

EDITORIAL

A execução específica de contratos preliminares

O contrato preliminar permanece como um dos pontos mais espinhosos da teoria obrigacional. A despeito da tentativa do codificador de pacificar a matéria, a sua caracterização, nos termos do art. 462, Código Civil, suscita em geral dois entendimentos incapazes de atender às necessidades práticas da realidade contratual. O primeiro deles, excessivamente formalista, prende-se à literalidade do dispositivo, exigindo-se que a qualificação do contrato preliminar, para suscitar execução específica, dependa da presença de todo o conteúdo contratual, exceto a forma exigida para o definitivo. Tal posição, prevalente no regime codificado anterior, tem suporte em antigo precedente do STF no caso Disco, de 1979 (STF, RE nº 88.716-5-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, por maioria, j. 11.9.1979). Em contrapartida, advoga-se a ampliação do conceito, de modo a nele abranger minutas e memorandos de entendimento nos quais o conteúdo central do negócio definitivo esteja definido, na pendência, contudo, da definição de alguns elementos considerados não essenciais pelo intérprete. Tal construção gera insegurança, pela imprecisão dos critérios adotados para a distinção entre elementos essenciais e secundários.

A matéria adquire enorme importância na complexa realidade fática que antecede a celebração dos contratos, especialmente os de grande magnitude, para os quais se voltam os contratantes e seus advogados durante longas tratativas. Discute-se, portanto, o momento em que tais negociações e dispositivos preliminares configuram o contrato preliminar, apto a suscitar a execução específica contra a parte recalcitrante, que desiste do prosseguimento do negócio, obrigando-a a assinar o contrato definitivo (art. 464, Código Civil).

O contrato preliminar, como se sabe, constitui o negócio jurídico por meio do qual as partes se obrigam a celebrar, em momento futuro, o contrato principal ou definitivo. A função prático-social do contrato preliminar consiste, portanto, em obrigar as partes a celebrar o contrato definitivo posteriormente, conferindo segurança aos contratantes. Nessa perspectiva há de ser lido o art. 462 do Código Civil, segundo o qual “o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

Nos termos do dispositivo, a análise funcional poderá superar a controvérsia. O Código Civil exige, de fato, a presença dos elementos essenciais ao acordo de vontades que, de boa-fé, as partes pretendem alcançar, e que, por circunstâncias negociais diversas, não foi suficiente à celebração do contrato definitivo. Pretendesse o dispositivo restringir a caracterização do preliminar à hipótese de contrato inteiramente concluído, ao qual faltasse tão somente sua formalização em instrumento próprio, como de sua leitura literal se poderia cogitar, pouca ou nenhuma utilidade prática ostentaria tal instrumento para a execução específica das obrigações – efeito primordial perseguido pelo codificador. Sua configuração estaria circunscrita às hipóteses em que o contrato, integralmente avençado, aguardasse tão somente a presença do tabelião para a lavratura da escritura pública. Há que se investigar, com efeito, quais são os elementos essenciais que, uma vez presentes, autorizam a execução específica do contrato principal ou, por outras palavras: qual o critério, afinal, qualificador do contrato preliminar?

A resposta a tal indagação requer o exame da função desempenhada pelo contrato preliminar. Normalmente vindo a lume ao final de tratativas, tem por finalidade sacramentar o consenso alcançado quanto aos elementos essenciais (exceto quanto à forma), enquanto outros elementos integrantes do conteúdo do negócio (externos aos requisitos essenciais de validade, ainda que certamente relevantes) são ultimados pela vontade das partes ou deliberadamente deixados para a execução do contrato. Nesta esteira, o contrato preliminar há de conter o conteúdo mínimo capaz de produzir os efeitos essenciais que qualificam o futuro negócio (função prático-jurídica), permitindo ao intérprete identificar os elementos essenciais ao consenso, justificando-se, assim, a vinculação imediata das partes à celebração do contrato definitivo. Em contrapartida, convém repetir, embora presentes todos os elementos essenciais, à exceção da forma, não se poderia exigir, para a qualificação do contrato preliminar, o exaurimento de todo o conteúdo do contrato prometido. Do contrário, tornar-se-ia ocioso o contrato preliminar, recorrendo as partes diretamente ao contrato definitivo.

Tais dificuldades se intensificam em negócios jurídicos complexos, nos quais se mostra inevitável o espaço de tempo para negociação acerca do seu conteúdo, cuja definição, na ocasião da assinatura do preliminar, não atende ainda aos interesses dos contratantes. Nesses casos, o contrato preliminar se destina a desempenhar a função vinculativa para os contratantes, conferindo-lhes certeza quanto à conclusão do negócio. Ao mesmo tempo, atribui-lhes flexibilidade para negociação dos elementos faltantes que integrarão o negócio futuro. A incerteza quanto a eventuais lacunas ou incompletudes, presentes com frequência no contrato preliminar, longe de traduzir defeito ou insubsistência da vontade declarada, revela alocação de risco para as partes que, em nome da conservação dos negócios,

se comprometem a deflagrar, cumpridas obrigações reciprocamente assumidas e condições precedentes, a celebração do contrato, ainda que incompleto.

Justifica-se, nesse cenário, a estipulação do preliminar, com a presença de todos os elementos essenciais de validade, enquanto parte do seu conteúdo é deixada para futura gestão, em boa-fé, pelos contratantes. Compreende-se, portanto, a necessidade de contratos preliminares em negócios de elevada complexidade, afigurando-se, por vezes, como mecanismo estratégico em contratações nas quais boa parte do conteúdo contratual é deliberadamente postergada para negociações e ajustes futuros.

Em última análise, a qualificação do contrato preliminar subordina-se à análise funcional do processo de tratativas, associada à declaração consensual de vontade (integrada também pelas práticas contratuais anteriores das partes e do respectivo setor da economia) quanto à presença dos elementos essenciais, estabelecidos no caso concreto, para a assunção da obrigação de contratar. Dessa forma, ainda que alguns elementos do conteúdo contratual estejam pendentes de definição, o juiz poderá “suprir a vontade da parte inadimplemente”, tal qual autoriza o art. 464, Código Civil, de modo a tornar efetiva a contratação. Tal perspectiva permite dar efetividade aos contratos preliminares, nos termos pretendidos pelo codificador, a partir de análise funcional e sistemática que supere o formalismo e prestigie o valor econômico e social da autonomia privada na legalidade constitucional.

G.T.