



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 172-173, ago. 2016/jul. 2017

RDM 172/173

Doutrina e Atualidades:

- 1 – "Intuitu Commercium: Reflexões Sobre a Influência a Dinâmica Empresarial nos Contratos Personalíssimos" (autor: Rodrigo Rocha Feres Ragil)
- 2 – "A Falácia das Patentes na Visão Crítica de Boldrin e Levine" (autores: Leonardo Toledo da Silva e Rafael Dias Côrtes)
- 3 – "Beyond Legal Formalism in Brazil: The Law and Poverty Group Experience" (autores: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello e Raquel de Mattos Pimenta)
- 4 – "O Direito Registral Empresarial" (autor: José Engrácia Antunes)
- 5 – "El Desafío de la Normativa Concursal Italiana para Lograr la Eficacia de los Procedimientos" (autora: Stefania Pacchi)
- 6 – "Contratos Preliminares e Contratos Definitivos" (autor: Luciano Zordan Piva)
- 7 – "Os Poderes da Assembleia Geral dos Credores e o Abuso do Direito de Voto" (autor: Newton de Lucca)
- 8 – "Criação e Reforma do Novo Mercado da Bolsa de Valores: Os Limites da "Solução Alternativa"" (autora: Anna Binotto Massaro)
- 9 – "Liberdade e Intervenção em Contratos Empresariais: Reflexões à Luz de Precedente do Superior Tribunal de Justiça" (autora: Victória Baruselli Cabral de Melo)
- 10 – "Validade ou Não da Cláusula Resolutiva Expressa em Contratos Públicos pela Recuperação Judicial" (autor: Luiz Fernando Rocha Silva)
- 11 – "Investment fund voting in Brazilian public companies" (autor: Alexandre Edde Diniz de Oliveira)

ISBN 978-65-89904-76-2



9 786589 904762 >



rdm

revista de direito mercantil



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

172/173

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVI (Nova Série)
agosto 2016/julho 2017

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LVI – ns. 172/173 – ago. 2016/jul. 2017
FUNDADORES

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS
DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO,
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA,
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÉA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CERZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

JOÃO PAULO BRAUNE GUERRA.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

ALESSANDRO DA MATA VASCONCELOS, CAMILA

BOVOLATO RODRIGUES, CAROLINA CAPANI,

GIULIA FERRIGNO POLI IDE ALVES, GUSTAVO CANHISARES MAZUCA,

ISABELLA PETROF, JOÃO PEDRO SIMINI RAMOS PEREIRA,

JULIA BORGES ENDLER, KAREN MAYUMI CARVALHO

TAHYRA, KAWAN HERCULINO TOSTES,

LARA BEGNAME DE CASTRO, LUCA AKIRA MOUTINHO

FUJISAKA, MARIA CLARA CARVALHO DE SENA,

MATEUS BERNARDES DOS SANTOS, MATHEUS CHEBLI,

PEDRO HENRIQUE MANFRINI, RODOLFO PAVANELLI MENEZES,

RODRIGO FIALHO BORGES, SERGIO COELHO DE AZEVEDO

JUNIOR, SOFIA DALLA DÉA BARONE,

VICTÓRIA DIAZ DA SILVA, VIRGÍLIO MAFFINI GOMES.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da

Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho,

CEP 30664790

Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos

Daniel Carvalho

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Alexandre Edde Diniz de Oliveira, Anna Binotto Massaro, Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, José Engrácia Antunes, Leonardo Toledo da Silva, Lillian Manoela Monteiro Cintra de Mello, Luciano Zordan Piva, Luiz Fernando Rocha Silva, Newton de Lucca, Raquel de Mattos Pimenta, Rafael Dias Côrtes, Rodrigo Rocha Feres Ragil, Stefania Pacchi, Victória Baruselli Cabral de Melo

ISBN: 978-65-89904-76-2

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



COLABORADORES

ALEXANDRE EDDE DINIZ DE OLIVEIRA

Candidato a Graduação em Direito (*Doctor of Law*), Harvard Law School. Bacharel em Direito, Universidade de São Paulo.

ANNA BINOTTO MASSARO

Doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela USP. Foi intercambista do *Yale Latin American Linkages Program*, assistente de pesquisa do Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito/SP, integrando, na mesma instituição, a equipe de pesquisa do Grupo de Estudos da Relação entre Estado e Empresa Privada (GRP).

CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA

Professor Doutor de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do *PGLaw*. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D.). Doutor e bacharel pela USP. Foi professor visitante na *Yale Law School* e na *Wharton Business School* da *University of Pennsylvania*. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela *New York State Bar Association*. Membro Vice-Presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão *Fulbright* do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Professor de Direito Comercial, Mestre em Direito (Universidade Católica Portuguesa, 1989) e Doutor em Direito (*European University Institute*). Estagiário da Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 1987), investigador e assistente do EUI (Florença, 1988), bolseiro do INIC (Lisboa, 1986-1989). Professor convidado e/ou visitante em diversas universidades estrangeiras (Bona, Tóquio, Londres, Connecticut, Fontainebleau, Madrid, São Paulo, Caracas, Aarhus, Frankfurt, Luxemburgo, Viena, Brasília). Membro da Sociedade Científica da Universidade Católica. Membro do *European Company*

Law Group. Colaborador do Banco de Portugal (1997) e da Comissão Europeia (2011). Autor de monografias, artigos e estudos de reforma legislativa no domínio da Filosofia de Direito, Direito Comercial, Direito das Sociedades, Direito Bancário, Direito do Mercado de Capitais, Direito dos Contratos Comerciais, Direito da Concorrência, e Direito Cambiário, publicados em editoras portuguesas, brasileiras, espanholas, francesas, alemãs, italianas, argentinas, holandesas e norte-americanas.

LEONARDO TOLEDO DA SILVA

Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (2001), mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2006), e Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2015). É professor, advogado e árbitro, autor de obras em matérias relacionadas a Direito da Construção e Direito Societário. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDIC.

LILIAN MANOELA MONTEIRO CINTRA DE MELLO

Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em direito pela mesma instituição, com período de mobilidade internacional no *Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences-Po)*. Foi Pesquisadora Visitante do *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito de Harvard, coordenadora do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da USP, professora contratada das disciplinas de Direito Internacional Econômico e Aspectos Jurídicos das Relações Internacionais do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU e assistente da disciplina Comércio Internacional e Concorrência da Universidade de Brasília – UNB. Assessora de Ministro do STF.

LUCIANO ZORDAN PIVA

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pesquisador do NEF – Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências. Fez intercâmbio acadêmico na *Lund University*, na Suécia, onde estudou disciplinas de Direito e Economia. Foi *Visiting Scholar* na *University of Illinois College of Law at Urbana-Champaign*, onde desenvolveu pesquisa com o

Professor Aviram Amitai na área de Direito Societário e Fusões e Aquisições. Foi aluno da disciplina de *Bankruptcy* ministrada pelo Professor Charles J. Tabb.

LUIZ FERNANDO ROCHA SILVA

Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos com Pós-graduação em andamento em Direito e Gestão Jurídica pelo Ibmec.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Professor Titular pela Faculdade de Direito da USP, onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNINOVE. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região. Membro da Academia Paulista de Magistrados, da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do *Instituto Latino-Americano de Derecho Privado*.

RAQUEL DE MATTOS PIMENTA

Professora e pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito/SP. Integrante do Núcleo Teorias e Fronteiras do Direito e Desenvolvimento na mesma instituição. Doutora e Mestre em Direito Econômico e Economia Política na Faculdade de Direito da USP. Foi bolsista *Fulbright* e Pesquisadora Visitante na *Yale Law School* e Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown. Foi pesquisadora de Pós-Doutorado *Global Fellow* na FGV Direito/SP). Teve bolsa de pesquisa de Mestrado e Iniciação Científica concedida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP. Graduada pela FD-USP. Intercâmbio de Graduação no *Institut d'Études Politiques em Paris (Sciences Po)*.

RAFAEL DIAS CÔRTEZ

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. MBA em Gestão Corporativa pela Estação Business School. Especialista em Direito Processual Civil, com ênfase na Administração Pública, pelo Instituto

de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil - PR. Sócio de Hauer, Côrtes - Advogados.

RODRIGO ROCHA FERES RAGIL

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com intercâmbio acadêmico na *Université de Versailles* (França). Gerente Jurídico da *Avenue Code* (avenecode.com).

STEFANIA PACCHI

Professora Catedrática de Direito Comercial do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Curso de Formação Avançada em Direito da Falência da Universidade de Siena. Presidente do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro do Conselho Diretivo da Escola de Especialização para as Profissões Jurídicas da Universidade de Siena. Membro do Conselho Acadêmico do Doutorado em Instituições e Direito Econômico da Universidade de Siena. Membro fundadora e membro do comitê científico do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro Correspondente Estrangeiro do Instituto Empresarial da Academia de Direito e Ciências Sociais de Córdoba/Argentina. Fundadora e Presidente da *Association for Insolvency Studies of Tuscany* (ASCo. T.). Faz parte da redação das revistas: *Direito Comercial*, *Revista do Direito Comercial* e *Falência e Direito Comercial Societário*. Em 2008 foi selecionada pelo INDECOPI (Instituto Nacional de Processos de Falências e Propriedade Industrial do Peru) e pelo Banco Mundial para ministrar um curso de palestras em Lima sobre os aspectos críticos do direito falimentar peruano. Em 2010 foi chamada como docente no curso de especialização em direito da insolvência da Universidade Católica Javeriana de Cali (Colômbia). Docente do Mestrado em “La Insolvencia empresarial”, da Universidade *San Pablo* CEU de Madri. Inscrita no Registro Especial de Advogados do Tribunal de Florença. Palestrante em conferências na Itália e no exterior.

VICTÓRIA BARUSELLI CABRAL DE MELO

Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial (*Master 2 Droit des Affaires*) pela *Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*. Bacharela em Direito pela USP. Formada em Direito (*Licence en Droit*) pela *Université de Lyon*, no âmbito do programa *Partenariats Internationaux Triangulaires d'Enseignement Supérieur* – PITES. Realizou curso de verão na *Shanghai Jiao Tong University*. Realizou intercâmbio acadêmico na *Université Paris 2 Panthéon Assas*. Foi bolsista de iniciação científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC.

SUMÁRIO

INTUITU COMMERCIIUM REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DA DINÂMICA EMPRESARIAL NOS CONTRATOS PERSONALÍSSIMOS.....	17
<i>Rodrigo Rocha Feres Ragil</i>	
A FALÁCIA DAS PATENTES NA VISÃO CRÍTICA DE BOLDRIN E LEVINE..	47
<i>Leonardo Toledo da Silva; Rafael Dias Côrtes</i>	
BEYOND LEGAL FORMALISM IN BRAZIL: THE LAW & POVERTY GROUP EXPERIENCE.....	77
<i>Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa; Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello; Raquel de Mattos Pimenta</i>	
O DIREITO REGISTRAL EMPRESARIAL	101
<i>José Engrácia Antunes</i>	
EL DESAFÍO DE LA NORMATIVA CONCURSAL ITALIANA PARA LOGRAR LA EFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS	165
<i>Stefania Pacchi</i>	
CONTRATOS PRELIMINARES E CONTRATOS DEFINITIVOS.....	187
<i>Luciano Zordan Piva</i>	
OS PODERES DA ASSEMBLEIA GERAL DOS CREDORES E O ABUSO DO DIREITO DE VOTO	233
<i>Newton De Lucca</i>	
CRIAÇÃO E REFORMA DO NOVO MERCADO DA BOLSA DE VALORES: OS LIMITES DA “SOLUÇÃO ALTERNATIVA”	257
<i>Anna Binotto Massaro</i>	

LIBERDADE E INTERVENÇÃO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS: REFLEXÕES
À LUZ DE PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA293

Victória Baruselli Cabral de Melo

VALIDADE OU NÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS
PÚBLICOS PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....311

Luíz Fernando Rocha Silva

INVESTMENT FUND VOTING IN BRAZILIAN PUBLIC COMPANIES: AN
EMPIRICAL ANALYSIS341

Alexandre Edde Diniz de Oliveira

CONTRATOS PRELIMINARES E CONTRATOS DEFINITIVOS

PRELIMINARY AGREEMENTS AND CONTRACTS

Luciano Zordan Piva

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar o contrato preliminar do art. 462, do Código Civil, a fim de compreender sua utilidade e distingui-lo de instrumentos similares, existentes especialmente no âmbito do período das tratativas até a formação do contrato principal. Para cumprir com esse objetivo, busca-se a origem do contrato preliminar, com base no desenvolvimento histórico do instituto. Em seguida, diante da sua intensa utilidade prática, analisa-se a função social típica do contrato preliminar referido pelo legislador no art. 462, do Código Civil, sendo realizadas distinções com outros instrumentos comuns no período de formação de contratos definitivos e do contrato principal.

Palavras-chave: Direito Contratual. Contratos Preliminares. Função Social dos Contratos. Período pré-contratual. Tratativas. Contratos Definitivos. Contrato Principal.

Abstract

This paper aims to analyze the preliminary contract of the article 462, of the Brazilian Civil Code, in order to understand its utility and to distinguish it from similar juristic acts, especially in the scope of the negotiation period until the process of the formation of the main contract. In order to accomplish this objective, we traced back the origins of the preliminary contract, in the basis of its historical development. Afterwards, regarding its intense negotiation practice, it is analyzed the typical social function of the preliminary contract that the civil legislator stated in the article 462, of the Civil Code, dealing with its distinctions from other similar juristic acts in the formation of definitive or main contracts' process.

Keywords: Contract Law. Preliminary Contracts. Social Function of Contracts. Pre-contractual period. Definitive Contracts. Main Contract.

“Molto spesso, già la scelta del tipo negoziale non è altro che ricerca del mezzo adatto a ridurre l’entità del rischio da sopportare.” (...) “Ancora più spesso, l’eliminazione di un rischio si opera al momento di determinare il contenuto del contratto.” BESSONE, Mario. *Adempimento e Rischio Contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969, pp. 02 e 03.

INTRODUÇÃO

O estudo do contrato preliminar e a busca por critérios para distingui-lo de figuras afins e do contrato definitivo leva a reflexões sobre o processo de formação dos contratos. Isso ocorre principalmente por três motivos.

A uma, porque o contrato preliminar, como sua própria denominação²²⁰ revela, é *contrato* e, portanto, negócio jurídico bilateral que pode representar um dos últimos resultados da fase das tratativas para a formação do negócio projetado – o contrato “definitivo”. A duas, porque a circunstância de o contrato preliminar poder estar presente *em todos os contratos*, mas, igualmente, poder *não* estar presente na

220 A denominação do contrato preliminar é questão controvertida na doutrina. Segundo Cristiano Zanetti, “[N]a doutrina foram propostas diversas denominações para qualificar a figura como ‘promessa de contratar’, ‘pré-contrato’ e ‘contrato-promessa’. O termo *pactum de contrahendo*, empregado durante o *ius commune*, foi criticado na Alemanha, por ser pesado e impreciso. Como alternativa, HEINRICH THÖL qualificou a figura como pré-contrato, termo seguido de perto no direito francês como *avant-contrat*. Em Portugal, ‘contrato-promessa’. A expressão ‘contrato preliminar’, também adotada na Itália, tem prevalecido por indicar de maneira mais precisa o propósito do negócio jurídico. O intérprete mais apressado poderia supor que a promessa de contratar e pré-contrato são figuras destituídas de eficácia, por precederem a conclusão de um contrato. Não lhe seria igualmente claro o sentido do chamado contrato-promessa, por ser redundante, pois todo contrato encerra uma promessa. Contrato preliminar evidencia a tensão característica dessa categoria de negócio jurídico: diferir a celebração do contrato definitivo, cuja conclusão, todavia, resta pactuada desde logo.” In: ZANETTI, Cristiano de Souza. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 88. No mesmo sentido, optou-se por utilizar a denominação *contrato preliminar*, e ainda, tendo em vista essa ser a denominação utilizada pelo Código Civil brasileiro.

formação de um contrato²²¹, demonstra que essa figura pode ser considerada como um *incidente* na perfectibilização de um contrato.

Por fim, pois o estudo dessa matéria à luz do processo de formação dos contratos possibilita a discussão sobre a própria qualificação do instituto, no sentido de saber se há apenas um contrato preliminar ou diversas *espécies* de “pré-contratos”²²².

Em outras palavras, objetiva-se perquirir se o contrato preliminar regulado pelo art. 462, do Código Civil, confunde-se ou não com outras “espécies” de contratos preliminares. Essa possível confusão decorre do uso, na prática negocial, de contratos preliminares que, embora assim denominados, encerram obrigações específicas, *accessórias* para o negócio projetado²²³, revelando-se como contratos definitivos *anteriores à formação do contrato principal*²²⁴.

221 “Il lavoro preparatorio non è necessario. Esso manca infatti nel caso comunissimo, che da una delle parti sia presentata all’altra una proposta completa e che dall’altra parte sia accettata questa proposta”. CARRARA, Giovanni. *La Formazione dei Contratti*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1915, p. 02.

222 Como veremos ao longo do texto, há autores que consideram a possibilidade de existirem diferentes espécies de contratos preliminares: “A viabilidade dessa execução dependerá da espécie de contrato preliminar, incluindo as cláusulas que houverem sido estipuladas pelas partes e, na hipótese de previsão de iter integrativo subsequente à conclusão do contrato preliminar, o comportamento sucessivo das partes e de seu eventual acordo quanto aos pontos em aberto.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica*. In: *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

223 Como exemplo, os *non-disclosure agreements (NDA)*, contratos comuns na prática comercial que geralmente precedem contratos de compra e venda de empresas.

224 Optou-se pela denominação *contrato principal* em detrimento da nomenclatura consagrada na doutrina *contrato definitivo*, para referir-se ao negócio projetado pelas partes (e.g., na formação do negócio projetado pelas partes de uma compra e venda de quotas, o contrato de compra e venda das quotas é o *contrato principal*, enquanto eventual acordo de confidencialidade é um *contrato definitivo*, e o *memorando de entendimentos* elaborado pelas partes pode ser um *contrato preliminar*, se contiver os elementos para tanto). Isso ocorre, como se verá ao longo do texto, devido à definitividade que alguns contratos preliminares podem ter, sendo *contratos definitivos*, preliminares à formação do contrato principal, no sentido das obrigações que criam ou modificam não dependerem de qualquer ato posterior. Em contrapartida, embora esses contratos sejam definitivos, são preparatórios para o *contrato principal*, que resulta no instrumento jurídico celebrado entre as partes para formalizar o negócio projetado. Nesse sentido, já em 1958, Regina Dias identificava a possibilidade de confusão das expressões: “As partes nem sempre regulam seus interesses,

Diante dessas reflexões introdutórias, este artigo tem como objetivo primordial traçar *distinções* no âmbito do período pré-contratual²²⁵ e para a formação do contrato definitivo. Isso porque, grande parte das questões que envolvem o contrato preliminar tem origem relacionada aos problemas na sua definição, especialmente com relação à distinção para acordos realizados no período das tratativas e, igualmente, com relação aos seus efeitos para a formação do contrato definitivo.

As questões relacionadas ao contrato preliminar e ao definitivo podem ser divididas em três pontos: (i) a definição sobre o que é o contrato preliminar; (ii) a distinção desse contrato para os acordos existentes no período das tratativas; e (iii) a distinção e a relação entre os efeitos do contrato preliminar para o contrato definitivo, com especial ênfase aos problemas relacionados à possibilidade ou não de execução do preliminar e sua influência acerca da interpretação do contrato definitivo.

Essa divisão justifica-se e é orientada pela compreensão do contrato preliminar nos planos normativo, dogmático e pragmático. *Normativo*, pois a definição tem ponto de partida nos artigos 462 e seguintes, do Código Civil, mas neles não se encerra, tendo em vista que a *doutrina* (plano dogmático) conforma e dá sentido aos dispositivos mencionados.

O viés *pragmático* aborda e estuda o instituto na perspectiva da prática negocial, sendo objetivo deste artigo, portanto, descrever

mediante um contrato, de modo imediato e definitivo. Além dos entendimentos que ordinariamente o antecedem, é possível que assumam o compromisso da realização de um futuro contrato definitivo ou principal.” *Contrato preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958, p. 09.

225 Giovanni Carrara identifica no *periodi precontrattuali* que as tratativas são a denominação do *lavorio preparatorio* antecedente à proposta e à aceitação, elementos formativos do contrato. Nas palavras do autor, “[L]a proposta e l’acettazione, che sono gli elementi formativi del contratto, possono essere precedute da discussioni, da scambi d’idee fra le parti, da accordi parziali, da impegni preliminari. Questo lavoro preparatorio può aver luogo e può non aver luogo; esso può essere più o meno ampio e può svolgersi più o meno rapidamente; ciò dipende dalla importanza dell’oggetto in discussione e dall’ambiente i cui si discute.”. Op. cit., p. 01.

os problemas práticos²²⁶ que envolvem o contrato preliminar, especialmente quando inseridos em negócios jurídicos complexos²²⁷, isto é, contratos coligados ou mistos²²⁸, como os contratos de compra e venda de empresas, em que há negócios jurídicos com pretensões mistas.

De acordo com a separação acima proposta, a primeira parte deste artigo destina-se a identificar e definir o contrato preliminar no processo de formação contratual. Para isso, a fim de contextualizar o objeto de pesquisa, faz-se necessário discorrer sobre as suas origens, bem como sobre o desenvolvimento do instituto na legislação.

Além da finalidade de contextualização, essa primeira parte tem como objetivo identificar a *função* do contrato preliminar. Isso porque, tendo em mente a função do instituto²²⁹, clarifica-se o caminho para a

226 Tullio Ascarelli demonstra a necessidade de considerar a prática contratual para qualificar um instituto: “Não é somente necessário, ao lado da lei, considerar a jurisprudência e a doutrina; cumpre atender também à prática contratual. As diversas leis levam em conta determinadas praxes contratuais; assim, o alcance das leis será diferente, consoante fôr diversa a prática contratual seguida e, com muita frequência, conforme a diferente reação da prática contratual perante a lei; seja a primeira, seja a segunda, devem ser levadas em conta. [...] Às vezes, a prática comercial cria cláusulas de estilo que passam a constituir a base da disciplina jurídica de determinados contratos. Há, na prática contratual, às vezes a tendência de levar em conta diversidade do objeto (elaborando, por exemplo, cláusulas contratuais diferentes para a venda de gêneros agrícolas e para a de produtos minerais; para o algodão, a sêda, a lã, o café e outros) e enquadrar os objetos de cada grupo diverso em esquemas diferentes que, aliás, tem, muitas vezes, alcance internacional”. ASCARELLI, Tullio. *Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, pp. 07 e 08.

227 Baseado em PONTES DE MIRANDA, Francisco Marino estabelece a distinção entre negócio jurídico simples e complexo: “O critério mais usual para julgar a simplicidade (‘unitariedade’) ou complexidade negocial é aquele pelo qual se diz *complexo* o negócio jurídico em que são complexos ou o sujeito, ou o objeto ou a manifestação de vontade (cit. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*, tomo III, p. 174). In: MARINO, Francisco P. de C. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

228 MARINO, Francisco. *Op. cit.*, p. 111: “O contrato misto é definido, de modo quase anônimo na doutrina atual, como o *contrato em que se combinam elementos próprios de tipos contratuais diversos*”. “O contrato complexo pode sê-lo do ponto de vista *subjetivo* (ao menos uma das partes é subjetivamente complexa), *volitivo* (ao menos uma das partes realiza diversas manifestações de vontade) ou *objetivo* (ao menos uma das partes realiza diversas prestações, ou as prestações das partes correspondem a tipos contratuais distintos)”. Idem, *ibidem*.

229 A visão funcionalista, nesse particular, refere-se à obra de BRANCO, Gerson. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*: “A função social é uma

melhor defini-lo e distingui-lo tanto das figuras presentes na fase de tratativas, quanto dos contratos definitivo e principal.

A segunda parte do artigo tem como proposição refletir sobre os efeitos do contrato preliminar no *plano da eficácia*²³⁰. Essa análise justifica-se por dois motivos: a uma, a doutrina dedica boa parte dos seus estudos sobre contrato preliminar relacionando-o com o plano da eficácia, especialmente quanto aos fatores de eficácia²³¹ para a execução do contrato preliminar²³²; a duas, justifica-se para analisar

das dimensões do contrato, portanto a função é elemento e não mero limite externo do contrato”, p. 306. São Paulo: Saraiva, 2009. Valendo-se do sentido *funcionalista* para a pesquisa, referimo-nos aos autores LOPUCKI, Lynn.; TRIANTIS, George. A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies. In: *Harvard International Law Journal*, vol. 35, n. 2, Spring, 1994: “Thus, in the perspective of systems analysis, the system under consideration is regarded as goal-seeking and composed of subsystems. The method of analysis is to observe how subsystems function and how they contribute to the achievement of the system’s overall purpose.”, p. 271.

230 De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, o plano da eficácia diz respeito à “*eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria* ou *típica* [do negócio jurídico], isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

231 AZEVEDO apresenta uma classificação tripartida de espécies de fatores de eficácia: “a) *os fatores de atribuição da eficácia em geral*, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; b) *os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; c) *os fatores de atribuição de eficácia mais extensa*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate o seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*.”. *Op. cit.*, p. 57.

232 Nesse sentido, o tema é abordado por: TOMASETTI JR., Alcides. Execução do Contrato Preliminar. Tese, São Paulo, USP, 1982; ZANETTI, Cristiano. *Op. cit.*, p. 134 e ss.; AZEVEDO, Antônio Junqueira. (Parecer) Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 250-269. FERNANDES, Wanderley. Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. (Comentário do RE 88.716-RJ - “Caso Disco”). *Revista de Direito Mercantil*, n. 80, out.-dez./1990, pp. 76 - 132. MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, p. 39-55, 1994. POPP, Carlyle. Contrato preliminar e tutela específica: requisitos para sua efetividade, in Renan Lotufo; Giovanni Nanni; Fernando Martins (coord), *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões*

criticamente se a doutrina, ao vincular o estudo do plano da eficácia à execução específica do contrato preliminar, não incorre em um *problema lógico*, dada a distinção entre eficácia ser diferente de *possibilidade de eficácia*.

Em outras palavras, cumpre verificar se, diante das disposições gerais do Código Civil para a Teoria Geral dos Contratos, como o art. 421 e seguintes, não seria mais adequado *separar* a análise da eficácia do contrato preliminar de sua execução específica, que é matéria relacionada ao plano da efetividade processual²³³, a fim de dar prevalência para a *função* do contrato regulado no Código Civil.

Diante desses aspectos introdutórios, parte-se para a primeira parte do trabalho, em que são analisados a origem e o desenvolvimento do contrato preliminar, com vistas a compreender a sua *função* e utilidade para a prática negocial.

1. O CONTRATO PRELIMINAR NO PROCESSO CONTRATUAL

O exame do contrato preliminar no direito brasileiro prescinde da noção de que a formação do contrato corresponde a um *processo*²³⁴.

sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 308 – 353. ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988, p. 661 e ss.

233 Sobre essa distinção, com especial atenção para o compromisso de compra e venda, v. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Alterações no regime da execução das obrigações decorrentes do Compromisso de Compra e Venda. In: JOBIM, Marco F. e outros. (Org.). *Tempestividade e Efetividade Processual: novos rumos do Processo Civil brasileiro*. 1a ed. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2010, v. 1, pp. 246 – 260: “Embora ditadas ao longo de oito décadas, as leis que regulamentaram o compromisso de compra e venda estão alinhadas sob o ponto de vista principiológico, pois a socialidade e a funcionalidade foram uma marca comum que pode ser vista tanto no Decreto-lei 58/37 como nas reformas processuais das duas últimas décadas para facilitar a execução das obrigações de fazer.”, p. 248.

234 De acordo com Luis Renato Ferreira da Silva, “[A] ideia do contrato como processo permite vislumbrar-se a trama contratual como uma série de atos das partes (negociações preliminares, proposta, aceitação e etc.) que se sucedem num prazo de tempo (maior ou menor conforme se trate de um contrato de execução imediata ou diferida) objetivando um fim (o adimplemento das obrigações contratuais). Ação, tempo e fim são os elementos que caracterizam um processo. No contrato tudo isso ocorre e, conseqüentemente, pode-se falar em processo contratual”. SILVA, Luis Renato Ferreira da. Prefácio. In: VICENZI, Marcelo. *Interpretação do Contrato*. São Paulo: RT,

Isso porque, se considerarmos singelamente que o contrato se forma a partir da proposta e aceitação²³⁵, todos os elementos necessários para a existência da proposta e da aceitação fazem parte de um todo, que se move na direção de um fim: a vinculação contratual.

Ocorre que, nesse movimento em direção à vinculação obrigacional oriunda do contrato, podem existir *etapas* que precedem a formação do contrato principal. A essas etapas, a qual o contrato preliminar pertence, chamaremos de *incidentes*.

Para entender a razão pela qual esse incidente foi positivado no Código Civil entre os artigos 462 e 466, é necessário antes descrever e analisar a origem do instituto e o seu desenvolvimento no direito brasileiro. Assim, pretende-se compreender a sua *função* e sua *utilidade* para, então, distingui-lo de figuras afins.

I. A) ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E CONCEITO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

O tema do contrato preliminar suscita dúvidas tanto como categoria jurídica, quanto da sua aplicação na prática negocial, razões que justificam o seu estudo. Nesse sentido, conforme ressaltado na Introdução, a opção de iniciar pelo estudo histórico do instituto importa na medida em que se busca compreender, ao final, a *função* do contrato preliminar²³⁶.

2011, p. 07. A doutrina italiana indica que, “[A] rigore, il fenomeno della formazione del contratto *ex intervallo* in senso *tecnico* consiste nella formazione non-istantanea del contratto (v. *Diritto privato: Teoria generale*, sez. III). Nel caso ora considerato, la formazione progressiva ha un’accezione diversa, in quanto va riferita *al* contratto *definitivo*, rispetto al quale, il contratto *preliminare* ha funzione *strumentale*, ma si forma (o è suscettibile di formarsi), anche in maniera normale, ossia *istantaneamente*”. *Enciclopedia del Diritto*, t. X (Contratto – Cor). Itália: Giuffrè Editore, 1962, p. 167.

235 Veja-se o art. 427, do Código Civil: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

236 A ideia de perquirir a função contratual tem, além das fontes já citadas, raízes na seguinte lição de Fábio Konder Comparato: “Curando-se de uma das mais nefastas sequelas do positivismo, a dogmática jurídica atual adota e desenvolve, sempre mais, a par de uma análise estrutural dos institutos, a sua compreensão funcional. Quer isso

No Direito brasileiro, há muitos anos, legislação, jurisprudência e doutrina disciplinam, aplicam e analisam esse instituto, que desponta como categoria indispensável para os negócios, especialmente no âmbito do Direito Empresarial²³⁷, em que muitos contratos são complexos ou mistos. Isso explica a razão pela qual, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como em outros que inspiraram o legislador pátrio, a origem do contrato preliminar tenha precedentes justamente devido à sua utilidade prática do que devido à criatividade do legislador²³⁸.

Tendo em vista a relevância histórica do processo legislativo para a compreensão da *função* e *utilidade* do instituto, seguir-se-á no caminho de perquirir a evolução legislativa desse instituto, para

dizer que os juristas hodiernos vão, aos poucos, se convencendo de que não basta, para entender e classificar um instituto, decompô-lo em seus elementos fundamentais; importa, também e sobretudo, verificar para que ele serve na vida social”. A cessão de controle acionário é negócio mercantil? In: *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 332.

237 Corroborando essa ideia, Juliana Pitelli da Guia afirma que o contrato preliminar “[É] um contrato utilizado com frequência nos negócios de venda e compra, em especial em operações complexas, como a alienação de participações societárias de uma companhia”. O contrato preliminar e a análise econômica do direito. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 143, jul./set. 2006, p. 244. No mesmo sentido, TEIXEIRA, Tarcisio. Contrato preliminar empresarial. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 101, jan./dez. 2006, p. 712/713: “A finalidade e a utilização do contrato preliminar não se restringem ao setor imobiliário. Muito pelo contrário, estende-se por todas as relações contratuais. Mas é, sem sobra de dúvida, no âmbito empresarial que está a grande variedade da utilização do contrato preliminar (pois a vida das empresas nada mais é do que a constante celebração de contratos), por exemplo, na esfera do Direito Societário, nos casos de fusão, incorporação e cisão de sociedades, na opção de compra de ações e cessão de controle acionário, no trespassse de estabelecimento empresarial, entre outros casos.”.

238 No Direito italiano, a origem do contrato preliminar decorre da sua utilidade prática, conforme Francesco Messineo: “Il contratto preliminare non è il frutto dell’escogitazione dei giuristi. Esso trae origine dalla prassi, stimolata ad evitare o a differire, certi risultati, in vista di esigenze varie, anche di natura tributaria”. *Enciclopedia del Diritto*, t. X (Contratto – Cor). Itália: Giuffrè Editore, p. 169. Com base em Fábio K. Comparato, Livia de Lenz Moraes apresenta a mesma ideia: “O contrato preliminar, assim como o documento preliminar, surgiu da prática negocial”. In: MORAES, Livia Lenz de. *Os efeitos jurídicos das cartas de intenções e memorandos de entendimentos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2016, p. 38.

verificar se a hipótese de que o legislador consolidou o contrato preliminar ocorreu devido à sua tipificação social²³⁹.

Nesse sentido, de acordo com Pontes de Miranda, a origem legislativa do art. 1.088, do Código Civil de 1916, primeira fonte legislativa do contrato preliminar no Direito brasileiro, tem raízes nos artigos 1.930 e 1.931, do *Esboço*, de Teixeira de Freitas²⁴⁰. Como veremos a seguir, da leitura desse diploma, percebe-se a regulação em verdade de dois contratos distintos.

De um lado, estava regulado um contrato através do qual as partes se obrigariam a fazer algo, como, por exemplo, *fazer* uma escritura pública²⁴¹. De outro lado, referido diploma previa aquilo que conhecemos hoje por *contrato definitivo*²⁴², cujo cumprimento levaria, seguindo o exemplo proposto por Cristiano Zanetti²⁴³, à transferência da propriedade imóvel.

Desde logo, vê-se a relevância dessa distinção proposta por Teixeira de Freitas, na medida em que fica claro a existência, ainda

239 A noção de tipificação social apresentada neste trabalho remonta às ideias de Emilio Betti, em especial à sua obra *Teoria geral do negócio jurídico*, em que o exame do negócio leva à um “interesse social objetivo e socialmente verificável”, a que o seu conteúdo deve corresponder. Vol. I, p. 333.

240 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*, tomo XIII (Direito das Coisas). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 43.

241 “Art. 1930. 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 têm obrigado a fazer escritura pública (arts. 1839 e 1904), se os instrumentos particulares tiverem sido judicialmente reconhecidos ou verificados (art. 745 e 750 a 758). Procede essa distinção quando os instrumentos particulares forem minutas ou apontamentos do contrato, ou cartas missivas, contanto que estejam assinadas.”. Freitas, Augusto Teixeira de. *Esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1952.

242 “Art. 1929: Devem ser feitos por escritura pública, pena de nulidade: 1º. Todos os contratos, a não ser feitos em hasta pública, que tiverem por fim transferir domínios 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”. *Ibidem*.

243 A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma. São Paulo: Quartier Latin, 2013 p. 104.

que não expressa, de um contrato *preliminar*, cuja obrigação principal seria de *fazer*, e outro contrato que denominamos de *principal*, consubstanciando-se no contrato que satisfaz efetivamente o negócio projetado pelas partes.

Como se nota da leitura do art. 1.930, o *Esboço* previa inclusive a conversão legal do contrato definitivo formalmente viciado. Entretanto, referido diploma não admitia que as obrigações de fazer pudessem ser executadas de forma específica²⁴⁴, afastando-se da disciplina atual do contrato preliminar, como veremos adiante.

Dessa forma, o objeto do acordo vinculante tão somente passaria a ser uma obrigação de fazer, por exemplo, elaborar uma escritura, e não mais uma obrigação de dar, como a transferência da propriedade imóvel²⁴⁵, característica apenas do contrato *definitivo* ou *principal*.

Embora com as ressalvas acima identificadas, o grande mérito do *Esboço* foi, além de introduzir a disciplina legal do contrato preliminar, influenciar a redação do artigo 1.088, do Código Civil de 1916²⁴⁶, como explica Pontes de Miranda.

A doutrina ressalta que, apesar de o artigo 1.088, do antigo Código, não fazer referência expressa a respeito do contrato preliminar, o dispositivo assegurava o direito de, antes de assinado o instrumento público, qualquer das partes poder arrepender-se²⁴⁷. Nota-se, portanto, que um dos possíveis efeitos dos documentos preliminares já estava presente, possibilitando às partes diferir no tempo a conclusão do contrato principal.

A leitura do texto do art. 1.088 e a consequência da sua aplicação prática, contudo, acarretaram diversos problemas sociais que se

244 *Ibidem*, p. 105.

245 TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do Contrato Preliminar*. Tese, São Paulo, USP, 1982, p. 207.

246 “Art. 1.088. Quando o instrumento público for exigido como prova 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. 1.095 a 1.097.” BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10.01.2017.

247 COSTA, Giuseppe da. Origem e evolução dos contratos preliminares. *Revista de Direito Civil*, n. 42/21, out./dez. 1987, p. 119.

originaram da aplicação oportunista desse instituto, com especial relevância nos casos de vendas de terrenos a prestação. Isso porque, a regra do art. 1.088, do CC/16, facultava o arrependimento, deixando aqueles que não eram proprietários, ou não tinham condições de comprar um imóvel à vista, na mão dos especuladores, que recebiam as parcelas do preço e depois se negavam a transmitir o imóvel²⁴⁸.

Assim, o referido dispositivo do Código Civil de 1916, ao facultar o arrependimento dos especuladores com a mera devolução do que havia sido pago, impedia a reparação integral daqueles que tinham sido lesados, agravando ainda mais a situação socioeconômica pela qual o país atravessava²⁴⁹. Além do problema social, o art. 1.088 acarretava um problema jurídico, pois o exercício de arrependimento pelo comprador não era ilícito, “mas exercício de um direito potestativo de escolha numa espécie de ‘obrigação com faculdade de substituição’, ou ‘obrigações com faculdade alternativa’²⁵⁰, o que acabava descolando o Direito da realidade, pois as situações de injustiça eram, de certa forma, respaldadas pela legislação.

Foi nesse contexto de dissonância entre a realidade e o texto da lei, que o governo de Getúlio Vargas, em 1937, editou o Decreto-Lei n. 58, dispondo sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações²⁵¹. A grande relevância dessa legislação foi, através do

248 BRANCO, Gerson. Alterações no regime da execução das obrigações decorrentes do Compromisso de Compra e Venda. In: JOBIM, Marco F. e outros. (Org.). *Tempestividade e Efetividade Processual: novos rumos do Processo Civil brasileiro*. 1a ed. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2010, v. 1, p. 251.

249 Cristiano Zanetti sintetiza bem o problema: “Não raro, os proprietários preferiam exercer o direito de se desligar do contrato para lucrar com a valorização das terras cuja alienação fora prometida. Isso porque, os imóveis chegavam a valer 10, 20 vezes mais do que o montante contratado. Por conta da inflação, a restituição das parcelas pagas, devida pela extinção da relação contratual, certamente não compensava o adquirente. Restava frustrado o sonho de muitos brasileiros que economizaram para adquirir a sua morada. ZANETTI, Cristiano de Souza. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 115.

250 *Ibidem*, p. 252.

251 Vale conferir o *considerando* do Decreto-Lei 58/37, que retrata bem a intenção da legislação diante da grave situação social do país: “Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações; Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das

seu art. 15, facultar aos “compromissários o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço”, “exigir a outorga da escritura de compra e venda”²⁵².

Com essa redação, aliada ao art. 22, do Decreto n. 3.079, de 1938²⁵³, legislação que posteriormente veio a regulamentar o Decreto-Lei n. 58, o ordenamento jurídico passou a conferir eficácia a situações as quais, sob a égide do art. 1.088, do CC/16, ficavam limitadas²⁵⁴. Particularmente nesse momento, o compromisso de compra e venda registrado passou a ter a mesma relevância – ou por vezes até maior – que o próprio contrato de compra e venda, razão pela qual o estudo do desenvolvimento do contrato preliminar tal como hoje é regulado no art. 462, do Código Civil, teve caminhos distintos²⁵⁵.

partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda; Considerando que esse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras; Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos; Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores;”.

252 Art. 15. Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

253 Art. 22 As escrituras de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, serão averbadas à margem das respectivas transcrições aquisitivas, para os efeitos desta lei, compreendidas nesta disposição as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral.

254 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*, tomos III e XIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 45.

255 Como ressalta Cristiano Zanetti, “[O] compromisso de compra e venda registrado constitui uma espécie do gênero compra e venda e não do contrato preliminar de compra e venda. Sua força é, inclusive, superior à da própria compra e venda, pois confere ao adquirente o direito à adjudicação compulsória, sem limitar à eficácia meramente obrigacional. Logo, o chamado compromisso de compra e venda tenha antiquado a promessa sinalagmática de caráter preliminar no direito brasileiro.”, *Op. cit.*, p. 117. No mesmo sentido, o Professor Gerson Branco, elaborando a distinção e conceituando o contrato preliminar do art. 462, do CC: “O contrato preliminar de que tratam os arts. 462 a 466, do Código Civil, não diz respeito ao compromisso de compra e venda. O contrato preliminar é um ‘tipo contratual’ em que as obrigações das partes são de celebrar um contrato, no futuro, uma promessa de contrato. Trata-se de um contrato pelo qual as partes se obrigam a celebrar um contrato que irá regulamentar

Por outro lado, o caminho seguido pelo contrato preliminar “original”, isto é, aquele não relacionado ao compromisso de compra e venda e que pode existir antes de qualquer contrato, teve forte influência no Direito italiano. Da leitura do artigo 1.351, do *Codice Civile*, percebe-se que o art. 462, do Código Civil brasileiro, tem grandes semelhanças; contudo, o que mais chama atenção nos textos são as diferenças entre os dispositivos, *in verbis*:

Art. 1351 – Contratto preliminare

Il contratto preliminare è nullo (1421 e seguenti), se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo (2932).

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

As semelhanças são claras, na medida em que a existência do contrato preliminar é possível, especialmente no período das tratativas, como ressalta a doutrina italiana²⁵⁶. Todavia, uma diferença crucial entre os dois artigos diz respeito à *forma*: enquanto no Direito brasileiro a validade do contrato não está sujeita à observância da mesma forma exigida para o contrato definitivo, no Direito italiano, o art. 1351 é expresso ao determinar como requisito de validade do contrato preliminar a forma prescrita para o contrato definitivo.

Por essa razão, decisões sobre contratos preliminares prolatadas pelos tribunais italianos acabam divergindo consideravelmente das decisões judiciais dos tribunais brasileiros. Exemplo disso ocorreu quando a *Corte de Cassazione* decidiu que a venda *verbal* de um bem

determinada relação econômica. Por isso chama-se preliminar, pré-contrato ou contrato-promessa, já que o preceito que disciplinará o relacionamento das partes e que definirá o que cada um deverá fazer, dar ou não fazer, dependendo de uma nova declaração volitiva.” In: Alterações no regime...*Op. cit.*, p. 250.

256 “Il contratto preliminare, pur inserendosi nella fase delle trattative, si stacca da esse in quanto è un contratto in sé perfetto, anche se svolge una funzione preparatoria per il contratto definitivo.”. *Enciclopedia del Diritto*, t. X (Contratto – Cor). Itália: Giuffrè Editore, p. 1962.

imóvel não poderia ser qualificada como contrato preliminar, “não obstante fosse inequívoca a intenção das partes de estabelecer um vínculo jurídico, no que foi totalmente apoiada pela doutrina”²⁵⁷.

No Brasil, decisões envolvendo “pré-contratos” ajustados de forma verbal são encontradas, na sua maioria, reconhecendo a validade dessa forma de pactuação dos contratos preliminares, quando presentes os elementos de existência do negócio jurídico projetado²⁵⁸.

257 ZANETTI, Cristiano de Souza. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 125.

258 AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PRÉ-CONTRATO VERBAL DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INTERVENIENTE QUE FIGUROU COMO PRETENSO VENDEDOR COM O PROPÓSITO DE VIABILIZAR A OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO PELO AUTOR JUNTO AO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO (PROGRAMA NACIONAL DE CRÉDITO FUNDIÁRIO). Admitindo o próprio autor que o negócio verbal teria sido ajustado entre ele e terceiro, Ari Meller Chrischon, tendo o réu sido procurado para assinar a Declaração de Intenção de Venda apenas como forma de encaminhar a documentação necessário ao financiamento, já que o vendedor haveria de ter o imóvel registrado em seu nome há mais de dois anos, não há como atribuir ao interveniente a responsabilidade por danos decorrente de dito pré-contrato verbal. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Recurso Cível Nº 71001331743, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 18/10/2007). Ação de cobrança. Comissão de corretagem. 1. Invalidez e ineficácia do contrato de promessa de compra e venda de imóvel celebrado por instrumento particular. Inocorrência. Desnecessidade de escritura pública para a referida avença. Observância às disposições do artigo 462 do Código Civil, que estabelece liberdade de forma para os contratos preliminares. Inexigência de escritura pública, independente do valor das obrigações ajustadas para o futuro, mesmo em sede compra e venda (art. 108 do CC). 2. As partes pactuaram expressamente, no contrato, que o pagamento da corretagem seria obrigação daquele que desse causa a rescisão do contrato. Ausência de violação ao direito de informação do consumidor. 3. Alegação que foram os vendedores do imóvel que desistiram do negócio. Apelante que não produziu prova de tal fato, deixando deste modo de cumprir o ônus probatório previsto no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil. 4. Apelante que, após a assinatura da promessa de compra e venda, permaneceu inadimplente e deixou de pagar o preço na forma avençada. Causa de rescisão contratual, a qual deu causa. Hipótese em que a finalidade da corretagem foi atingida, pois os corretores praticaram todos os atos que lhes incumbiam, aproximando as partes, as quais levadas a celebrar o negócio. Precedentes do TJSP e STJ. Recurso não provido. (34a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 0000579-61.2013.8.26.0011. Relator: Kenarik Boujikian. Julgado em 28/09/2016). Todavia, há decisões que não reconhecem o contrato preliminar verbal quando esse não tem os elementos mínimos para a sua existência, como no julgado a seguir do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Embora as testemunhas ouvidas nos autos tenham admitido que a Ré Cargill, na pessoa de seu preposto, o Réu Osvaldo, tivesse manifestado interesse na compra das sacas de soja, não é possível que este Tribunal admita a existência de um contrato verbal

Nesse sentido, portanto, o artigo 462, do Código Civil, que inaugura a seção relativa ao contrato preliminar acabou por prestigiar a disparidade de forma, seguindo a linha do Direito português, em que o *contrato-promessa*²⁵⁹, com previsão expressa nos artigos 410 a 413, do Código Civil português²⁶⁰, estabelece que “[À] convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, *exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa.*” (grifamos).

De forma conclusiva, portanto, levando em consideração o art. 462, e os artigos seguintes da Seção VIII, que inaugura o tema no Código Civil brasileiro, podemos conceituar o contrato preliminar como o contrato mediante o qual as partes se obrigam a concluir, no

legítimo ensejador de tutela jurisdicional quanto aos efeitos negativos de seu alegado descumprimento, considerado o montante do negócio e também diante da ausência de qualquer especificação acerca de preço e forma de pagamento, elementos essenciais à efetiva caracterização de realização do negócio de venda e compra. (TJSP. Apelação Cível n. 0002348-94.2010.8.26.0210. Relator: João Pazine Neto; Comarca: Guaiará; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/09/2013; Data de registro: 25/09/2013).

259 Sobre o *contrato-promessa*, v. PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 1999. E com as atualizações do Sistema português: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. 8a ed. Rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2004.

260 “Artigo 410.º (Regime aplicável) 1 - À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa. 2 - Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral. 3 - No caso de promessa respeitante à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, o documento referido no número anterior deve conter o reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pela entidade que realiza aquele reconhecimento, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção; contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte.”

futuro, um outro contrato, a que se dá o nome de contrato definitivo ou principal²⁶¹.

O objeto do contrato preliminar, portanto, é a celebração do contrato principal, cuja assinatura fica diferida no tempo. Esse diferimento, como veremos a seguir, é uma das principais *utilidades* do contrato preliminar, que, por conta disso, acaba não produzindo efeitos substanciais, pois limita-se a criar uma obrigação de fazer²⁶².

Diante do seu conceito, a hipótese de que o contrato preliminar foi garantido pelo legislador por conta da tipificação social do instituto pode ser defendida com segurança. O legislador, ao consolidar o contrato preliminar como um instituto do Direito Privado, levou em consideração os interesses sociais objetivos e socialmente verificáveis, tal como o diferimento da produção dos efeitos jurídicos do contrato principal, controlando-o mediante o conteúdo do negócio²⁶³.

Compreendida a evolução histórica-legislativa do contrato preliminar no Direito brasileiro, analisaremos a *utilidade* desse instituto, ressaltando sua função e suas relações com a Teoria Geral dos Contratos, em especial com o princípio da autonomia privada.

I. B) EXISTÊNCIA, FUNÇÃO E UTILIDADE DO CONTRATO PRELIMINAR DO ART. 462, DO CÓDIGO CIVIL.

Conforme visto no tópico anterior, a origem do contrato preliminar, desde o *Esboço* até o Código Civil de 2002, segue uma

261 Com base na célebre lição de ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, Milão: Giuffrè, 2001, p. 651. A doutrina brasileira segue, na sua grande maioria, essa lição: “Contrato preliminar é a convenção pela qual as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde um contrato definitivo que não pode ser celebrado no momento ou que não convenha ser celebrado”. BUENO, Sérgio de Godoy. Contrato preliminar. *Revista de Direito Mercantil*, n. 37, jan.-mar/1980, p. 71. V. também, GUIA, Juliana Pitelli da. O contrato preliminar e a análise econômica do direito. *Revista de Direito Mercantil*, v. 45, n. 143, p. 243-254, jul./set., 2006, p. 244.

262 BUENO, Sérgio de Godoy. Contrato preliminar. *Revista de Direito Mercantil*, n. 37, jan.-mar/1980, p. 71.

263 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

evolução legislativa que teve como principal traço distintivo a possibilidade de as partes diferirem, em um contrato, a produção dos efeitos jurídicos da operação econômica²⁶⁴.

Essa característica de *diferimento* do contrato preliminar pode decorrer de diversos aspectos, como a impossibilidade material ou jurídica de estipular o contrato definitivo, ou quando as partes ainda não têm intenção, ou não lhes é conveniente, estipular o contrato definitivo²⁶⁵.

É por essa principal característica do contrato preliminar que a sua utilização tem sido cada vez maior no âmbito do Direito empresarial. A razão disso está que, nessa área, é muito mais comum que as partes não realizem *instantaneamente* o negócio, se comparado às relações de consumo ou puramente civis²⁶⁶, por exemplo.

Nas relações de Direito empresarial, a apresentação pelas partes de propostas e contrapropostas, o desenvolvimento de tratativas sobre cada detalhe do contrato a ser realizado, como a apuração do preço, por exemplo, todas essas e outras circunstâncias, podem fazer – e geralmente fazem – com que as partes optem por diferir a celebração do contrato definitivo²⁶⁷, sem querer perder um *contato jurídico*²⁶⁸.

264 De acordo com Cristiano Zanetti, as partes têm a possibilidade de “diferir os efeitos jurídicos da operação econômica que justifica a pactuação, *sem, entretanto, sujeita-la exclusivamente à boa vontade, senso ético ou honestidade alheia.*”. ZANETTI, Cristiano de Souza. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013., p. 88 (grifamos).

265 DE NOVA, Giorgio. *Contratti di impresa*. In: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Annali IV, 1958-2004, p. 169.

266 Interessante é a percepção francesa do processo contratual, em que o caminho “correto” para a formação do contrato definitivo, em todas as áreas, parece ser a precedência de um contrato preliminar, conforme demonstrado por SCHMIDT-szalewski, Joanna. La période précontractuelle en droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 2, 1990, p. 563: “Le plus sûr moyen de favoriser la conclusion du contrat définitif consiste à fixer, dans un contrat préparatoire, le consentement au contrat futur envisagé. Selon que l’une des parties ou toutes les parties donnent leur consentement au contrat définitif, il s’agit soit d’une promesse unilatérale de contrat, soit d’une promesse synallagmatique.”

267 BUENO, Sérgio de Godoy. Contrato preliminar. *Revista de Direito Mercantil*, n. 37, jan.-mar/1980, p. 72.

268 De acordo com Judith Martins-Costa, a noção jurídica de “contato social” tem raízes sociológicas na obra de Leopold von Wiese, in *System des allgemeinen Soziologie*,

Assim, uma vez que as partes necessitam de um *elemento de segurança* para a conclusão do negócio pretendido²⁶⁹, não tendo que depender apenas da honestidade e boa vontade de cada uma delas, o contrato preliminar apresenta grande utilidade prática. Ademais, as circunstâncias concretas podem atuar sobre as partes, levando-as a achar conveniente aos seus interesses a vinculação através de contrato preliminar, sendo este, portanto, verdadeira expressão do princípio da liberdade contratual²⁷⁰.

Considerando o contrato preliminar uma expressão desse importante princípio para a Teoria Geral dos Contratos, a celebração desses instrumentos revela um *reforço no princípio da autonomia privada*²⁷¹, pois as partes asseguram querer realizar o negócio projetado. Contudo, a não concretização imediata do contrato definitivo decorre de insuficiências momentâneas, como não dispor de todas as condições ou de não estarem presentes todas as circunstâncias para que ele seja concretizado.

Berlim, 1933. Nas suas palavras: “Sua transposição para a Ciência Jurídica liga-se, originalmente, às tentativas de acomodação dogmática da responsabilidade prénegocial (*culpa in contrahendo*), e, de modo geral, à busca de explicações para o fenômeno da vinculação obrigacional quando não proveniente de declarações de vontade.”. A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015., p. 240.

269 BUENO, Sérgio de Godoy. Contrato preliminar. *Revista de Direito Mercantil*, n. 37, jan.-mar/1980, p. 72.

270 Cf. FERNANDES, Wanderley. Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. (Comentário do RE 88.716-RJ - “Caso Disco”). *Revista de Direito Mercantil*, n. 80, out.-dez./1990, p. 124. O conceito de “liberdade contratual” adotado neste trabalho remonta às ideias de Emilio Betti, tal como o Professor Gerson Branco explica: “Para Betti, a liberdade contratual é necessária para a organização da vida econômica, para a circulação de bens e riquezas e fundamentalmente para a ‘cooperação’ necessária para a vida em sociedade”. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

271 Segundo AMARAL NETO, a autonomia privada, por sua “formação histórico-filosófica, problematiza as relações entre a vontade e a norma, levando a concepções doutrinárias diversas, conforme se polarize sobre a primeira, de natureza subjetiva, em que se dá proeminência aos interesses do agente, ou sobre a segunda, em que se visam os interesses gerais da comunidade, realçados pelo caráter objetivo da declaração normativa.”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, abr.-jun/1989, p. 210.

Portanto, o fundamento teleológico do contrato preliminar disciplinado no art. 462 e seguintes do Código Civil tem forte vinculação com o seu papel sistemático, que é de ser um *reforço no princípio da autonomia privada*. Em outras palavras, ao recepcionar o ato de autonomia²⁷² no qual as partes determinam uma obrigação, seja unilateral ou bilateral, de fazer outro contrato, o Direito brasileiro qualifica esse negócio jurídico como um *contrato preliminar*, caso contenha os elementos essenciais para a existência do contrato definitivo, conforme veremos a seguir.

Por conta dessa previsão no ordenamento, entende-se porque a maioria das discussões a respeito dos contratos preliminares ocorrem no âmbito dos negócios jurídicos complexos, como em contratos de compra e venda de empresas²⁷³, em que diversos documentos preliminares e contratos são celebrados, na maioria das vezes, precedentes ao contrato definitivo. Todavia, como veremos na segunda parte deste trabalho com mais detalhe, nem todos os documentos preliminares ou contratos precedentes ao principal podem ser qualificados como contratos preliminares.

Em outras palavras, o fato de o contrato ter sido elaborado anteriormente ao contrato definitivo ou principal, não quer dizer que o instrumento celebrado seja um contrato preliminar, não pelo menos nos termos do art. 462 e seguintes do Código Civil.

A título de exemplo, um *non-disclosure agreement* (NDA) é, na grande maioria dos casos envolvendo contratos de compra e venda de empresas, o primeiro instrumento a ser feito entre as partes, pois

272 A noção de que o direito recepciona o ato de autonomia, resultando em negócio jurídico tem como base o pensamento de Emilio Betti, in *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, vol. I, p. 370.

273 COMPARATO, Fábio Konder. *A cessão de controle acionário é negócio mercantil? Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. No mesmo sentido, GODOY, *op. cit.*: “O campo de aplicação do contrato preliminar é vasto. Em que pese a sua grande difusão na compra e venda de imóveis, na incorporação de prédios em condomínio, na venda de lotes e execução de loteamentos, esse tipo de contrato torna-se cada vez mais frequente em negócios relativos à venda de participações acionárias, na constituição e dissolução de sociedades, na cessão de fundo do comércio, nos negócios relativos à propriedade industrial e nos acordos de acionistas, dentre outros.”. P. 72.

tem como objetivo salvaguardar os interesses e segredos relevantes das empresas, assegurando a possibilidade de avançar no período das tratativas sem correr maiores riscos. Todavia, não é por serem antecedentes no tempo ao contrato principal que os *NDA's* se revestem das características de um contrato preliminar²⁷⁴.

Para auxiliar nas distinções a serem realizadas na próxima parte, é fundamental compreender antes quais são os *elementos categoriais inderrogáveis*²⁷⁵ que, se presentes, confirmam a existência do contrato preliminar. Nesse sentido, é de suma importância debruçar-se sobre estudos que examinam o tema, como o trabalho de Alcides Tomasetti Jr.²⁷⁶, e as obras de Antonio Junqueira de Azevedo²⁷⁷ e Cristiano Zanetti²⁷⁸.

A obra *Execução do Contrato Preliminar*, do Professor Alcides Tomasetti Jr. foi pioneira porque, de forma consistente e fundamentada, buscou identificar quais são os elementos necessários para a existência do contrato preliminar. Conforme visto acima, uma vez que a característica própria do contrato preliminar é a de introduzir, paulatinamente, o regramento de interesses das partes, a ser concluída por meio da celebração do contrato definitivo²⁷⁹, Tomasetti Jr. identificou que o contrato preliminar deve conter pelo menos os elementos categoriais inderrogáveis do contrato definitivo²⁸⁰. Isso

274 Evidente que a maior dificuldade em termos de qualificação do instrumento vai se dar nos casos em que boa parte do contrato de compra e venda da empresa estiver regulada, como nos memorandos de entendimentos (MoU's).

275 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38: "Os primeiros são *inderrogáveis*, no sentido de que, se derogados, já não teremos aquele negócio (...)"

276 TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do Contrato Preliminar*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

277 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 250-269.

278 ZANETTI, Cristiano de Souza. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

279 *Ibidem*, p. 124.

280 TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do Contrato Preliminar*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 34.

significa dizer que a existência do contrato preliminar a um negócio de compra e venda, por exemplo, deve conter ao menos a *coisa* e o *preço*, elementos categoriais inderrogáveis do tipo contratual compra e venda.

Em parecer sobre o tema²⁸¹, já sob a vigência do Código Civil de 2002, Antonio Junqueira de Azevedo apresentou conclusão semelhante à de Tomasetti Jr. Ao analisar um instrumento particular preliminar a um negócio de compra e venda de quotas de uma Cervejaria, Junqueira de Azevedo delimitou os parâmetros para a existência de um contrato preliminar com base no Art. 462, do Código Civil:

“De acordo com essa norma, o contrato preliminar será existente, válido e eficaz, desde que apresente os ‘requisitos essenciais’ do tipo contratual definitivo. (...) Os **elementos essenciais** são aqueles necessários à existência de um determinado tipo negocial (e, portanto, não podem ser afastados pelas partes); os **elementos naturais** são os que, embora não necessários à configuração típica do negócio jurídico, advém da própria natureza do negócio (podendo ou não ser afastados pelas partes, caso estejam previstos em normas jurídicas dispositivas ou cogentes); os **elementos acidentais** são aqueles que existem em um determinado negócio jurídico *in concreto*, sem que o tipo negocial os exija e sem derivarem de sua própria natureza. A expressão ‘requisitos essenciais’ do art. 462 corresponde **aos elementos essenciais e às exigências legais sobre eles** (os requisitos propriamente)²⁸². (realces no original).

281 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 250-269.

282 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., pp. 257.

Como é possível depreender da leitura do trecho acima destacado, a despeito da inadequação terminológica no termo empregado pela doutrina para designar os pressupostos aos quais a validade do negócio jurídico está condicionada ('requisitos' ao invés de 'elementos')²⁸³, o artigo 462, do CC/02, é expresso em exigir, para a existência do contrato preliminar, a presença de todos os elementos necessários à existência do negócio definitivo. Essa característica deve ser ressaltada: elementos *essenciais* necessários à *existência* do negócio definitivo, não todos os elementos *de existência* do negócio definitivo²⁸⁴, tais como os elementos naturais e os acidentais (elementos categoriais derogáveis), conforme visto da definição de Junqueira de Azevedo.

Portanto, elementos particulares, tais como "o termo final da eficácia do contrato preliminar, o prazo para prestar informações e fornecer documentos necessários à elucidação dos contratantes, ou o momento em que deverá ter lugar a complementação ou conclusão do contrato definitivo"²⁸⁵, não afetam o reconhecimento e, conseqüentemente, a qualificação do instrumento particular em questão como um contrato preliminar.

Logo, para fins de qualificação do contrato preliminar, o critério temporal revela-se inútil. Isso porque, além de existirem minutas preliminares não vinculativas precedentes ao contrato preliminar, existem contratos *definitivos* preparatórios ao negócio projetado. Em ambos os casos (minutas e contratos definitivos preparatórios), os instrumentos podem não possuir - e geralmente não possuem - os elementos essenciais necessários do negócio definitivo (elementos categoriais inderrogáveis), não podendo ser, portanto, qualificados como contratos preliminares.

Por outro lado, o contrato preliminar do art. 462 tem por objeto a celebração futura de um contrato, o principal. Para acrescentar

283 ZANETTI, Cristiano de Souza. A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 125.

284 Idem, *loc. cit.*

285 ZANETTI, Cristiano de Souza. A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 126.

uma resposta à pergunta de Darcy Bessone, que, de forma retórica, questiona qual seria a *utilidade* do contrato preliminar²⁸⁶, sua utilidade está ligada à função econômico e social do instituto, que é servir de instrumento de segurança ou de antecipação de efeitos de diferentes tipos contratuais²⁸⁷.

Além de conferir segurança para as partes durante o processo de formação de uma relação contratual definitiva, o contrato preliminar serve como reforço no princípio da autonomia privada, sendo o primeiro passo, num processo de formação não instantânea do contrato, para exercer a sua liberdade contratual, perdendo-a²⁸⁸.

A partir dessas considerações, a segunda parte do artigo tem, no seu primeiro tópico, o objetivo de diferenciar o contrato preliminar previsto no art. 462, do CC/02, dos contratos definitivos preparatórios, das minutas, *NDA's* e de outros instrumentos comuns no âmbito do período das tratativas.

Nesse sentido, a *ratio* do próximo capítulo está imersa no caldo filosófico da *perspectiva pragmática*²⁸⁹, isto é, de enfrentar os problemas oriundos da utilização do contrato preliminar²⁹⁰. Isso porque, a falta da qualificação adequada para os instrumentos redigidos pelas partes ou oriundos do patrimônio intelectual acumulado pelos advogados²⁹¹

286 BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 68.

287 FERNDANDES, Wanderley. O processo de formação do contrato op. cit., 284.

288 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*. As cláusulas contratuais gerais e o problema da liberdade contratual. Almedina: Coimbra, 2003, ps. 21 e ss..

289 Sobre a filosofia pragmática, v. POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1993.

290 “O grande comparatista italiano Rodolfo Sacco escreveu há alguns anos que, ‘no nosso tempo, enunciar um problema e não saber resolvê-lo era uma vergonha. As novas gerações, refratárias às categorias do certo e do seguro, consideram uma glória indicar o problema, e não a solução’. SACCO, Rodolfo. “Metodo del diritto civile e scontri generazionali”, in *La Civiltà Italiana Dagli Anni '50 ad Oggi tra Crisi Dogmatica e Riforme Legislative*, Padova, CEDAM, 1991, p. 1.004. *Apud*: SALAMA, Bruno. *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 33.

291 No verbete *Contratti di impresa*, da Enciclopedia del Diritto, Giorgio De Nova afirma que nenhum advogado comercialista escreve cláusulas do zero, dizendo que aquilo que não está regulado no contrato vai ser regulado na lei. Hoje em dia, os advogados fazem emendas, acréscimos e supressões aos textos já existentes, elaborados no tempo da prática, texto que se constitui patrimônio comum dos advogados de ambas as partes,

pode causar dúvidas e dificuldades na solução de conflitos no âmbito da prática negocial.

II. CONTRATOS PRELIMINARES, CONTRATOS DEFINITIVOS E CONTRATO PRINCIPAL: DISTINÇÕES E EFEITOS NO PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL E CONTRATUAL

A dificuldade do estudo dos contratos preliminares está na distinção das variadas figuras e dos instrumentos jurídicos que são confeccionados por advogados e empresários no período negocial de formação dos contratos²⁹², também conhecido como fase das tratativas²⁹³. A relevância dessa distinção está nos efeitos que a qualificação de um instrumento como *preliminar* (do art. 462, CC), *preparatório* (contratos definitivos preparatórios ao preliminar ou ao

na tentativa de regular tudo pelo contrato e deixar o mínimo de margem para a lei e para o juiz. (tradução livre). DE NOVA, Giorgio. *Contratti di impresa*. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Annali IV, pp. 243-249.

292 Enzo Roppo já aludia para essa questão, em sua obra prima sobre os contratos: “Há pouco fez-se referência à hipótese de ‘formação sucessiva’ do contrato, que ocorre quando – sendo as negociações particularmente longas e complexas – as partes fixam, no decurso das mesmas, os acordos parciais já alcançados, redigindo uma minuta, ou esboço de contrato, reservando-se a prosseguir as negociações para a definição de outros pontos – porventura só acessórios – deixados em suspenso, e assim chegar à estipulação definitiva do contrato”. In: ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C Gomes. Coimbra: Almedina, p. 102.

293 De acordo com Francesco Messineo, a grande maioria dos contratos não tem *formazione istantanea*, “ma, in realtà, si forma *ex intervallo temporis*, così da dar luogo a quella che si chiama la sua *formazione*, mediante *scambio di proposta e accettazione*, o preceduta da trattative. Le trattative possono essere, più o meno, prolungate. Esse presuppongono l’*immaturità della situazione* e servono ad ovviarvi; infatti, sono intese a *dibattere* il contenuto del futuro eventuale contratto, per precisarlo ed elaborarlo e a riavvicinare i punti di vista delle parti, inizialmente distanti e opposti; epperò, esse sono animati, unicamente, dalla volontà *di discutere* e non necessariamente dalla volontà *di contrarre* (e di promuovere anche i relativi futuri effetti). *Le trattative non sono vincolanti*, appunto, nel senso che il risultato, anche positivo, di esse è, per intanto, un mero *schema ipotetico*, o un programma, che diventerà contratto, *soltanto*, mediante *apposite* dichiarazioni di volontà (proposta e conforme accettazione)”. In: DE NOVA, Giorgio. *Contratti di impresa*. In: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Annali IV, 1958-2004, p. 846.

principal)²⁹⁴ ou *não vinculativo* (minutas, acordo de cavalheiros, cartas de intenção, etc.)²⁹⁵, tem para a prática negocial.

Este estudo reflete sobre questões controvertidas na jurisprudência, tendo em vista a dificuldade e a relevância da qualificação dos instrumentos redigidos pelas partes para o dimensionamento das consequências jurídicas. Sendo assim, inicialmente, estudar-se-á o período das tratativas e, ultrapassada essa fase, analisar-se-á a possibilidade ou não de execução específica do contrato preliminar, com base nos critérios propostos pela doutrina e, sobretudo, na legislação.

II. A) DISTINÇÕES DO CONTRATO PRELIMINAR PARA OS INSTRUMENTOS DO PERÍODO DAS TRATATIVAS

A análise das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros demonstra que a grande dificuldade no estudo do contrato preliminar está em distinguir aqueles acordos não vinculativos dos contratos preliminares, especialmente do contrato preliminar previsto no art. 462, do Código Civil, tendo em vista a sua possibilidade de execução específica decorrente dos arts. 463 e 464, do mesmo diploma.

Isso porque, na ânsia de não perderem o negócio, ou mesmo na evolução paulatina das negociações, é comum que as partes redijam minutas, ou até mesmo acordos, nos quais pontos definitivos são

294 A doutrina também atribui a esses contratos a denominação de *contratos intermediários*, como ensina Wanderley Fernandes: “Na verdade, no processo de formação contratual é possível que nasçam verdadeiros contratos intermediários”. O processo de formação do contrato. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Coord.: Wanderley Fernandes. São Paulo: FGV, 2012, p. 243.

295 Sobre a não vinculatividade da fase das tratativas, elucidativa a lição de Caio Mário da Silva Pereira: “as negociações preliminares (*tractatus, trattative, pourpalers*) são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Não raro, nos negócios que envolvem interesses complexos, entabula uma pessoa conversações com diversas outras, e somente se encaminha a contratação com aquela que melhores condições oferece. Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 9a ed., p. 26.

acertados, sem, contudo, acordarem quanto aos elementos essenciais para a existência do contrato principal²⁹⁶. Ao contrário do contrato preliminar, as *negociações preliminares* não criam a obrigação de as partes celebrarem o contrato principal, sendo meras discussões ou avaliações que antecedem a conclusão definitiva de um contrato²⁹⁷.

Por outro lado, mesmo diante de um contrato preliminar, confeccionado com base nos critérios propostos pela legislação e pela doutrina antes analisados, há casos em que o *contexto* e as *circunstâncias negociais*, percebidas a partir do processo de interpretação²⁹⁸, não oferecem segurança para a execução específica do contrato. Esse é um problema sensível no caso dos contratos preliminares, tendo em vista que uma das principais funções do contrato preliminar é justamente

296 Existem diversos instrumentos utilizados por partes em negociação com a finalidade de trazer certa segurança durante o processo de negociação, mesmo quando não tenham chegado a um acordo quanto aos elementos necessários para formação do contrato definitivo e, nem mesmo, de um contrato preliminar. São exemplos desses instrumentos os memorandos de entendimento, protocolos e cartas de intenções, *term sheets*, minutas, atas de reunião, entre outros. FERNANDES, Wanderley. Contrato preliminar: segurança em contratar. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Coord.: Wanderley Fernandes. São Paulo: FGV, 2012, p. 300. Salienta-se, todavia, que a jurisprudência tem, em certos casos, qualificado os Memorandos de Entendimentos como contratos preliminares, como na fundamentação do Acórdão que segue: “Sucede que os réus, após a celebração de contrato preliminar, denominado Memorial de Entendimentos, teriam tomado conhecimento de que os autores não seriam titulares de direitos de representação das marcas sendo certo que, à ocasião, investimentos teriam sido realizados no showroom e, por isso, não poderia ser acolhido o pedido de rescisão unilateral do negócio jurídico, formulado pelos autores. Diante disso, em pedido reconvenicional, pediram os réus a condenação dos autores ao pagamento da quantia de R\$ 403.723,74, valor correspondente às prestações remanescentes devidas pelos autores, de acordo com os termos do Memorial de Entendimentos, firmado em 1º de outubro de 2012 (fls. 98).” (Relator(a): Carlos Alberto Garbi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 14/12/2016; Data de registro: 19/12/2016).

297 FERNANDES, Wanderley. Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. (Comentário do RE 88.716-RJ - “Caso Disco”). *Revista de Direito Mercantil*, n. 80, out.-dez./1990, 124.

298 Conforme veremos a seguir, embora o Código Civil tenha sido avaro nas regras de interpretação dos negócios jurídicos, os artigos 112 e 113 determinam que a interpretação não deve se limitar ao sentido literal da linguagem, mas sim, a partir do princípio da *ultraliteralidade*, ir além das palavras escritas, com base no contexto, comportamento das partes, boa-fé, usos e costumes do lugar da celebração, etc.

ser um instrumento para garantir a segurança das partes durante o período negocial.

Nesse sentido, o Poder Judiciário tem sido acionado para decidir certas questões tais como, se no processo negocial, as partes teriam avançado de tal forma nas tratativas que, para além de uma simples minuta, estaria formado um contrato preliminar ou até mesmo um contrato principal.

As posições abordadas nesta parte do artigo são oriundas de reflexões a partir da leitura de decisões e da doutrina que, com base na legislação, podem ser analisadas em duas etapas distintas, mas com a mesma ideia subjacente. O exame da jurisprudência permite concluir um raciocínio recorrente no âmbito do Poder Judiciário para a decisão de questões envolvendo a existência e a qualificação do contrato preliminar.

Inicialmente, as decisões analisam se, no *iter negocial*, as partes, por se aproximarem tanto, acabaram formando um negócio jurídico. Posteriormente, sendo constatada a existência de um contrato preliminar, as decisões, direta ou indiretamente, acabam por estabelecer um juízo de valoração acerca do grau de eficácia daquele contrato, tendo em vista o contexto e as circunstâncias de cada caso concreto.

Sobre a primeira parte desse raciocínio jurídico, as decisões enfrentam o tema do limiar entre minutas e contratos preliminares a partir da perspectiva do processo de formação contratual. Isso ocorre, pois, uma vez que os contratos se formam, *na sua grande maioria*²⁹⁹, pela proposta e aceitação, nos termos do art. 427, do Código Civil³⁰⁰, a proposta que é completa, séria e digna de credibilidade obriga

299 A ressalva é feita porque se sabe que diversos contratos são formados, especialmente nos dias de hoje, sem que exista *expressamente, manifestamente*, uma declaração de vontade. Todavia, tendo em vista que o Código Civil ainda é predominantemente voluntarista, deixaremos para outra oportunidade a análise profunda das transformações na Teoria Geral dos Contratos no que tange a esse aspecto.

300 Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

o proponente; assim, uma vez aceita a proposta, formado está o contrato³⁰¹.

Dessa forma, não havendo elementos impeditivos que retirem a eficácia da proposta, tais como algum tipo de condição expressamente pactuada entre as partes; ou que a natureza do negócio permita a retratação; ou, ainda, que as circunstâncias negociais³⁰² façam entender que aquele negócio não é vinculante; se nada disso ocorrer, a proposta vincula e basta o receptor aceitá-la, sem modificá-la.

No caso de não aceita a proposta vinculante, ou tendo esta sido modificada, o instrumento analisado não passará de uma minuta e, como tal, não tem força vinculante para obrigar as partes ao cumprimento do contrato³⁰³.

Diversas decisões estão fundamentadas com base nesse raciocínio, sendo a mais comentada delas o Recurso Extraordinário

301 Nesse sentido, a jurisprudência é tranquila: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DENOMINADA DECLARATÓRIA DE VALIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO, CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECLARAÇÃO DE INTENÇÃO DE VENDA. VINCULAÇÃO ÀS CONDIÇÕES. A declaração de intenção de venda é inconfundível com proposta de venda, ou pré contrato ou contrato de compra e venda, sem vincular preço, condições ou própria concretização do negócio jurídico. (Apelação Cível Nº 70069226728, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 10/08/2016). Desse julgado, o Desembargador bem sintetiza a questão: “Inexiste prova de ajuste vinculante para concretização da compra e venda, apenas o declaração de intenção de venda, que não encerra uma proposta, não possui todos os elementos necessários à formação de um contrato de compra e venda, não vinculando preço.”

302 Sobre as circunstâncias negociais, v., por todos, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

303 Nesse mesmo sentido, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. 8a ed. Rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2004: “O que se deseja com a obtenção da promessa é, por sistema, garantir a celebração do contrato visado. O contrato-promessa distingue-se com nitidez dos meros atos de negociação que frequentemente integram o processo formativo dos negócios jurídicos e que, às vezes, fundamentam a responsabilidade pré-contratual. É que esses trâmites do *iter negotii*, embora dotados de relevância jurídica, apresentam-se destituídos de eficácia contratual específica, ao contrário do que se verifica com o contrato-promessa e os demais negócios preparatórios ou preliminares, que, do mesmo modo, podem incluir-se no processo de elaboração de um negócio jurídico. Nesse âmbito, o contrato-promessa é o mais forte, pois envolve relativamente a um ou a todos os intervenientes a obrigação de concluir determinado contrato nos termos estabelecidos.”, p. 26.

88.776, de 11/09/1979, de Relatoria do Ministro Moreira Alves³⁰⁴. O caso diz respeito às negociações entre o Supermercado Pão de Açúcar e a família Disco para aquisição da rede comercial “Disco”, razão pela qual é mais conhecido como *Caso Disco*.

Em síntese, o relevante desse julgado para o objeto de estudo deste trabalho é que, ao longo do tempo, as negociações entre as partes foram se desenvolvendo, até que, em certo momento, a família Disco resolveu desistir da negociação. O problema constatado foi que, no curso das negociações, as partes haviam se aproximado tanto que teriam firmado um instrumento denominado “Contrato Preliminar para Compra e Venda de Ações”, e, ainda, a família Disco havia recebido uma quantia do Supermercado Pão de Açúcar como adiantamento do preço, demonstração que a proposta dos interessados compradores era séria.

A família Disco, então, ajuizou uma ação consignatória para devolver o dinheiro, sob o argumento de que a negativa do Pão de Açúcar de não querer receber de volta a quantia paga em adiantamento era injusta. Por sua vez, o Supermercado ingressou com uma ação em rito ordinário objetivando a adjudicação compulsória de ações, entendendo que o contrato estava formado e os pontos faltantes eram insignificantes.

Após os desdobramentos ocorridos em primeiro e segundo grau, onde a família Disco e o Supermercado Pão de Açúcar tiveram, respectivamente, sucesso nas suas demandas, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF).

304 EMENTA – Formação do contrato preliminar susceptível de adjudicação compulsória. – Cabe recurso extraordinário quando se discute qualificação jurídica de documento: saber se ela é mera minuta (punctuação) ou contrato preliminar. – Distinção entre minuta, em que se fixa o conteúdo de certas cláusulas, mas se deixam em aberto outras, e contrato preliminar. – O art. 639, do Código de Processo Civil, pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encarados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar. – Negativa de vigência, no caso, do art. 191 do Código Comercial e do art. 639 do C.P.C. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Para o Relator do caso na 2ª Turma do STF, o Ministro Moreira Alves, o contrato não estava formado, pois o campo da proposta só estaria configurado quando todos os elementos estivessem presentes³⁰⁵. Dessa forma, por não se ter configurado uma proposta, o Ministro reconstituiu a sentença que julgou procedente a demanda da família Disco.

Diversas críticas foram endereçadas contra essa decisão, no sentido de definir como equivocada a qualificação proposta pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal³⁰⁶. A partir do estudo da doutrina, os autores, em sua grande maioria, apontam uma possível falha da decisão³⁰⁷, uma vez que, estando presentes os elementos essenciais para a existência de um contrato preliminar, deveria ter sido dado

305 Nas palavras do Relator: “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 de 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 supérflua, é só a declaração de vontade, não emitida pelo devedor”.

306 O livro de Tomasetti Jr. é um exemplo de reação contra a decisão referida. Em verdade, mesmo entre os Ministros não havia unanimidade, pois o Min. Leitão de Abreu, em oposição ao Ministro Moreira Alves, afirmou que era possível complementar algumas cláusulas, pois era passível de verificação subjetiva, “à luz das circunstâncias do caso”.

307 O cuidado em salientar uma “suposta” falha na decisão deve-se ao fato de que, à época em que foi proferida, havia uma distinção clara das obrigações mercantis para as obrigações civis, decorrente da vigência do Código Comercial de 1850. Assim, o art. 191, do Código Comercial, fazia referência ao objeto, ao preço e **as condições**, como elementos categoriais inderrogáveis dos contratos mercantis. Dessa forma, tendo o Min. Moreira Alves corretamente qualificado o instrumento como mercantil, ponderou que deveriam estar presentes *demais condições* para a existência de um contrato preliminar. No mesmo sentido, Wanderley Fernandes: “A decisão considerou a diferença, à época, das regras distintas para obrigações mercantis e obrigações civis, pois enquanto o art. 1.126, do CC/16, determinava que a compra e venda se aperfeiçoava pelo consenso das partes quanto ao objeto e ao preço, o art. 191, do Código Comercial de 1850 fazia referência ao objeto, ao preço e ‘demais condições’. Entendendo tratar-se de um contrato mercantil, interpretou-se a expressão ‘demais condições’ como cláusulas contratuais, de tal sorte que o contrato preliminar deveria ser o espelho do definitivo.”. In: *Contrato preliminar: segurança em contratar. Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Coord.: Wanderley Fernandes. São Paulo: FGV, 2012, p. 308.

o segundo passo e analisado a questão do grau de eficácia daquele instrumento particular.

O primeiro autor a tratar sobre a distinção entre os graus de preliminaridade na eficácia do contrato preliminar foi Alcides Tomasetti Jr. Na sua tese de doutoramento, apresentada em 1982, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada *Execução do Contrato Preliminar*, o Professor define graus de predeterminação do conteúdo do contrato definitivo, em que estabelece uma tripartição desses graus.

De acordo com Tomasetti Jr., o contrato preliminar tem *preliminaridade máxima* “quando contém todos os elementos do contrato definitivo, sem necessidade de qualquer outra consideração”³⁰⁸. Se houver necessidade de ser concluído um segundo contrato para que se produzam os efeitos queridos pelas partes³⁰⁹, o contrato preliminar terá *preliminaridade média*.

E, por fim, haverá preliminaridade mínima quando fixada “no primeiro contrato, a base do regramento contratual 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”³¹⁰.

As consequências práticas dessa tripartição interferem na produção de eficácia dos contratos preliminares, podendo permitir ou impedir a execução específica dos contratos preliminares. Nas palavras de Junqueira de Azevedo, “a presença dos elementos essenciais típicos do contrato definitivo não faz com que o contrato preliminar se torne automaticamente suscetível de execução direta”³¹¹.

308 TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do Contrato Preliminar*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 24.

309 *Ibidem*, *loc. cit.*

310 *Ibidem*, p. 25.

311 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

A maioria dos autores que se dedica ao estudo da execução específica do contrato preliminar afirma que a distinção proposta por Tomasetti Jr. é a contribuição mais importante da doutrina brasileira para o tema do contrato preliminar³¹². Nesse sentido, com apoio nas ideias de Tomasetti Jr., diversos textos foram escritos criticando a decisão do Supremo Tribunal Federal que não reconheceu a existência de um contrato preliminar firmado entre a família Disco e o Supermercado Pão de Açúcar. Na linha de raciocínio inaugurada por Tomasetti Jr., a doutrina ressaltava ter havido uma indevida extensão da norma do art. 191, do Código Comercial, pelo julgador mencionado³¹³.

Junqueira de Azevedo, por exemplo, afirmara, em parecer já citado sobre o tema, que o Ministro Moreira Alves teria agido corretamente em assinalar que o *contexto* não permitia compreender que aquele instrumento fosse dotado de eficácia tal que pudesse transferir as ações da família Disco para o Grupo Pão de Açúcar. Todavia, em sua opinião, a decisão é *criticável*³¹⁴, porque a qualificação do instrumento teria sido inadequada.

Embora a doutrina tenha criticado a qualificação conferida pelo STF à luz da teoria da tripartite proposta por Tomasetti Jr., o resultado prático teria sido o mesmo, como é apontado pelos juristas nos seus textos. Isso porque, mesmo se qualificado como contrato preliminar, o “Contrato Preliminar para Compra e Venda de Ações” firmado entre a família Disco e o Supermercado Pão de Açúcar seria de *preliminaridade fraca*, portanto, inexecutável de forma específica, segundo a teoria de Tomasetti Jr.³¹⁵

312 ZANETTI, Cristiano de Souza. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 91.

313 Idem, *loc. cit.*

314 Nas palavras de Junqueira de Azevedo: “O STF, em decisão criticável, terminou por entender que a qualificação do documento não era a de contrato preliminar, e sim de mera minuta ou punctuação, devido à inexistência de acordo sobre todas as cláusulas que haveriam de compor o conteúdo do contrato de compra e venda de ações.”. *Contrato preliminar...*, Op. cit., p. 254.

315 Nesse sentido, AZEVEDO, A. J. de. *Contrato preliminar...* op. cit., p. 256: “Era contrato preliminar com obrigação fraca, isto é, sem dar direito à execução específica”.

Contudo, diferente dos textos que criticam a decisão do Ministro Moreira Alves, a questão que propomos a reflexão neste trabalho é a seguinte: a teoria tripartite leva em consideração a função econômico e social do contrato preliminar?³¹⁶ Em outras palavras, um contrato preliminar, perfeitamente existente, isto é, que contenha os elementos essenciais para a existência do contrato definitivo, pode não ser executado, tendo em vista os artigos 463 e 464, do Código Civil? Ou o problema da execução específica do contrato preliminar não pode ser confundido com a sua eficácia, tendo em vista que o problema da efetividade deve ser analisado sob o prisma processual?

A questão é de difícil resolução e até hoje divide os autores que se dedicam ao seu estudo e reflexão. No próximo tópico, o problema será analisado a partir de uma perspectiva funcionalista, à luz do Código Civil brasileiro.

II. B) PERSPECTIVA FUNCIONALISTA DO CONTRATO PRELIMINAR DO ART. 462, DO CÓDIGO CIVIL, E SUA VINCULAÇÃO COM AS CIRCUNSTÂNCIAS NEGOCIAIS: OS RESULTADOS DE UMA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Se por um lado, é inegável que as circunstâncias do caso concreto devem ser levadas em consideração na interpretação dos negócios jurídicos e, portanto, acabam por influenciar os efeitos deles decorrentes, por outro lado, os contratos carregam em sua gênese *funções* que são características fundamentais da sua razão de ser³¹⁷.

No julgado, o voto do Min. Leitão de Abreu também reconheceu a configuração de contrato preliminar, mas rejeitou a possibilidade de sua execução específica.

316 Essa questão é originariamente proposta por Wanderley Fernandes, em sua reflexão sobre o caso Disco: “De acordo com a função socioeconômica de segurança do preliminar e de acordo com o Código Civil de 2002, o julgado seria o mesmo?”. OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança em contratar. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Coord.: Wanderley Fernandes. São Paulo: FGV, 2012, p. 305.

317 Tanto é assim que o Código Civil enquadra a liberdade contratual na moldura da função social dos contratos: “Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Como visto na primeira parte do trabalho, o contrato preliminar tem duas funções principais: ser um instrumento de *segurança* no desenvolvimento das negociações entre as partes e representar um *reforço na efetivação do princípio da autonomia privada*.

Diante disso, repete-se o questionamento antes proposto: se as partes celebram um instrumento particular cujos elementos essenciais para a existência do contrato principal estão presentes, logo o contrato preliminar do art. 462, do Código Civil existe; sendo assim, deve a sua função ser preservada e seus efeitos originados – obrigação de fazer o contrato definitivo?

Sob o prisma da função do contrato preliminar, se as partes se obrigaram à conclusão do contrato definitivo, com a indicação de elementos categoriais inderrogáveis³¹⁸, o contrato preliminar existe e sua eficácia deve corresponder à consequência prevista em lei: o direito de exigir a celebração do definitivo, assegurada a sua execução específica em caso de inexistência da nova declaração de vontade de uma das partes (arts. 463 e 464, do CC/02).

Evidente, no entanto, que as circunstâncias do caso concreto não podem ser ignoradas, especialmente para a admissibilidade da execução específica do contrato preliminar³¹⁹. Nesse sentido, se diante de um contrato preliminar perfeitamente existente entre as partes estiverem presentes *circunstâncias que alterem os elementos essenciais* do futuro contrato principal, esse contrato preliminar não comportará execução específica.

Todavia, se ao contrato preliminar forem necessários acrescentar acordos residuais que *nada* afetem os elementos essenciais (e.g.: *res, pretium et consensus*, como na compra e venda), deve ser dada prevalência à função daquele contrato, qual seja, como demonstração

318 ZANETTI, Cristiano de Souza. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 129.

319 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254

séria do interesse em se vincular (*liberdade contratual decorrente da autonomia privada*) e como instrumento de segurança, no sentido de que as cláusulas do contrato preliminar são o substrato mínimo do conteúdo referente ao futuro contrato definitivo que se está obrigado a celebrar.

Portanto, a leitura do contrato preliminar do art. 462 à luz do Código Civil orienta a sua interpretação para considerarmos duas questões principais: primeiro, se o contrato preliminar existe; isto é, se daquele instrumento particular pode ser identificado, com clareza, os elementos essenciais para a existência do contrato definitivo vinculados à obrigação de celebrar um contrato futuro, o definitivo³²⁰.

Em segundo lugar, existindo o contrato preliminar, analisar o instrumento sob o prisma da sua função, ou seja, verificar, a partir do texto, do contexto e das circunstâncias negociais, se a execução específica daquele contrato preliminar garantirá a segurança que as partes depositaram no negócio jurídico.

No que tange aos resultados acima descritos, a análise das decisões dos tribunais brasileiros a respeito dos contratos preliminares torna ainda mais interessante o estudo ora realizado. Uma vez que os julgados não têm como individualizar o objeto “contrato preliminar” para uma análise detida, verifica-se a influência direta das circunstâncias negociais na verificação sobre os elementos essenciais desse instituto.

A maioria dos julgados nos tribunais analisados, notadamente os Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado de São Paulo, deparam-se com a dificuldade em traçar distinções entre o período das tratativas para a formação do contrato preliminar do art. 462, do CC.

320 É sempre importante frisar que o elemento categorial inderrogável do contrato preliminar é a obrigação de fazer o contrato definitivo, nesse sentido “[N]ão pode haver contrato preliminar sem que as partes estejam adstritas à oportuna celebração do negócio definitivo. Nisso, aliás, o contrato preliminar difere da simples minuta, pois somente o primeiro vinculará as partes à celebração do futuro negócio, efeito que não poderá decorrer da segunda, por mais detalhada que seja”. ZANETTI, Cristiano de Souza. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 124.

Os critérios adotados pela jurisprudência para demarcar a existência de um contrato preliminar vão ao encontro do que foi delineado neste texto. Isto é, a existência do contrato preliminar do art. 462, do CC, ocorre com a constatação *in casu* dos elementos essenciais para a existência do contrato referente ao negócio projetado - .

Todavia, tal como referido anteriormente, as circunstâncias negociais podem afetar a formação deste contrato preliminar, mesmo quando preenchidos os elementos categoriais inderrogáveis para a existência do contrato principal. Exemplo disso pode ser visto no julgamento da Apelação cível 196.868-4/1, no Tribunal de Justiça de São Paulo .

In casu, o Relator, Des. Maurício Vidigal, recusou a execução específica do contrato preliminar de sociedade, tendo em vista o alto grau de litigiosidade existente entre as partes. A partir da análise de trecho do voto, verifica-se que a natureza da obrigação impediu a execução específica do contrato preliminar, pois inexistia o interesse de exigir a conclusão do contrato definitivo:

“A intenção das partes era constituir uma sociedade anônima de capital fechado em que a autora teria setenta e cinco por cento do capital e a ré, os vinte e cinco por cento restantes. Embora teoricamente não se possa afirmar que uma sociedade anônima seja uma sociedade de pessoas e não de capital, como supor que uma sociedade nessas condições constituída por força de decisão judicial, e não por afeto social atualmente existente, possa ter bom desempenho empresarial? As partes, se ordenada a formação da sociedade, estarão condenadas ao prolongamento da disputa já existente. No interior de qualquer sociedade com fins econômicos, o bom relacionamento dos sócios é condição quase imprescindível para obtenção de bons resultados. Sob o ponto de vista social, portanto, não se pode exigir o cumprimento em espécie da obrigação da ré de constituir a sociedade com a autora. Esta, vítima do inadimplemento, terá de postular perdas e danos pelo sucedido.”

De outra parte, há casos em que a análise das circunstâncias negociais foi determinante não apenas para a confirmação de que o

contrato preliminar existia, mas também para compreender que este teria sido executado. Nesse sentido, interessante notar os fundamentos adotados na Apelação Cível n. 0209056-21.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo , em que o comportamento concludente das partes em direção à execução do contrato definitivo foi utilizado como argumento para a caracterização do contrato preliminar, in verbis:

Diante da execução das obrigações que decorreriam do contrato definitivo, já previstas no contrato preliminar, e tendo-se em vista as regras contidas nos artigos 463 e 465 do Código Civil, que, no caso, não precisaram ser realizadas em juízo, mostra-se viável o argumento de que a conclusão do contrato definitivo se deu por meio de comportamento concludente.

A análise sob o prisma funcional também é utilizada para distinguir o contrato preliminar do contrato definitivo. Isso é ainda mais relevante quando o contrato preliminar lança as bases para o contrato definitivo, mas ainda não fornece todas as obrigações das partes.

A Apelação Cível n. 078643- 92.2013.8.26.0100, julgada pela 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP , narra que as partes firmaram um “um pré-contrato visando à futura constituição de SPE”, tendo sido celebrado depois de um ano o contrato definitivo, “o qual efetivamente constituiu aludida sociedade e dispôs sobre os direitos e deveres de cada uma das partes”, tendo como consequência que “as obrigações por ventura previstas no pré-contrato e não reproduzidas no ulterior tornaram-se inexigíveis.” .

A relevância da análise do contrato preliminar na jurisprudência confirma a tese de que o Código Civil de 2002 foi pensado para ser “eixo do Direito Privado” . O estudo dos seus dispositivos demonstra que a interpretação dos negócios jurídicos não se dá apenas a partir dos artigos 111 a 114; mas também, com base na função típica de cada contrato, é possível alcançar a sua utilidade social, seja ela na prática negocial, seja na vida de relação .

CONCLUSÃO

As reflexões acerca da vinculatividade dos negócios jurídicos, em especial dos contratos, é tema que vem instigando os grandes juristas da área de Teoria Geral dos Contratos há muito tempo . O estudo acerca dos contratos preliminares dialoga com essas reflexões porque, historicamente, esse instituto é oriundo da prática negocial; pragmaticamente, está relacionado ao último ato do período das tratativas; juridicamente é considerado um incidente no processo de formação dos contratos.

Diante disso, as questões que apresentam maior dificuldade na análise dos contratos dizem respeito a verificar a sua existência, e, conseqüentemente, à distinção do contrato preliminar do art. 462, do Código Civil, de figuras afins, tais como contratos definitivos existentes no âmbito das tratativas . Ainda, uma vez constatada a existência do contrato preliminar legal, cumpre averiguar a sua capacidade de produzir seu principal efeito: obrigar as partes, ou uma delas, a fazer o contrato principal.

Enquanto o contrato preliminar do art. 462, do CC, tem como principal efeito conferir às partes “o direito de exigir a celebração do definitivo” , os contratos definitivos preparatórios têm obrigações bem definidas para as partes , como por exemplo um acordo de confidencialidade (CDA ou NDA) , acordo de exclusividade, ou mesmo contratos de locação, comodato, entre outros. Esses contratos, embora possam não ter por substrato uma operação econômica, como os primeiros, ou não ter por substrato o negócio projetado, como os segundos, têm um conteúdo normativo e criam obrigações específicas.

Por isso, o exame do contexto e das circunstâncias negociais é imprescindível, pois eventos que possam interferir na estabilidade dos elementos essenciais para a existência do contrato definitivo (elementos categoriais inderrogáveis para o definitivo) afetam a possibilidade de se extrair completamente o efeito do contrato preliminar.

A análise mais importante realizada é a da função econômico e social que o contrato preliminar representa, isto é, sua relação entre a autonomia privada e o ordenamento jurídico. Nesse sentido, se as partes celebraram um contrato preliminar cuja obrigação principal fosse uma obrigação de fazer um contrato de compra e venda de ações e que, neste instrumento, estivesse prevista a quantidade/qualidade de ações e previsto o preço/forma de pagamento, o contrato preliminar deve emanar o seu efeito principal .

A interpretação das normas do Código Civil referentes ao contrato preliminar proposta neste texto tem como fundamento dois aspectos essenciais: em primeiro lugar, a interpretação dos negócios jurídicos deve ser pautada com base, mas não só, nas regras e princípios contidos nos artigos 111, 112, 113 e 114, do Código Civil. Por essa razão, não se pode excluir, da interpretação dos negócios jurídicos, a influência do contexto, do comportamento, das circunstâncias negociais, etc.

Em segundo lugar, o art. 421, do Código Civil, determina que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social dos contratos. Veja-se que esse artigo, além da sua óbvia importância, inaugura o Título V do Diploma, que se refere aos “Contratos em Geral”.

Por essa razão, estando o art. 462 e seguintes sob o “guarda-chuva” desse título, não basta a análise das circunstâncias negociais para fazer irradiar todos os efeitos legais decorrentes do contrato preliminar; mas também, é indispensável que se atente para a função desse instituto, que é garantir e assegurar que aquela manifestação da autonomia privada exarada de alguma forma no contrato preliminar será respeitada e, novamente, exercida na formação de um contrato, o definitivo.

Essas constatações demonstram a relevância das lições de Mario Bessone reproduzidas na epígrafe deste artigo a respeito da relação entre a escolha feita pelas partes sobre o tipo negocial a ser utilizado para alocação dos riscos. O contrato preliminar, sendo um incidente no processo de formação dos contratos, pode ser pactuado entre as partes ou não; em sendo, sua estrutura e funcionalidade devem ser respeitadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Informação Legislativa, n. 102, abr.-jun/1989.

ASCARELLI, Tullio. Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado. São Paulo: Saraiva, 1969.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: Novos estudos e pareceres de Direito Privado, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

BESSONE, Mario. Adempimento e Rischio Contrattuale. Milano: Giuffrè, 1969.

BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

_____. Teoría General de las Obligaciones, Madrid. Revista de Derecho Privado, 1970.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Alterações no regime da execução das obrigações decorrentes do Compromisso de Compra e Venda. In: JOBIM, Marco F. e

outros. (Org.). *Tempestividade e Efetividade Processual: novos rumos do Processo Civil brasileiro*. 1a ed. Caxias do Sul: Editora Plenum, v. 1, pp. 246 – 260, 2010.

BUENO, Sérgio de Godoy. Contrato preliminar. *Revista de Direito Mercantil*, n. 37, jan.-mar/1980.

CARRARA, Giovanni. *La Formazione dei Contratti*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1915.

COMPARATO, Fábio Konder. *A cessão de controle acionário é negócio mercantil? Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Giuseppe da. Origem e evolução dos contratos preliminares. *Revista de Direito Civil*, n. 42/21, out./dez. 1987.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. 8a ed. Rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2004.

DE NOVA, Giorgio. *Contratti di impresa*. In: *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Annali IV, 1958-2004.

DIAS, Regina Gondim. *Contrato preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.

FERNANDES, Wanderley. Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. (Comentário do RE 88.716-RJ - “Caso Disco”). *Revista de Direito Mercantil*, n. 80, out.-dez./1990.

----- . O processo de formação do contrato. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Coord.: Wanderley Fernandes. São Paulo: FGV, 2012.

-----; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança em contratar. Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. Coord.: Wanderley Fernandes. São Paulo: FGV, 2012.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Esboço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1952.

GUIA, Juliana Pitelli da. O contrato preliminar e a análise econômica do direito. Revista de Direito Mercantil, v. 45, n. 143, p. 243-254, jul./set., 2006.

LOPUCKI, Lynn.; TRIANTIS, George. A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies. In: Harvard International Law Journal, vol. 35, n. 2, Spring, 1994.

MARINO, Francisco P. de C. Contratos Coligados no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 10, p. 39-55, 1994.

----- . A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MORAES, Livia Lenz de. Os efeitos jurídicos das cartas de intenções e memorandos de entendimentos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, 9a ed., 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de Direito Privado, tomos III e XIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

POPP, Carlyle. Contrato preliminar e tutela específica: requisitos para sua efetividade, in Renan Lotufo; Giovanni Nanni; Fernando Martins (coord), Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, pp. 308-353, 2012.

POSNER, Richard. The Problems of Jurisprudence. Harvard University Press, 1993.

PRATA, Ana. O contrato-promessa e o seu regime civil. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o problema da liberdade contratual. Almedina: Coimbra, 2003.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SALAMA, Bruno. O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Prefácio. In: VICENZI, Marcelo. Interpretação do Contrato. São Paulo: RT, 2011.

SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en droit français. Revue Internationale de Droit Comparé, vol. 2, 1990.

TEIXEIRA, Tarcisio. Contrato preliminar empresarial. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 101, jan./dez, pp. 697-741, 2006.

TOMASETTI JR., Alcides. Execução do Contrato Preliminar. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

ZANETTI, Cristiano de Souza. A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma. São Paulo: Quartier Latin, 2013.