danos (33).

Eis, sumariamente, outras circunstâncias condicionantes da concessão da specific performance que poderão ser consideradas, com alto proveito, pelo julgador nacional, no ensejo de valorar a conveniência ou a necessidade de proteger (principalmente) a preliminaridade contratual mínima:

— a possibilidade de complementação aberta pelo art. 639 do Código de Processo Civil não deve ser exercitada todas as vezes em que as suas conseqüências, inclusive remotas, sejam altamente não-razoáveis (highly unreasonable);

— a complementação e a conclusão, por execução jurisdicional específica, do contrato preliminar, não podem resultar, para a contraparte, em situação mais rigorosa do que a proveniente da execução voluntária (undue hardship);

— o cumprimento antecipado, pelo autor na ação tendente à complementação e conclusão do contrato preliminar, de considerável parcela da prestação ou prestações (part performance) que se originariam do contrato definitivo: neste caso,

---

(32) Ernest Barda, L'éxecutions spécifique des contrats; étude de droit anglais comparé, cit., p. 71.

(33) V. Handbury e Mandsley, Modern equity, cit., p. 41.

deve o magistrado investigar (e à parte cabe alegar e provar) todo o prejuízo em que poderia incorrer o demandante por causa do encadeamento de medidas práticas ou negociais organizado em confiança no aperfeiçoamento do contrato preliminar; dado o conjunto das circunstâncias, também neste caso, sendo faticamente possível e não excluído pelo título, cabe providenciar a complementação e a conclusão do contrato (34).

§ 18
Exclusão da execução pelo título

O título exclui a via conducente à satisfação específica do dever de concluir, ou de concluir e complementar o contrato preliminar, quando nele existir cláusula expressa nesse sentido, ou quando, não havendo expressa estipulação em contrário, o sentido de uma determinada cláusula (na qual, e.g., reservar-se a qualquer das partes o direito ao arrependimento) ou o contexto do contrato resulta incompatível com a exigibilidade compulsória ex art. 639 (35). O papel inegavelmente marginal hoje desenvolvido pelo contrato preliminar insuscetível de execução específica permite que se deixe — ao menos nesta tese, que se ocupa, no presente capítulo, da execução processual desta categoria de negócio — de aprofundar a indagação que lhe é pertinente.

---

(34) V. Handbury e Maudsley, Modern equity, cit., p. 34-35.

(35) Cf. interessantes detalhes concernentes à prática do compromisso de compra e venda em Pedro Henrique Távora Niess, Da sentença substitutiva da declaração de vontade, cit., p. 32-35.

§ 19
Natureza da sentença do artigo 639

Questão elegante e não destituída de relevo prático é esta respeitante à natureza jurídica da sentença que, transitada em julgado (art. 641), enseja para o autor o mesmo efeito do contrato preliminar não cumprido. A propósito deste assunto se pronunciaram quase todos os grandes processualistas, que o abordaram ora de modo vertical ora incidentalmente. A finalidade deste parágrafo é concatenar à tricotomia contrato preliminar-contrato definitivo-sentença ex art. 639 a concepção desta última que melhor se adapte à construção dogmática do contrato preliminar, como negócio típico estruturalmente aberto e prospectivo, e à interpretação do art. 639 do Código de Processo Civil, como estrutura normativa igualmente aberta e prospectiva.

Essa preocupação traz à baila a discutida figura da sentença determinativa, conforme, aliás, percebeu pela vez primeira, o jurista que melhor compreendeu o processo como instituição em que devem preponderar os homens e não as fórmulas (36). A sentença determinativa não é um quartum genus que se possa acrescentar, com coerência sistemática, às outras categorias de sentença classicamente estabelecidas, porque é diverso o critério de classificação a partir do qual vem enu-

---

(36) Piero Calamandrei, La sentenza come atto di esecuzione forzata, cit., p. 37. Dentre os escritores mais recentes, Carlo Nicoletti, Sul contratto prelimanare, cit., passim, também qualificou como determinativa a providência sentencial do art. 2932 do Codice civile, que, corresponde, diga se mais uma vez, aos atuais arts. 639 e 640 do Código de Processo Civil. Não aprofundou entretanto este ponto de vista, limitando-se a referir a informação de Giuseppe Chiovenda, in Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, Eugenio Jovene, 1935, v. 1, n. 57, p. 189-190.

cleados os seus contornos. Tomando-se, para facilidade de compreensão apenas, a imagem da sentença armada à feição do silogismo, as espécies comumente conhecidas são diferenciadas com base na diversa natureza jurídica da conclusão do silogismo: daí falar-se em declaração, condenação, constituição. O grupo das sentenças determinativas baseia-se, diversamente,na especial natureza jurídica da premissa maior, isto é, da norma jurídica (37), que, no caso da sentença determinativa, confere ao juiz um poder que não corresponde (se é que se pode dizer assim) à idéia da função jurisdicional tout-court.

A noção de sentença determinativa — segundo o autor que mais profundamente a estudou entre os processualistas da escola italiana — prestar-se-ia para compreender todos os casos em que o juiz exercita um poder discricionário, o que equivale, consoante o mesmo autor, à decidibilidade de acordo com a justiça e a eqüidade. As valorações realizadas pelo órgão jurisdicional ao elaborar as sentenças dessa espécie seriam essencialmente diferentes daquelas mediante as quais é aplicada ao caso concreto uma norma de lei completa em todos os seus elementos e, pois, tanto na descrição do suporte fático (fattispecie) como na especificação das conseqüências jurídicas que lhe concernem conforme a previsão normativa (38).

Os juízes, nos sistemas de base legalista, devem sempre descobrir na ordem jurídica positiva, integrada ao modo do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma norma aplicável ao caso concreto. Assim, dar-se-á o exercício de po-

---

(37) Piero Calamandrei, La sentenza come atto di esecuzione forzata, cit., p. 38.

(38) Alessandro Raselli, Le sentenze determinative e la classificazione delle sentenze, in Studi sul potere discrezionale del giudice, Milano, Giuffrè, 1975, p. 371.

der discricionário na área jurisdicional, quando as normas que se devam aplicar não determinem completamente a disciplina do caso concreto, de modo que o seu conteúdo deve ser completado pelo juiz, qué estabelecerá, caso por caso, a decisão mais oportuna para equilibrar e harmonizar os interesses em contraste (39).

Quaisquer que sejam as fórmulas legislativas empregadas, desde que impliquem o exercício da discricionaridade, surge para o julgador o dever de correlacionar os interesses contrastantes, para o fito de estabelecer a solução que equilibre da melhor maneira os sacrifícios e as vantagens, em face do escopo do instituto jurídico de que se trate e das repercussões que surtirá a solução adotada sobre os interesses da coletividade (40).

Quando o juiz exercita poder discricionário, deve determinar no que importam as exigências às quais remonta a lei, para, desse modo, atribuir um conteúdo ao comando expresso na fórmula legal; o magistrado deve eleger, entre os vários comportamentos possíveis, o que melhor corresponde àquelas exigências. A sua atividade, na medida em que implica uma escolha, prende-se à esfera da vontade, nem algo diverso poderia ocorrer, porque se trata de completar o conteúdo da vontade da lei. As valorações assim elaboradas são justamente aquelas que, para os órgãos legislativos, constituiriam as determinantes do comando, se, no caso, houvessem formulado uma norma imperativa (41).

---

(39) Alessandro Raselli, Le sentenze determinative, cit., p. 375.

(40) Alessandro Raselli, Le sentenze determinative, cit., p. 382.

(41) Alessandro Raselli, Le sentenze determinative, cit., p. 388.

A atividade do juiz não configura, entretanto, uma volição completa, porque a determinação final de impor um dado comportamento ou resultado (e.g., no caso em estudo, produzir a sentença ex art. 639 os mesmos efeitos do contrato não concluído) já foi tomada pelo legislador: esse posicionamento prévio e vinculativo é como se fosse a primeira parte da volição; aquelas valorações judiciais representariam os antecedentes do comando, se a atividade legislativa não se houvesse dividido em duas partes (42).

Neste passo, uma curiosa coincidência, assaz feliz, tem de ser assinalada, porque robora, efetivamente, a expectativa teórica de que a análise da sentença do art. 639 demonstrasse, por sua vez, a homologia estrutural entre essa providência jurisdicional e a categoria contrato preliminar considerada em seu grau típico ou modelar, segundo a visão deduzida no presente trabalho.

Pode-se dizer, realmente, em face da explicação ora adotada do conceito de sentença determinativa, que a norma do art. 639 está para o juiz assim como, na hipótese (típica) da preliminaridade mínima, o negócio-base está para o contrato definitivo. Em ambos os primeiros (art. 639 e negócio-base) encontra-se a primeira parte de uma vinculação jurídica. A atividade do juiz não dá origem a uma volição completa porque o art. 639 estabelece, normativamente, que, concorrendo os pressupostos genéricos que encerra, a sentença produzirá os efeitos do contrato não concluído; mas a determinação daqueles pressupostos e, pois, a complementação da norma, incumbe ao magistrado, de modo que o comando se integra pela

---

(42) Alessandro Raselli, Le sentenze determinative, cit., p. 389.

conjugação de duas vontades.

Por sua vez, o negócio-base fixa, vinculativamente, uma vontade contratual que deverá ser completada pelo contrato definitivo; mas a exigibilidade do resultado negocial está pré-fixada naquele que é a primeira parte da volição; por sua vez, o mencionado resultado negocial deve ser obtido pela volição a ser complementarmente declarada no contrato definitivo, destinado a constituir a segunda parte do regramento de interesses, tendente à realização de uma vontade que foi desdobrada na seqüência contratual.

Assim se percebe a referida homologia estrutural entre o contrato preliminar e a sentença do art. 639 do Código de Processo Civil. Para encerrar este momento da exposição resta lembrar a relação alternativa que o contrato definitivo e a sentença ex art. 639 mantêm para com o contrato preliminar (supra, § 6). De acordo com este enfoque, a função do juiz se integra totalmente na estruturação legal e negocial das contratações preliminares, pois, na medida em que complementa o enunciado genérico da norma de lei ("sendo isso possível"), decidindo no sentido da possibilidade e da conveniência de complementar também o contrato preliminar, de certo modo legisla e contrata ao mesmo tempo.

§ 20
Execução do contrato preliminar: determinação e constituição

As sentenças determinativas se definem por oposição às declarativas. Estas designam mais propriamente uma atividade na qual se

confirma algo que já existe no mundo jurídico (e.g., a vontade da lei abstratamente enunciada em relação a uma certa fattispecie). As primeiras, diversamente, indicam uma atividade pela qual vem a ser precisado algo que ainda não fora identificado em sua integral composição. Ora, sentenças com essa característica de determinação podem ser encontradas indistintamente em cada uma das três espécies normalmente lembradas, isto é, pode haver sentenças declaratórias determinativas, condenatórias determinativas e constitutivas determinativas (43).

Sempre que os efeitos constitutivos (como os previstos na parte final do art. 639) se verifiquem mediante o pressuposto da construção determinativa do suporte fático (como sucede na hipótese do mesmo art. 639, por causa da expressão "sendo isso possível"), a sentença afinal elaborada será determinativa com efeitos constitutivos. Esta é, globalmente compreendida, em conexão com os graus da preliminaridade contratual, a natureza jurídica da sentença do art. 639 do Código de Processo Civil.

A ação de adimplemento do contrato preliminar localiza-se na área da tutela processual mediante execução não forçada (44), isto é, realiza-se, pela eficácia de que está dotada a sentença constitutiva, para operar modificações nos direitos e nos deveres substanciais das partes. Uma vez entre-

---

(43) Alessandro Raselli, Le sentenze determinative, cit., p. 390-392. Aliter, Emilio Betti, Diritto processuale civile italiano, Roma, Società Editrice del "Foro Italiano", 1936, n. 167, p. 548-549.

(44) V. sobre o conceito de execução processual não forçada e a ação de adimplmento do contrato preliminar, Crisanto Mandrioli, L'azione esecutiva, Giuffrè, Milano, 1955, n. 112-113, p. 580-588.

que a prestação jurisdicional constitutiva, o figurante no polo passivo da relação processual não tem o dever de implementar a modificação da situação jurídica, por razões de ordem prática que derivam de exigências de brevidade e economia. Com efeito, é de todo inútil estatuir que a parte está "obrigada" a emitir declaração de vontade se a própria sentença atua a modificação que resultaria da contratação, sem que haja, ademais, necessidade do recurso à força, qual ultima ratio, como sucede na execução forçada. De fato, não é socialmente danoso que sujeito passivo da relação processual deva suportar a providência executiva que também compõe a constitutividade da sentença, sem que primeiro lhe seja imposto o cumprimento do dever que lhe cabe (45).

---

(45) Cf. Alessandro Raselli, Le sentenze determinative, cit., p. 361.

BIBLIOGRAFIA

(Livros citados)

1. ALABISO, Aldo - *Il contrato preliminare*. Milano, Giuffrè, 1966.

2. ALLARA, Mario - *La teoria generale del contratto*. Torino, Giappichelli, 1955.

3. ALVES, João Luiz - *Codigo Civil da República dos Estados Unidos do Brasil annotado*. Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia., 1917.

4. AMARAL SANTOS, Moacyr - *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo, Max Limonad, 1972, v. 3.

5. ANTUNES VARELA, João de Matos - *Das obrigações em geral*. Coimbra, Livraria Almedina, 1980, v. 1.

6. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo - *Istituzioni di diritto romano*. Napoli, Jovene, 1978.

7. ARANGIO-RUIZ, Vicente - *História del derecho romano*. Madrid, Editorial Reus, 1963.

8. ARNAUD, André-Jean - *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris, LGDJ, 1969.

9. ARNAUD, André-Jean - *Essai d'analyse structurale du Code civil français*. Paris, LGDJ, 1973.

10. ASCENSÃO BARBOSA, Pedro de - *Do contrato-promessa*. Coimbra, Coimbra Editora, 1957.

11. ASTUTI, Guido - *I contratti obbligatori nella storia del diritto italinao*. Milano, Giuffrè, 1952.

12. BANZHAF, Tomás - Código de Procedimento Civil del Império (*CPO*), *in* Wach, Adolf, *Manual de derecho procesal ci-*

vil. Buenos Aires, EJEA, 1977, v. 1.

13. AUBRY e RAU - *Droit civil français*. Paris, Éditions Techniques, 1946, v. 5.

14. BARASSI, Lodovico - *Teoria generale delle obbligazioni; le fonte*, Milano, Giuffrè, 1948, v. 2.

15. BARBI, Celso Agrícola - *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, v. 1.

16. BARBOSA LIMA SOBRINHO - *As transformações da compra e venda*. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954.

17. BARBOSA MOREIRA, José Carlos - *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. 2.

18. BARBOSA MOREIRA, José Carlos - Regras de Experiência e conceitos Juridicamente Indeterminados, *in Temas de direito processual; segunda série*. São Paulo, Saraiva, 1980.

19. BARCELLONA, Pietro - La formación del jurista, *in* Pietro, Barcellona, Dieter HART e Ulrich MÜCKENBURGER, *La formación del jurista*; capitalismo monopolístico e cultura jurídica. Madrid, Editorial Civitas, 1977.

20. BARDA, Ernest - *L'exécution spécifique des contrats*. Paris, Librairie Dalloz, 1928.

21. BARTOLUS a SAXOFERRATO - *In primam ff veteris partem*. Venetiis, Apud Iuntas, 1570.

22. BETTI, Emilio - *Diritto processuale civile*. Roma, Società Editrice del "Foro Italiano", 1936.

23. BETTI, Emilio - *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino, UTET, 1952.

24. BETTI, Emilio - *Système du Code Civil allemand*. Milano, Giuffrè, 1965.

25. BEVILÁQUA, Clóvis - Projecto primitivo, *in Projecto do Código Civil brazileiro*; trabalhos da Commissão Especial da Camara dos Deputados, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional,1902, v. 1.

26. BEVILÁQUA, Clóvis - *Em defeza do Projecto de Codigo Civil brazileiro*. Rio de Janeiro - São Paulo - Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1906.

27. BEVILÁQUA, Clóvis - *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro - São Paulo, Livraria Francisco Alves, 1953, v. 1.

28. BEVILÁQUA, Clóvis - *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1954.

29. BIONDI, Biondo - *Contratto e stipulatio*. Milano. Giuffrè, 1953.

30. BIONDI, Biondo - *Istituzioni di diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1972.

31. BAUDRY-LACANTINERIE, G. - *Précis de droit civil*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1909, v. 2.

32. BONFANTE, Pietro - *Istituzioni di diritto romano*. Milano, F. Vallardi, 1932.

33. BOYER, Louis - Les promesses signalagmatiques de vente,contribution à la théorie des avant-contrats, *in Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, Recueil Sirey, 1949.

34. BRAGA DA CRUZ, Guilherme - *História do direito português*. Coimbra, 1955, s.e. (edição mimeografada).

35. BRAGA DA CRUZ, Guilherme - A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro, *in Revista da Faculdade de direito* (da Universidade de São Paulo),São

Paulo, 1955.

36. BRAGA DA CRUZ, Guilherme - *O direito subsidiário na história do direito português*. Coimbra, 1975 (Separata da Revista Portuguesa de História).

37. BUCKLAND W.W. e MCNAIR, A.D. - *Roman law and Common law*; a comparison in outline. Cambridge University Press,1952.

38. CABEDO, Jorge de - *Practicarum observationum decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*. Antuérpia, Apud Joanem Baptistam Verdussem, 1684.

39. CALAMANDREI, Piero - La sentenza come atto di esecuzione forzata, *in Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, v. 3.

40. CALASSO, Francesco - *Medio Evo del diritto*. Milano, Giuffrè, 1954.

41. CALDAS PEREIRA, Francisco de - Analyticus commentarius sive ad typum instrumentum emptionis et venditionis tractatus, *in Opera omnia*, Colonia, Marci-Michaelis Bousquet & Soc., 1765.

42. CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza Campos - *Loteamentos e condomínios*. São Paulo, Max Limonad, 1953, v. 1.

43. CARBONNIER, Jean - *Droit civil*; les obligations. Paris, Presses Universitaires de France, 1976, v. 4.

44. CAPITANT, Henri - *De la cause des obligations*. Paris, Dalloz, 1927.

45. CARIOTA FERRARA, Luigi - *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli, Morano Editore, s.d.

46. CARNELUTTI, Francesco - *Sistema del diritto processuale civile*. Padova, Cedam, 1938, v. 2.

47. CARNELUTTI, Francesco - *Metodologia do direito*. Lisboa, Escola Tipográfica das Oficinas de São José, 1940.

48. CARNELUTTI, Francesco - *Teoria general del derecho*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

49. CARNELUTTI, Francesco - *Diritto e processo*. Napoli, Morano Editore, 1958.

50. CARNELUTTI, Francesco - Carta a mis hijos, *in Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires. EJEA, 1952, v. 2.

51. CARRARA, Giovanni - *La formazione dei contratti*. Milano, Francesco Vallardi, 1915.

52. CARVALHO, Carlos de - *Direito civil brazileiro recopilado ou Nova Consolidação das leis civis*. Porto, E.Nogueira, 1915.

53. CASTANHEIRA NEVES, Antônio - *Questão-de-facto — Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra, Livraria Almedina, 1967.

54. CASTRO, Amilcar de - *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, v. 8.

55. CASTRO, Amilcar de - *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1941, v. 10.

56. CASTRO, Torquato - Da tutela processual dos contratos preliminares, *in Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1953, 145:29.

57. CAVANNA, Adriano - *Storia del diritto moderno in Europa*; le fonti e il pensiero giuridico moderno. Milano, Giuffrè, 1979.

58. CHAVES, Antônio - *Lições de direito civil*; parte geral.São Paulo, J. Bushatsky e Editora da USP, 1972, v. 2.

59. CHAVES, Antônio - *Lições de direito civil*: obrigações-contratos em espécie. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, v. 3.

60. CHIOVENDA, Giuseppe - L'azione nascente del contratto preliminare, *in Saggi di diritto procesuale civile*. Roma, Societã Editrice Foro Italiano, 1930, v. 1.

61. CHIOVENDA, Giuseppe - *Istituzioni di diritto procesuale civile*. Napoli, Eugenio Jovene, 1935, v. 1.

62. COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio - *Instituições de direito civil portuguez*. Coimbra, Imprensa da Universidade,1886, t. 1.

63. COELHO RODRIGUES, A. - *Projecto de Codigo Civil brazileiro*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893.

64. CONIGLIO, Antonino - *Lezioni di diritto processuale civile*; il proceso esecutivo. Padova, Cedam, 1936.

65. CORRÊA TELLES, José Homem - *Digesto português*. Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1860.

66. CORRÊA TELLES, José Homem - *Doutrina das ações*. Rio de Janeiro, Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

67. CORRÊA TELLES, José Homem - *Manual do processo civil*, em suplemento ao *Digesto portuguez*. Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1909, v. 3.

68. CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano - *Manual de direito romano*. São Paulo, Saraiva, 1953, v. 1.

69. COSTA MANSO, Manuel da - *Casos julgados*. São Paulo, Saraiva & Cia., 1920.

70. COSTA, Sergio - *Manuale di diritto processuale civile*. Torino. UTET. 1973.

71. COUTO e SILVA, Clóvis do - *A obrigação como processo*. São Paulo. J. Bushatsky, 1976.

72. COVIELLO, Leonardo - Contrato preliminare, *in Enciclopedia giuridica italiana*. Milano, Società Editrice Libraria, 1902, vol. 3, parte III.

73. CROME, Carlo - *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*. Milano, Società Editrice Libraria, 1908.

74. CUTURI, Torquato - *Della vendita, della cessione e della permuta*. Napoli - Torino, Eugenio Marghieri - UTET, 1915.

75. DAVID, René - *Les contrats en droit anglais*, Paris, LGDJ, 1973.

76. DAVID, René - *Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. Madrid, Aguilar, 1969.

77. DAVID, René - *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa, Editora Meridiano, 1972.

78. DEGNI, Francesco - *La compravendita*. Padova, Cedam, 1939.

79. DEIANA, Giommaria - *Motivi nel diritto privato*. Torino, Istituto giuridico della R. Università, 1939.

80. DEKKERS, René - *El derecho privado de los pueblos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

81. DEMOGUE, René - *Traité des obligations en général*. Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, v. 2.

82. DE PAGE, Henri - DEKKERS, René - *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1972, v. 4.

83. DERNBURG, Arrigo - *Pandette*; diritto delle obbligazioni. Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903, v. 2

59. CHAVES, Antônio - *Lições de direito civil*: obrigações-contratos em espécie. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, v. 3.

60. CHIOVENDA, Giuseppe - L'azione nascente del contratto preliminare, *in Saggi di diritto procesuale civile*. Roma, Societã Editrice Foro Italiano, 1930, v. 1.

61. CHIOVENDA, Giuseppe - *Istituzioni di diritto procesuale civile*. Napoli, Eugenio Jovene, 1935, v. 1.

62. COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio - *Instituições de direito civil portuguez*. Coimbra, Imprensa da Universidade,1886, t. 1.

63. COELHO RODRIGUES, A. - *Projecto de Codigo Civil brazileiro*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893.

64. CONIGLIO, Antonino - *Lezioni di diritto processuale civile*; il proceso esecutivo. Padova, Cedam, 1936.

65. CORRÊA TELLES, José Homem - *Digesto português*. Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1860.

66. CORRÊA TELLES, José Homem - *Doutrina das ações*. Rio de Janeiro, Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

67. CORRÊA TELLES, José Homem - *Manual do processo civil*, em suplemento ao *Digesto portuguez*. Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1909, v. 3.

68. CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano - *Manual de direito romano*. São Paulo, Saraiva, 1953, v. 1.

69. COSTA MANSO, Manuel da - *Casos julgados*. São Paulo, Saraiva & Cia., 1920.

70. COSTA, Sergio - *Manuale di diritto processuale civile*. Torino. UTET. 1973.

71. COUTO e SILVA, Clóvis do - *A obrigação como processo*. São Paulo. J. Bushatsky, 1976.

72. COVIELLO, Leonardo - Contrato preliminare, *in Enciclopedia giuridica italiana*. Milano, Società Editrice Libraria, 1902, vol. 3, parte III.

73. CROME, Carlo - *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*. Milano, Società Editrice Libraria, 1908.

74. CUTURI, Torquato - *Della vendita, della cessione e della permuta*. Napoli - Torino, Eugenio Marghieri - UTET, 1915.

75. DAVID, René - *Les contrats en droit anglais*, Paris, LGDJ, 1973.

76. DAVID, René - *Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. Madrid, Aguilar, 1969.

77. DAVID, René - *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa, Editora Meridiano, 1972.

78. DEGNI, Francesco - *La compravendita*. Padova, Cedam, 1939.

79. DEIANA, Giommaria - *Motivi nel diritto privato*. Torino, Istituto giuridico della R. Università, 1939.

80. DEKKERS, René - *El derecho privado de los pueblos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

81. DEMOGUE, René - *Traité des obligations en général*. Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, v. 2.

82. DE PAGE, Henri - DEKKERS, René - *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1972, v. 4.

83. DERNBURG, Arrigo - *Pandette*; diritto delle obbligazioni. Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903, v. 2.

84. DIAS FERREIRA, José - *Código civil portuguez annotado*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1873, v. 4.

85. DINAMARCO, Cândido Rangel - *Execução civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

86. DOMAT, Jean - Les lois civiles dans leur ordre naturel, *in Oeuvres de Jean Domat*, Louis Tenré Librairie, 1822, v. 1.

87. DOUCET, Michel - *Code civil général autrichien*. Paris, Editions A. Pédone, 1947 (tradução francesa).

88. DURANTIS, Wilhelm - *Speculum iudiciale*; illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo degli Ubaldi, tomus 2, pars III et IV (neudruck des ausgabe Basel 1574). Aalen, Scientia Verlag, 1975.

89. ENGEL, Pierre - *Traité das obligations en droit suisse*. Neuchatel, Editions Ides et Calendes, 1973.

90. ENDEMANN, Arthur - *A history of continental civil procedure*. South Hasensack - New York, Rothmann - Reprints, Inc. - Augustus M. Kelley, Publishers, 1969.

91. ENGISCH, Karl - *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

92. ENNECCERUS, Ludwig e NIPPERDEY, Hans Carl - *Tratado de derecho civil*; parte general. Bosch, Barcelona, 1981, v. 2.

93. ESPINOLA, Eduardo - *Systema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1912, v. 2.

94. ESPINOSA GOMES DA SILVA, Nuno - *História do direito português*. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.

95. ESPINOSA GOMES DA SILVA, Nuno - *Humanismo e direito em Portugal no século XVI*. Lisboa, s.e., 1964.

96. ESSER, Jossef - *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961.

97. FERRARA, Francesco - *Teoria dei contratti*. Napoli, Eugenio Jovene, 1940.

98. FERRARA, Luigi - *L'esecuzione processuale indiretta*. Napoli, Jovene, 1915.

99. FERRI, Luigi - *Lezioni sul contratto*. Bologna, Pâtron Editore, 1975.

100. FERRINI, Contardo - *Manuale di Pandette*. Milano, Società Editrice Lib., 1953.

101. FORCHIELLI, Paolo - Contratto preliminare, *in Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, 1974, v. 4.

102. FRAGA, Affonso - *Theoria e pratica na execução das sentenças*. São Paulo, C. Teixeira & C., 1922.

103. FRY, Edward - *A treatise on the specific performance of contracts*. London, Stevens & Sons, 1911.

104. GABBA, C.F. - Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto, *in Nuove questioni di diritto civile*. Torino, Fratelli Bocca Editori, 1912, v. 1.

105. GABRIELLI, Giovanni - *Il contratto preliminare*. Milano, Giuffrè, 1970.

106. GABRIELLI, Giovanni - *Il rapporto giuridico preparatorio*. Milano, Giuffrè, 1974.

107. GALGANO, Francesco - *Diritto privato*. Padova, Cedam, 1981.

108. GAUDEMET, Jean - *Théorie générale des obligations*. Paris,

Recueil du Sirey, 1965.

109. GAZZONI, Francesco - *Equità e autonomia privada*. Milano, Giuffrè, 1970.

110. GILISSEN, John - *Introduction historique au droit*. Bruxelles, Bruylant, 1979.

111. GIFFARD, A.E. e VILLERS, Robert - *Droit romain et ancien droit français*. Paris, Dalloz, 1970.

112. GIORGI, Giorgio - *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Firenze, Fratelli Cammelli, 1925, v. 3.

113. GIRARD, P.F. - *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, Arthur Rousseau ed., 1901.

114. GIAQUINTO, Di Majo - *L'esecuzione del contratto*. Milano, Giuffrè, 1967.

115. GOMES, Orlando - *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

116. GOMES, Orlando - Promessa unilateral, opção e acordo preparatório, *in Questões de direito civil*. São Paulo, Saraiva, 1976.

117. GOMES, Orlando - *Direitos reais*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

118. GOMES, Orlando - Contrato preparatório e contrato preliminar, *in Novas questões de direito civil*. São Paulo, Saraiva, 1979.

119. GOMES, Orlando - *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador, Livraria Progresso Editora, s.d.

120. GONDIM, Regina - *Contrato preliminar*. Rio de Janeiro, Con-

121. GORLA, Gino - *La compravendita e la permuta*, Torino, UTET, 1937.

122. GORLA, Gino - Studio storico comparativo della "common law" e scienza del diritto, *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1962.

123. GORLA, Gino - *Teoria e prática da compra e venda*. Rio de Janeiro. Konfino Editor, 1960, v. 1.

124. GRÓCIO, Hugo - *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid, Editorial Reus, 1925.

125. GROSSO, Giuseppe - *Il sistema romano dei contratti*. Torino, Giappichelli, 1963.

126. GUARINO, Antonio - *Storia del diritto romano*. Napoli, Jovene, 1975.

127. GOLDSCHMIDT, James - *Derecho procesal civil*. Barcelona, Madrid, Editorial Labor, 1936.

128. GUEST, A.G. - Introductory, *in Chitty on contracts*; general principles. London, Sweet & Maxwell, 1977.

129. HANDBURY, H.G. e MAUDSLEY, R.H. - *Modern equity*. London, Stevens & Sons, 1976.

130. HEDEMANN, J.W. - *Tratado de derecho civil*; parte general. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

131. HENKE, Horst-Eberhard - *La cuestión de hecho*; el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires, EJEA, 1979.

132. JENKS, Edward - *Digeste du droit civil anglais*. Paris, LGDJ, v. 1-2, 1923.

133. JOSSERAND, Louis - *Cours de droit civil positif français*.

134. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio - *Negócio jurídico*; existência, validade e eficácia. São Paulo, Saraiva, 1974.

135. KASER, Max - *Derecho privado romano*. Madrid, Reus S.A., 1968.

136. KIRALFY, A.K.R. - *Potter's historical introduction to Englisch law*. London Sweet & Maxwell, 1958.

137. KOSCHAKER, Paul - *Europa y el derecho romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

138. KUNKEL, Wolfgang - *Historia del derecho romano*. Barcelona, Editorial Ariel, 1975.

139. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula - *Obrigações*. Rio de Janeiro, Livraria Cruz Coutinho, 1897.

140. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula *et alli* - Projecto revisto, *in Projecto do Código Civil brazileiro*, trabalhos da Commissão Especial da Camara dos Deputados, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, v. 1.

141. LARENZ, Karl - *Base del negócio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

142. LARENZ, Karl - *Derecho civil*; parte general. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

143. LARENZ, Karl - *Derecho de obligaciones*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959, v. 1-2.

144. LEITE VELHO, Bernardo Teixeira de Moraes - *Monographia juridica e pratica das execuções de sentenças em processo civil*. Rio de Janeiro, Typ. de A. Guimarães, 1885.

145. LENEL, Otto - *Essai de réconstitution de l'Edit Perpétuel*.

Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901, v. 1.

146. LENT, Friedrich - *Diritto processuale civile tedesco*.. Napoli, Morano Editore, 1962.

147. LIEBMAN, Enrico Tullio - Istituti del diritto comune del processo civile brasiliano, *in Problemi del processo civile*. Napoli, Morano Editore, s.d.

148. LIEBMAN, Enrico Tullio - *Processo de execução*. São Paulo, Saraiva, 1946.

149. LIGENTHAL, Zachariae von e CROME, Carlo - *Manuale del diritto civile francese*. Milano, Società Editrice Libraria, 1907, v. 2.

150. LIMONGI FRANÇA, R. *Direito intertemporal brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

151. LIMONGI FRANÇA, R. - *Manual de direito civil*; doutrina geral do direito objetivo, dos direitos subjetivos e doutrina especial dos direitos da personalidade. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1975, v. 1.

152. LIMONGI FRANÇA, R. - *Manual de direito civil*; doutrina geral dos direitos obrigacionais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, v. 4-I.

153. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araujo - *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. 4.

154. LOBO DA COSTA, Moacyr - *A revogação da sentença no direito lusitano*. São Paulo, 1979-1980 (separata da *Revista da Faculdade de Direito*, v. 74-75).

155. MACHADO GUIMARÃES, Luiz - *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1942, v. 4.

156. MACKELDEY, F. - *Manuel de droit romain*. Bruxelles, Societé Typographique Belge, 1846.

157. MAINZ, Charles - *Cours de droit romain*. Bruxelles-Paris, Bruylant, Cristophe & Pedone - Lauriel, 1891, v. 2.

158. MANDRIOLI, Crisanto - *L'esecuzione forzta in forma specifica*; premesse e nozioni generali. Milano, Giuffrè, 1953.

159. MANDRIOLI, Crisanto - *L'azione esecutiva*; contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo. Milano, Giuffrè, 1955.

160. MARCELLO CAETANO - *História do direito português*. Lisboa-São Paulo, Editorial Verbo, 1981.

161. MARQUES, José Frederico - *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1960, v. 5.

162. MATTIROLO, Luigi - *Tratado di diritto giudiziario civile italiano*. Roma - Firenze, Fratelli Bocca Editori, 1895, v. 3.

163. MELLO FREIRE, Paschoal José de - *Institutiones iuris civilis lusitani*. Coimbra, Ex Typis Academicis, 1853, t. 4.

164. MEIRA, Silvio - *Teixeira de Freitas-o jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1979.

165. MELÓN INFANTE, Carlos - *Codigo civil alemán*. Barcelona, Bosch, 1953.

166. MENDES DE ALMEIDA, Candido - *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopilados por mandado D'El Rey D. Philippe I*. Rio de Janeiro, Typografia do Instituto Philomático, 1870.

167. MENDONÇA LIMA, Alcides de - *Comentários ao Código de Pro-*

cesso Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 6, t. 2.

168. MESQUITA. José Ignácio Botelho de - *Da ação civil*. São Paulo Revista dos Tribunais, 1973.

169. MESSINEO, Francesco - *Il contratto in genere*. Milano, Giuffrè, 1972-1973, v. 1-2.

170. MILSOM, S.F.C. - *Historical foundations of the Common law*. London, Butterworths, 1969.

171. MICHELI, Gian Antonio - Esecuzione forzata, *in Commentario del Codigo civile*, a cura A. Scialoja e G. Branca. Bologna-Roma, Zanichelli Editore - Il Foro Italiano, 1977.

172. MIRABELLI, Giuseppe - *Dei contratti in generale*. Torino, UTET, 1980.

173. MOMMSEN, Theodor e KRÜEGER, Paul - *Corpus iuris civilis*. Berolini, Apud Weidmannos, 1911, v. 1.

174. MONIER, Raymond - *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, Montchrétien, 1954, v. 2.

175. MORAES, Silvestre Gomes de - *Tractatus de executionibus instrumentorum, & sententiarum*. Lisboa, Petrus Ferreyra, 1730, t. 2.

176. MOREIRA ALVES, José Carlos - *Direito romano*. Rio de Janeiro, Forense, 1972, v. 2.

177. MOTA PINTO, Carlos Alberto da - *Cessão da posição contratual*. Coimbra, Livraria Almedina, 1982.

178. MOURLON, Fréderic M. - *Repétitions écrites sur le Code civil*. Paris, Garnier, 1892, v. 2.

179. NASCENTES, Antenor - *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, Livraria Acadêmica - Livraria São José - Livraria Francisco Alves - Livros de Portu

gal, 1955.

180. NEVES, Celso - *Coisa julgada civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

181. NICOLETTI, Carlo - *Sul contratto preliminare*. Milano, Giuffrè, 1974.

182. NICOLÒ, Rosario - *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milano, Giuffrè, 1936.

183. NIESS, Pedro Henrique Távora - *Da sentença substitutiva da declaração de vontade*. São Paulo, Saraiva, 1982.

184. OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de - *Da compra e venda*;promessa e reserva de domínio. Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares, 1960.

185. OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de - *Do contrato*. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

186. *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*. Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1792, v. 4.

187. *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*. Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1782, v. 4.

188. OSTI, Giuseppe - Contratto, *in Novissimo digesto italiano*. Torino, UTET, 1974, v. 4.

189. OURLIAC, P. e de MALAFOSSE, J. - *Historia du droit privé*. Paris, PUF, 1969, v. 1.

190. PEREIRA e SOUZA, Joaquim José Caetano - *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Lisboa, Typographia Rollandiana, 1858.

191. PINTO DO AMARAL, Oswaldo - *Código de Processo Civil brasileiro comentado*. São Paulo, Saraiva, 1941, v. 5.

192. PLANIOL, Marcel-RIPERT, Georges e BOULANGER, Jean - *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, LGDJ, 1952, v. 2.

193. PLANIOL, Marcel-RIPERT, Georges e HAMEL, Joseph - *Traité pratique de droit civil français*. Paris, LGDJ, 1956, v. 10.

194. POLLOCK, Frederick - *Principles of contract*. London, Stevens and Sons, 1911.

195. POLLOCK, Frederick e MAITLAND, Frederick W. - *The history of English law before the time of Edward I*. Cambridge, University Press, 1923, v. 1.

196. PONTES DE MIRANDA - *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro. Pimenta de Mello & C., 1929.

197. PONTES DE MIRANDA - *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

198. PONTES DE MIRANDA - *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1949, v. 6.

199. PONTES DE MIRANDA - *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 2.

200. PONTES DE MIRANDA - *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. 10.

201. PONTES DE MIRANDA - *Tratado das ações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, v. 7.

202. PONTES DE MIRANDA - *Tratado de direito privado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974, v. 3.

203. PONTES DE MIRANDA - *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955, v. 13.

204. PONTES DE MIRANDA - *Tratado de direito privado*. Rio de Ja-

205. PONTES DE MIRANDA - *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro. Editor Borsoi, 1962, v. 39.

206. POTHIER, Robert Joseph - *Traité des obligations*. Paris. Dabo Jeune Librairie, 1825, v. 1.

207. POTHIER, Robert Joseph - Traité du contrat de louage, *in Oeuvres complètes de Pothier*. Paris, Eugène Cochard, 1830, v. 2.

208. POTHIER. Robert Joseph - Traité du contrat de vente, *in Oeuvres de Pothier*. Paris, P.J. Langlois Librairie-A.Durand, Librairie, 1844, v.2.

209. PUCHTA, G.F. von - *Corso delle istituzioni*. Napoli, Tipografia all'Insegna del Diogene, 1854, v. 2.

210. RADRUCH, Gustav - *Lo spirito del diritto inglese*. Milano, Giuffrè, 1962.

211. RASELLI, Alessandro - Le sentenze determinative e la classificazione delle sentenze, *in Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano, Giuffrè, 1975.

212. RAVAZZONI, Alberto - *La formazione del contratto*. Milano, 1973, v. 1.

213. REALE, Miguel - Cem anos de ciência do direito no Brasil, *in Horizontes do direito e da história*. São Paulo, Saraiva, 1977.

214. REYNOSO, Miguel de - *Observationes practicae in quibus multa, quae per controversiam in forensibus judicijs adduncuntur, felisi stylo pertractantur*. Coimbra, Josephus Ferreyra Typographus, 1675.

215. REZENDE FILHO, Gabriel - *Curso de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1946.

216. ROCCO, Alfredo - *La sentenza civile*; studi. Milano, Giuffrè, 1962.

217. ROCCO, Ugo - *Trattato di diritto processuale civile*. Torino, UTET, 1966, v. 4.

218. RODIÈRE, René - *La formation du contrat*. Paris, Editions A. Pedone, 1976.

219. RODRIGUES, Silvio - *Direito civil*; direito das coisas. São Paulo, Saraiva, 1980, v. 5.

220. RODRIGUES, Silvio - *Direito Civil*; dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo, Saraiva, 1980, v. 3.

221. ROPPO, Enzo - *Il contratto*. Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1977.

222. ROSENBERG, Leo - *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires, EJEA, 1955, v. 3.

223. SACCO, Rodolfo - *Il contratto*. Torino, UTET, 1975.

224. SALEILLES, Raymond - *De la déclaration de volonté*. Paris, LGDJ, 1923.

225. SALVI, Cesare (organizador) - *Categorie giuridiche e rapporti sociali*; il problema del negocio giuridico. Milano, Feltrinelli, 1978.

226. SALVIOLLI, Giuseppe - *Storia del diritto italiano*. Torino, UTET, 1921.

227. SAMPAIO FERRAZ, Jr., Tercio - *A ciência do direito*. São Paulo, Editora Atlas, 1977.

228. SAMPAIO FERRAZ Jr., Tercio - O destino do contrato, *in Revista do Advogado*. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, 1982.

229. SAN TIAGO DANTAS - *Figuras do direito*. Rio de Janeiro. José Olympio Editora, 1962.

230. SANTORO - PASSARELLI, Francesco - *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, Atlântida Editora, 1967.

231. SATTA, Salvatore - *L'esecuzione forzata*. Torino, UTET, 1952.

232. SATTA, Salvatore - *Commentario al codice di procedura civile*. Milano, Francesco Vallardi - Società Editrice Libraria, 1966, t. 3.

233. SAVIGNY, Federico Carlo di - *Storia del diritto romano nel Medio Evo*. Roma, Multigrafica Editrice, 1972, v. 2.

234. SCHULZ, Fritz - *Derecho romano clássico*. Barcelona, Bosch, 1960.

235. SCIALOJA, Vittorio - *Negócios jurídicos*. Sevilla, Imprensa Nacional de la Gavídia, 1942.

236. SCIALOJA, Vittorio - *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires, EJEA, 1954.

237. SCONAMIGLIO, Renato - *Contratti in generale*. Milano, Francesco Vallardi, 1966.

238. SCONAMIGLIO, Renato - *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli, Eugenio Jovene, 1969.

239. SERPA LOPES, Miguel Maria de - *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro - São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1957, v. 3.

240. SILVA, Manuel Gonçalves da - *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*. Lisboa, Apud Haeredes Antonii Pedrozi Galram, 1740, t. 4.

241. SILVA PEREIRA, Caio Mário da - *Instituições de direito civil*; contratos. Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 3.

242. SILVA PEREIRA, Caio Mário da - *Instituições de direito civil*; posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição. Rio de Janeiro, Forense, 1981, v.4.

243. SILVA PEREIRA, Jerônimo da - *Repertório das Ordenações do Reino*. Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1857, t. 2.

244. SOUZA DINIZ - *Código civil alemão*. Rio de Janeiro, Récord Editora, 1960.

245. SOUZA DINIZ - *Código civil suíço*. Rio de Janeiro, Récord Editora, 1961.

246. STEIN, Friedrich - *El conocimineto privado del juez*. Pamplona, Ediciones da Universidade de Navarra, 1973.

247. TAMBURRINO, Giuseppe - *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contrato*. Milano, Giuffrè, 1954.

248. TEIXEIRA, Liz - *Curso de direito civil português*. Coimbra, J. Augusto Orcel, 1856.

249. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto - *Código Civil-Esboço*. Rio de Janeiro, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, v. 3.

250. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto - *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro, B.L.Garnier, 1876.

251. TORRENTE, Andrea - *Manuale di diritto privato*. Milano,Giuffrè, 1968.

252. TORRENTE, Andrea - SCHLESINGER, Pietro - *Manuale di diritto privato*. Milano, Giuffrè, 1975.

253. TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço - *Instituições de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, B.L.Garnier, 1872, v.2.

254. TUHR, Andreas von - *Derecho civil*; teoria general del derecho civil alemán. Buenos Aires, Depalma, 1947, v. 3-4.

255. VALASCO, Alvaro - Decisionum, consultationum ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae, *in Opera omnia*, Colonia, Marci-Michaelis Bousquet & Soc., 1742, v. 1.

256. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva - *Código civil português*. Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

257. VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno - *Da execução direta da obrigação de prestar declaração de vontade*. São Paulo.Empresa Gráfica Revista dos Tribunais, 1940.

258. VENZI, Giulio - *Manuale di diritto civile italiano*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1925.

259. VIFOREANU, Pierre C. - *Contribution a l'étude du contrat dans le Projet franco italien et en droit comparé*. Paris, Edouard Duchemin, 1932.

260. VILLEY, Michel - *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris, Les Éditions Montchrétien, 1975.

261. VITERBO, Fr. Joaquim Santa Rosa de - *Elucidário das palavras, termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram*. Porto - Lisboa, Livraria Civilização, 1966, v. 2.

262. VITUCCI, Paolo - *I profili della conclusione del contratto*. Milano, Giuffrè, 1968.

263. WAHLENDORF, H.A. Schwarz-Lieberman von - *Introduction à l'étude et à l'histoire du droit anglais*.Paris, LGDJ, 1977.

264. WALKER, R.J. e WALKER, M.G. - *The English legal system*, London, Butterworths, 1972.

265. WEBER, Max - *Economia y sociedade*. México - D.F., Fondo de Cultura Económica, 1974, v. 1.

266. WEILL, Alex - *Droit civil*; droit des obligations. Paris, Dalloz, 1971.

267. WENGER, Leopold - *Istituzioni della procedura civile romana*. Milano, Giuffrè, 1938.

268. WIEACKER, Franz - *História do direito privado moderno*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

269. WIEACKER, Franz - *El princípio general de la buena fé*. Madrid, Editorial Civitas, 1977.

270. WINDSCHEID, Bernard - *Diritto delle Pandette*. Torino, UTET, 1930, v. 2.

271. WOLFF, Martin e RAISER, Ludwig - *Derecho de cosas*. Barcelona, Bosch, 1970, v. 1.

272. ZANZUCCHI, Marco Tullio - *Diritto processuale civile*; introduzione e parte generale. Milano, Giuffrè, 1964, v. 1.

L'EXECUTION DE L'AVANT-CONTRAT

Resumé

L'institution de l'avant-contrat (Vorvertrag, en allemand ; contratto preliminare, en italien ; precontra - to, en espagnol) s'est ancrée dans la doctrine brésilien - ne, qui le définit comme obligation d'un engagement née d'un premier contrat prénommé avant-contrat (contrato preliminar, en portugugais) qui laissait claire la stipulation d'un se- cond, dénommé contrat definitif (contrato definitivo, en portuguais).

D'une telle conception, on conclut le principe d'i - dentité du contenu de l'avant-contrat et de celui du contrat définitif, à tel point que la défense processuelle de la part laisée par le réfus de conclure le second contrat pourraît seulement être soutenue si l'avant-contrat contenait déjà tous les éléments (essentiels, naturels et accidentels) du contrat définitif. Récemment, un important arrêt rendu par le Supremo Tribunal Federal a révélé que dans le cadre du Pou voir Judiciaire, ce point de vue théorique a été expressément accepté (RTJ 92 : 250).

Cette thèse remet en question cette orientation traditionnelle pour être inadaptée et même incompatible avec les injonctions et les besoins de la pratique des affaires qui conditionnent actuellement la conclusion des avant-contrats.

Toutefois, ne conviendrait-il pas mieux d'affirmer que c'est la catégorie même des avant-contrats qui ne s'adapte plus aux exigences et aux impositions de la pratique et qu'il serait préférable que les sugets économiques choisissent d'autres moyens juridiques plus propices à leurs fins ?

Afin de répondre à un tel argument, le point de départ devrait être l'identification du fonctionnement socio-économique propre à l'avant-contrat (qui est en dehors de la structure même du contrat) pour, ensuite déterminer les caractéristiques marcantes de la catégorie, pouvant de ce chef conclure soit à la première affirmation - ce qui justifierait la préservation pratique de l'affaire et le l'interêt dogmatique correspondant - soit à la deuxième, ce qui par voie de conséquence désestimulerait et dispenserait toute étude plus profonde portant sur l'avant-contrat.

Au cours des recherches entreprises en vue de l'élaboration de cette thèse a prévalu la certitude que l'avant-contrat, une fois connues ses potentialités pratiques les plus spécifiques, est un instrument d'affaires dont le pouvoir d'expansion est réferé par le dogmatisme traditionnel qui lui interdit les plus expressifs domaines de l'activité.

.La preuve de cette certitude s'est démontrée au cours des essais tentant donner une nouvelle demension à la cons - truction dogmatique de l'appellation en question, au moyen de la remise prospective de ses bases, mais sans dogmatisme, de manière à laisser apparaître des dégrés diversifiés et non péremptoirs, lors de la qualification des éspeces concrè tes. Voilà l'objectif des propositions qui constituent le premier chapitre où seront démarqués trois champs distingua- bles dans le cadre de l'avant-contrat, selon que le contenu du contrat définitif est inclus suivant un dégré plus ou moins important dans celui de l'avant-contrat.

Ainsi, au terme minimum de préliminarité, la premiè re affaire de la séquence avant-contrat - contrat définitif se définit comme affaire-base, où, en principe, ne figurent que les éléments catégoriels indérogables du contrat prévu , ce qui assure l'existence et l'éfficacité de l'arrangement d'intérêts pouvant être introduits et completés par l'inter- médiaire de l'éxécution du contrat définitif.

Il y a donc dans l'avant-contrat des accords résí - duels ultérieurs dictés par les circonstances de fait et éta blis sous réserve juridique de conclusion, tendant à impo- ser l'obligation de compléter l'avant-contrat (affaire-ba- se) et le pouvoir correspondant d'en exiger le complément et la conclusion respectifs, y compris en raison des disposi tions de l'art. 639 du Code de Procédure Civile.

En outre quand il s'agira d'un dégré moyen ou maxi - mum de préliminarité, ce qui devrait donc intensifier la programmation dans l'avant-contrat du contenu du contrat définitif, il arrivera au premier de ces dégrés, une presque annulation (au sens commun du mot) de l'affaire de l'avant-contrat, à l'occasion de sa conclusion ; moins qu'une affaire, ce contrat est alors une obligation. Dans l'hypothèse du dégré moyen de préliminarité, le contenu de l'affaire du contrat définitif croît, ou autrement dit, la première cause (qui dans l'hypothèse est causa solvendi) et la cause finale de ce même contrat s'équilibrent qualitativement, puisqu ' il y a une programmation de contenu moins exhaustive pour le contrat projeté. Dans ce cas il y a aussi une augumentation de la coopération entre les parties en vue de la réalisation du contrat définitif.

Tous ces dégrés de la préliminarité contractuelle réçoivent de l'ordre juridique une protection processuelle. Au Brésil, cette protection a son point centrifuge dans le com - plexe normatif prévu aux articles 639 à 641 du Code de Procédure Civile. Bien que ces dispositions légales soient le centre de la réglementation de la tutelle processuelle de l'avant-contrat, on peut remarquer toutefois qu'elles ne l'épuisent pas.

En effet, si l'on rapproche les différents degrés de préliminarité contractuelle et la tutelle du droit processuel des contrats qui en font l'objet, on peut dire qu'à l' état maximum de programmation de l'avant-contrat quand nor-

malement le contrat définitif devient une obligation, la protection processulle exigíble pourra être exercée par l'intermediaire d'une action déclaratoire et dans ce cas pourtant on n'appliquera pas les dispositions de l'art. 639 du Code de Procédure Civile, bien que l'application des dispositions de l'art. 641 dudit code soi également admise.

Au degré moyen de préliminarité, lorsque les rapports des parties de l'affaire croissent en vue de la conclusion du contrat définitif, un jugement qui détient les formes de l'exécution, de la condamnation, de l'institution, sous-jacentes d'aillerus aux articles 639 et 641 de la loi de la procédure civile, correspondra d'ordinaire à une sollicitation de protection processuelle de l'avant-contrat.

S'il s'agit, dans une affaire concrètê, d'une préliminarité au degré minimum, c'est à dire, quand il y a l'affaire-base et le besoins de conclure un accord ou des accords résiduels ultérieurs établis sous réserve de conclusion,alors les paramètres qui à l'ordinaire conduisent la fonction juridictionnelle se modifient. Dans ce cas, il ne suffira pas, pour individualiser la procédure destinée à protéger l'avant-contrat, de la classer suivant la nomenclature des sentences civiles usuelles, mais il faudra s'en remettre au jugement determinatif qui d'ailleurs règle avec assez de rigueur l'action judiciaire qui dans le cas concret, est tenu de faire accomplir "le cas échéant" (art. 63) les accords résiduels ultérieurs, sous réserve de conclusion non suspendeu par l'effet du refus à "l'exécution de l'affaire", ce qui entraîne l'achèvement et la concluscion du contrat définitif.

Ces aspects que l'on vient d'exposer, constituent le sujet du troisiéme chapitre historique mais conservant des points de vue sur le droit comparé, s'insèrent entre l'établissement du concept et de la fonction du contrat devant être exécuté (chapitre premier) et ses modalités d'exécution (chapitre trois). Il ne s'agit pas d'une recherche isolée de l'aspect dogmatique du travail. Au contraire, la formulation même de l'art. 639 qui est une "soupape ouverte à la pratique" laisse une grande latitude à la prononciation judiciaire, et en outre, l'expérience séculaire formée en d'autres contextes juridico-culturels peut fournir à certains secteurs de l'ordre juridique national sans tradition décisive considérable (comme on l'infère de l'hippothèse normative des articles 639 641) de solides principes en vue de la bonne administration de la justice. Par ailleurs, dans ce deuxième chapitre, on a exposé les lignes évolutives de l'avant-contrat, suivant en grande partie la tradition romano-canonique dont le vieux droit portugais avait hérité et ensuite transmis au droit brésilien qui le conserva jusqu'en 1917.

Enfin, sur ce plan de l'héritage historique, l'auteur est convaincu d'avoir suscité quelque chose de nouveau, surtout par l'étude des praticiens experts en procédure de l'ancien royaume lusitanien, qui ont influencé et documenté la théorie et la pratique des avant-contrats avec sagesse et raffinement ce qui propre à la sensibilité des juristes. Malheureusement, à l'heure actuelle, cette sensibilité s'est affaiblie à cause de nombreux juristes qui au nom de l'excessive fierté technologique, ignorent et méprisent les leçons du passé, et, en quelque sorte, la valeur générique de l'his-

toricité des institutions juridiques. D'ailleurs pour mieux illustrer ce point de vue, on peut prendre comme exemple, de ce travail, la progressive autonomie de la promesse d'achat et vente qui a échapé au ressort du régime général des avant-contrats d'une façon telle que la technique des juriste peut l'expliquer, mais qu'elle ne saurait jamais justifier sans la connaissance de l'histoire.

Execução do Contrato Preliminar

(RESUMO)

A construção da categoria contrato preliminar (Vorvertrag, em alemão; avant-contrat, em francês; contratto preliminare, em italiano; precontrato, em espanhol) estabilizou-se na doutrina brasileira, que se fixou na noção de obrigação de contratar, gerada pelo primeiro contrato, dito preliminar, que deixava vinculativamente estabelecida a estipulação do segundo, chamado definitivo.

É conseqüente a tal concepção o princípio da identidade de conteúdo do contrato preliminar e do contrato definitivo, de modo que a proteção processual da parte prejudicada pelo inadimplemento da obrigação de concluir o segundo contrato somente poderia ser concedida se e quando o contrato preliminar já contivesse todos os elementos (essenciais, naturais e acidentais) do contrato definitivo. Há pouco tempo, um importante acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal revelou que também no âmbito do Poder Judiciário aquele posicionamento teórico fora expressamente recebido (RTJ 92:250).

Nesta tese, essa orientação tradicional é submetida à crítica, porque se mostra inadaptada ou mesmo incompatível com as injunções e as necessidades da prática dos negócios, que condicionam, na atualidade, a conclusão de contratos preliminares. Não seria, porém, mais justificado asseverar que é a própria categoria contrato preliminar que não mais se compadece com as exigências e imposições da prática, sen-

do, portanto, conveniente aos sujeitos econômicos a utilização de outros meios jurídicos, mais bem predispostos às suas finalidades? Para dar resposta a um argumento como este, o ponto de partida tinha de ser a identificação do funcionamento sócio-econômico próprio à contratação preliminar (que está fora da estrutura mesma do contrato), para, depois, localizar as características típicas da categoria, com possibilidade de se concluir tanto no sentido da primeira afirmativa — o que legitimaria a preservação prática do negócio e o correspondente interesse dogmático — como no sentido da segunda, com a conseqüência de se dar por não aconselhável e até mesmo dispensável qualquer estudo mais aprofundado a respeito do contrato preliminar.

No decurso das investigações que se realizaram para a confecção do trabalho prevaleceu a certeza de que o contrato preliminar, apreendidas as suas potencialidades práticas mais específicas, é um módulo negocial que vem sendo refreado em seu poder de expansão pela dogmática tradicional, que lhe amputa as mais expressivas áreas de atuação.

A prova desse convencimento se houve de demonstrar pela tentativa de redimensionar a construção dogmática do instituto, mediante a reposição prospectiva de suas bases, mas sem dogmatismo, de sorte a que se comportassem graus diversificados e não peremptórios no momento de se qualificar as espécies concretas. Foi esse o objetivo das proposições que enformam o primeiro capítulo, em que vão diferenciados três âmbitos, discerníveis no plano da contratação preliminar, na medida em que o conteúdo do contrato definitivo estiver progra-

mado em grau maior ou menor no conteúdo do contrato preliminar.

Assim, no termo mínimo de preliminaridade, o primeiro negócio da seqüência contrato preliminar-contrato definitivo se define como negócio-base, no qual, em princípio, figuram somente os elementos categoriais inderrogáveis do contrato projetado, assegurando-se, deste modo, a existência e a eficácia do regramento de interesses a ser introduzido e completado por intermédio da conclusão do contrato definitivo. Há, então, no contrato preliminar, acordos residuais ulteriores, ditados pelas circunstâncias de fato e clausulados com reserva jurídica de complementação tendente a impor um dever de complementar e concluir o contrato preliminar (negócio-base) e o correspondente poder de exigir a complementação e a conclusão respectivas, inclusive pelo iter do art. 639 do Código de Processo Civil.

Demais, quando for médio ou máximo o teor da preliminaridade, intensificando-se, portanto, a programação, pelo contrato preliminar, do conteúdo do contrato definitivo, sucederá, no primeiro desses teores, uma quase nulificação (no sentido comum da palavra) negocial do contrato preliminar na oportunidade em que deva ser concluído; menos do que negócio este contrato é então ato devido. Na hipótese de médio teor de preliminaridade, cresce o conteúdo negocial do contrato definitivo, ou, por outra, equilibram-se, qualitativamente, a causa pressuposta (que, na hipótese, é causa solvendi) e a causa final daquele mesmo contrato, porquanto há uma programação de conteúdo menos exauriente para o contrato projetado. Neste caso aumenta, outrossim, a cooperação das partes para o

fim de se concluir o contrato definitivo.

Todos esses degraus da preliminaridade contratual recebem da ordem jurídica proteção processual. No Brasil, esta proteção tem o seu ponto centrífugo no complexo normativo articulado nos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil. Percebe-se, pois, que esses dispositivos de lei, conquanto sejam o núcleo da regulamentação da tutela processual do contrato preliminar, não a esgotam todavia.

De fato, estreitando-se as conexões entre os diversos graus da preliminaridade contratual e a tutela de direito processual dos contratos que a integram, pode-se dizer que,no estádio máximo de programação do contrato preliminar, quando normalmente o contrato definitivo é ato devido, a proteção processual a ser invocada poderá ser exercitada mediante ação declaratória, não sendo, portanto, o caso de incidir e de ser aplicado o art. 639 do Código de Processo Civil, sendo porém sustentável a incidência e a aplicação do art. 641 da mesma lei.

Ao grau médio de preliminaridade, quando avulta o desempenho negocial das partes na conclusão do contrato definitivo, de ordinário corresponderá à solicitação de tutela processual do contrato preliminar uma sentença em que se acumulam as cargas de executividade, condenatoriedade e constitutividade, aliás subjacentes aos arts. 639 e 641 da lei processual civil codificada.

Ocorrendo, no negócio em concreto, preliminaridade em

grau mínimo, isto é, quando há o negócio-base e a necessidade de se completarem acordo ou acordos residuais ulteriores, postos sob reserva de complementação, alteram-se os parâmetros pelos quais de ordinário se conduz a função jurisdicional. Aqui já não basta, para individuar a providência destinada a proteger o contrato preliminar, a classificação usual das sentenças civis, sendo preciso repor em discussão a chamada sentença determinativa, que, segundo parece, qualifica com sensível rigor a atuação do órgão jurisdicente, que tem de preencher, no caso concreto, "sendo iso possível e não excluído pelo título" (art. 639), os acordos residuais ulteriores sob reserva de complementação não dissolvida em virtude da recusa à "execução negocial" consistente na complementação e conclusão do contrato definitivo.

Esses aspectos ultimamente descritos fazem a explanação constante no terceiro capítulo desta tese, encontrando-se, pois, entre o assentamento conceitual e funcional do contrato a ser executado (capítulo primeiro) e o seus modos de execução (capítulo terceiro, como se viu), um segundo capítulo, de natureza principalmente histórica, mas com momentos de direito comparado. Não se trata de uma pesquisa avulsa do conspecto dogmático do trabalho. Ao contrário, a própria formulação do art. 639, que é uma "válvula aberta para o concreto", concede uma ampla latitude para a pronúncia judicial, e a experiência secularmente sedimentada em outros contextos jurídico-culturais pode ministrar, a segmentos da ordem jurídica nacional sem tradição decisória considerável (como é o caso da hipótese normativa dos arts. 639-641), princípios seguros para a boa administração da justiça. Por outro lado, nesse segundo

capítulo, estão expostas as linhas evolutivas do contrato preliminar, ao longo de grande parte da tradição romano-canônica, que o velho direito português recebeu, transmitindo-a, depois, ao direito brasileiro, que a conservou até 1917. Neste plano da sucessão histórica, enfim, acredita o autor que levantou também alguma coisa de novo, mormente pelo estudo dos praxistas do antigo reino lusitano, que influenciaram e documentaram a teoria e a prática dos contratos preliminares com boa dose de sabedoria e respeitável refinamento de distinções, próprias à sensibilidade dos juristas, hoje lamentavelmente intumescida ao ponto de muitos deles, com soberbia tecnológica, ignorarem ou mesmo desprezarem as lições do passado e, de certo modo, a valência genérica da historicidade para as instituições jurídicas. Pode, aliás, servir como exemplo para ilustrar a força desse ponto de vista, no âmbito deste trabalho, a progressiva autonomização do compromisso de compra e venda, que saltou para fora do regime geral dos contratos preliminares de um modo que a técnica dos juristas pode explicar, mas que, sem o conhecimento histórico, jamais conseguirá justificar.