

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
Professor Emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro
e na Universidade Federal de Minas Gerais

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

Volume III

CONTRATOS

- Declaração unilateral de vontade
- Responsabilidade Civil

14ª edição

De acordo com o Código Civil de 2002

Revista e atualizada por:
Regis Fichtner



Rio de Janeiro
2010

1ª edição – 1963

14ª edição – 2010

© Copyright

Caio Mário da Silva Pereira

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

P49i Pereira, Caio Mário da Silva,
Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010.

ISBN 978-85-309-3121-6

Conteúdo. – V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil.
V. 2. Teoria geral das obrigações. – V. 3. Contratos. – V. 4. Direitos reais.
V. 5. – Direito de família. – V. 6. Direitos das sucessões.

1. Direito civil. 2. Direito Civil. – Brasil 1. Título.

CDU – 347

347 (81)

342.1

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@grupogen.com.br

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tels.: (0XX21) 3543-0770/(0XX11) 5080-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

CAPÍTULO XXXIX

CONTRATO PRELIMINAR

Sumário

198. Conceito de contrato preliminar. Generalidades. 199. Desenvolvimento da doutrina brasileira. 200. Efeitos do contrato preliminar.

Bibliografia

Amílcar de Castro, *Comentários ao Código do Processo Civil*, Ed. Revista Forense, vol. X, nº 417; Filadelfo Azevedo, “Execução Coativa da Promessa de Venda”, in *Revista de Crítica Judiciária*, vol. X, págs. 601 e segs.; Francesco Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, págs. 199 e segs.; Giovanni Carrara, *La Formazione del Contratto*, pág. 25 e segs.; Andreas Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, vol. I, nº 32, págs. 188 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. II, 1ª parte, nºs 504 e segs.; Demogue, *Obligations*, vol. II, nºs 469 e segs.; Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil*, vol. VI, nºs 144 e segs.; Renato Scognamiglio, *Contratti in Generale*, nº 33; Serpa Lopes, *Curso*, vol. III, nºs 132 e segs.; Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, “Promessa de Compra e Venda de Imóvel”, in *Revista Forense*, vol. 74, pág. 437; Colin et Capitant, *Cours*, vol. II, nºs 513 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. II, § 138; Regina Condin, *Contrato Preliminar*; Gabba, *Nuove Questioni di Diritto Civile*, vol. I, págs. 141 e segs.; Edmundo Lins, *Estudos jurídicos*, pág. 303.

198. CONCEITO DE CONTRATO PRELIMINAR. GENERALIDADES

Quando duas pessoas querem celebrar um contrato, normalmente passam por aquelas fases a que nos referimos no nº 188, *supra*: debatem os seus interesses em negociações preliminares; uma delas formula a proposta; a outra declara a sua aceitação. Não é, porém, fora dos quadros habituais que ambas acordem sobre o objeto, fixem condições, e ajustem a celebração de um contrato que é, no entanto, transferido para um momento futuro, seja em razão de impossibilidade momentânea para a sua conclusão, seja porque surjam dificuldades no preenchimento de requisitos formais, seja pela demora na obtenção de financiamento, seja simplesmente por motivos particulares de conveniência. Em tais casos, firmam um contrato, tendo em vista a celebração do outro contrato: realizam um negócio, ajustando contrato que não é o principal, porém, meramente preparatório: não é a compra e venda ou o mútuo, mas a realização futura de um outro contrato, o principal, que, este sim, será a compra e venda, ou o mútuo, ou outra espécie contratual.

Daí poder-se conceituar o contrato preliminar com *aquela por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será contrato principal*.¹

Diferencia-se o contrato preliminar do *principal* pelo objeto, que no preliminar é a obrigação de concluir o outro contrato, enquanto que o do definitivo é uma prestação substancial.²

Distingue-se, também, das *negociações preliminares*, em que estas não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro.

A figura não é nova. Já era conhecida dos romanos, não como um contrato propriamente dito, revestido das características e acompanhado dos efeitos dos contratos, porém como um pacto, que os romanistas generalizam como *pactum de contrahendo*, por indução das espécies especificamente individuadas nas fontes: *pactum de mutuando*, *pactum de comodando*, e menos relevantemente *pactum de emendo*.

1 Von Tuhr, *Obligaciones*, vol. I, pág. 188.

2 Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, pág. 207; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, vol. II, § 138.

O nosso direito anterior, pela voz dos grandes mestres (Teixeira de Freitas, Correia Telles), aludia, a seu turno, à hipótese de alguém obrigarse a vender, o que significa sem dúvida reconhecer o contrato preliminar de compra e venda.

O seu desenvolvimento, entretanto, deveu-se à velocidade do tráfico jurídico especialmente neste século, com a sua difusão por todos os sistemas, onde tem penetrado vigorosamente: *Vorvertrag*, no direito alemão; *contratto preliminare* ou *ante-contratto*, no direito italiano; *avant contrat* ou *promesse de contrat* ou *compromis*, no francês; *contracto preliminar*, no espanhol e hispano-americano. No nosso direito difundiu-se largamente, não logrando a doutrina e a legislação unidade de vistas na escolha de seu nome: pré-contrato, antecontrato, contrato preparatório, compromisso (Lei nº 58, de 1937; Lei nº 649, de 11 de março de 1949; DL nº 745, de 7 de agosto de 1969; Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979), promessa de contrato (Código de Processo Civil de 1939, art. 1.006). Com boa sorte de escritores e com o nosso Projeto de Código de Obrigações, que traz o amparo da sua Comissão revisora, preferimos a todos eles a designação *contrato preliminar*, que dá melhor mostra de seu caráter preparatório, e de sua condição de ato negocial sem foros de definitividade, denominação esta adotada no Código Civil de 2002, em seus arts. 462 a 466.

Sob certo aspecto, o contrato preliminar é uma fase particular da formação dos contratos, já que as partes, que querem os efeitos de um negócio definitivo, estipulam entretanto que certos deles se não produzirão desde logo, pela vontade das mesmas partes; afora isto, é ele um contrato comum.³ Não há razão para o contrato preliminar, senão como processo preparatório do definitivo.⁴ Mas, levando em conta que encerra o consentimento perfeito, e que as vontades das partes se fixam em torno de uma finalidade jurídica, é de reconhecer-lhe autonomia e de precisar que não constitui meramente um tempo na celebração do contrato principal, senão que traz o selo de um ato negocial completo.

Hoje tornou-se despicienda a questão que ocupou alguns escritores (Geller, Degenkolb), a saber se é admissível juridicamente a figura do contrato preliminar. A matéria é superada.⁵ Nenhum doutrinador moderno o põe em dúvida.

3 Messineo, ob. cit., pág. 199.

4 Carrara, *La Formazione del Contratti*, pág. 27.

5 Carrara, loc. cit.; Renato Scognamiglio, *Contratti in Generale*, nº 33.

Os seus requisitos não são especiais; ao revés, integram o esquema dos que se exigem para os contratos em geral: capacidade das partes, objeto lícito e possível, consentimento ou acordo de vontades. Um aspecto, entretanto, merece atenção maior. É o requisito *formal*. Os nossos tribunais vinham debatendo o tema, partindo de ângulos diversos, e tinham chegado a soluções diferentes. Ora exigiam a forma pública, ora dispensavam-na. Ora sustentavam que nenhum efeito produzia quando tinha por objeto a celebração de um contrato constitutivo ou translativo de direitos reais de valor superior à taxa legal, ora reconheciam a produção de efeitos, sob fundamento de que a sua finalidade é a prestação de um fato (*obligatio faciendi*), consubstanciada na realização do contrato principal, e, como qualquer contrato gerador de obrigações daquela natureza, não é escravo da forma. Ora distinguiam os efeitos em decorrência dela, como veremos no nº 200, *infra*. Toda essa discussão foi sepultada, no entanto, pelo disposto no art. 462 do Código Civil de 2002, que expressamente admitiu o princípio da forma livre para o contrato preliminar. Diante disso, o Código espancou a dúvida sobre ser necessária a forma pública para o contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel, optando pela sua desnecessidade.

O contrato preliminar pode ser unilateral ou bilateral.

É *unilateral* quando, perfeito pelo consentimento de ambas as partes, produz obrigações *ex uno latere*.⁶ É a esse tipo que mais importância atribui a doutrina francesa, uma vez que equipara o bilateral ao próprio contrato definitivo. Entre nós, a repercussão prática maior não vem do contrato preliminar unilateral. Este encontra na opção a sua mais freqüente incidência (nº 223, *infra*).

Para alguns, entretanto, em filiação à linha traçada pelo art. 1.331 do novo Código Civil italiano, a opção não chega a ser contrato, e não passa de uma *proposta irrevogável*. Não podemos concordar com a tese pois que ele resulta de um acordo de vontades, ao contrário da oferta que se acha à espera de que venha a aceitação. O que, por certo, perturba o bom entendimento é a confusão que ainda se faz entre o contrato preliminar (unilateral ou bilateral) e o definitivo. Dá-se a *opção* quando duas pessoas *ajustam* que uma delas tenha *preferência* para a realização de um contrato, caso se resolva a celebrá-lo. Como contrato unilateral gera obrigações para uma das partes, ao passo que a outra tem a liberdade de efetuar ou não o contrato, conforme suas conveniências. A opção pode ser a *prazo certo*,

⁶ Messineo, ob. cit., pág. 200.

e, neste caso, vencido ele, libera-se o ofertante, readquirindo a liberdade de contratar com quem quiser. Se for a *termo incerto*, poderá marcar prazo ao favorecido para que manifeste a sua preferência sob pena de perdê-la, pois não se concebe que uma pessoa fique indefinidamente obrigada a uma outra, e na dependência de sua vontade, enquanto que esta última guarda a alternativa de celebrar ou não celebrar o contrato. Muito freqüentemente a opção vem conjugada ao contrato de *corretagem*, mediante aposição a este de uma cláusula, pela qual o corretor tem a *exclusividade* de agenciar o negócio, obrigando-se o comitente a abonar-lhe a comissão ainda que o realize por intermédio de outrem ou mesmo diretamente. Nestes casos, o meio de defesa contra os abusos freqüentes de corretores menos honestos é a fixação de prazo fatal de preempção.

O contrato preliminar é *bilateral* quando gera obrigações para ambos os contratantes, ficando desde logo programado o contrato definitivo, como dever recíproco, obrigadas ambas as partes a dar-lhe seu consentimento. As posições das partes estão *equilibradas*, restando a cada uma o direito de exigir da outra o respectivo cumprimento,⁷ pena de suportar as conseqüências, tais como deduzidas no n° 200, *infra*.

É preciso acautelar-se contra a tese francesa, segundo a qual a promessa bilateral não é verdadeiramente uma promessa, mas equivale já ao contrato definitivo,⁸ o que pode ser definido naquele sistema, no qual o domínio se transmite pela convenção, ao passo que em o nosso requer a inscrição do título para os imóveis ou a tradição para os móveis. Quando naquele direito se parifica à venda a promessa de vender, afirma-se uma verdade,⁹ como reflexo daquela sistemática e como aplicação do direito vigente (art. 1.589: "*promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*"); afasta-se contudo a equípólencia nos casos em que a venda é contrato solene.¹⁰ O mesmo não se pode dizer em direito nosso, sob a inspiração de princípios que daquele diferem.

O contrato preliminar pode ter por objeto a realização de qualquer contrato definitivo, de qualquer espécie. O seu campo mais freqüente é, entretanto, o contrato preliminar de compra e venda ou promessa de compra e venda (v. n° 223, *infra*), onde também se espraia a *opção*, e onde a

7 Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, pág. 201.

8 Demogue, *Obligations*, vol. II, n° 469; De Page, *Traité*, vol. II, 1ª parte, n° 507.

9 Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. II, n° 516.

10 Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, vol. II, n° 786.

variedade das espécies provocou uma elaboração doutrinária mais opulenta e mais desenvolvida. Não se excluem os contratos reais (promessa de mutuar, por exemplo), e, nestes casos, a distinção dos contratos definitivos é completa se se atentar em que estes exigem, para sua perfeição, a *traditio* efetiva da coisa. Não se excluem, mesmo, de sua incidência os contratos *liberatórios*.¹¹

Comporta o contrato preliminar a aposição de condição e de termo.

Se este não é avençado, a parte interessada na constituição em mora terá de interpelar a outra para que o cumpra, no prazo que for fixado. Mas, se existe termo estipulado, ocorre aqui uma peculiaridade a que já nos referimos (nº 173, *supra*, vol. II): é que, via de regra, o cumprimento do contrato preliminar bilateral exige para sua execução a participação do credor (pagamento de impostos, comparecimento a cartório, assinatura de instrumento etc.). Daí a necessidade, mesmo quando há prazo ajustado, de notificação ao devedor, determinando tempo e lugar do cumprimento.

199. DESENVOLVIMENTO DA DOUTRINA BRASILEIRA

O contrato preliminar não recebera disciplina específica no Código de 1916, muito embora os nossos escritores mais reputados já aludissem ao fenômeno da promessa de contratar em nosso direito tradicional. Não obstante a ausência de regra expressa no Código de 1916, ensaiaram os nossos doutrinadores os primeiros passos na construção dogmática do contrato preliminar, a qual é igual ou superior às mais adiantadas.

Não nasceu tal doutrina como fruto de elucubrações cerebrinas, mas elevou-se em torno da promessa de compra e venda, que entre nós despertou o mais vivo interesse e teve a mais franca repercussão econômica, tanto mais que a valorização violenta dos terrenos próximos aos grandes centros urbanos provocou a indústria dos loteamentos, e a economia popular exigiu medidas severas contra a especulação e o aproveitamento.

De início, vingou a doutrina da exigência da escritura pública para a validade da promessa de compra e venda, sem a qual nenhum efeito se lhe reconhecia. Neste sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, acompanhando voto célebre de Edmundo Lins,¹² e neste sentido falava a *communis*

¹¹ Cf. Regina Gondim, *Contrato Preliminar*, pág. 17.

¹² Edmundo Lins, *Estudos Jurídicos*, pág. 303.

opinio. Contra o parecer, vozes valorosas levantaram-se, procurando solução mais compatível com a realidade e com as exigências do progresso.

Os nossos Tribunais, não obstante, mostraram-se lamentavelmente tímidos e vacilantes, receosos de abrir a estrada e de acolher a tese dos que em trabalhos de valor doutrinário autêntico demonstravam a eficácia e os préstimos dos contratos preliminares de venda.

Foi neste ponto que surgiu a teoria elaborada por Filadelfo Azevedo, no sentido destinado a ter a mais viva repercussão.¹³ Partiu de que o contrato preliminar é diverso, em sua natureza como nos seus efeitos, do principal, e, por esta razão, não sofre as restrições oriundas da forma deste. Gera obrigação de fazer, e, como tal, não está subordinado à exigência do instrumento público para ter eficácia. A regra é que a *obligatio faciendi* origina uma obrigação consistente em uma prestação de fato que deve cumprir-se especificamente, não se tornando inexecutível no caso de recusa do devedor; pois que apenas aquelas personalíssimas são insuscetíveis de realização por outrem. As que o não forem, tanto se cumprem por ato do próprio devedor, quanto pelo de um terceiro (pág. 597). Por outro lado, sustentava que o contrato preliminar já encerra a obrigação de dar o consentimento para o contrato futuro, o que, levado um pouco mais longe, significa que “na promessa se contém potencialmente a própria venda” (pág. 596). Revestindo, então, a forma particular, nem por isto deixa de ter validade, pois que sujeita o inadimplente às perdas e danos, como ocorre no descumprimento de toda obrigação de fazer. Mas, se as partes tiverem adotado a forma pública, aproxima-se ele do contrato definitivo, e dá lugar à execução perfeita e coativa, valendo a sentença como título translativo do direito, em ação intentada para “compelir a execução da obrigação de fazer suprimindo a sentença a injusta recusa do consentimento por parte do devedor” (pág. 611).

Embora alicerçada em disposições legais e arrimada a fortes autoridades, e não obstante as soluções práticas de utilidade evidente, a tese não encontrou, de pronto, franca acolhida no pretório, sob fundamento de falta de amparo no direito positivo então vigente. Isto não obstante, não restou erma de aceitação, pois que algumas decisões a prestigiaram. Teve o mérito incontestado de abrir clareira, e traçar rumos, a que a evolução do instituto passou a obedecer.

13 Filadelfo Azevedo, “Execução Coativa de Promessa de Venda”, in *Revista de Crítica Judiciária*, vol. X, págs. 593 e segs.

Com efeito, o Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, disciplinador da venda de terrenos loteados, estabeleceu no art. 16 ser lícito ao promitente-comprador, uma vez pagas todas as prestações, intimar o promitente-vendedor, que se recuse a dar-lhe escritura definitiva, para que o faça no prazo de 10 dias, e se nada opuser, ou for rejeitada sua oposição, o juiz por sentença adjudicará o terreno ao requerente. Desta sorte, atribuiu a lei efeitos amplos a este contrato preliminar, assegurando ao sujeito ativo execução direta, com que perseguir a própria coisa, se o devedor injustificadamente lhe recusar a prestação de fato a que era obrigado. Pouco depois do Decreto-lei nº 58, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, no mesmo rumo de Filadelfo Azevedo, sustentava que, se feito por escritura pública e com outorga uxória, o contrato preliminar de compra e venda comportava execução compulsória.¹⁴

Desprendendo-se da restrição contida no Decreto-lei nº 58, de 1937, o Código de Processo Civil de 1939, art. 1.006, acompanhado pelos atuais art. 461 e 466-B e art. 27 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Parcelamento do solo urbano),¹⁵ deu maior amplitude ao contrato preliminar, ao cogitar da execução das obrigações de fazer, dispondo que, se condenado o réu a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação transite em julgado. E, em particular, o seu § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil dispôs que cabe ao juiz assinar prazo ao devedor para que execute a obrigação oriunda da promessa de contratar, desde que preencha ele os requisitos do definitivo. À vista disto, a doutrina reafirmou que a promessa de contratar tem sempre validade, qualquer que seja a forma de que se revista. Seus efeitos é que variam: se não preencher todos os requisitos de validade do contrato definitivo, o descumprimento sujeita o infrator a perdas e danos; se os revestir, a sentença suprirá a falta do contrato principal, e servirá de título ao credor.¹⁶

O Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1941, marchou na mesma linha desta evolução, e no art. 94 fez uma distinção que é uma síntese

14 Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, "Promessa de Compra e Venda de Imóvel", in *Revista Forense*, vol. 74, pág. 437.

15 O Supremo Tribunal Federal estendeu o direito à adjudicação compulsória aos promitentes compradores de imóveis não loteados. Súmula 413 do STF: "O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais."

16 Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Editora Revista Forense, vol. X, nº 417, pág. 373.

do que a doutrina havia elaborado, e que o legislador estatuiu: se o contrato preliminar não revestir a forma especial prescrita para o definitivo, deve perdas e danos aquele dos contratantes que se recusar a outorgá-lo, salvo se houverem as partes estipulado arras penitenciais; se, ao revés, tiver sido adotada a mesma forma requerida para o contrato principal, a parte inadimplente estará sujeita à execução judicial, atribuindo-se à sentença, que então for proferida, o efeito de suprir a declaração de vontade do contratante que a tenha recusado.

A linha de evolução da doutrina em torno do contrato preliminar tem sido marcada por uma constante: o crescente prestígio deste negócio jurídico, e a afirmação cada vez maior de seus efeitos, até alcançar um estado compatível com o desenvolvimento do comércio jurídico. Acompanhando o legislador as marchas que a doutrina realizava, foi pouco a pouco afeiçoando a norma aos imperativos práticos.

O desenvolvimento da doutrina culminou com a entrada em vigor no Código Civil de 2002, que dedicou a Seção VIII, do Capítulo I, do Título V, ao contrato preliminar, estipulando expressamente não só a desnecessidade de forma pública, como também, conforme já autorizavam as normas processuais, a possibilidade de o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo assim caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação. À parte credora foi resguardado o direito, em caso de inadimplemento da obrigação, de considerar o contrato desfeito e solicitar perdas e danos (arts. 463 a 465).

200. EFEITOS DO CONTRATO PRELIMINAR

À vista dos princípios legais em vigor, pode-se resumir o tratamento dado ao contrato preliminar em nosso direito.

Como corolário natural do princípio consensualista entre nós vigente, não há imposição de forma para a sua validade (art. 462), bem como para a produção normal de suas conseqüências jurídicas; quer revista a forma pública ou particular, quer se apresente ou não com os demais requisitos do contrato definitivo. Quanto à exigência de registro público, a regra do parágrafo único do art. 463 traz alguma dificuldade interpretativa, pois parece à primeira vista exigir o registro para a validade do contrato preliminar. Essa não é, no entanto, a melhor interpretação desta norma. O

registro é exigido para que o contrato tenha efeitos em relação a terceiros. Entre as partes o contrato preliminar pode ser executado mesmo sem o registro prévio. O registro deve ser feito segundo a natureza do objeto. No caso de bens móveis, no Registro de Títulos e Documentos; no de bens imóveis, no Registro de Imóveis onde estiverem localizados.

A eficácia do contrato preliminar está na decorrência da apuração dos requisitos de validade dos contratos, em relação a ele em si mesmo, e não em função do contrato principal, que lhe é objeto, e cuja outorga constitui a fase de sua execução. Sendo válido, produz efeitos, que, estes sim, são variáveis.

O Código de 2002 andou bem ao dar no seu art. 464 primazia ao princípio da execução específica da obrigação de fazer contida no contrato preliminar, com o que seguiu na linha da evolução doutrinária e legislativa brasileira, já traçada pelo Código de Processo Civil. Toda solução que vise à sua obtenção espontânea ou coativa deve ser prestigiada como medida moralizadora, já que a sua obtenção conduz a valorizar o contrato. Somente quando não houver interesse do credor, ou não for possível lograr a sua outorga em razão de a natureza da obrigação a isso se opuser é que se cogita das perdas e danos (art. 464 e 465). Estas, conforme fixamos no nº 135, *supra* (vol. II), tomarão o lugar da prestação devida na obrigação de fazer. Mas não é a solução normal. A conversão da *res debita* no seu equivalente pecuniário – *o id quod interest* – é substitutiva da prestação específica que as partes ajustaram. A coisa devida é o contrato definitivo. É este que deve ser outorgado. E somente na hipótese de não ser possível ou indesejada pelo credor é que se passará ao campo da prestação pecuniária equivalente. Assim já pensavam os nossos maiores.¹⁷ E assim tem sido entendido pela doutrina: Sá Pereira, Caetano Montenegro, Pontes de Miranda, Alfredo Bernardes, Eduardo Espínola, Pereira Braga, Levi Carneiro, Lacerda de Almeida, Jorge Americano, João Luís Alves, Clóvis Beviláqua, Azevedo Marques, Cunha Gonçalves, Carlos Fulgêncio, Orosimbo Nonato, Serpa Lopes, Filadelfo Azevedo, Amílcar de Castro.

Os seus efeitos amplos, isto é, a possibilidade de obtenção do contrato definitivo, por via coativa, dependem, então, de se apurarem os seus requisitos:

17 Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 517, nota 10; Correia Teles, *Doutrina das Ações*, § 300, nota 1; Silva Pereira, *Repertório das Ordenações*, vol. I, verb. *Contrato depois de celebrado*, pág. 632, nota a.

A – O requisito *objetivo* não merece maiores atenções, pois se subordina à regra geral: é preciso que o objeto do contrato seja lícito e possível. E, como este objeto é a realização do contrato definitivo, é insuscetível de gerar conseqüências o contrato preliminar, se o contrato principal, que é a prestação dos contratantes, atentar contra a ordem pública e os bons costumes, ou ofender disposição legal, ou for materialmente irrealizável.

B – O segundo requisito, *subjetivo*, já exige maior exame. De fora parte as condições de capacidade genérica para a vida civil, pois que não podem contratar os portadores de incapacidade, requer-se ainda que os participantes tenham a aptidão para celebrar o contrato preliminar. Assim, se uma pessoa não pode validamente vender, é evidente que o contrato preliminar de compra e venda não poderá ter execução compulsória, pois que não caberá impor coativamente uma prestação para a qual o contratante é inapto. É preciso atentar em que a palavra jurisdicional irá suprir a declaração de vontade que a parte recusa fazer espontaneamente, mas não tem o condão de sanar a falta intrínseca, quando a pessoa não está habilitada a proferi-la. Se o contratante necessita da anuência ou da autorização de outrem para que proceda eficazmente, a falta de uma ou outra impede a execução específica. A ausência da outorga uxória é obstáculo a que o contrato preliminar seja coercitivamente exequível, porque o marido não poderia, mesmo voluntariamente, realizar o contrato principal, nos casos em que ela é exigível.

C – O terceiro requisito é o *formal*, que, segundo vimos, tem sido o ponto de maior atração do pensamento dos juristas entre nós, mas que foi resolvido em definitivo pela disciplina que o Código de 2002 lhe deu em seu art. 462, que não exige que o contrato preliminar seja celebrado com os mesmos requisitos formais exigidos para o contrato a ser celebrado, cuja obrigação de fazer é o seu objeto.

No estado atual do nosso direito positivo, o contrato preliminar, desacompanhado de cláusula de arrependimento, dá direito à execução compulsória. Com o título “Promessa irrevogável de venda” estudamos os efeitos de contrato preliminar de compra e venda assentando que é a inscrição no registro de imóveis que lhe dá a natureza de direito real (v. nº 366, *infra*, vol. IV).

A execução específica era prevista nos arts. 639 e 641 do Código de Processo Civil, atualmente revogados.¹⁸ O cumprimento de obrigação

18 Artigos revogados pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005.

contratual disposta em título próprio tem seu supedâneo no art. 466-B do Código de Processo Civil.¹⁹

Se faltam ao contrato preliminar os requisitos que lhe atribuem a execução específica, nem por isso é destituído de efeitos, porque a *obligatio facienda*, não podendo ser cumprida em espécie pela recusa injustificada do devedor, vai dar em conversão da prestação no seu equivalente pecuniário, sujeitando-se o contratante inadimplente ao ressarcimento das perdas e danos (art. 465).

Naquela outra hipótese, de ver-se dotada de efeitos plenos, a sentença proferida na ação intentada pelo credor é de natureza *constitutiva*, valendo como título aquisitivo do direito em vista. A sentença equivale ao próprio contrato que era a prestação ajustada no preliminar.²⁰ Esta solução, que a nossa doutrina sustenta e o nosso direito positivo consagra, é aquela que os mais renomados tratadistas preconizam, se bem que sob justificativas diferentes.²¹

Efeito, ainda, do contrato preliminar é a *transmissibilidade* dos direitos e obrigações dele originários. Em caso de morte, passam os seus efeitos aos herdeiros, tanto *passivamente* com a obrigação de os sucessores do devedor satisfazerem o compromisso do *de cuius*, quanto *ativamente* com a faculdade de reclamarem os herdeiros do credor que o devedor cumpra o prometido. Por *ato inter vivos* o contrato preliminar é cessível, a não ser que a obrigação resultante seja *personalíssima*,²² ou que esteja ajustada a intransmissibilidade. Sobre a transmissão das obrigações aos herdeiros do devedor, voltamos a falar, quando cogitamos do “objeto da sucessão *mortis causa*”, no nº 430, *infra*, vol. VI.

19 Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

20 Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, pág. 207.

21 Giuseppe Chiovenda, “Dell’Azione Nascente del Contratto Preliminare”, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1911, parte I, pág. 96; G. P. Chironi, “L’obbligazione di Dare”, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1911, parte II, pág. 633.

22 Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, vol. VI, nº 150.