CARLOS MARIANO DE PAULA CAMPOS

CONTRATO PRELIMINAR E COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

CARLOS MARIANO DE PAULA CAMPOS

CONTRATO PRELIMINAR E COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP
2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha Catalográfica
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Campos, Carlos Mariano de Paula
Contrato preliminar e compromisso de compra e venda / Carlos Mariano de Paula Campos. - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2018.
111f.

Orientador: Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf.
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Civil, 2018.

1. Contrato preliminar. 2. Compromisso de compra e venda. 3. Compra e venda. 4. Direito civil. I. Maluf, Carlos Alberto Dabus. II. Título.

CDU

BANCA EXAMINADORA

_____

Orientador: Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf

_____

_____

_____

Ao meu pai, Antonio Carlos de Paula Campos, pelo seu exemplo, sua renitência, sua pujança e infatigável esforço para me fazer um homem melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Ana Lídia Arrigucci de Paula Campos, pelo carinho e amparo de todos os momentos.

Agradeço aos meus irmãos, de sangue ou não, bem como aos seus filhos, por esperarem o melhor de mim.

Agradeço ao meu avô, Antonio Arrigucci, onde quer que se encontre, sua crença na minha capacidade me motivou a prosseguir nesta empreitada.

Agradeço ao meu amigo, o advogado Flávio Pereira Lima, pelo norte apontado no início de minha carreira e insistência para o meu estudo.

Agradeço a todos os meus Colegas da Banca de Advocacia Antonio Carlos de Paula Campos Advogados Associados, por se esforçarem nos momentos de minha falta.

Finalmente, agradeço ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf, por todo o seu precioso tempo despendido com a minha orientação e, principalmente, pela sincera amizade que me foi confiada.

“Não apregoemos incondicionalmente a bem-aventurança dos mansos, mas, ao contrário, estimulemos e exaltemos o valor dos que não se rendem, dos que sabem brandir sua lança até o último alento, pelo seu direito, pela sua bandeira, pelo seu penacho.” (Palavras de Nelson Hungria, repetidas no discurso do Min. José de Aguiar Dias ao ser agraciado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros com a Medalha “Teixeira de Freitas”, em 1986).

CAMPOS, Carlos Mariano de Paula. *Contrato preliminar e compromisso de compra e venda*. 2018. 111f. Dissertação (Mestrado).Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

RESUMO

Este trabalho visa analisar o compromisso de venda e compra nos aspectos de sua formação, natureza, efeitos e, principalmente, peculiaridades, a partir de sua proximidade com os contratos preliminares. Têm-se como plano de fundo a real intenção das partes no momento da celebração de aludido instrumento, as quais, desde o início, pretendem, de fato, a transferência patrimonial. Da mesma forma, a partir do histórico evolutivo do compromisso, permeado pela intenção do legislador em conferir maior proteção ao adquirente, observar-se-á que, aos poucos, aludido contrato, próximo aqueles reputados preliminares, posto que a concretização de seu objeto, a princípio, desafia a celebração de um novo instrumento, ganhou novos contornos, principalmente quando se trata de sua execução bem como de seus efeitos em relação à terceiros e às partes envolvidas, as quais, repise-se, aproximaram-se com o real escopo de efetivar a transferência de seus bens.

Palavras-chave:Contrato preliminar; Execução do contrato preliminar; Compromisso de venda e compra; Efeitos obrigacionais; Efeitos reais.

CAMPOS, Carlos Mariano de Paula. *Contrato preliminar e compromisso de compra e venda*. 2018. 111f. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

ABSTRACT

This paper has the purpose of analyzing the aspects of formation, nature and effects of the sale and purchase commitment, mainly its peculiarities and proximity to the preliminary agreement.Being taken into consideration the real intention of the parties at the moment of the subscription of the referred [sale and purchase] commitment, which, indeed, since the beginning, intend the patrimonial transfer [of the real property].Accordingly, from the perspective of the evolutive historic of the commitment, being clear the intention of the legislator in conferring major protection to the acquirer, we can observe that, slowly, the referred commitment remains proximate to those named preliminary agreements, once the accomplishment of its purpose challenges the subscription of a new instrument, with new contours, mainly when it comes to its execution, as well as its effects in relation to third parties and to the involved parties, which have approached themselves with the real intention of effecting the transfer of their assets.

Keywords: Preliminary Agreement; Execution of preliminary agreement; Sale and Purchase agreement; Legal obligation effects; Real effects.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA.....9

2. A COMPRA E VENDA 29

3. O CONTRATO PRELIMINAR 51
3.1. A execução do contrato preliminar..... 68
3.2. Intervenção judicial..... 69
3.3. Cláusula de arrependimento 77
3.4. Extinção..... 78

4. O COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA..... 81
4.1. Evolução legislativa do compromisso de compra e venda no Ordenamento Jurídico Brasileiro 89
4.2. O Registro de Imóveis e o direito real..... 97
4.3. O arrependimento e o descumprimento contratual..... 99
4.4. A outorga conjugal..... 102

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 105

REFERÊNCIAS..... 107

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O contrato, assim compreendido como o negócio jurídico bilateral o qual sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que entabularam e, da mesma forma, representa um acréscimo à esfera de seus direitos.

Na avença, a posição assumida pela parte reveste-se de valor econômico relevante, suscetível, inclusive de cessão onerosa, destacando o contrato, dentre as outras modalidades do concurso de vontades admitidas pelo Ordenamento Jurídico, posto que o efeito pretendido pelos contratantes é a criação de um vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial.

As obrigações que surgem do entabulado entre as partes, e neste sentido importante destacar que a acepção jurídica do termo *parte* não se confunde com a de *pessoa*[1], resultam da lei, submetendo-as a um regime jurídico. Logo, "os contratos não são reconhecidos senão porque a lei os sanciona e garante."[2]

Para tanto, referidas obrigações nascem de uma convergência de vontades emanadas pelas partes, revestidas de legalidade, validade e eficácia, cada qual considerada individualmente mas, todavia, conexas a autorizar a celebração do ajuste modificando sensivelmente a situação jurídica preexistente a celebração do contrato.

Neste sentido, existem acordos patrimoniais os quais, por lhes faltar referido requisito de alteração das circunstâncias fático-jurídicas que antecedem o contrato, não podem assim ser considerados posto que limitados a estabelecer regras para o exercício de atos prefigurados ou para por fim ou prevenir conflitos, como no exemplo dos acordos normativos e das transações.[3]

Todavia, a coparticipação, assim compreendida como a existência de interesses econômicos contrapostos dos sujeitos de direito envolvidos bem como a coincidência, o

[1]Orlando Gomes conceitua *partes*, os sujeitos da relação contratual, como um *centro de interesses*, "indicando-se com essa expressão a posição dos sujeitos em face da situação na qual incide o ato." In, GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenador: Edvaldo Brito; atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo De Crescenzo Marino.26. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11-12.

[2]MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte. Edição atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva.41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5, p. 17. No mesmo sentido, ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 12: "A fôrça obrigatória destes contratos está no valor que a lei atribui ao ato jurídico como fonte da obrigação."

[3]Orlando Gomes considerada tais hipóteses, como acordos normativos e transações, como autênticos contratos. GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 12.

denominado consenso, torna-se fundamental para o aperfeiçoamento do contrato. Na sua manifesta falta, o ajuste carece de equilíbrio e não se forma. No mesmo sentido, se ocultos, em que pese a aparente convergência de interesses, o ato é anulável, posto que lhe faltam elementos essenciais a sua própria eficácia.

Logo, as manifestações convergentes de vontade das partes devem ser exercidas no mesmo plano em uma relação de precedência de uma a outra, havendo a declaração de quem tem a iniciativa do contrato, a proposta[4], e a daquele a que se destina, denominada, aceitação[5].

Sem embargo do fato de que os modos pelos quais a intenção de se concluir um contrato possa ser manifestada de diversas formas, e neste sentido é o disposto no art.107 do Cód. Civil de 2002[6], além do pronunciamento falado ou escrito, neste pormenor através de comportamentos concludentes das partes de maneira que a vontade de aceitar não é expressa, mas resulta da forma operativa, da atitude e da atividade do sujeito de direito[7].

---

[4]Neste sentido, ressalta Orlando Gomes: "Consideradas individualmente, a proposta e a aceitação não são negócio jurídico, embora a proposta, em certos casos, produza efeitos negociais prescritos na lei. É, entretanto, ato pré-negocial." GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 19.

[5]"A proposta e a aceitação de um contrato são declarações de vontade, dizendo-se geralmente que o contrato resulta do encontro ou da fusão das vontades das partes. Mas para ser juridicamente relevante e produzir efeitos jurídicos, a vontade – que, de per si, não é mais que um modo de ser da psique, como tal não cognoscível e não comprovável objectivamente – deve ser tornada socialmente conhecida, deve ser declarada ou pelo menos manifestada para o exterior." ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 93.

[6]Art.107 Cód. Civil: "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."

[7]Enzo Roppo, (*O contrato*, cit.), ressalta que o silêncio, por si, como conduta puramente omissa, não pode ser acolhida como uma postura vinculativa, ainda que um valor, com estas características, tenha sido atribuído pela outra parte. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, ao comentar o art.432 do Código Civil Brasileiro de 2002, afirma que: "É evidente, porém, que não tem qualquer respaldo legal as disposições incluídas em algumas propostas no sentido de que o silêncio do destinatário importará na formação do contrato (neste sentido, entre outros, Silvio Rodrigues, Direito Civil, p. 57). Se não houver expressa previsão legal, a aceitação não se presumirá e tais cominações serão despidas de qualquer eficácia, a não ser nos casos em que, como determina o artigo em exame, exista de fato um costume já sedimentado em favor de uma aceitação meramente tácita." *In*, TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 1, p. 48. Em sentido contrário, Carlos Alberto Dabus Maluf afirma que: "O próprio *silêncio* pode traduzir um querer, pode ser erigido em manifestação de vontade. O brocardo *quem cala consente* não é rigorosamente exato do ponto de vista jurídico, mas, em direito, o silêncio vale por anuência sempre que uma pessoa, interpelada por outra, possa e deva responder-lhe; se a pessoa interpelada se cala, em tal situação, seu silêncio pode ser interpretado como assentimento. A própria lei civil, em vários artigos, aceita o silêncio como declaração de vontade. Assim prescreve o art.539 do Código Civil de 2002 que 'o doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo." MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 36.

Contudo, é ínsito ao ato jurídico denominado contrato o acréscimo de seu elemento caracterizador, qual seja, a coincidência e correspondência de vontades[8].

Neste contexto, o enlace de interesses são emanados da autonomia da vontade das partes, assim compreendida como a possibilidade que detém os participantes de resolver seus conflitos de interesses, transmitir bens e exercer, de qualquer forma, sua iniciativa econômica. Para exercer estes objetivos as pessoas vinculam-se, juridicamente, através da sua vontade.

Aludida possibilidade decorre do princípio da autonomia da vontade, reputado por Enzo Roppo como princípio ideológico, mas ao mesmo tempo de real organização das relações sociais e essencial importância a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre[9].

Ressalta referido autor que o princípio em comento não só merece destaque no momento da delimitação do conteúdo do contrato como também em qualquer aspecto no qual se manifesta a iniciativa econômica dos envolvidos traduzida na iniciativa contratual.

Prossegue aduzindo que o *operador econômico do capitalismo* necessidade de liberdade não só no momento da fixação dos termos concretos da operação contratual, mas também na "decisão de efectuar ou não certa operação, na escolha da sua efectivação com esta ou aquela contraparte."[10]

Logo, a autonomia privada compreende, além do poder de determinar o conteúdo da avença, a livre escolha de se contratar ou não; com quem contratar, recusando hipóteses ofertas de determinadas pessoas; definir em que modalidade contratual pretende enquadrar

[8]Sem a intenção de distinguir ato jurídico e negócio jurídico em face do sistema vigente, Agostinho Alvim conceitua o contrato da seguinte forma: "[...] é um ato jurídico, com acréscimo do seu elemento específico: o acôrdo de vontades, seja ou não, regulado de modo especial pela lei." ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*, cit., p. 13.

[9]ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 132.

[10]Referido autor observa a presença do princípio da autonomia da vontade tanto no momento da fixação dos termos contratuais como também na própria decisão de se contratar ou com quem contratar. Trata-se na verdade da concepção dos termos liberdade contratual e liberdade de contratar, tratadas por Álvaro Villaça Azevedo ao esclarecer que o art.421 do Cód. Civil brasileiro de 2002 trata, na verdade, da liberdade contratual. Vejamos: "Como visto, esse dispositivo legal (art.421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar, materialmente, o contrato, mas da liberdade contratual que visa proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo." AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*LaesioEnormis*). In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

a operação, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo de optar por contratos que não pertençam àquele rol disposto no ordenamento jurídico[11].

Todavia, como bem lançado por Couto e Silva[12], atividade individual, no contexto ora em exame, a autonomia privada, encontra-se sob a vigilância do Estado[13] sendo certo que tal liberdade encontra-se reduzida, se também o for, a liberdade política[14].

No estado liberal, por sua vez, a maior separação entre o Estado e a sociedade proporcionou relevante prestígio a autonomia da vontade dos particulares, "sendo-lhe deferida quase que totalmente a formação da ordem privada"[15].

Tal afirmativa decorre do fato de que a força obrigatória dos contratos encontrava-se, neste contexto, assentada na vontade individual das partes, assertiva esta que resta, suficientemente, clara na redação do art.1134 do Código Civil Francês: "As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram".

O espírito da posição adotada pela legislação francesa acima citada guarda explicação *jusnaturalista* com lastro nos conceitos de liberdade e propriedade, até então mitigadas pela intervenção estatal verificada no período absolutista.

O rompimento observado pelo modelo jurídico do liberalismo consagrava a separação entre o Direito Privado e o Público, restringindo às funções do Estado às competências gerais de organização política e de propiciar a garantia mínima dos direitos individuais.

---

[11]Neste sentido, quando à existência dos contratos atípicos e inominados, ressalta Agostinho Alvim: "Os contratos nominados são os mais freqüentes. Porém, como os institutos de direito ora se atrofiam, ora se hipertrofiam, de acordo com as mutações do meio-ambiente, sucede, por vezes, haver contratos inominados de uso frequentíssimo, que correspondem a novas necessidades de ordem econômica, mas ainda não regulados.[...] A fôrça obrigatória dêstes contratos está no valor que a lei atribui ao ato jurídico como fonte de obrigações." ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*, cit. Da mesma forma, cumpre destacar o contido no art. 425 do Código Civil Brasileiro de 2002 quanto a liberdade da escolha dos termos contratuais, respeitadas as normas gerais entabuladas pela lei como o art.421, do mesmo diploma legal, ora em exame: *"art.425: É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."*

[12]*in*, COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

[13]Ressalva o autor: "[...] ainda que, como emanação da liberdade, a autonomia da vontade se constitua em direito supra-estatal, e não seja, assim, faculdade delegada." Id. Ibid.

[14]A ilustrar a assertiva acima, cabe trazer a baila a assertiva de Couto e Silva quanto a suposição pela qual a autonomia privada não atingiu o patamar de princípio no direito romano: "No mundo romano, deveu-se ao *imperium* dos magistrados o desenvolvimento do direito civil, através do direito honorário. O conceito dinâmico de *actio*, e não o estático direito subjetivo, ocupava, então, o lugar de centro do sistema jurídico. A determinação do direito pela atividade processual e o rígido formalismo, que marcaram caracteristicamente a primeira fase do direito romano, fizeram com que, mesmo no período clássico, a vontade fosse sempre considerada algo fático, não se reconhecendo, à sua autonomia, a posição de princípio jurídico." Id. Ibid.

[15]Id. Ibid., p. 25.

Desta forma, o que interessava ao ordenamento jurídico dos séculos XIX e início do XX era a concepção de que lei não deveria intervir no processo de manifestação de vontade das partes senão para impor respeito àquilo que foi livremente pactuado.

Segundo a concepção da época, negar esta liberdade seria o mesmo que pretender que o homem não poderia dispor de sua vontade e propriedade[16].

Forte neste principio então norteador da ordem contratual, a autonomia privada não contou com expressa tipificação no Código Civil de 1916, vez que ao consagrar a liberdade contratual em seu corpo, qualquer menção expressa seria supérflua.

Desta forma, o Código Civil de 1916 sustentou o contrato sobre três pilares, todos eles decorrentes do prestígio à liberdade contratual, quais sejam: a.) a autonomia privada, segundo a qual as partes podem obrigar-se como e com quem desejarem, sujeitas apenas a limites impostos pelas normas imperativas, de ordem pública; b.) a obrigatoriedade dos pactos ou a intangibilidade do conteúdo do contrato (*pact sunt servanda*), pela qual o contrato adquire força de lei entre as partes, cabendo ao Estado a interferência para o cumprimento do pacto e não sobre a equidade de seus termos; c.) a relatividade, segundo a qual os efeitos dos contratos cingem-se aos contratos, não vinculando outros.

Todavia, forte nas novas justificativas econômicas e nas sensíveis mudanças sociais que demandaram um maior equilíbrio nas relações contratuais a prestigiar, no mesmo patamar de importância da autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia substancial consagradas na Constituição Federal de 1988[17], o Código Civil brasileiro de 2002 tratou de prestigiar a função social como elemento balizador das relações contratuais, consagrando, sob este enfoque, a ausência de rigorosa separação entre o Estado moderno e a sociedade.

---

[16]Neste sentido, são as palavras de J.A Pimenta Bueno, citado em amparo do sustentado por Otávio Luiz Rodrigues Junior: "...impugnar a liberdade contratual seria necessário pretender que o homem não pode dispor de sua inteligência, vontade e propriedade.....impedir esta faculdade é não só menosprezar essa liberdade mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos como de sua propriedade...impedir esta faculdade é não só menosprezar essa liberdade mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos como de sua propriedade." *in*, RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2006.

[17]Art.1º, III da CF: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:.. III: a dignidade da pessoa humana."
Art.3º, I da CF: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil... construir uma sociedade livre, justa e solidária."
Art.3º, III da CF: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil...erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais."

Desta feita, a conjugação e coordenação entre as esferas pública e privada redundam no fato de que a autonomia privada não implica no poder ilimitado de se criar efeitos jurídicos lastreados, tão somente, na vontade das partes em desconsideração do arcabouço normativo.

Logo, o poder volitivo dos sujeitos encontra-se submetido ao ordenamento jurídico de maneira que é a incidência da norma e dos princípios a ele informadores[18] que confere efeitos juridicamente válidos aos atos dos particulares.

Da mesma forma, quanto à faculdade de estipulações contratuais, afirma Couto e Silva[19] que a "função do ordenamento jurídico é meramente negativa e limitadora, competindo às partes constituir e determinar o conteúdo do negócio jurídico. Afirma-se, assim, o dualismo entre fato e norma; entre 'conteúdo do negócio jurídico e tratamento jurídico'.".

Com efeito, a par das alterações das circunstâncias sócio - econômicas que anteriormente justificaram o primado da autonomia da vontade, é certo que, hodiernamente, a liberdade de contratar, neste pormenor compreendida em seu sentido amplo, englobando não só a decisão sobre o ato em si, como também, a escolha do contratante e os termos avençados, pode ser restringida.

Afora os princípios contratuais trazidos ao arcabouço legislativo sob a forma de cláusulas gerais os quais, a bem da verdade, não devam ser considerados como critérios limitadores da autonomia da vontade[20], vez que moldura limitante do contrato tem a

[18]Antonio Junqueira de Azevedo salienta que a ocasião, reputada como época de hipercomplexidade, desafia a análise conjunta de todos referidos princípios posto que não se excluem, mas pelo contrário, se acrescentam. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998).

[19]COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, cit., p. 25.

[20]A liberdade de contratar é plena, vez que não existem restrições ao ato de se relacionar. Porém o ordenamento jurídico o ordenamento jurídico passou a submeter à composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento em virtude das finalidades almejadas pelos valores que estruturam a ordem constitucional. O norte, já sinalizado no art.5º da LICC de 04/09/1942, elevado à condição de cláusula geral pelo art.421 do Código Civil e matéria de ordem pública pelo art.2035 ("A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.") do mesmo diploma legal, autorizando o Judiciário à intervir no programa econômico do contrato desde que presentes ofensas à interesses coletivos, a impossibilidade de obtenção do fim último visado pela avença e a lesão à dignidade da pessoa humana, revela-se, todavia, de difícil delimitação de sua natureza no momento de sua utilização para dirimir o conflito levado ao conhecimento do julgador.

finalidade de acautelar as desigualdades substanciais entre os contratantes, de maneira que o negócio jurídico será fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes e esta apresenta-se auto regrada em razão e nos limites principiológicos, e certo que existem hipóteses nas quais os limites sócio-econômicos à autonomia da vontade não retiram do ato a sua cogência.

Referida limitação atinge não só a escolha dos termos da avença bem como a parte com quem se contrata. A restrição, desta feita, impossibilitando a faculdade de se escolher a outra parte da relação contratual pode decorrer de certas condições econômicas, legais ou naturais. A ilustrar o afirmado, basta analisarmos a contratação de atividades essenciais, não executadas pelo Estado diretamente ou sob o regime de concessões.

Nestes casos, da mesma forma que não existe a livre escolha do beneficiário dos serviços, e neste sentido, a legislação consumerista e da mesma forma, a civil, procuram minimizar a impacto da aludida limitação procurando reduzir a possível falta de equidade do contrato entabulado, também quanto ao prestador, a possibilidade de negar a sua prestação resta atrofiada, sob pena de responder pelos prejuízos causados sem prejuízo de outras cominações legais[21].

Desta forma, a ingerência de uma planificação econômica e social na celebração dos negócios jurídicos dos particulares limita, como visto, a liberdade de contratar.

O mesmo se diga quanto a liberdade para dar o conteúdo da avença.

É certo que no campo destinado ao direito das obrigações o princípio dominante é o da livre formação não se verificando um número extenso de cláusulas imperativas, ao contrário do que ocorre com os direitos reais[22]. De fato, desde que a prestação estipulada corresponda a um interesse do credor digno de proteção legal, nenhuma restrição se cria, em princípio, à constituição de qualquer obrigação.

---

[21]A limitação apontada no parágrafo acima não se limita a serviços considerados existências. A cominação decorrente do limite da autonomia da vontade é bem explanada pelo disposto no art.135-A do Código penal Brasileiro, incluído pela pelo Lei 12.653/2012: Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012). Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012). Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte. (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

[22]Lembra Couto e Silva, (*A obrigação como processo*, cit.): "O direito real é absoluto por natureza e, como cautela, impõe-se sua fixação em um número diminuto. Historicamente, todavia, nem sempre tiveram os direitos reais estrutura típica, bastando lembrar que no antigo direito germânico vigora o princípio de sua livre formação. Atualmente, porém, a importância da propriedade e a circulabilidade dos bens impedem que assim seja, ao contrário do que sucede no direito das obrigações. Esta aliás, uma das notas mais significativas, para o discrime entre os dois campos."

Todavia, não há como se negar a incidência de leis limitadoras, e neste ponto, retirando a proteção legal ao interesse do contratante desde que seja a ela conflitante. Cogita-se da aplicação de certas garantias e direitos individuais, preconizados no art.5º da Constituição Federal de 1988, como agentes limitadores da manifestação da vontade o que, todavia, tendo em vista que traduz a incidência de preceitos vinculativos entre Estado e indivíduos nas relações entre particulares, o que, por certo, parece encontrar solução nas cláusulas gerais aplicadas ao regime jurídico dos contratos.

Por outro lado, existem direitos reputados como inalienáveis e indisponíveis tais como o direito a vida, crença religiosa e liberdade individual os quais se manifestam tanto na relação entre indivíduos e Estado quanto naquela entre particulares de maneira que a avença que os infrinja não se revestirá de qualquer eficácia jurídica[23].

Todavia, não há como se desconsiderar o fato de que existem direitos de outras categorias, assegurados constitucionalmente, de ingerência na relação entre particulares. Porém, acentua Couto e Silva que "não seria exato, entretanto, pensar que todas as disposições constitucionais, endereçadas ao indivíduo, refletem-se de forma imediata no direito civil ou comercial. Geralmente, faz-se mister a existência de lei ordinária."

Por derradeiro, a preponderância de um dos contratantes implicando no desnível do poder econômico e social das partes, também gera uma limitação da faculdade de se determinar o conteúdo do negócio jurídico.

O exemplo a ilustrar o acima exposto são os contratos classificados como de adesão na qual o consentimento da parte para com os termos explanados pela outra bastaria a sua existência[24].

---

[23]Neste caso, estaríamos diante da análise do objeto do contrato, o qual, na lição de Carlos Alberto Dabus Maluf: "O objeto do contrato, como o da obrigação, tem que ser possível, determinado ou determinável, lícito e suscetível de apreciação econômica. Em primeiro lugar, tem que ser possível, mesmo porque *impossibiliumnulla est obligatio*. A impossibilidade pode ser física ou legal. É física, também, chamada material, quando o contrato objetiva prestação que jamais poderá ser obtida ou realizada, por contrariar as leis da natureza [...], ultrapassar as forças humanas [...], ou ser irreal a sua existência [...]. Ocorrerá impossibilidade legal ou jurídica sempre que a estipulação se refira a objeto proscrito ou condenado pelo direito, como a alienação do bem de família (Cód. Civil de 2002, art.1.717), o pacto sucessório, pela suspeita de que possa encerrar *votumcaptandae* mortis (art.426)." MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 20.

[24]Carlos Alberto Dabus Maluf esclarece a dúvida acerca da questão da natureza contratual de referidas avenças, afirmando tratar-se de, sim, de um contrato em sua acepção jurídica. Ressalta o autor que a igualdade econômica e a igualdade verbal não são requisitos para a validade do contrato, bastando, para tanto, a igualdade jurídica. Vejamos: "Perguntou-se, por isso, se neles [nos contratos de adesão] haveria realmente um contrato, não faltando quem o contestasse; mas, tal concepção, como adverte JOSSERAND, foi geralmente repelida; os contratos de adesão são, de fato, verdadeiros contratos. Com efeito, a lei não

Da mesma forma, em que pese inseridos no campo próprio para os vícios de consentimento, mas pela conseqüência atribuída pela lei ante a sua verificação, a possibilitar a revisão e anulação do ato, do que por sua natureza jurídica propriamente dita, os institutos do *estado de perigo* e da *lesão* também representam uma limitação a autonomia da vontade.

Com efeito, em meio a uma série de critérios subjetivos para sua aplicação, foi inserido no art.156 do Código Civil de 2002, o instituto do "estado de perigo", calcado no estado de temor e na iniqüidade das prestações, alocado no campo destinado aos defeitos dos negócios jurídicos pela conseqüência que lhe imputou a lei (art.171, II, do Código Civil).

No que tange a lesão, repousa a origem do instituto na *laesioenormis* do Direito Romano surgida na Lei Segunda (*lex secunda),* do ano 285 D.C., promulgada por Diocleciano[25]. A lesão presente no Código de Justiniano, não era analisada em sua causa, como um vício de consentimento ou defeito na emanação da vontade do declarante, mas sim em sua conseqüência, na objetiva disparidade de prestações[26]

---

exige prévia negociação ou confabulação entre as partes; ela não impõe o livre debate ou regateio de cláusulas contratuais, ela não reclama perfeito acordo de vontades, no sentido comum da palavra. Contenta-se com a simples consenso." MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 54.

[25]Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery classificam o instituto em várias espécies a luz da inspiração romanística, quais sejam: a *lesão enorme,* a *lesão enormíssima (sic),* a *lesão usurária (usura real),* a *lesão especial* e a *lesão consumerista.* Quanto à *primeira: 'quando, no contrato de compra e venda, a coisa era vendida pelo preço fixado em menos da metade do que seria justo ao tempo da venda. Os requisitos para essa aferição eram objetivos. Preço inferior à metade do valor de mercado caracterizava a lesão enorme (laesioenormis). Caso o comprador oferecessea complementação do preço, mantinha-se íntegro o contrato*'; Quanto à lesão enormíssima: '*ocorria a lesão enormíssima quando o vendedor era lesado em mais de dois terços do preço de mercado, ou seja, do preço justo da coisa. Não se podia complementar o preço para que fosse mantido o contrato*'; Quanto à lesão usurária,com especial ressalva para*:"a usura real (vantagem excessiva) é que caracteriza a lesão. A LU (D 22626/33) proíbe a usura pecuniária, enquanto que a LEP (L 1521/51), em seu art. 4º, tipificou como crimes as condutas que levam à usura pecuniária e à usura real'" in,* NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[26]Acerca do critério objetivo da análise da lesão no Direito Romano cumpre destacar o apontamento de Silvio Rodrigues: "*quando, num contrato comutativo, havia tal desproporção entre as prestações fornecidas pelas partes que uma recebia da outra menos da metade do valor que entregava. Verificada a hipótese, tinha o contratante prejudicada prerrogativa de pedir ao juiz que declarasse rescindido o contrato. Dizia a célebre Lei Segunda, de Diocleciano e Maximiliano, do ano 285 (Cód. L. IV, Tít. 44, "De rescindenda venditione", L. 2):(...)'Se tu ou teu pai vendeu por menor preço coisa que valia muito mais: é equitativo que, mediante a interferência do juiz, ou recebas de volta o fundo vendido devolvendo ao comprador o preço; ou, se o comprador preferir, recebas a diferença entre o que recebeste e o justo preço. O preço será menor se não atingiu nem a metade do valor da coisa'." in,* RODRIGUES, Silvio.*Direito civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 224.

Todavia, no estado de perigo e na lesão, não há como se negar que ao contratante é dado o direito de escolha, ainda que entre dois males, por circunstâncias criadas independentemente da conduta das partes envolvidas.

Logo, o que se observa, na verdade, é uma limitação à liberdade de contratar por circunstâncias excepcionais as quais implicam em um contrato desequilibrado, seja porque não representa a correta remuneração pelo serviço prestado seja porque redunda em uma prestação assaz onerosa para aquele que contratou.

Contudo, qualquer dos casos acima apontados, não nos permite concluir que a autonomia da vontade encontre-se relegada a um segundo pleno. Pelo contrário, ela continua a ocupar um lugar de relevo dentro do ordenamento jurídico[27].

Neste contexto, no qual se avalia não só o comportamento como também a manifestação livre, baldados os seus limites, das partes cuja coincidência de interesses econômicos seja, essencialmente, a compra e venda de bem imóvel com a efetiva transmissão de seu domínio, que pretende analisar o compromisso de venda e compra.

Com efeito, cabe as partes, ligadas pelo intuito econômico de transmitir a propriedade de bem imóvel fixar sua vontade em mero contrato preliminar ou promessa de contratar no futuro, dentro do campo da autonomia da vontade obrigacional, ou efetivamente comprometerem-se a vender e comprar sob a égide da legislação protetiva.

Isto porque, conforme se esmiuçara nos capítulos seguintes, as conseqüências são diversas tendo em vista que, enquanto nas simples intenções, mas afetas às negociações preliminares a questão do inadimplemento merecerá a análise da tutela da confiança pela ruptura lesiva das negociações, alheias, desta forma, à responsabilidade contratual, bem como nos contratos preliminares a questão merecerá a análise da celeuma na seara obrigacional, no efetivo compromisso, posto que a intenção manifesta das partes é a compra e venda, sendo o nexo contratual a alienação, irretratável e irrevogável, da *res*,e por esta razão a lei, conferindo eficácia real ao mesmo, possibilitou a execução específica do contrato.

[27]Neste sentido, conclui Couto e Silva que ao seu lado "a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. Da vontade e desses interesses juridicamente valorizados dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática atual." COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, cit., p. 31.

Para tanto, far-se-á necessário esclarecer que o interesse econômico presente na compra e venda é a transferência da propriedade de uma coisa a outra pessoa, recebendo em contraprestação soma em dinheiro ou valor fiduciário equivalente.

Logo, seu fim específico é a alienação de um bem, e este é o ponto de encontro da convergência de interesses das partes, para uma delas, a transferência e para a outra, a aquisição[28].

Todavia, em alguns sistemas jurídicos, o contrato de compra e venda possui efeitos reais, bastando, por si só, para a transmissão da propriedade. Por outro lado, em outros, possui efeitos exclusivamente obrigacionais, servindo como título de aquisição de propriedade que se realizará mediante um dos meios previstos em lei (tradição da coisa ou o registro do título), mas, todavia, independentemente da celebração de outro negócio jurídico. Ou seja, limita-se a gerar a obrigação de transferir a propriedade da coisa.

Neste sentido, segundo ORLANDO GOMES[29], "o Direito Pátrio atribui ao contrato de compra e venda efeitos exclusivamente obrigacionais." Desta forma, a entrega da coisa não tem o condão de infirmar ou confirmar o contrato de compra e venda posto que o mesmo se encontra perfeito e acabado deste que, a partir da manifestação de vontade das partes, se verifique a coisa, o preço e o consentimento[30].

---

[28]Álvaro Villaça Azevedo conceitua a compra e venda da seguinte forma: "Os elementos conceituais do contrato de compra e venda encontram-se no art.481 do atual Código Civil, antes no art.1.022 do Código de 1916, quando retrata que, por ele, o contratante-vendedor obriga-se a transferir o domínio de determinado bem e o contratante-comprador a pagar-lhe o preço em dinheiro. Comentando o citado art.1.122 do Código anterior, Clóvis Beviláqua pondera que 'compra e venda é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a transferir a outra o domínio de uma coisa determinada, por certo preço em dinheiro ou em valor fiduciário equivalente'. Daí posso dizer que a compra e venda é o contrato pelo qual o vendedor se obriga a vender e o comprador a comprar, determinado objeto por determinado preço. Cite-se, nesse passo, acórdão da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., sendo relator João Egmont Leôncio Lopes [Ap. Civ. n.º 20010710174556, j. em 07.08.2002, publ. No DJU e 30.08.2002] , que decidiu: 'Transferida a coisa, mediante simples tradição, cumpre ao comprador pagar o preço ajustado', nos moldes do art.1.122 do Código Civil de 1916. in, AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de Compra e Venda. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 7, p. 32.

[29]GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 265-266.

[30]Segundo Agostinho Alvim, (ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*, cit. p. 2 e ss.) "Pelo nosso sistema, a entrega da coisa não aperfeiçoa o contrato: é ato de execução. O comprador, quando reclama a entrega, o faz com fundamento num contrato já perfeito e acabado [...]. O Código Civil [Cód. Civil de 1916] não seguiu o sistema da venda real, que é francês, segundo o qual o contrato opera a transferência do domínio [art.1.583 do Cód. Civil Francês]. Adotou o sistema do chamado negócio obrigatório (ENNECCERUS, Derecho de Obligaciones, II, § 101), ou venda obrigatória, que não supõe, para seu aperfeiçoamento, nem a entrega da coisa, nem a do dinheiro." Parece-nos razoável a explicação dada por Enzo Roppo, (*O contrato,* cit.), para o efeito translativo do contrato de compra e venda no direito francês a partir da exposição quanto à estrita ligação existente entre contrato e propriedade naquela sistema jurídico, vejamos: "As razões deste estreitíssimo nexo, instituído já em sede sistemática, entre contrato e propriedade não poderiam ser mais claras: o contrato e o poder de contratar livremente são perspectivados, nas enunciações ideológicas de princípio, como meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo,

Prossegue ainda o autor afirmando ser o contrato de compra e venda bilateral, consensual, oneroso, comutativo, de execução instantânea ou diferida.

Bilateral, posto que da coincidência de vontades nasce para o vendedor a obrigação de entregar a coisa com o "ânimo de transferir-lhe a propriedade" e para o comprador, a de pagar o preço[31], gerando a dependência e reciprocidade destas prestações a conferir a sinalagma intrínseca aos contratos bilaterais perfeitos.

Da mesma forma, simplesmente consensual, vez que suficiente o acordo de vontades sobre a coisa e a fixação do preço para tornar a avença perfeita e acabada. Repise-se que, não é imprescindível a entrega da coisa para a confirmação do contrato, derivando do mesmo apenas a obrigação de entregá-la.

A compra e venda, ainda, é onerosa, tendo em vista que ao acordo de vontades visa a obrigação de uma transferência patrimonial sendo imperiosa, da mesma forma, a garantir a comutatividade, a certeza quanto às prestações. De fato, os esforços se correspondem[32] sem que se cogite a falha de qualquer um deles.

Por fim, o contrato de compra e venda possui execução única, afirmando Orlando Gomes que se trata de um *contrato instantâneo*[33], "sendo indiferente que o cumprimento das obrigações se verifique imediatamente após sua perfeição ou depois de algum tempo." Ressalta o autor que mesmo as parte pactuando o parcelamento da prestação, não fato não

---

finalmente liberto dos antigos vínculos; mas, mais ainda, são considerados, no concreto da disciplina positiva da lei, como *instrumentos de circulação de riqueza* (e, portanto, da propriedade, que representa o seu símbolo jurídico). Entre os dois aspectos, por outro lado, não parecia existir contradição, tanto mais que a ideologia dominante procedia ao seu harmônico posicionamento num quadro no qual os mesmos se integravam e completavam reciprocamente. Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, *liberdade* e *propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binômio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e, portanto dissociada da liberdade de contratar)."

[31]Agostinho Alvim, (*Da compra e venda e da troca*, cit.), faz importante destaque quanto ao requisito preço dos contratos de compra e venda, alertando que a sua falta torna nula a avença: "Não confundir, porém, *preço* com *pagamento*, aviso este que não é supérfluo, pois a própria lei, em certo lugar, fala em preço com o significado de pagamento (Código Civil, artigo 1.127) [Cód. Civil de 1916]. Se o comprador paga com moeda falsa ou dinheiro recolhido, ou cheque sem fundo, preço houve; o que não houve foi pagamento. O vendedor será credor do preço, se não preferir atacar o ato por outros meios." Alerta ainda: "O preço deve ser em dinheiro. Se as partes pactuarem de outro modo, o negócio vale; mas não será compra e venda."

[32]Orlando Gomes, ressalta, todavia, que a correspondência das prestações não implica em uma equivalência objetiva. Contudo, a fixação de preço irrisório desnatura o negócio em exame. GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 267.

[33]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 267.

retira esta característica da compra e venda, não a transformando em um contrato de duração ou execução continuada.

Logo, observa-se que da sucinta análise dos requisitos necessários ao contrato de compra e venda, o que a presente exposição cuidará de esmiuçar nos capítulos seguintes, revela que no sistema jurídico pátrio, a celebração do compromisso de compra e venda, pela própria natureza e requisitos da avença em exame não merece ser tratado como contrato preliminar típico.

Todavia, BESSONE[34], ao tratar da natureza obrigacional da compra e venda, ressalta que foi BEVILÁQUA o responsável pela doutrina segundo a qual referido negócio jurídico implicaria em uma obrigação de dar, ou seja, uma obrigação de transferir o domínio. O contrato, desta feita, não teria, conforme alhures exposto, o condão de transferir o domínio o qual restaria adstrito à tradição, para os bens móveis, e ao registro no à margem da matrícula, no caso dos bens imóveis.

Segundo o autor em referência, a lição de BEVILÁQUA foi "recolhida sem debates por quase todos os juristas que estudaram o instituto no nosso direito", culminando no fato de que da compra e venda resulta uma obrigação, qual seja, a *promessa* de transferir o domínio.

Todavia, prossegue o autor no sentindo de que esta concepção não se compatibiliza com a promessa de compra e venda.

Com efeito, no contrato reputado pelo autor como preliminar[35], um dos promitentes se obriga a vender a coisa e o outro, por sua vez, a compra-lá, pagando-lhe o preço. Desta feita, se obrigariam as partes a concluir, no futuro, completado o preço, a compra e venda.

Logo, conclui o autor que: "se este carecer de efeito *translativo*, e produzir apenas a *obrigação* de transferir o domínio, obviamente a promessa criará uma *obrigação de se obrigar* a transferir o domínio, convertendo-se, assim, em *promessa de promessa*."

---

[34]BESSONE. Darcy. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 14 e ss.

[35]A abordagem acerca na natureza preliminar ou definitiva do compromisso de venda e compra será objeto de dos capítulos seguintes, consignando, nesta introdução, para fins de coerência da presente exposição, a lição de José Osório Azevedo Junior: "Faltou – com a devida vênia, e salvo melhor juízo – uma análise mais concreta e realista do fato econômico e jurídico tal como efetiva e comumente ocorrido entre as partes e regulado pelo compromisso de compra e venda." AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 18.

Firme contra a natureza obrigacional do contrato de compra e venda, afirma BESSONE que já na promessa de compra e venda, e neste sentido, reitere-se que sempre foi esta a coincidência de interesse das partes, o efeito translativo já se encontra presente. Vejamos[36]:

> "Acresce que a promessa, averbada ou inscrita no Registro Imobiliário atribuiu *direito real* ao promitente-comprador. O ponto de vista dominante em doutrina e jurisprudência, considera que a *adjudicação judicial*, quando do inadimplente o promitente-vendedor, tem como pressuposto a *averbação* ou *inscrição* da promessa no Registro de Imóveis, o que significa que o direito à *adjudicação* é, para essa corrente, de natureza *real*. Fala-se, até, em um *direito real potestativo*. Então, antes da compra e venda e enquanto vigente somente a promessa, haveria, já, *direito real*, que ao celebrar-se o contrato definitivo, em execução do *contrato preliminar*, se degradaria, tornando-se o direito de natureza *pessoal*, como é correlato à *obrigação*, seja esta *de fazer*, *de não fazer*, ou *de dar*. Note-se, por fim, que, inadimplente o promitente-vendedor, a adjudicação judicial substitui o contrato de compra e venda, o que prova que, no contrato dito *preliminar*, a promessa já é de transferir o domínio, não de obrigar a transferi-lo, servindo o segundo contrato, definitivo, quando se celebre, apenas como elemento integrativo da transmissão, sem caráter essencial."

Sem prejuízo do exame acerca da natureza preliminar ou não do compromisso de compra desde que latente o real interessa das partes na efetiva transferência patrimonial, insta salientar que o eficácia real conferida a aludido negócio jurídico ao lado das cláusulas de irretrabilidade e irrevogabilidade, parece traduzir e justificar a natureza dúplice de aludido contrato[37], abrindo o campo de discussão a que se presta a presente exposição.

---

[36]Salienta-se que a obra de Darcy Bessone consultada, (*Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit.), foi editada em 1997, quando em amparo da sua tese foi utilizado o disposto no art.5º do Decreto-Lei 58/37 e art.25 da lei n.º 6.766/79, a seguir examinadas. A Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça somente viria a ser promulgada em 28/06/2000 - DJ 30.08.2000, com a seguinte redação: "O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.", estabelecendo, desta feita, com o início da vigência do Código Civil de 2002 com o disposto em seu art.1.417 ("Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel."), discussão acerca da revogação, por seu conteúdo, do disposto em referida Súmula, matéria esta que será abordada nos capítulos seguintes.

[37]Importante destacar a lição de Sílvio de Salvo Venosa quanto à natureza jurídica do compromisso de compra e venda: "Pelo compromisso de compra e venda de imóvel, tal como figurado na legislação citada [Decreto-Lei n.º 58/37 e Lei n.º 6.766/79], os poderes inerentes ao domínio,*iusutendi*,*fruendi et abutendi*, são transferidos ao compromissário comprador. O promitente vendedor conserva tão somente a nua propriedade, até que todo o preço seja pago. Nota-se que nessa situação o *ius abutendi*, direito de dispor, não é transferido de todo, mas vai esmaecendo e se esvaindo á medida em que o preço é pago até desaparecer com a quitação integral. Pago o preço, os poderes do domínio se enfeixam no patrimônio do adquirente. Tal como ocorre por exemplo na extinção do usufruto com a morte do usufrutuário ou com a extinção da hipoteca com o desaparecimento da obrigação garantida [...]." VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 384-385.

Com efeito, sob o regime do art.1088 do Código Civil de 1916[38], o direito de arrependimento de qualquer das partes, quando a exigido a forma pública como prova do contrato, implica na ausência de instrumentos jurídicos para o promitente comprador exigir o cumprimento do contrato entabulado, restringindo-se a este a satisfação de seu direito pelo árduo caminho das perdas e danos.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa[39], diante destas circunstâncias, muitos foram os lesados por loteadores inescrupulosos, visto que à época, era na venda em prestações de imóveis loteados não edificados que se situava a celeuma.

Tal fato justificou a promulgação do Decreto-Lei 58 de 10 de dezembro de 1937, por iniciativa de Waldemar Ferreira, conferindo eficácia real ao compromisso de venda e compra de imóveis loteados[40].

Segundo Álvaro Villaça Azevedo[41], o autor do projeto de lei acima mencionado afirmava que a utilização do art.1.088 do Cód. Civil de 1916 implicava na precariedade dos títulos de domínio dos vendedores não examinados e verificados cuidadosamente, gravados, por vezes, de ônus reais e, por vezes, em regime de execução judicial, implicando na penhora de lotes compromissados à terceiros, fechamento de vias de comunicação e "outras medidas e tendentes a desalojar de suas posses os que a beneficiavam."

José Osório de Azevedo Jr.[42], reputando como pioneiro o estudo de Philadelfo de Azevedo[43] acerca do tema, esclarece que referido jurista, partindo da concepção de contrato preliminar do compromisso de venda e compra, reconhecia a produção de efeitos

---

[38]"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."

[39]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*, cit.,p. 382.

[40]A considerações de referido decreto deixam clara a justificativa do mesmo ante às circunstâncias sócio-jurídicas da época. Vejamos: 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 partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda; Considerando que êsse dispositivo deixa pràticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das emprêsas 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."

[41]AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de Compra e Venda, cit.

[42]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 13.

[43]*In*, AZEVEDO, Philadelfo de. Execução coativa da promessa de venda. *Revista Crítica Judiciária*, 10:597.

do mesmo nas duas hipóteses. Se celebrado via instrumento público e sem a pactuação da possibilidade de arrependimento, a execução específica no caso de inadimplemento do promitente vendedor restaria possível; na hipótese de celebração do instrumento via instrumento particular, estaria o inadimplente sujeito à reparação por perdas e danos.

Todavia, conforme reverberado pelo próprio autor em destaque, tal solução não era acolhida pela orientação dos Tribunais pátrios à época.

Tal afirmação se coaduna com o parecer da lavra de Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, o qual, em pese elaborado meses após a promulgação do Decreto-Lei 58/37, relata com clareza a situação jurídica então existente:

> "Não obstante valiosas opiniões em contrário, promessa de compra e venda, contrato preliminar (evertrag), diverso do definitivo por sua natureza, o exige a mesma forma deste e, em relação a esta, apresenta efeitos diversos. Assim, a promessa de compra e venda feita por escrito particular quando descumprida, sómente rende enseja a perdas e danos. Porém, passada em escritura pública, com a outorga uxória, é passível de execução coativamente, valendo a sentença judicial, como título a ser transcrito.
>
> Contrariando a maioria das legislações dos povos cultos e a firmeza dos negócios, tem a jurisprudência negado execução coativa á promessa de compra e venda, qualquer que seja a fórma do contrato. A doutrina oposta no entanto é defendida por autores de vulto e já começa a encontrar guarida em nossos tribunais."

Logo, foi somente ante ao advento do Decreto-Lei 58 que o compromisso de compra e venda ganhou a dimensão necessária então verificada. Isto porque, por força de referido diploma legal atribuiu-se direito real[44] ao compromissário comprador, desde que registrado o contrato perante o Órgão competente, permitindo a adjudicação compulsória do bem desde que quitado o preço[45].

---

[44]Neste tópico, tendo em vista a que atribuição de direito real ao compromisso de compra venda, outrora justificada a garantir maior estabilidade às aquisições a prazo de imóveis loteados, acabou por conferir efeitos reais a uma relação obrigacional, cabe trazer a baila a lição de Antunes Varela quanto a subordinação dos direitos reais ao princípio da tipicidade: "Por outro lado, desde que os direitos reais têm eficácia erga *omnes* e não apenas entre as partes que intervêm na sua constituição, não se justificaria que se confiasse á iniciativa dos interessados a livre criação de instrumentos que podem causar séria perturbação no comércio jurídico." *in*, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015. v. 1, p. 187.

[45]Art.5º Decreto-Lei 58/37: A averbação atribue ao compromissário direito real aponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento.
Art.16: Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do artigo 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973).

Uma vez atribuído a eficácia real para o compromisso de compra e venda de imóveis loteados, a mesma providência foi tomada para imóveis não loteados por força do Decreto 3.079/38.

Refere-se também a lei 649/49 a qual deu nova redação ao art.22 de aludido decreto mas, todavia, não pacificou, a contento a questão no que concerne a cláusula de arrependimento[46].

Todavia, em exame ao mesmo comando legal, aponta Arnaldo Rizzardo a sua opinião no sentido de que foi louvável a alteração legislativa posto que possibilitou ao compromissário comprador, detentor de instrumento particular, devidamente registrado[47], manejar a adjudicação do bem, face ao inadimplemento da outra parte[48].

Contudo, as legislações que se seguiram repisaram a exigência do registro do instrumento a garantir, desta forma, sua eficácia real, viabilizando a execução específica do contrato[49].

Isto porque, partindo-se da distinção de Darcy Bassone acerca da direito pessoal, inerente ao compromisso de cunho obrigacional, e do direito real, atinente ao registro do contrato[50], salienta José Osório de Azevedo Junior[51] que "o destino normal de qualquer obrigação é o seu cumprimento na forma convencionada. Só mesmo havendo impedimento legal ou impossibilidade física, como geralmente acontece nas obrigações personalíssimas,

---

[46]Examinando a questão sobre o enfoque da lei 649/49, Altino Portugal Soares Gouveia esclarece a hipótese de ausência de cláusula de arrependimento: "É de se notar, contudo, que, mesmo nestes últimos casos [refere-se também aos contratos firmados sob a égide do Decreto-Lei 58/37], se as exigências de forma legal e averbação ou inscrição no registro forem inobservadas, restarão as promessas como simples obrigações cuja inexecução ficará sujeita às sanções do Código Civil [art.1.088 do Cód. Civil de 1916]." *in*, PEREIRA, Altino Portugal Soares. *A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1957.

[47]Registro e não mais inscrição, por força do disposto na Lei 6216/75 que alterou a Lei dos Registros Públicos (Lei n.º 6.015/73).

[48]Salienta o autor: "Com o advento da lei 649, apareceram estas decorrências, na lição de Pontes de Miranda [Tratado, t. XIII, §1.434, 2, p. 40]: 'a) que explicitamente se tira a eficácia especial se há cláusula de arrependimento;...d) que se riscaram os dizeres compreendidas nesta disposição as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral'. Por último, segundo nosso entender, dirimiu uma velha dúvida, estendendo os efeitos aos contratos em geral. Antes, não era admitido, em conformidade com a doutrina ortodoxa, o processo de adjudicação compulsória, em caso de mero contrato particular. Foi reconhecida a possibilidade de ser a promessa celebrada por instrumento particular, sem prejuízo daquela ação. O contrato preliminar tem sempre força de direito real, oponível a terceiros e assecuratório da adjudicação, desde que inscrito." *in*, RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 22.

[49]Neste sentido, é o contido na Súmula 413 do STF, publicada em julho de 1964: "O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais."

[50]BESSONE. Darcy. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit.

[51]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 28.

ou no caso de desaparecimento do objeto da prestação é que o Direito moderno tolera essa solução indireta da obrigação – qual seja, o pagamento das perdas e danos."

A par do exposto, prossegue ainda o autor acima referido no sentindo de que a possibilidade de se pleitear a adjudicação deriva do próprio compromisso a que se obrigaram as partes posto que direito pessoal que se opera somente *inter partes*, sendo desnecessário, na sua visão o registro.

Justifica seu ponto de vista firme na concepção de que o direito à adjudicação nasce com o pagamento do preço e o direito real, por sua vez, com o registro do título. Todavia, ambas circunstâncias podem não ser contemporâneas, o que não poderia impedir o cumprimento do contrato.

Neste diapasão, a interpretação do disposto no art.25 da lei 6.766/79[52], calcada em reputada *redação defeituosa* no que concerne à conjugação gramatical do verbo *conferir*, nos termosdo mencionado em aresto da lavra de José Osório de Azevedo Junior quando no exercício da magistratura junto ao 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (Ap. 285.425), partindo do pressuposto que todos os contratos originados da promessa de compra e venda são irretratáveis, distinguiu o direito à adjudicação oriunda, justamente, desta impossibilidade de arrependimento, e o direito real, nascido do registro do título, possibilitando a oponibilidade do contrato face à terceiros.

Arnaldo Rizzardo[53], por sua vez, citando a lição de Rui Geraldo de Camargo Viana[54], alerta para outra peculiaridade do disposto na Lei 6.766/79, no sentido de que o compromisso de venda e compra se revelaria como promessa de contratar, consistindo em estipulação preliminar[55], mas da mesma sorte, passível de mais uma vez, registro.

---

[52]"São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confiram direito real oponível a terceiros."

[53]RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 5. ed., cit.

[54]In, VIANA, Rui Geraldo. *Parcelamento do solo urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

[55]Neste sentido, Rui Geraldo de Camargo Viana, obra cit.54, p. 96: "O art. 27 da Lei 6.766 apresenta uma inovação em relação ao direito anterior, criando figura de verdadeira estipulação preliminar que vai buscar inspiração no §4º do art.35 da Lei 4.591/64 ['Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do têrmo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acôrdo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32...§4º: Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no caput dêste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o conseqüente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.'], dispositivo que visava armar o adquirente contra abusos do incorporador renitente em promover a celebração do contrato relativo à fração ideal do terreno e da construção. Sucede, comumente, ser o negócio tratado com o corretor, sem possibilidade momentânea de elaboração do contrato, ou, à sua falta do dinheiro suficiente para a composição da entrada do preço, reserva-se lote, mediante fracionamento do valor da entrada."

Salienta José Osório de Azevedo Junior[56], que a jurisprudência que se seguiu, calcada na obrigação pessoal das partes, flexibilizou a exigência do registro imobiliário do compromisso[57] culminado na edição da Súmula 239 (DJU 30.8.2000)[58].

Contudo, malgrado o Cód. Civil de 2002 tenha, com a devida *venia*, relegado à margem da positivação questão relevante acerca do compromisso de compra e venda, tais como a mora, indenização e a promessa de cessão, cuidou de repisar a necessidade do registro imobiliário do contrato[59].

Neste sentido, o mesmo autor acima apontado, ao comentar o seguinte art.1.418 do Cód. Civil, ao afirmar a necessidade de registro, ao contrário do anteriormente sedimentado pela jurisprudência, afirma que a Sumula 238 do STJ perdeu sua eficácia, "tendo em vista que se trata [o registro] de condição necessária definida no próprio art.1.417 do CC, ou seja, requisito que se opera *ex lege* para a configuração do próprio direito real, não podendo não podendo ser rechaçado por orientação pretoriana, ainda que sumulada, nada obstante perfeitamente adequada antes do advento do novo CC"[60].

Rui Geraldo de Camargo Viana[61], alerta trata-se de direito real de aquisição, o que se coaduna com o disposto no art.25 da Lei 6.766/79.

Contudo, nos termos do salientado por José Osório de Azevedo Junior[62], verifica-se que o Cód. Civil foi de encontro a uma construção legislativa e jurisprudencial cujo esforço acima relatado não merecia tal resultado.

---

[56]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 38.

[57]"O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendi* à inscrição no registro imobiliário." (STJ, 3ª T, REsp 30, Min. Eduardo Ribeiro, j.15/08/1989). No mesmo sentido, REsp 39.215-2-RJ, Min. Nilson Naves, j.27/06/1994.

[58]Citação 36.BESSONE. Darcy. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit.

[59]Joel Dias Figueira Junior, ao comentar o disposto no art.1.471 do Cód. Civil, justifica o comando nos seguintes termos: "O instituto da promessa de compra e venda, tal como inserida no Código Civil, decorrente da inscrição do instrumento público ou particular celebrado entre as partes, devidamente registrado no Registro de Imóveis, não confere ao promitente comprador direito real, equiparável ao direito de propriedade. O que se verifica, isto sim, é a existência de um novo direito real, voltado a garantir, efetivamente, aquele que se compromete a adquirir um imóvel. Trata-se, em outras palavras, de direito á aquisição *para o futuro*. É direito real em toda a sua extensão e profundidade para os fins definidos neste Título IX; contudo, a aquisição da propriedade, como conseqüência lógica dessa relação contratual, envolvendo, também, um direito real, dependerá da configuração de novos requisitos específicos." in, FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arts.1196/1224. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

[60]Id. Ibid., p. 1247.

[61]*in*, VIANA, Rui Geraldo de Camargo (Org*.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1608, p. 624.

[62]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 337.

A intenção das partes, conforme alhures visto, é a efetiva transferência patrimonial e este é o liame contratual.

Exigir – se o registro imobiliário, e neste pormenor, destinado a oponibilidade do título erga omnes, bem como pacificando as hipóteses de mora e direitos de terceiros, se revela plausível, mas, todavia, a celebração de um segundo contrato para sedimentar o que já está concluído pode se revelar exagerado, conforme se prestará ao exame a presente exposição.

Não obstante, se para justificar uma das hipóteses acima suscitada, se faz necessário o exame da real vontade das partes, seja pela declaração expressa ou por comportamento que elas exprimam, resta patente que a mesma posição adotada pelos contratantes que permitirá aferir a extensão do vínculo pretendido e suas conseqüências.

De fato, pela manifestação de vontade os contratantes se vinculariam por uma opção, por uma promessa ou por efetivo compromisso.

Resta patente que a presença de uma dessas modalidades de aproximação contratual gera efeitos diversos, seja em relação as partes, cônjuges e terceiros, de maneira que são tais circunstância, justificadas pela efetiva incidência da compra e venda na vida social, que viabilizam a presente exposição.

2. A COMPRA E VENDA

Segundo Carlos Alberto Dabus Maluf[63], a compra e venda é o mais freqüente e o mais importante dos contratos, posto que aproxima os homens e fomenta a circulação de riquezas. Tal fato justifica, inclusive, sua posição à frente das demais relações obrigacionais no Código Civil de 2002[64].

Sua origem remonta ao sistema de trocas e permutas comuns nas civilizações mais arcaicas, cujas dificuldades – a conjugação de interesses antes às mercadorias de parte a parte; a igualdade de valores entre ambas a possibilitar o respectivo interesse na troca - atuaram-se na medida em que se descobriu uma mercadoria que poderia servir de denominar comum a todas as operações.

Segundo o mesmo autor, "Essa mercadoria, esse valor, a princípio, consistiu em cabeças de gado (*pecus*, da qual derivou a palavra pecúnia); vieram depois as pedras e metais preciosos, ouro e prata; finalmente, a moeda, o dinheiro, que não é outra coisa senão uma porção de metal precioso, medido e pesado antecipadamente e dotado de certo poder aquisitivo.

Para Álvaro Villaça Azevedo[65], no Direito Romano, o contrato de compra e venda surgiu dentre as obrigações contraídas pelo consentimento

---

[63]MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 121 e ss.

[64]O art.481 do Cód. Civil de 2002 ("Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe o preço em dinheiro.") inaugura o Título VI, "Das Várias Espécies de Contratos", do Livro I, destinado ao direito das obrigações. Da forma, com ligeira alteração redacional, mas conservando seu sentido, conforme se demonstrará, era o disposto no art.1.122 do Cód. Civil de 1916 ("Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.), todavia inaugurando o Título V. Jones Figueiredo Alves, todavia, reputa como inexistente qualquer alteração redacional com a supressão da palavra *certo*. Traz, no mesmo comentário, uma breve conceituação do instituto: "O contrato de compra e venda é o contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo ou aleatório, e, de modo geral, não solene (a depender do objeto), de efeitos meramente obrigacionais (obrigação *ad tradendum*) que serve como título de aquisição de coisa determinada mediante o pagamento do preço, definido e em dinheiro, obrigando o vendedor a transferir a propriedade do bem em favor do comprador. O sistema adotado acompanha o alemão (BGB, art.433). A translatividade dominial se aperfeiçoa somente pela tradição (se o bem for móvel) ou pelo registro imobiliário (se o bem for imóvel). A forma não será livre quando a validade da declaração de vontade depender de forma especial exigida por lei (art.108 do NCC), como ocorre com a exigência de escritura pública, essencial à validade do negócio jurídico, na compra e venda de imóveis, de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (art.108 do NCC). In, ALVES, Jones Figueirêdo. Arts.421/729. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 429-430.

[65]AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de Compra e Venda, cit., p. 30 e ss.

(*obligationesconsensucontractae*), com seus três elementos fundamentais: a coisa, o preço e o consentimento[66].

Prossegue o autor aduzindo que a *emptiovenditio* (compra e venda) nasceu no sistema contratual do *ius gentium* (direito das gentes) no final da República a partir das relações entre cidadãos romanos e os estrangeiros, sem maiores formalidades, diferenciando-se da *mancipatio* do sistema do *iuscivile* (direito civil), da Lei das XII Tábuas (450 a.C), na qual o formalismo era condição de sua validade (*uti linguamuncupatio*).

A avença era regulada pelas ações de boa-fé (*actionesbonaefidei*), havendo para o pretor a faculdade de apreciação pelo bom e pelo justo (*exbono et aequo*)[67].

O negócio se aperfeiçoava com o consentimento das partes (*consensus*), *venditor* e *emptor*, para com a entrega da coisa e o pagamento do preço, respectivamente, entendendo-se por preço[68] determinada soma em dinheiro.

Acentua Villaça, todavia, que não a entrega do preço, "mas o acordo aperfeiçoa a compra e venda realizada sem escritura (*non autem pretiinumeratiosedconventioperfecitsinescriptis habitam emptionem*).

Da mesma forma, ressalta que Gaio[69], no Alto Império, afirmava que as obrigações formam-se pelo consentimento tanto nas compras e vendas, como nas locações, nos mandatos e nas sociedades (*consensufiuntobligationes in emptionibus et venditionibus, locationibusconductionibus, societatis, mandatis*).

---

[66]*res, pretium et consensus*.

[67]Pondera António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro que: "O desenvolvimento da *bona fides* não se limitou à sua transposição, com um sentido diferente, para a posse; seguiu, ainda, outras vias caracterizadas por uma evolução interdependente da dum cenário conceptual cujas sequelas preenchem hoje os sistemas jurídicos romanísticos. Há que conhecê-lo. Para tanto, deve cotejar-se a *bona fides* clássica com outras noções por ela actuadas e que sobre ela exerceram influência marcada. Em primeiro lugar, a menção ao *bonum et aequum*. Como ocorre repetidamente com expressões dotadas de níveis afectivos de representação, *bonum et aequum* assumiria uma riqueza semântica considerável [...]. Depara-se, com primazia, um sentido técnico-jurídico. Neste emprego, bonum et aequum, aditado a certas fórmulas processuais clássicas, equivalia a diferir ao juiz competência para calcular o montante da soma da condenação. Daqui o emerge a contraposição dos *iudicia in bonum et aequum concepta* aos *bonaefideiiudicia*: nestes, como se viu, eram cominados vários poderes ao juiz que, embora muito concretos, implicavam a concessão de meios para uma decisão qualitativamente mais perfeita; naqueles, a ampliação era meramente quantitativa; determinar o quantum a arbitrar ao autor ganhante." MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rochae.*Da boa-fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011. p. 114-115.

[68]Neste sentido, quanto à necessidade da existência do preço a ilidir a anulação do ato: *sinepretionullavenditio est*.

[69]Institutas, Com. 3, §135.

Logo, conclui que pode-se dizer que, neste período do Direito Romano, a compra e venda[70] era um contrato consensual.

Assim como no direito contemporâneo, a seguir demonstrado, o vendedor naquela época respondia pela evicção e pelos vícios redibitórios que maculassem a coisa vendida, "garantindo o comprador, pela primeira, contra a turbação de terceiros, fazendo a venda boa, firme e valiosa; e pelos segundos, em razão dos defeitos ocultos, porventura, existentes na coisa vendida"[71].

Alude o autor em referência que a responsabilidade pelos vícios redibitórios surgiu em meio à necessidade de policiar os mercados, o que era desempenhado pelos magistrados *edis curuis*[72] (aedilescurulles). Face a essas situações, nas quais os vícios até então ocultos tornavam-se presentes, cabia ao comprador a utilização da ação redibitória (*actioredhibitoria*) para obter a extinção da venda e para a redução ou abatimento do preço a ação de menor valor (*actio quanti minoris*).

Quanto à análise do instituto no direito contemporâneo, cumpre destacar alguns dos sistemas estrangeiros a fim de melhor contextualizar àquele ao qual se filiou o ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, o contrato de compra e venda introduzido pelo art.1582 do Código Napoleão não só cria um vínculo obrigacional entre as partes como, da mesma sorte, transfere o domínio do seu objeto. Neste sentido, acentua Carlos Alberto Dabus Maluf[73] que o sistema francês "apartou-se destarte da tradição romana, expressa pela máxima *traditionibus et usucapionibusdominiarerum, non nudispactis, transferuntur*", de maneira que ante a celebração do pacto de venda o domínio sobre a coisa é transferido de imediato, conferindo efeitos de direito real ao contrato de compra e venda.

O direito alemão, por sua vez, forte na inspiração romana, consagrou o princípio pelo qual o contrato de compra e venda gera efeitos obrigacionais, de maneira que "por ele

---

[70]Ressalta ainda Álvaro Villaça Azevedo, (*Comentários ao novo Código Civil*. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de Compra e Venda, cit., p. 31): "Lembre-se, em parênteses, de que a palavra venda (*venumdare*) significa transferir um objeto pela entrega do equivalente em dinheiro. *Venum* ou *vesnum* descende do vocábulo *vasna* (preço) do sânscrito.

[71]Id. Ibid., p. 31.

[72]Magistratura plebéia, criada por volta do ano de 494 a.C, ante a revolta da plebe face aos arbítrios dos magistrados patrícios.

[73]MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 122.

assume o vendedor apenas obrigação *ad tradendum*; a transferência do domínio depende de outro ato relevante, a tradição da coisa vendida"[74].

Neste sentido, filiam-se ao sistema jurídico francês os Códigos belga, polonês, romeno, italiano, português, búlgaro e venezuelano; enquanto àquele alemão, guardam coerência os sistemas da Áustria, Suíça, Hungria, Holanda, Espanha e a maioria dos países sul-americanos[75].

Desta feita, cumpre apontar a diferença fundamental entre os sistemas francês e alemão a qual reside nos efeitos da compra e venda em um e em outro. No primeiro deles, o contrato é suficiente para a transferência do domínio, conjugando a obrigação da dar e a obrigação de transferir encontram-se cingidas no mesmo ato ao que se confere o nome de unidade formal. Já no sistema alemão, a situação é inversa. O contrato gera, somente, a obrigação de fazer, de maneira que para a concretização da transferência do domínio torna-se necessário um segundo ato, a tradição da coisa, sendo este elemento essencial à transmissão da propriedade.

Destaca Dabus Maluf[76] o sistema soviético, cuja relevância para o ora exposto prende-se ao fato de que o mesmo não se atém nem ao contrato e tampouco à tradição da coisa, como princípio exclusivo da transmissão da propriedade. Aludido sistema admite, a partir da do campo próprio da aplicação, tanto um quanto outro fundamento. Quanto aos bens individualmente determinados o contrato é suficiente para consolidar a transmissão da propriedade ao passo que, em relação às coisas determinadas apenas pelo gênero, cuja

[74]MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 123. Prossegue o autor anotando a seguinte diferença entre o sistema romano e o alemão: "contentava-se este [sistema romano] com a simples transferência da posse; o vendedor obrigava-se a procurar para o comprador a *vacuapossessionis* da *res*, isto é, sua disponibilidade, em enquanto o alemão [sistema alemão] visa à transferência da propriedade." Darcy Bessone, no mesmo sentido, salienta que: "Primeiramente, cabe observar que, em direito romano, se tal contrato [compra e venda] era de natureza *obrigacional*, a obrigação que criava não era de transferir o domínio, mas sim de transmitir a *posse*. Não constituía elemento de integração da translação dominicial, que se realizava, exclusivamente, por um dos *modos de adquirir*, isto é, *mancipatio*, *in jure cessio* ou *traditio*, e sem a precedência necessária da *emptio et venditio*. Os romanos não conheceram o registro imobiliário, e, consequentemente, não conheceram também a *transcrição*, como elemento da transmissão do domínio. Por fim, parecia-lhes que o contrato somente era hábil para produzir *obrigações*, ou *direitos pessoais*, não podendo assim constituir *direitos reais*, ponto em que muito se distancia do direito moderno, refletido no art.134, II do Código Civil [Cód. Civil de 1916]. É claro, então, que qualquer pretensão de procurar no direito romano a origem da compra e venda brasileira, tal como a viu a hermenêutica de Clóvis e sua escola, seria totalmente vã. O nosso negócio translativo é estrutural e funcionalmente, diferente do negócio translativo romano." BESSONE. Darcy. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 31. A posição de Darcy Bessone acerca da natureza real do contrato de compra e venda será abordada neste Capítulo.

[75]MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 123.

[76]Id. Ibid., p. 123.

individualização pelo peso, medida ou quantidade se faz necessária, a aquisição desafia a ocorrência da tradição da coisa.

No ordenamento jurídico pátrio, conservando a sua tradição, o Cód. Civil de 2002 filia-se aos sistemas romano e alemão. De fato, a redação do art.481[77] de referido diploma legal não deixa dúvidas acerca da natureza obrigacional da compra e venda[78].

Desta forma, para que se efetive a transferência da propriedade são necessárias outras providências (tradição da coisa para bens móveis e o registro imobiliário para os imóveis), não esgotando, para este fim, a celebração do contrato de compra e venda o qual garante às partes, tão somente, direitos obrigacionais e, desta feita, pessoais.

Contudo, referida assertiva comporta opiniões em contrário.

Com efeito, Orlando Gomes[79] traça importante comparação entre o disposto no inciso II do art.134 do Cód. Civil de 1916 ("É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:..II – nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinqüenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola."), para o qual a redação possibilitava a interpretação de que os *contratos constitutivos ou translativos* bastavam à constituição do direito real de propriedade.

Todavia, aludida possibilidade interpretativa restou afastada ante à substituição de referida expressão (*contratos constitutivos ou translativos*) por *negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais*, conforme

---

[77]"Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro."

[78]Neste sentido, iniciando o tópico no qual aborda a possibilidade de execução específica (*in natura*) do contrato de compra e venda Agostinho Alvin salienta o quanto segue: "Pela compra e venda não se transfere o domínio; o vendedor assume a obrigação de o fazer, em ato posterior, ou seja, no momento da execução do contrato. O aperfeiçoamento dêste verifica-se desde que haja acôrdosôbre a coisa e o preço (Cód. Civil, art.1.126)[refere-se ao diploma civil de 1916]. Fase anterior ao pagamento e à entrega da coisa. Na maioria dos casos a entrega da coisa é imediata; e ao espírito desprevenido dos que não analisam os fatos jurídicos passa desapercebida a existência de dois momentos sucessivos: a compra e venda e sua execução. A compra e venda gera direitos pessoais, direitos de crédito. É o que resulta de vários artigos do Código Civil [Cód. Civil de 1916] e do Código Comercial que acusam a sistemática do nosso direito em matéria de compra e venda, a saber: Código Civil, artigo 1.122: 'Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e, o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro'. Código Comercial, art.191 (1ª parte): 'O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde êsse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa não se ache entregue nem o preço pago'. Código Civil artigo 1.126: 'A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço', Código Comercial, art.197: 'Logo que a venda é perfeita (art.191), o vendedor fica obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida no prazo e pelo modo estipulado no contrato; pena de responder pelas perdas e danos que da sua falta resultarem'. ALVIM, Agostinho. *Da Compra e venda e da troca*, cit., segunda parte, p. 26-27.

[79]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 270-271.

se verifica do disposto no art.108 do Cód. Civil de 2002 (“Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”).

Da mesma forma, prossegue o autor afirmando que ante ao disposto no art.1.275 do Cód. Civil de 2002[80] parte da doutrina sustenta que a perda do domínio de um bem pela alienação decorre do título transmissivo, salientando, todavia, que os efeitos se subordinem ao registro imobiliário do ato.

Sem embargo de sua posição, afirma que prevalece a opinião, no direito pátrio, de que o contrato de compra e venda não implica na constituição direitos reais, fazendo-se necessário outros atos para tanto.

Darcy Bessone todavia, possui franca defesa acerca do caráter translativo da compra e venda no Direito Brasileiro, concluindo-se, após a minuciosa análise dos sistemas estrangeiros e dos comandos legais vigentes à época de seu manifestação que:

> “pode-se admitir dúvida sobre se o negócio translativo imobiliário se *integra pelo registro*, ou se este se relaciona apenas com os seus *efeitos*, mas qualquer que seja a posição correta, no atinente a esse ponto, é certo que a compra e venda brasileira de imóvel é *translativa*, isto é, tem eficácia *real*, não se destinando, assim a produzir tão-somente *obrigações*, ou direitos *pessoais*.

Para tanto, o autor em comento, inicia sua argumentação assinalando que Clóvis Beviláqua, a quem atribuiu a responsabilidade pela posição adotada majoritariamente pela doutrina acerca do efeito obrigacional da compra e venda, se revelou inseguro face a sua posição, posto que após afirmá-la, acrescentou que seria título translativo porque é fundamento e razão jurídica da tradição ou transcrição e, ainda, que tem por objeto a transmissão do domínio.

Prossegue afirmando que a compra e venda do sistema jurídico brasileiro distancia-se sobremaneira da *emptio et venditio*do direito romano, aproximando-se mais do preceituado pelos alemães, dotada, todavia, de características próprias oriundas da influência da legislação francesa e italiana.

---

[80]“Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: I - por alienação; II - pela renúncia; III - por abandono; IV - por perecimento da coisa; V - por desapropriação. Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.”

Face à relevância da argumentação, principalmente considerando os efeitos de sua conclusão para as hipóteses da execução específica do contrato em exame e dos próprios desdobramentos e conseqüências jurídicas da celebração do compromisso de venda e compra objeto central da presente exposição, permitimo-nos trazer a tona a fundamentação de Darcy Bessone.

Salienta o autor que a noção de *contractus* no direito romano estava atrelada a criação de vínculos somente entre os envolvidos na relação jurídica por ele regulada, produzindo, desta sorte, somente efeitos obrigacionais, não vinculando terceiros como efeito próprio dos direitos reais[81].

Diante da tal concepção os romanos situaram as convenções relativas á transmissão da propriedade na teoria dos *modos de adquirir* (*mancipatio, in jure cessio, traditio*)as quais revelam a flagrante existência do acordo de vontades como elemento essencial à transmissão do domínio.

Neste sentido, segundo o autor, a propriedade de transferia entre os romanos por força do acordo de vontades. Com efeito, as formas de aquisição acima apontadas consubstanciavam-se em contratos reais pelos seus efeitos, diferenciando-se dos obrigacionais neste ponto e dos consensuais, posto que a característica *real* não decorria de sua formação. Contudo, afirma que os romanos insistiam na doutrina pela qual o contrato somente produzia obrigações, sendo inábil a ensejar direitos reais.

Em virtude a ocorrência de situações nas quais se tornavam necessária a substituição das prestações inerentes aos *modos de adquirir* (entregas imediatas ou simultâneas da coisa e do preço por obrigações ou promessas de atos futuros) em razão de circunstâncias que impediam tal postura das partes tais como os negócios a crédito ou cujo

[81]Segundo o autor, havia no direito romano alguns contratos ditos *reais*, cuja entrega do bem era condição necessária ao seu aperfeiçoamento, não bastando o simples consentimento. Exemplifica trazendo o contrato de mútuo, o comodato, o depósito e o penhor. Aduz que a qualificação real dizia respeito à formação de ditos contratos não apresentando relação direta com o direito constituído pelo contrato ou com os efeitos dele provenientes. Desta forma, explica: "A expressão contrato *real* comporta duas acepções. No tocante à formação, os contratos se distinguem em consensuais ou reais, conforme se aperfeiçoem apenas pelo consentimento ou exijam, para se aperfeiçoarem, além do consentimento, a entrega da coisa. Em relação aos *efeitos*, podem ser *obrigacionais* ou *reais*, segundo constituam, regulem ou extingam *obrigações* ou *direitos reais*. A última classificação era desconhecida do direito romano, que não concebia o contrato como instrumento hábil para constituir relações de natureza *real*. Modernamente, impõe-se, todavia. Em virtude dela, é que os franceses e italianos dizem que a compra e venda é *consensual* e *real*, isto é, forma-se apenas pelo consentimento, mas *produz* a transferência do domínio (direito *real*). No presente Capítulo, aludiremos freqüentemente ao contrato *real* pelos *efeitos*,qualificação reservada ás convenções translativas de domínio, cuja *formação* não depende da entrega da coisa. ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 18-19, comentário n.º 12.

objeto eram colheitas futuras, criou-se, entre os romanos, obrigações relacionadas com a tutela da posse[82].

Logo, o contrato produzia a obrigação de entregar a posse da coisa (*vacuampossessionemtradere*) não assumindo o vendedor o dever de transferir o domínio, mas apenas, a de *rem praestare* facilitando o comércio entre os pelegrinos, tornando a compra e venda um novo contrato e instrumento valioso na expansão comercial.

Ato contínuo, em virtude da necessidade da criação de garantias contra reivindicação de terceiros pela coisa bem como contra vícios que pudessem macular sua qualidade e utilização as partes passaram a introduzir disposições acerca da evicção e vícios ocultos[83].

Contudo, malgrado as cláusulas de garantia acima mencionadas, limitava-se a compra e venda transferir a posse restando a cargo dos modos de adquirir a transmissão do domínio, o que não implica na afirmação de que os mesmos fossem um sucedâneo, uma complementação da compra e venda.

Ressalta Bessone ao final de sua análise do instituto no campo do direito romano:

> "A estrutura interna dos dois institutos dos diversifica de modo a tornar inconfundíveis os respectivos conteúdos e efeitos jurídicos. Encontrar-se-á, sob esse aspecto, maior proximidade entre a atual compra e venda e os *modos de aquisição* do direito romano do que entre aquela e a *emptio et venditio*. Em ambos, o *acordo de vontade* se realiza no sentido da translação do *domínio*, enquanto, na compra e venda romana, as partes contratavam a transmissão da *posse*, embora com garantias que lhe conferiam efeitos próximos dos peculiares ao domínio."[84]

[82]Comentário 74.

[83]Salienta Darcy Bessone que: "A imprevista complementação repercutiu na primitiva concepção do contrato, que deveria restringir-se, exclusivamente, à obrigação de transferir a *posse*. O instituto passou a produzir, na prática, efeitos próximos dos peculiares aos modos de adquirir, inclusive porque contribuía para a aquisição do domínio por usucapião, que se operava em dois anos." ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 22. Benedito Silvério Ribeiro, afirma que: "O nome 'usucapião' já se encontrava nas regras de Ulpiano, pelas quais vemos que, pela usucapião, adquire-se o domínio tanto das coisas imóveis quanto das móveis – *usucapione domina adipiscimur, tammancipirerum, quamnecmancipi*. Definia ele a usucapião como a aquisição do domínio pela posse continuada por um ou dois anos – *usucapio est autem dominiiadeptio per continiationempossessionisannivelbiennii: rerummobiliumanni, immobiliumbiennii*." in, RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 170-171.

[84]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 24.

Prossegue o autor examinando, desta sorte, o direito francês, afirmando que antes do Código Napoleão o conceito de compra e venda era o mesmo do direito romano acima exposto.

Trazendo a baila posição doutrinária de Pothier o que, repisando a opinião de Caillet (séc.XVII) afirmava que o conceito romano de compra e venda não merecia qualquer observância no sistema francês, posto que arbitrário.

O pensamento segundo o qual o contrato era translativo de domínio predominou por ocasião dos trabalhos preparatórios do Cód. Napoleão, salientando Bessone que Portalis, recordando que, primitivamente, a tradição e a ocupação corpórea constituíam modo de transferir a propriedade, afirmou que, na tradição do direito francês, a compra e venda bastava a ensejar a transferência do domínio, o que melhor atenderia os interesses sociais.

Salienta, todavia, que não obstante os pensamentos acima expostos, em que pese a ressalva feita por Pothier ante a opinião da Caillet, sob sua influência, fiel ao direito romano, o Código Napoleão recebeu os reflexos romanistas (art.1.582[85]).

Embora parte da doutrina francesa tenha sustentado que a redação do comando legal acima referido traduzia, tão somente, a obrigação de entregar a coisa ao comprador, posições contrárias se manifestaram a luz da necessidade de se interpretar a palavra *livrer*(entregar[86]) na sistemática do Código Napoleão.

A discussão culminou na posição hodiernamente predominante na qual, para o direito francês, a compra e venda implica na transferência do domínio.

O mesmo se aplica ao direito italiano por flagrante inspiração do sistema francês. Pelo ordenamento jurídico peninsular a compra e venda tem eficácia *real* implicando em contrato translativo do domínio[87].

---

[85]Segundo o autor em referência: "...o art.1.582 recebeu os reflexos do conceito romano, ao declarar que a venda *é une convention par laquellel´ums´oblige à livrer une chose et l´ autre à lapayer*". ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 25.

[86]Tradução livre.

[87]Darcy Bessone pondera que o legislador italiano cuidou de eliminar o problema da interpretação da palavra *livrer* (entregar) do idioma francês: "Nota-se, entretanto, que inteirado das dúvidas suscitadas quanto à locução *s´oblige à livrer une chose*, já expostas, o legislador peninsular de 1865 cuidou de evitá-las, referindo-se à obrigação *de dar*. Assim, o antigo CodiceCivile conceituou a venda como "uncontratto, per cui uno si obbliga a dare uma cosa e l´altro a pagarneilprezzo" (art.1.447). O novo CodiceCivile, de 1942, foi ainda mais preciso, ao substituir a expressão *se obriga a dar* pela alusão direta à *transferência do domínio*. Assim formulou a noção: "La venditaèilcontrattocheha per oggettoiltrasferimentodellaproprietà de uma cosa o iltrasferimentodiunaltrodiritto verso ilcorrispettivo de um prezzo (art.1470)." Id. Ibid., p. 27.

Em contrapartida, traz o autor em referência as raízes feudais do sistema germânico principalmente a documentação e anotações concernentes ao domínio útil da terra objeto da relação de suserania e vassalagem o que veio a dar origem às características do registro imobiliário observado atualmente.

Ressalta que também para os alemães houve a influência do direito romano o que, todavia, foi, gradualmente, mitigado implicando na consolidação do princípio germânico da transmissão da propriedade através do contrato *real* (quanto aos efeitos) transcrito no registro público.

O §433 do BGB disciplinou que, em virtude do contrato de venda, o vendedor de uma coisa é obrigado a entregá-la ao comprador e a proporcionar-lhe a propriedade. Ressalta, todavia, a distinção existente neste sistema jurídico entre o contrato *obrigatório* e o acordo de vontades para o efeito der transmissão do direito real.

Com efeito, chama-se de *real* (§§ 873, 925 e 929 do BGB[88]) o contrato abstrato, o qual se basta para criar efeitos independentemente de qualquer pacto anterior que crie um vínculo obrigacional entre as partes. Referido contrato real cria direito sobre a coisa, modifica ou transfere direito real preexistente, por seu turno.

Logo, partindo-se da premissa de que o ato registrário é estatal, atinente ao direito público, e, portanto, exterior ao contrato de compra e venda firmado pelas partes, é certo que, para o direito tedesco, a alienação de bens é regulada pelo §433 do BGB onde se estabeleceu que por este contrato o vendedor obriga-se, não só, a entregar a coisa, como também proporcionar a propriedade ao comprador.

Segundo o autor, no direito alemão a compra e venda é estranha ao negócio translativo da propriedade, possuindo efeitos obrigacionais; para qualquer espécie de bens (móveis ou imóveis) existe a necessidade de um novo e independente ajuste atinente a translação do domínio, culminando em um negócio complexo integrando-se para os imóveis, o registro imobiliário e para os móveis, a tradição da coisa.

[88]Sobre os artigos legais do BGB em referência, esclarece Darcy Bessone: "O primeiro [§ 873] estatui que, para alienar um imóvel, 'é necessário o acordo de vontades do titular e da outra parte sobre a produção da modificação jurídica e a inscrição da modificação no Registro, salvo dispositivo legal em contrário'. O segundo [§ 925] determina que o acordo se processe perante o *bureau* competente. O último [§ 929], aludindo à transferência da propriedade de bens móveis, exige que, além da tradição, haja acordo das partes para operar-se a transferência, e esclarece que, estando a coisa na posse do adquirente, o acordo de vontade basta." ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 29.

No direito pátrio, salienta o autor a luz do então vigente art.1.222 do Código Civil de 1916, cuja redação foi mantida pelo art.481 do diploma civil vigente, a compra e venda não encontra paradigma com a *emptio et venditio* do direito romano e com as figuras congêneres do direito francês, italiano ou alemão.

Em síntese ao acima exposto, não haveria a possibilidade de se equiparar o sistema pátrio ao romano, posto que para aqueles o contrato se destinava a regular obrigações e a transferência da posse. Quanto à comparação com o sistema franco-italiano, salienta-se que para estes o direito real se constitui e se transmite desde logo, por força do contratado entre as partes. A inscrição no registro imobiliário não participa de sua constituição, prestando-se apenas a conferir publicidade ao ato gerando efeitos perante terceiros.

Todavia, afirma o autor que a propriedade imobiliária regulamentada pelo ordenamento jurídico nacional guarda relação próxima com o sistema alemão, de onde, segundo o qual, importou-se o sistema dos Registros de Imóveis e sua função constitutiva.

Neste pormenor, compete transcrever a distinção realizada por Darcy Bessone quanto aos dois sistemas:

> "Mas ainda assim, há uma diferença profunda entre os dois sistemas, porque, aqui, o que se registra é o contrato de *compra e venda*, enquanto na Alemanha registra-se o *contrato real* [...]. Pelo contrato de *compra e venda*, diz o Código Alemão, 'o vendedor se obriga a entregar a coisa ao comprador e a proporcionar-lhe a propriedade' (§433). Duas obrigações distintas emergem do texto, a saber: a) entregar a coisa ao comprador; b) proporcionar-lhe a propriedade. A segunda corresponderia *àobrigação de transferir o domínio*, que o art.1.222 do Código Civil brasileiro faz decorrer da compra e venda. Mas, o BGB, *uma outra disposição* afirma ser 'necessário o acordo do titular e da outra parte sobre a produção da modificação jurídica e a inscrição dessa modificação jurídica no Registro (§873), acordo que, nos termos do art.925, as partes realizam no *Cartório do Registro de Imóveis*, não se confundindo com o contrato de compra e venda."[89]

Assim, esta *promessa* aproxima as redações dos dispositivos legais alemão e brasileiro quanto à compra e venda, salientando o autor, malgrado opiniões contrárias, que embora a legislação nacional não tenha reproduzido o texto alemão, também acatou o tocante ao acordo de vontades para a transmissão do domínio, o que, todavia, integra o negócio translativo.

---

[89]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 31-32.

Para tanto, analisa cronologicamente os Códigos brasileiros e, firme no escopo de sua tese, afirma que "eloqüente razão histórica pesa em favor do caráter real de nossa compra e venda mercantil"[90].

Com efeito, assevera que as disposições dos arts.191 a 220 do Código Comercial brasileiro possuem forte inspiração no Cód. Comercial português de 1833 que, por sua vez, baseou-se, com certas variantes, no Cód. Civil francês, cuja compra e venda tem natureza hábil a constituir, por si só, direito real sobre seu objeto.

Salienta que, por ocasião da promulgação do Cód. Comercial brasileiro (1850), o Cód. Civil Alemão (1896), o que influenciou, sobremaneira, o diploma civil de 1916, ainda pendia de elaboração, mas, todavia, os debates acerca da natureza da compra e venda já existiam, de modo a revelar a inclinação do legislador comercial pela natureza *real* e não *obrigacional* da compra e venda.

Analisa, da mesma forma, o disposto no art.191 do Código Comercial brasileiro[91] salientando que a compra venda, posto que perfeita e acabada ante ao consentimento das partes, não desafia qualquer solenidade posterior ou a entrega da coisa como condicionante de seus efeitos.

Ressalta que a obrigação do vendedor de entregar a coisa equivale à transmissão de sua posse[92] de maneira que entrega da coisa ou a transmissão de sua posse estabelece uma circunstância fática para o exercício do domínio. Logo, a entrega da coisa pressupõe o domínio ou que este é anterior à posse.

Desta feita, a relação de precedência acima apontada implica no fato de que em toda venda real a translação da propriedade constitui efeito direito do consenso a que chegaram as partes. Não se trata de uma prestação do vendedor a ser cumprida posteriormente. A prestação é a entrega da coisa, o que, como visto, não é condição do aperfeiçoamento da compra e venda.

---

[90] ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 33.

[91] art. 191: "O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (artigo nº. 127)." Artigo legal revogado por força do disposto no art.2.045 do Cód. Civil de 2002.

[92] Para Clóvis V. do Couto e Silva: "Na obrigação de dar que colime o efeito de transferir direito real de propriedade ou posse, suscita-se a indagação de que em certo tipo de crédito, ainda no plano do desenvolvimento do vínculo, se manifestem traços característicos de direito real. É o problema da 'realidade' – Verdinglichung – de certas relações de crédito." COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, cit., p. 116-117.

Ressalta a redação do art.215 do Código Comercial, o qual trata o comprador como do bem dono[93] admitindo-se a inquietação de seu domínio, concluindo que "fosse *obrigacional* a compra e venda mercantil brasileira, o domínio não seria adquirido por meio da *venda*, mas sim pela tradição, cabendo, então, a distinção entre as figuras do *comprador* e do *adquirente*, que o art.215 não estabeleceu."[94]

Traz ainda o disposto no art.68, letra "h" da antiga Lei de Falências de 1890[95] a qual admitiu a reserva de propriedade pelo vendedor antes da entrega da coisa vendida a crédito. Logo, quando se convencionava a reserva, a propriedade se transferiria ao comprador, na venda a crédito, antes da tradição.

Concluindo sua posição acerca da coerência dos dispositivos do então vigente Código Comercial brasileiro com a eficácia real da compra e venda, passa Darcy Bessone ao exame do Cód. Civil de 1916 em amparo de sua tese.

Parte o autor da análise do art.1.122 do Cód. Civil de 1916 salientando a opinião dominante de que a lei estabelece que do contrato de compra e venda resulta uma obrigação de transferir o domínio.

Suscita que o raciocínio acima é o mesmo efetuado pelo direito francês quanto à redação do art.1.582 e da necessária interpretação da palavra *livrer* a luz de todo sistema de sua codificação.

Para tanto, parte da análise do disposto nos artigos 134, 848 e 1.165 do Cód. Civil de 1916[96]. Quanto ao primeiro, admite que o dispositivo é claro quanto à existência de

---

[93]Art. 215: "Se o comprador for inquietado sobre a posse ou domínio da coisa comprada, o vendedor é obrigado à evicção em juízo, defendendo à sua custa a validade da venda; e se for vencido, não só restituirá o preço com os juros e custas do processo, mas poderá ser condenado à composição das perdas e danos conseqüentes, e até às penas criminais, quais no caso couberem. A restituição do preço tem lugar, posto que a coisa vendida se ache depreciada na quantidade ou na qualidade ao tempo da evicção por culpa do comprador ou força maior. Se, porém, o comprador auferir proveito da depreciação por ele causada, o vendedor tem direito para reter a parte do preço que for estimada por arbitradores." Artigo legal revogado por força do disposto no art.2.045 do Cód. Civil de 2002.

[94]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 36-37.

[95]Decreto 917 de 24 de outubro de 1890, art. 68. "São credores reivindicantes, quer tenham acção real ou rei-persecutoria quer não, propriedade plena ou jus in re:..h) o vendedor antes da entrega da cousa vendida a credito, si reservou a propriedade até ao pagamento ou si á venda a credito foi induzido por dolo do comprador;.."

[96]Art. 134: É, outrossim, da substância do ato a escritura pública: (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919).

....

II- nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzeiros), excetuado o penhor agrícola. (Redação dada pela Lei nº 7.104, de 20.6.1983)

Art. 848. As hipotecas somente valem contra terceiros desde a data da inscrição.

Enquanto não inscritas, as hipotecas só subsistem entre os contraentes.

contratos constitutivos e translativos de reais. Em relação ao disposto no art.848, o qual trata da hipoteca, admite-se que a hipoteca, mesmo sem a inscrição imobiliária, subsiste na sua qualidade de direito real de garantia entre os contratantes, relegando a sua anotação a produção de efeitos face a terceiros. Quanto ao último, saliente o autor que o comando legal que disciplinava a doação nada se refere a qualquer obrigação de transferir o domínio, sendo a sua redação clara quanto à efetiva transferência no momento de sua celebração.

Com lastro no cotejamento dos dispositivos legais acima apontados, sustenta o autor que reconhecer o caráter exclusivamente obrigacional da compra e venda consiste em afirma que o acordo de vontades manifestado pelas partes não se destinou a transferência do domínio sobre a coisa vendida.

Admite-se que tal posição seria justificável no direito alemão no qual, como alhures visto, a compra e venda é estranha ao negócio translativo, sendo necessário, para tanto, outro ajuste de vontade de caráter *real*. Todavia, para o ordenamento jurídico pátrio a lei não estabelece como necessário a compra e venda um novo e posterior ajuste de vontades.

Deste modo, ressalvando que no sistema brasileiro o registro imobiliário, para os imóveis, e a tradição, para os móveis, são atos integradores da compra e venda, afirma que este mais se aproximaria dos sistemas francês e italiano, os quais consideram a compra e venda como um acordo de vontades cujo objeto é a transferência do domínio.

Neste sentido, pela redação do art.134 do Cód. Civil de 1916, admite o autor que teria o legislador pátrio adiantado-se perante o alemão caso primasse pela conjugação dos sistemas estrangeiros acima apontados, unificando os acordos de vontade o que abrangeria tanto os seus efeitos obrigacionais quanto os reais.

A necessidade de registro imobiliário seria a conseqüência do direito real exsurgido e não sua causa, operando-se perante terceiros.

O mesmo se aplicaria aos bens móveis posto que se tem de decisivo é o título pelo qual se vende o bem e não a sua entrega material, como se constata pela interpretação

---

Art. 1.165. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita.

art.620 do Cód. Civil de 1916[97], revelando que no direito pátrio o acordo sobre a transferência do domínio se exprime na compra e venda, título, este, "originador da tradição e que lhe confere o exato alcance"[98].

Importa ainda salientar que segundo o autor:

> "[...] sendo próprio da obrigação uma prestação futura (*dar, fazer ou não fazer*), esta faltaria totalmente na obrigação de transferir o domínio, sobretudo quanto este fosse imobiliário. O vendedor, uma vez firmada a escritura de venda, não pratica qualquer ato novo, no sentido da transferência do domínio. A lei não o obriga a levar a escritura a registro. Em geral, tal iniciativa incumbe ao comprador (v.Lei dos Registros Públicos, arts.193 e 217), a cujo cargo ficam as despesas do registro (CC. art.862) [Cód. Civil de 1916]. De outra parte, não é a entrega do imóvel que opera a translação, tanto que, feito o registro, o domínio passa, mesmo quando a coisa continue na posse do vendedor, e o comprador tenha de se utilizar da ação de imissão de posse."[99]

Sustenta a exigência do registro imobiliário como a necessidade do Estado em intervir na relação jurídica entabulada entre as partes, participando concretamente do mesmo com o escopo de garantir interesses sociais e públicos.

Logo o negócio translativo no direito brasileiro integra um ato privado (acordo de vontades para a venda de um dado bem) e um público, consubstanciado no registro imobiliário. Desta forma, nem as partes podem transmitir o domínio sem a participação do Estado e nem este, pode constituir uma relação sem a participação das mesmas.

Desta forma, ressalva o autor, se antes do registro imobiliário a o domínio não se transfere isto se dá não pelo descumprimento obrigacional do contratante mas por que falta o ato público a completar o negócio translativo.

Assim, não seria o registro imobiliário elemento integrativo do acordo de vontades condicionando tão somente os efeitos que dele seriam posteriores, principalmente face a terceiros.

Logo, conclui Darcy Bessone que:

---

[97]Art. 620. "O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675)." Artigo legal revogado por força do disposto no art.2.045 do Cód. Civil de 2002.

[98]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 44.

[99]Id. Ibid., p. 45.

> "Pode-se admitir dúvida sobre se o negócio translativo imobiliário se *integra pelo registro*, ou se este se relaciona apenas com os seus efeitos, mas qualquer que seja a posição correta, no atinente a esse ponto, é certo que a compra e venda brasileira de imóvel é *translativa*, isto é, tem eficácia *real*, não se destinando, assim, a produzir tão-somente *obrigações*, ou direitos *pessoais*."[100]

Ao contrário do exposto pelo autor em referência, o qual atribuiu efeito real ao consentimento a que chegaram as partes no intuito de evidente transferência da propriedade de um bem[101], a concepção do caráter obrigacional da compra e venda possui grande relevância no tocante a possibilidade de execução específica do contrato, na responsabilidade pela coisa, bem como na própria promessa de compra e venda a que se refere a presente exposição.

Agostinho Alvim[102], parte da concepção de que na compra e venda não se transfere o domínio, assumindo o vendedor uma obrigação de fazer como ato posterior[103].

Ante ao descumprimento de dita obrigação do vendedor caberia ao credor a execução específica ou o mesmo estaria destinado a buscar seu direito resolvido em perdas e danos?

Pela redação do art.1.122 do Cód. Civil de 1916, repetida pelo art.481 do Cód. Civil de 2002, o sistema é o da venda obrigatória, malgrado a exposição acima acerca da posição de Darcy Bessone, de maneira que na hipótese de inadimplemento o credor restaria munido de um direito pessoal.

---

[100]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 47.

[101]Álvaro Villaça Azevedo manifesta-se em sentido oposto ao acima apontado: "É certo que pode acontecer uma ou outra exceção, mas a hipótese deverá constar expressamente de lei, onde conste que a propriedade da coisa transfere-se pelo contrato. Nesse caso, não se discute, porque a determinação surge do império da lei, como no Decreto-Lei n.º 911, de 1969, em que, na alienação fiduciária de bem móvel, em garantia, a propriedade da coisa transfere-se independentemente de tradição. Afora os casos de expressão legal, não entendo, *data venia*, que seja a melhor interpretação a do jurista Darcy Bessone, citada. O sistema brasileiro acolheu o contrato de compra e venda com natureza consensual, em razão do que obriga a entregar a coisa, mas não a realiza na formação contratual." AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de Compra e Venda, cit., p. 43.

[102]In, ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 26 e ss.

[103]Neste sentido, cabe colacionar a posição da Couto e Silva quanto a natureza da obrigação oriunda da compra e venda: "A dívida que se dirige à feitura de um contrato, que se denomina definitivo, tem sido considerada, tradicionalmente, como obrigação de fazer. Alguns escritores, para fundamentar seu ponto de vista de que o pré-contrato gera direito real, tentaram conceituá-la como categoria autônoma, separada, às completas, do negócio de adimplemento, Essa posição, de artificialismo gritante, não pode ser acolhida. Separar o pré-contrato do contrato definitivo seria impor corte inexistente no desenvolvimento do vínculo obrigacional, desnaturando a declaração de vontade nele inserta e que lhe fixa a categoria jurídica." COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, cit., p. 126.

Agostinho Alvim[104] afirma que a solução mais acertada é no sentido de que o credor é garantida a execução específica, salvo nas hipóteses de verificada impossibilidade de fato ou legal, devendo, nestas duas condições, satisfazer seu direito através da indenização.

De outro modo, salienta o autor, atribuir-se-ia o caráter alternativo de toda e qualquer obrigação, havendo a possibilidade de se converter a prestação em dinheiro[105], hipótese esta que não se admite salvo disposição expressa em lei, da convenção entre as partes ou do consentimento expresso do credor.

Firme na sua posição quanto à possibilidade de execução específica da compra e venda sustenta o autor que as obrigações assumidas o foram para serem fielmente cumpridas. Como conseqüência tem o credor o direito de exigir que a prestação seja paga na forma como pactuada.

Alerta o autor que, em que pese a legislação brasileira[106] não seja expressa neste sentido bem como ao consignar o princípio pelo qual o descumprimento obrigacional enseja o direito a perdas e danos, tal fato não implica na exclusão da possibilidade de exigir, antes de tudo, que a prestação seja paga na forma como convencionada.

Prossegue afirma que tal regra à inerente aos direitos das obrigações sendo, desta feita, dispensável sua expressa descrição pelo legislador.

Salienta que as obrigações possuem efeitos diretos e indiretos. O primeiro deles é o cumprimento, sendo desta feita necessário e principal. O segundo, são os efeitos que a lei concede ao credor de modo a muni-lo para obter a execução[107].

---

[104]ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 29.

[105]"Com efeito, admitir que, por se estar no campo dos direitos obrigacionais, ou pessoais, a conseqüência única do inadimplemento vem a ser a obrigação de prestar o equivalente em dinheiro, é o mesmo que atribuir a tôda obrigação o caráter de alternativa a favor do devedor, que poderá sempre, ou cumpri-la, ou indenizar. Ou então, será admitir uma *datio in solutum* sem o consentimento do credor." Id. Ibid., p. 30.

[106]A obra consultada foi publica em 1961, na vigência do Cód. Civil de 1916.

[107]Neste sentido, cabe consignar a lição de Couto e Silva quanto ao binômio débito/responsabilidade da prestação obrigacional: "A prestação, a que corresponde o débito, denomina-se, hoje, prestação primária; e secundária a que corresponde à responsabilidade. No direito brasileiro, o devedor não possui essa *facultas alternativa*, pois ou ele satisfaz o devido ou caberá ao credor a execução específica (*proeciseagere*) ou perdas e danos. Na Idade Média, com a glosa, aumentou-se o círculo de hipóteses de condenação específica prevista no direito romano até abranger as decorrentes da *actioempti*. [...] Não faz muito, discutiu-se, entre nós, se era possível, em certas hipóteses, exigir a própria prestação, ou se, no caso de recusa do devedor em prestar, somente caberia ação por perdas e danos pelo inadimplemento. Livre de qualquer dúvida, pode o credor optar entre haver a prestação ou perdas e danos. A prestação primária corresponde ao débito; e a prestação secundária, a qual se relaciona com perdas e danos, constitui a responsabilidade. É preciso, porém, ter presente que a responsabilidade é elemento da obrigação e coexiste com o débito. Não é totalmente correto afirmar que a responsabilidade surge, apenas, quando se manifesta adimplemento insatisfatório ou recusa em adimplir. Em tal caso, pode o credor prejudicado pôr em atividade um dos dois elementos que formam a obrigação perfeita: débito e responsabilidade." COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, cit., p. 83.

Neste sentido, pela natureza da obrigação, a execução específica restaria garantida ao credor possibilidade esta que não se justifica, na visão do autor, pelo nascimento de um direito real ante a celebração do contrato de compra e venda pelo simples motivo que antes do cumprimento de dita prestação consubstanciada na translação do imóvel, não existe ainda o direito real[108].

Logo, a compra e venda tem como resultado o direito do comprador de exigir a entrega da coisa que lhe foi vendida, uma vez que, celebrado o contrato, o vendedor encontra-se obrigado a transferir a propriedade do imóvel.

Da mesma forma, o vendedor não pode substituir a coisa pelo seu equivalente posto que o equivalente, logicamente, não é o objeto da prestação bem como, se o credor for compelido a exercer seu direito contra o devedor, este não só deverá lhe entregar o objeto do contrato bem como reparar os danos em razão de sua recalcitrância, respondendo pelos efeitos da mora, o que se cuidará de analisar nos capítulos seguintes[109].

Prossegue o autor quanto a análise, da então cabível, ação de imissão de posse.

Em parênteses, cumpre ressaltar que, segundo Carlos Alberto Dabus Maluf[110], na sistemática do Cód. de Processo Civil de 1939 (art.381, I) cabia ao adquirente o ajuizamento da ação de imissão de posse. Na sistemática do diploma processual de 1973, a ferramenta processo passou a ser a ação ordinária, mediante a qual, condenado o devedor, este seria condenado a entregar a coisa na forma do disposto no art.625. Atualmente, o comando legal a que se presta a solucionar a questão encontra-se nos arts.808 e seguintes da Lei 13.105/15, com o alargamento do prazo para entrega da coisa de 10 para 15 dias.

---

[108]Salienta o autor: "Idêntica doutrina e idêntica observação [neste ponto o autor de refere à doutrina Espanhola quanto a existência de uma obrigação de dar, sem direito real, mas com direito a uma execução específic] se vêem na dissertação do insigne LACERDA DE ALMEIDA, que defende a tese em suas últimas conseqüências: '...o devedor de coisa, estando na posse dela, pode ser compelido a entregá-la por fôrça física (*manu militari*)' (Obrigações, §18). E, em nota, depois de invocar vários autores, acrescenta: 'Pode parecer à primeira vista que a coação física só se pode exercer contra o que se obrigou a transferir a propriedade ou algum direito real. Essa consideração, porém, desaparece atendendo a que a razão justificativa da coação não pode ser o direito real, que ainda não existe no momento da coação, pelo menos em direito pátrio, onde êle depende da tradição ou quase-tradição; e é justamente para conseguir a tradição que se emprega a violência ao devedor pessoal." ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 34.

[109]Neste tópico, o autor faz importante observação acerca da posição de Carvalho de Mendonça quanto ao tema: "Por isso, pensamos que carece de razão J. X. Carvalho de Mendonça quando, concordando, embora, com o ponto de vista que defendemos, faz esta observação: Bem pensado o caso, parece uma anomalia esta ação. Se do contrato de compra e venda sòmente resulta uma ação pessoal, a ação para a entrega da coisa vendida tem no fundo um caráter reivindicatório incompatível com o nosso sistema legal." (ob. cit., número 801, *in fine*)." ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 36.

[110]MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 126.

Todavia, para o exame a que se presta o estudo da posição de Agostinho Alvim, trataremos da questão a luz da legislação processual então vigente, no tocante a necessidade da prova do domínio.

Com efeito, afirma o autor que a intenção do legislador de 1939[111] não foi a exigência da prova do domínio, mas sim, a prova da aquisição[112].

Logo, o que se havia de provar era o direito de obter a coisa, o que se coaduna com a sistemática atual, e para tanto, bastaria a prova da aquisição por título hábil para a transferência do domínio, hipótese na qual, a compra e venda se revela perfeita e acabada ante ao consentimento, objeto e pagamento do preço, restando, todavia, a tradição para os bens móveis e a translação para o imóveis, o que a então necessária imissão de posse tratava de remediar.

No tocante a responsabilidade pelos riscos, esclarece Carlos Alberto Dabus Maluf[113] que antes da tradição e do registro imobiliário se opera a tradição do objeto da compra e venda, é certo que até este ato a responsabilidade pelo risco da coisa incumbe ao vendedor e do pagamento do preço ao comprador, na forma do preceituado pelo art.492 do Cód. Civil[114].

---

[111]Art. 381. Compete a ação de emissão de posse: I – aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham; II – aos administradores e demais representantes das pessoas jurídicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes à pessoa representada; III – aos mandatários, para receberem dos antecessores a posse dos bens do mandante.

Art. 382. Na inicial, instruida com o título de domínio, ou com os documentos da nomeação, ou eleição, do representante da pessoa jurídica, ou da constituição do novo mandatário, o autor pedirá que o réu seja citado para, no prazo de dez (10) dias, contados da data da citação, demitir de si a posse dos bens, ou apresentar contestação, sob pena de, à sua revelia, expedir-se mandado de imissão de posse, sem prejuízo das perdas e danos que em execução se liquidarem.

[112]Neste sentido, traz o autor o seguinte apontamento: "Com relação à prova do domínio, pensamos que a intenção do legislador não foi exigi-la. Êle quis se referir à prova da *aquisição*. Nesse sentido poderá CÂMARA LEAL (ob. cit., n.º 92): 'O título de domínio a que se refere o art.382 deve ser âquele pelo qual se prove que o autor adquiriu a propriedade sôbre a coisa, não tendo, porém, entrado em sua posse. Não se trata, pròpriamente, de provar o *jus in re*, mas a aquisição da coisa, pela qual ficou o autor investido do poder de entrar na posse dela. Não sendo a ação a imissão ma posse uma ação petitória, mas possessória, não é o domínio o seu objeto, mas a posse, de maneira que o título não tem por fim provar a propriedade, mas a aquisição que dá direito à posse, não se tendo esta verificado." ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 38.

[113]MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., p. 132.

[114]Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

§ 1o Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste.

§ 2o Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.

Neste sentido, restará sob a responsabilidade do vendedor todos os riscos a que se sujeita a coisa vendida em virtude de possibilidade de perecimento e deterioração antes da tradição ou translação da bem. Da mesma forma, até o pagamento, o comprador tem o domínio do preço, o qual se integra na categoria de coisa, de maneira, que se ela se perde ou degrada cabe a ele a assunção de referidos riscos.

Gustavo Tepedino em comentário ao art.492 do Cód. Civil[115]afirma que o dispositivo conjuga duas categorias básicas: "*res perit domino* ('a coisa perece para o dono') e o efeito meramente obrigacional da venda.

Com efeito, é justamente em decorrência do caráter obrigacional atribuído à compra e venda, contra o qual se opõe Darcy Bessone, que referidos riscos são atribuídos as partes antes do efetivo registro do contrato perante o Registro de Imóveis, tratando-se de bem imóveis, evidentemente.

Contudo, malgrado a compra e venda se encontra perfeita e acabada ante a existência do acordo de vontades, da existência de seu objeto e do pagamento do preço, sem dispensada a entrega do bem para tanto, o registro imobiliário torna-se um marco de fixação de direitos e obrigações.

De fato, quanto ao perecimento da coisa vendida é ele que define o momento pelo qual a mesma se transfere de uma parte a outra. Todavia, para a assunção de obrigações ligadas ao imóvel (*propter rem*), sua existência é despicienda, conforme já decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (31ª Câmara de Direito Privado, Apel. 1015708-30.2015.8.26.0008 Rel. Des. Adilson de Araujo, Data do julgamento: 24/05/2016).[116]

---

[115]*In*, TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, cit., v. 2, p. 153.

[116]APELAÇÃO. DESPESAS DE CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS COTAS CONDOMINIAIS. PROPRIETÁRIO. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA "*PROPTERREM*". OBRIGAÇÃO QUE SOMENTE NASCE COM A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO *IMÓVEL*. ADQUIRENTE QUE, NO "TERMO DE ENTREGA DAS CHAVES", RESPONSABILIZA-SE PELO PAGAMENTO DE DESPESAS ANTERIORES À SUA IMISSÃO NA POSSE. POSSE NÃO TRANSFERIDA À COMPROMISSÁRIA- COMPRADORA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR SOMENTE APÓS A ENTREGA DAS CHAVES DO *IMÓVEL*. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DISPOSIÇÃO QUE NÃO PODE SER OPONÍVEL AO CONDOMÍNIO, QUE DELA NÃO TINHA CIÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. Nesta Corte prevalece o entendimento de que a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais é do proprietário ou do compromissário comprador, ou seja, daquele que tem a posse do *imóvel* e se beneficia dos serviços prestados pelo condomínio, ainda que o título de domínio não esteja registrado no Cartório de Registro de *Imóveis*. A efetiva posse do *imóvel*, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais. Assim, ante a ausência de imissão na posse pela compromissária-compradora, deve ser imputada à incorporadora a responsabilidade por eventuais despesas condominiais. CONTRARRAZÕES. DESPESAS DE

Da mesma sorte, Darcy Bessone[117] afirma que se, de fato, puramente obrigacional a compra e venda, a promessa de compra e venda dificilmente se encaixaria no sistema jurídico pátrio. Salienta que as partes celebrariam uma promessa de promessa.

Logo, segundo o autor, o que se promete é a translação e não a obrigação de realizá-la.

Neste sentido, passa-se ao exame do compromisso de compra venda e da discussão acerca de seu caráter preliminar ou não.

CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS COTAS CONDOMINIAIS. PROPRIETÁRIO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. É cabível o pedido de majoração de honorários advocatícios em razão da improcedência do recurso, nos termos do art. 85, § 1º, do CPC/2015.

[117]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 53.

3. O CONTRATO PRELIMINAR

Segundo José Osório de Azevedo Jr.[118], a unanimidade dos autores pátrios estuda o compromisso de venda e compra a partir da análise do contrato preliminar, o qual encerra uma obrigação de fazer consubstanciada na realização do contrato definitivo. Desta forma, segundo o autor, "o compromisso de compra e venda foi sempre considerado espécie do gênero 'contrato preliminar'".[119]

Com efeito, em que pesem as demais teorias salientadas por Orlando Gomes[120] subsiste ainda, para o mesmo, aquela que vê no pré-contrato um negócio jurídico pelo qual as partes determinam a faculdade de exigir a eficácia imediata do contrato definitivo, o qual já se encontra delineado e convencionado em seus elementos essenciais. E neste sentido, é a redação do art.462 do Cód. Civil de 2002[121].

---

[118]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 17.

[119]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 160, explica que são duas as principais teorias que explicam a natureza do pré-contrato: "Para a primeira, é o *contrato* que tem por fim obrigar as partes a celebrar outro contrato. Para a segunda, o contrato de execução subordinado à vontade de um ou dos dois contratantes, para que outro produza seus normais efeitos. Na primeira construção jurídica, *pré-contrato* é um *pactum de contrahendo*. Quem estipula *contrato preliminar* obriga-se a emitir necessária declaração de vontade e a praticar os indispensáveis atos de conclusão do outro contrato que projetou realizar. Esta teoria é a mais divulgada, mas, a despeito do favor de que desfruta, tem sido objeto de críticas, que precisam ser registradas. A primeira objeção é que converte o *contrato preliminar* numa entidade supérflua, pois sua estipulação não passa de desnecessário rodeio. A segunda diz respeito ao interesse prático na realização do pré-contrato. Se tem como finalidade impor às partes a obrigação de celebrar novo contrato, seu conteúdo consistiria numa *obrigação de fazer*. Ora, consoante o entendimento dominante, a eficácia das obrigações desta espécie subordina-se à regra *nemopraecisecogipotest ad factum*. O devedor de prestação de fato não pode ser compelido a cumprir especificamente o prometido. Seu recusa converterá a obrigação de fazer, pois, em obrigação de indenizar. Assim sendo, o pré-contrato perde todo o interesse prático, porque não realiza sua função específica. O contrato futuro, cuja conclusão se procura garantir mediante o *pactum de contrahendo*, somente se concluirá se uma das partes o quiser, eis que é livre para descumprir em se sujeitando ao pagamento de perdas e danos. A objeção arrima-se em exagerada e inaceitável interpretação da regra *nemopraecisecogipotest ad factum*pois se admite a *execução coativa* da obrigação sempre que não importe *violência física* ou *perda de liberdade*. O ato do promitente pode ser suprido por sentença judicial. É verdade que essa possibilidade, no pré-contrato, significa seu cumprimento, o que leva a reconhecer que a dependência é do chamado contrato definitivo. O vínculo contratual não poderia ser criado pela sentença judicial, porquanto há de resultar, por definição, da vontade das partes. Por outro lado, a formação compulsória de um contrato seria conceitualmente absurda. Subverte-se-ia a noção de *contrato*, como nota Alguer, ao se admitir que pudesse ser exigido em razão de obrigação preexistente. Passaria a ser *ato devido*. Numerosa é, todavia, a corrente favorável á constituição de uma *obrigação de aceitar* em virtude do pré-contrato. A questão foi superada após o advento da nova redação do Código Civil de 2002, tendo em vista que o art.464 permite ao juiz suprir a declaração da parte que deixa de executar o contrato preliminar sem cláusula de arrependimento. A segunda teoria vê no pré-contrato o acordo de vontades que subordina a conclusão do *contrato definitivo à condição meramente potestativa*. Dependeria este da condição *si volet*, concluindo-se somente se as partes o quiserem. A subordinação a essa condição torna-se mais visível no pré-contrato unilateral."

[120]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit.

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

Segundo o autor, a vontade já se encontra suficientemente externada por contra da celebração do contrato preliminar, restando, todavia, a celebração de um segundo ato, reputado como de mera execução. Logo, na sua visão, o contrato definitivo estabelece uma relação de continência face ao preliminar.

Logo, considerando que o pré-contrato não obriga a novo consentimento, nova oferta e nova aceitação, salienta o autor que "a desnecessidade de novo contrato revela-se, praticamente, no exame dos requisitos necessários à eficácia do pré-contrato atinentes à capacidade das partes, ao objeto, ao consentimento e à forma."[122]

Conclui ainda o autor, que a força vinculante do contrato preliminar encontra-se ainda mais ressaltada quando da impossibilidade de arrependimento autorizando a intervenção judicial, não para suprir o consentimento da parte, posto que já esgotado, mas para garantir a execução específica do pactuado.

Face ao acima exposto, tendo em vista não só a natureza obrigacional da compra e venda e a real intenção das partes no momento em que suas vontades coincidem para a transferência patrimonial, não se mostra suficiente compreender que o compromisso de compra e venda limitaria a entabular a celebração de um novo ajuste[123].

Com efeito, em todos os seus aspectos, o contrato preliminar não deixa de se coadunar com o dito regulamento contratual salientado por Enzo Roppo[124] pelo qual o contrato se compreende no conjunto de direitos e obrigações que, através de sua formulação as partes de obrigaram reciprocamente e que consubstanciam a operação econômica que pretenderam.

Referido estabelecimento de direitos e obrigações, evidenciados pelas cláusulas nas quais se articula o texto contratual revelam seu conteúdo imperativo, posto que, pelo mesmo, as partes de vinculam na medida do que cabe a cada uma delas fazer, deixar de fazer, dar ou vender, traduzindo o ajuste em verdadeiro regulamento.

---

[122]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 162.

[123]Neste sentido, José Osório de Azevedo Jr., (*Compromisso de compra e venda*, cit., p. 18): "Para uma análise mais abrangente do caso, é pouco dizer que o objetivo das partes, ao contratar, é celebrar outro contrato. É preciso ter sempre presente que uma das partes quer vender seu imóvel e garantir-se do pagamento do preço; e a outra parte quer adquirir este imóvel e de se utilizar logo. Não cremos que esta última preocupação com a presença do 'fato' durante o estudo do fenômeno jurídico venha contaminar ou degradar de alguma forma o estudo, tornando-o 'menos jurídico'. Permanecemos no campo da *causa* do negócio jurídico, sem ultrapassar para o dos *motivos* do mesmo. Os tradicionais poderes inerentes ao domínio (*jus utendi, fruendi et abutendi*) são transferidos ao compromissário comprador, enquanto o compromitente vendedor conserva para si a propriedade nua, vazia, ou menos ainda do que a propriedade nua, conforme adiante se verá."

[124]ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 125-126.

Neste sentido, o contrato preliminar mais se aproxima desta acepção do termo *contrato* do que daquela, também salientada pelo mesmo autor[125], de que o contrato poderia traduzir um *processo* de ajuste de vontades, assim compreendido como um encadeamento de atos levados a efeitos pelas partes em conformidade com a lei.

Com efeito, para o mesmo autor[126], no contrato preliminar as partes não se obrigam, simplesmente, a firmar um futuro e novo ajuste, o que mais se aproximaria das meras negociações, as quais, malgrado surtam efeitos jurídicos, não implicam em contrato na acepção de regulamento.

De fato, as partes já entabularam o ajuste, definiram os termos da operação econômica que pretenderam realizar, mas não querem, ou não podem, concluir de imediato o reputado *"contrato produtor dos efeitos jurídicos-econômicos próprios da operação"*.[127]

Desta forma, optam, naquele momento, em relegar a produção de sobreditos efeitos para uma ocasião subseqüente, mas, todavia, e neste pormenor encontram-se a maior relevância do contrato preliminar, não pretendem restaram a mercê da boa vontade, no seu sentido ético, da conduta escorreita recíproca, a vinculação jurídica que fomentou a sua aproximação.

Firmam, neste sentido, um contrato preliminar, o qual gera a obrigação de se concluir um contrato futuro, mas, contudo, adstrito à novas negociações e alheio a novas entabulações, deixando suficientemente claro os motivos pelos quais o objetivo final do ajuste de vontades, malgrado exaurido, não foi concluído naquele momento. Se assim não fosse, se possível o novo ajuste, estaríamos diante não de um contrato preliminar, mas sim de um aditamento ou até um distrato, estabelecendo-se novos parâmetros para a relação jurídica existente entre as partes.

Sobreditos motivos devem ser relevantes à caracterização jurídica do ajuste como um contrato preliminar.

Em dado momento, podem os contratantes desejarem proceder a averiguação acerca dos pressupostos da operação, ai compreendidos seu objeto final, os prazos necessários, e a qualidade dos contratantes que tenham ingerência direta no escopo do ajuste. Neste caso, adquirem a máxima certeza em torno da legalidade e da sua correspondência aos objetivos que visam alcançar.

---

[125]ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 25.
[126]Id. Ibid., p. 102-105.
[127]Id. Ibid., p. 102-103.

Observa-se, neste diapasão, uma aproximação muito grande entre o contrato preliminar e o compromisso de venda e compra.

Todavia, ressalta Enzo Roppo uma sutil diferença[128]:

> "Inteiramente diferente da hipótese do contrato-promessa é aquela em que as partes concluem, sem mais, o contrato duma certa forma, e obrigam-se a remeter para um momento posterior nada mais que a redacção numa forma diferente e mais adequada (chamada *reprodução* do contrato); por exemplo: conclui-se uma compra e venda imobiliária por escrito particular, com a intenção de formalizá-la posteriormente num registro notarial. Aqui os efeitos do contrato – em particular a transferência da propriedade do imóvel – produzem-se desde o primeiro momento (sempre, bem atendido, que a forma originariamente empregada, seja idônea para o tipo de contrato em questão: não seria esse o caso se, no exemplo dado, a venda fosse feita só verbalmente).[129]

Com efeito, pela interpretação dada à posição do autor acima referido, o compromisso de venda e compra encontrar-se-ia em uma posição superior, especial e singular da categoria contrato preliminar posto que apenas remeteria à vontade das partes a uma nova *redação* contratual a atender uma formalidade prevista em lei.

Isto porque, a delimitar o instrumento necessário a regular um sem número de operações econômicas nas quais a satisfação completa e a ultimação da conjunção de interesse das partes são impossíveis em um dado momento, a posição majoritária entre os doutrinadores é no sentido de que a obrigação gerada pelo contrato preliminar seria a de celebrar um instrumento definitivo.

Para Alcides Tomasetti Jr.[130], "pelo contrato preliminar as partes preparam o perfazimento da operação econômica projetada".[131]

---

[128]Enzo Roppo denomina o contrato preliminar como contrato promessa, conforme se infere da sua obra objeto da citação de n.º 5,ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 102.

[129]Id. Ibid., p. 105, *sic*.

[130]TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*. 1982. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 5.

[131]Importante abordagem acerca da nomeclatura dada ao que optamos denominar nesta dissertação como contrato preliminar foi realizada por Alcides Tomasetti Jr. na obra citada acima, *Execução do contrato preliminar*, cit.: "Neste escrito indistintamente, para indicar o contrato preliminar, as expressões promessa de contratar, pré-contrato, e, muito raramente, a locução contrato-promessa, adotada pelo código civil português, art.410 e segs., e recomendada, com pequenas restrições, pela doutrina mais autorizada (cf. João de Matos Antunes Varela, Das obrigações em geral, Coimbra, Livraria Almedina, 1980, v.1, n.66, p. 250-251). Já se discutiu muito, especialmente na Alemanha e na Itália, sobre a denominação que melhor individuaria o instituto (cf. ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira.*Da compra e venda*: promessa e reserva de domínio. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1960. n. 31, p. 93-98). A primeira das designações que historicamente se registram – *pactum de contrahendo* – não é romana; deve-se aos escritores do *iuscommune*, que provavelmente se inspiraram no Digesto, 13, 4, 7 ('*in bonaefideiiudiciis, etiamsi in contrahendoconventi...*' – cf. T. Mommsen e P. Krugger, *Corpus iuris civillis*, Berolini, Apud

Forte no acima afirmando, prossegue o autor retro referido no sentido de que, dadas algumas circunstâncias que permeiam o ajuste de vontade das partes, a conjunção dos fatores necessários à formação do contrato não é nítida ou de difícil verificação, determinando que a operação econômica buscada pelas partes seja relegada a um momento posterior.

Neste sentido, dada a importância do negócio a ser concluído, para que o interesse das partes não reste a mercê da simples injustificada negativa ou da alteração abrupta de seus termos básicos, a figura do contrato preliminar de mostra razoável a sanar a questão.

A prudência dos agentes propensos a contratar justifica a celebração do ajuste preliminar, providenciando a documentação de um vínculo jurídico que lhes garanta um certo regramento para a subseqüente composição definitiva.

Weidmannos, 1911, v.1, p. 209). Entre os seus inconvenientes está o de evocar a antiga distinção do direito romano entre *pactum* e *contractus*, hoje insubsistente (cf. Leonardo Coviello, Contractuspreliminare, in Enciclopediagiuridica italiana, Milano, SocietàEditrice Libraria, 1902, v. 2, parte III, p. 70, n.5). A expressão contrato preliminar é tradução do alemão Vorvertrag, criado por Heinrich Thol (Handelsrecht, §246, nota 4 – apud Bernard Windsheid, DiritttodellePandette, UTET, 1930, v.2, §310, nota 1-a, p. 205-206, que recebeu com simpatia mas não sem reserva). Não vingaram as críticas de C.F. Gabba – Contributo alladottrinadella promessa bilateraledicontratto, in Nuovequestionididirittocivile, Torino, Fratelli BoccaEditori, 1912, v.1, p. 125-126 – à forma traduzida por Leonardo Coviello, que ganhou a preferência, e hoje está no art.1351 do Codicecivile de 1942 (Vorvertrag = contrato preliminar). A doutrina brasileira, com poucas exceções, fala normalmente em contrato preliminar: cf. Orlando Gomes, Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 1981, cap. 10, p. 155 e segs.; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil; contratos, Forense, Rio de Janeiro, 1978, v.3, cap. 39, p. 69 e segs.; Silvio Rodrigues, Direito Civil; dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, São Paulo, Saraiva, 1980, v.3, n.19, p. 39 e segs.; Darci Bessone, Da compra e venda, cit., loc. cit.; Regina Gondim, Contrato preliminar, Rio de Janeiro, Conquista, 1958, p. 7-8. O primeiro dos autores nacionais a traduzir do alemão a palavra Vorvertrag por 'contrato preliminar' foi Eduardo Espinola, Systema do direito civil brasileiro, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1912, v.2, t.1, p. 623. Pontes de Miranda preferiu, em toda sua obra, a forma transliterada "pré-contrato" (cf. Fontes e evolução do direito civil brasileiro, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928, n.152, p. 272-275), que, todavia, fora criticada por Arrigo Dernburg, Pandette; dirittodelleobbligazioni, Torino, Fratelli BoccaEditori, 1903, §10, p. 34, nota 7: 'Il giudicecheesamina uma fattispecie e che deve giuricamentedeterminarla, non stabilirebbenulladi concreto, se egliriconoscesse l' esistenza de un 'contrattopreliminare' (Vorvertrag)', pois nada indicaria sobre o dado caracterizador do negócio. Isso não consagrou-se na terminologia dos autores alemães a palavra Vorvertrag, embora também se proponha a expressão Abschlieszungsvertrag, traduzida para o espanhol como 'contrato de conclusión' (cf. Karl Larenz, Derecho de obligaciones, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v.1, §6, III, p. 98, tradução de Jaime dos Santos Briz). Os autores franceses também conservaram a denominação alemã, falando corretamente, em avant-contrat (e.g., Jean Carbonnier, Droit civil; lesobligations, Paris, PressesUniversitaires de France, 1976, v.4, n.17, p. 67-68). René Demogue, Traitédesobligations em général, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, v.2, n.446, p. 5, preferia a expressão avant-acte: 'Nousremarqueronscombienla formule d' avant-contratempruntéeauxAllemands (Vorvertrag) est tropétroite et seraitmieuxremplacée par celle d'avant-acte, analogue et peut-êtrepluslarge que celle de Vorverhandlungenque'employentquelquesauteurs'. A introdução e a tradução do termo alemão em França (Vorvertrag = avant-contrat) deveram-se a Raymond Saleilles, De ladéclaration de volonté, Paris, LGDJ, 1923, p. 80 e 84, que entretanto, dada a omissão do BGB (que anota pela doutrina anterior à codificação."

Surge, na visão do autor, "um contrato em que há uma 'reserva de complementação', que deverá ser resolvida ao nível de uma segunda contratação."[132]

Nesta *reserva*, a rigor, que se delimitaria o que virá a ser objeto de uma complementação, ressaltando as partes, de forma pormenorizada o que os pontos que as impediram de ultimar o ajuste os quais se coincidem com aqueles que devam ser objeto do acerto final. É justamente esta circunstância que enseja a *preliminaridade* do contrato em seu aspecto mais específico.

Todavia, resta patente que as partes já se ajustaram, ainda que previamente, encontram-se o instrumento firmado em uma fase posterior às tratativas a ajustes, possuindo, desta feita, uma repercussão jurídica diversa destas figuras.

Referido ajuste, ademais, foi aquele útil para as partes, considerando questionamentos acerca da necessidade de referido contrato quando patente a possibilidade de firma-se um pacto definitivo com a execução deferida para um momento posterior desejado pelas partes.

A pactuação de uma condição suspensiva ou termo pode não ser suficiente quando os contratantes necessitam, ou preferem, aguardar a ocorrência de sucessos previstos para se comporem definitivamente, com melhores informações das conseqüências da relação contratual, mas estabulando, desde logo, conseqüências oriundas do vínculo jurídico formado.

Da mesma forma, na hipótese de não ser assegurada a execução coativa do contrato final com execução diferida, em forma específica, evidentemente se tornará a utilidade prática do contrato preliminar latente, posto que apenas conservaria ao credor à possibilidade de exigir a indenização correspondente.

Darcy Bessone, diz ser um contrato autônomo, não se configurando como um elemento pré-contratual da convenção definitiva, ainda que aludida autonomia o remeta a um isolamento funcional[133].

Resta patente, embora sem uma relação de interdependência para com o contrato final para que surta seus efeitos jurídicos, é certo que lhe falta uma determinação de

[132]TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*, cit., p. 7.
[133]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 69-70.

conteúdo ante as variáveis existentes e as indeterminações próprias do negócio econômico que se pretende concluir[134].

Isto não implica em dizer que o contrato preliminar seja omisso. Referido pacto não deve remeter as partes à posterior convenção, ainda que não essencial, sob pena de que o arbítrio das partes em relação aos pontos não tratados conduzam a frustração do plano econômico do contrato.

Em posição intermediária, existe a opinião segundo a qual se considera suficiente para a eficácia do contrato preliminar que o mesmo verse, somente, quanto aos pontos essenciais da avença, relegando as omissões para solução da lei, dos usos e costumes e da equidade.

Por derradeiro, subsiste a posição no sentido de que baste ao contrato preliminar a fixação de alguns pontos suficientes para a vinculação das partes com o fito de impedir que as omissões restem ao arbítrio de uma só das partes.

Sob pena de flagrante desnaturação do contrato preliminar, nossa opinião caminha no sentido de que o contrato preliminar deve encerrar todos os termos da avença final, e neste sentido, Alcides Tomasetti Jr., ressaltando a posição de Antonio Junqueira de Azevedo, esclarece que é elemento do contrato "tudo aquilo que compõe a sua existência no campo do direito."[135]

Prossegue o autor acima referido procurando demonstrar os elementos caracterizadores de referida espécie contratual bem como apontando as divergências doutrinárias acerca dos mesmos.

Para o mesmo, os elementos, ditos *categoriais*, não decorrem da manifestação de vontade das partes, mas sim, do ordenamento jurídico. Cita, neste diapasão Antonio Junqueira de Azevedo, o qual pormenoriza suas duas espécies:

---

[134]Importante destacar o quanto segue no que concerne a esta autonomia relativa do contrato preliminar para com o contrato final. Segundo Darcy Bessone, (*Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 70): "Consequentemente, se o objeto do contrato definitivo for ilícito, ou impossível, ou se achar fora do comércio, tornar-se-á inviável o contrato preliminar. Sendo a inviabilidade contemporânea de sua celebração, o contrato preliminar será nulo. Se, porém, sobrevier após a sua conclusão e antes do contrato definitivo, este não poderá constituir-se e o contrato preliminar perderá eficácia. Nesta hipótese, o problema da responsabilidade dos contratantes encontrará solução nas regras próprias. Se porém, a impossibilidade for parcial, como a que decorre de deteriorações, a questão será de espécie, verificando-se, em cada caso, se o contrato preliminar continuará eficaz, ou não."

[135]TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*, cit., p. 14.

Salienta pela existência daqueles ditos *derrogáveis*, quais sejam, os que malgrado decorram da natureza do contrato podem ser afastados pelas partes envolvidas sem que tal iniciativa, todavia, desnature o pacto que desejaram celebrar.

Prossegue apontando os denominados *inderrogáveis*, quais sejam, os que definem cada categoria de contrato referindo-se a sua essência e fixando o seu tipo, cabendo a sua subdivisão em elementos inderrogáveis objetivos ou causais, que ensejam a formação dos contratos, e os formais, que, por sua vez, dão azo à constituição do instrumento.

Destaca ainda, os elementos ditos *particulares*, os quais são incorporados pelas partes de forma voluntária, fruto da deliberação dos contratantes, tais como a condição, o termo e o encargo.

Neste sentido, o contrato preliminar se revela como um negócio jurídico causal, sendo o seu elemento categorial inderrogável objetivo, um objeto típico.

Portanto, se é o elemento categorial objetivo a que se faz referência no conteúdo do contrato critério que determina o tipo a que o contrato está subsumido resta patente que aquilo que dá ao contrato preliminar a sua peculiar característica é ter como objeto um outro contrato, dito definitivo e projetado[136].

Com efeito, o objeto do contrato preliminar é a celebração do contrato definitivo cujo conteúdo deve delimitar bem como deixar claro os motivos pelos quais a conclusão não foi ultimada[137].

Todavia, esta obrigação, por si só, não basta ao contrato preliminar cabendo às partes, para sua consecução, a empenhar esforços visando a sanar, reciprocamente, os pontos os quais impediram a celebração do contrato final naquele dado momento inicial.

Logo, o objeto imediato do contrato preliminar é a celebração do contrato final enquanto que, seu objeto mediato equivale à própria prestação do contrato definitivo.

Neste sentido, repise-se o acima afirmado no sentido de que ilícito ou impossível o objeto do contrato principal, malgrado a autonomia do contrato preliminar face a este

[136]Todavia, ressalva Alcides Tomasetti Jr. (*Execução do contrato preliminar*, cit., p. 18): "Não se deve confundir a necessidade jurídica de conclusão, ou de conclusão e complementação, que são objeto do dever originado pelo contrato preliminar, com o próprio objeto deste último, que é o contrato definitivo, concebido como introdução diferida do regramento dos interesses dos figurantes. Igualmente autônomo é o objeto sobre o qual incide o contrato definitivo, que corresponderá á espécie de negócio de que este último trate (compra e venda, locação, permuta, fiança, sociedade, etc.)."

[137]Neste sentido, é a redação do art.462 do Código Civil Brasileiro: "O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado."

último, insta ressaltar que o mesmo será nulo, por flagrante aplicação do art.104 do Código Civil[138].

A evitar-se o acima apontado, o contrato preliminar deve esmiuçar de modo satisfatório o conteúdo do contrato definitivo de maneira que esse não comporte novos ajustes e alterações aos seus pontos essências, conforme se verifica do art.462 do Código Civil.

Contudo, a ordenamento jurídico pátrio não exige, como acima exposto, que sejam esgotados todos os pontos negociais para que se configure o contrato preliminar. Segundo Rafael Villar Gagliardi[139], *"Admite-se no regime do Código Civil, a força vinculante desde que este contemple todos os pontos considerados essenciais do negócio projetado, sendo preciso a ponto de que o simples consentimento das partes permita a conclusão do definitivo."*[140]

Salienta o mesmo autor acima referido, três intensidades de extensão e profundidade do contrato preliminar:

> "...haverá a preliminaridade máxima quando o preliminar contiver todos os elementos do definitivo, dispensando qualquer consideração adicional de ordem negocial, tratando-se o contrato definitivo de mero ato devido, como no compromisso de compra e venda quitado. Haverá preliminaridade média quando o contrato definitivo precisar ser celebrado, como resultado de novo consenso. Seria o caso de contrato preliminar cujo definitivo dependa apenas de providência objetiva, como a obtenção de autorização administrativa ou a liberação de ônus real incidente sobre a coisa. Enfim, a preliminaridade será mínima quando o contrato preliminar fixar apenas a base, isto é, os pontos essenciais do definitivo, pendendo de consenso sobre os pontos residuais."[141]

A interligação entre o contrato preliminar e o contrato final é clara, seja qual for a intensidade da reputada *preliminaridade*, em que pese, sua autonomia.

Neste sentido, para dirimir controvérsias surgidas a partir de uma dificuldade de identificação acerca do que se convencionou preliminarmente e o que se pactou de forma definitiva, recomenda-se reconstruir a vontade das partes, deixando de lado, para esta

---

[138]Art.104 Código Civil: "A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei."

[139]In, GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratospreliminares. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 560.

[140]Vide posição de ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit.

[141]GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratos preliminares, cit., p. 560.

análise tanto a nomeclatura dada as mesmas nos instrumentos como as circunstâncias nas quais o negócio preliminar prevê alguns efeitos típicos do contrato definitivo e as partes desejam a sua antecipação.

A celeuma não pode ser solucionada por uma regra fixa e absoluta. Ao revés, desafiará um exame de todas as circunstâncias que permearam o encontro de vontade das partes, a conduta das mesmas, antes de depois do avençado, a incidência das regras e princípios contratuais[142].

Não obstante, pode ocorrer a divergência entre os termos do contrato preliminar e daqueles fixados na avença final. Neste pormenor, de um lado encontrar-se-á o preliminar, gênese do negócio definitivo e marco zero da conjugação de vontade das partes, e de outro, o definitivo, elemento categorial objetivo do primeiro, seu escopo, e resultado de uma melhor análise de alguns pontos inexistentes por ocasião da celebração do ajuste prévio.

Também nestas circunstâncias deve o interprete reconstruir a vontade das partes em cada um dos instrumentos e o escopo da operação econômica pretendida pelas partes. Neste sentido, segundo Rafael Villar Gagliardi[143]:

> "À primeira leitura, dever-se-á dar peso algo maior às disposições do contrato definitivo, por isso que, como dito, é posterior ao preliminar e, presume-se, fruto de maior reflexão e cuidado. Não se pode, porém, como lembra VicenzoRoppo perder de vista que o contrato preliminar oferece preciosos elementos de integração e interpretação contratual. Se o contrato definitivo regula um ponto sobre o qual o contrato preliminar restou omisso, nada impede se considere o acréscimo como desejado pelas partes. Se o definitivo traz um regramento distinto a um ponto já estabelecido no preliminar, é de se presumir que a mudança foi acordada pelas partes, embora possa ser admitida prova em contrário. Por fim, lembra Roppo, a maior incerteza repousa na situação em que o contrato definitivo é omisso com relação a questão regulada no contrato preliminar. O desafio do interprete, nessa situação, reside em perquirir se o regramento omitido o foi propositalmente ou se, ao contrário, deve ser incorporado, por interpretação ou integração, à disciplina do contrato definitivo. Tendo em vista que o objeto de um contrato preliminar abrange, ainda que em caráter mediato, a própria prestação objeto do contrato definitivo que as partes têm em mira, a ilicitude ou a impossibilidade dessa prestação transbordam para o contrato preliminar. Conforme lição de Roppo, a nulidade espraia seus efeitos para o próprio contrato preliminar. A mesma orientação é encontrada na doutrina

[142]Vide AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, cit. No mesmo sentido, acerca da conjugação de princípios contratuais: Enunciado n.º 23 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "a função social do contrato, prevista no art.421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo a dignidade de pessoa humana."

[143]GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratos preliminares, cit., p. 561.

> brasileira, conforme se lê na obra de Carlos Roberto Gonçalves, para quem o contrato principal não pode atentar contra a ordem pública e os bons costumes, não podendo a prestação que lhe perfaz o objeto física ou juridicamente impossível, sob pena de incidir a mácula da nulidade, tudo em decorrência de o contrato definitivo constituir a prestação do contrato preliminar. Isso resulta do fato da prestação do contrato definitivo constituir objeto mediato do preliminar. Assim, se ilícito ou impossível o objeto do contrato definitivo ou, ainda, se fora do comércio se achar a coisa que lhe serve de objeto, ficará inviabilizado o contrato preliminar. Sendo esse fator de inviabilidade contemporânea à celebração do preliminar, será ele nulo. Se lhe for superveniente, o tornará ineficaz. Trata-se de puro reflexo da ligação umbilical existente entre contrato preliminar e definitivo que, embora nãos lhes retire a autonomia, relembra que o primeiro integra, em alguma medida, o processo de formação do segundo."

Contudo, remeter as omissões à determinações objetivas, fruto da interpretação da vontade das partes a partir dos princípios contratuais e do plano econômico do contrato, aplicando-se regras de integração implica em retirar do contrato preliminar, justamente, sua maior justificativa, qual seja, conferir a maior segurança à aproximação das partes.

Neste sentido, a interpretação dada ao art.462 do Código Civil, deve ultrapassar a sua literalidade, e, da mesma forma, permeada pelos princípios informadores do direito contratual, remete à fixação de todos os pontos essenciais para a celebração do contrato definitivo, e, de tal forma essenciais, que não possibilitem a sua alteração.

Entender de forma diversa retira a força e prejudica a natureza do contrato preliminar, enseja a possibilidade do abuso de direito, da conduta contraditória, aproximando-o de figuras diversas, bem como transformando o mesmo em mero ato intermediário entre as negociações e a conclusão do contrato final.

Neste sentido, se assim entendermos, a conceituação dada por Sergio Bueno de Godoy, quanto ao contrato preliminar, qual seja: "elemento de segurança para a conclusão do negócio pretendido"[144], perde toda a sua razão de sua existência[145].

---

[144]In. BUENO, Sérgio de Godoy.Contrato preliminar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 19, n. 37, p. 72, jan./mar. 1980.

[145]Neste sentido, cumpre transcrever a ementa do arresto proferido pelo Min. Moreira Alves no julgamento do RE n.º 88.716, STF, 2ª T, julg.11.09.1979, quanto às lacunas existentes no contrato preliminar, o aproximando de meras tratativas: "Formação de contrato preliminar susceptível de adjudicação compulsória. - Cabe recurso extraordinário quando se discute qualificação jurídica de documento: saber se ele é mera minuta (punctação) ou contrato preliminar. -Distinção entre minuta, em que se fixa o conteúdo de certas clausulas, 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."

Logo, o atender o conceito dado por João de Matos Antunes Varela, pelo qual o - "contrato promessa cria a obrigação de contratar, ou mais, concretamente, a obrigação de emitir a declaração de vontade correspondente ao contrato prometido. A obrigação assumida por ambos os contraentes, ou por um deles se a promessa é apenas unilateral, tem assim por objecto uma prestação de facto positivo, um *facereoportere*. E o direito correspondente atribuído à outra parte traduz-se numa verdadeira *pretensão*."[146] – há que se considerar que o mesmo deve ser completo quanto aos termos essenciais da avença final.

Caso assim não fosse, estaríamos diante ingerência de figuras próximas tais como o contrato a termo e o sob condição suspensiva.

Em ambos casos, já existe o contrato definitivo, sendo certo que a obrigação não é mais a de firmar um contrato definitivo.

Na primeira hipótese, a execução da obrigação contratual somente resta diferida para o futuro, certo ou incerto, enquanto que no contrato preliminar a obrigação é de celebrar um contrato final, baldadas as obrigações derivadas permeadas pela boa-fé consubstanciadas no empenho dos contratantes para sanar os pontos outra problemáticos, conforme acima exposto.

Já no contrato sob condição suspensiva, observa-se um contrato definitivo imperfeito, de existência incerta, que somente será sanada se e quando ocorrer o evento que a condicione, seja ele positivo ou negativo. Em contrapartida, no contrato preliminar, o instrumento é perfeito, obrigando-se as partes, a despeito de qualquer condição, a cumpri-lo por meio da celebração do contrato final.

Da mesma forma, a promessa de contratar, fruto de declaração unilateral de vontade distancia-se do contrato preliminar pela ausência de ajuste de vontades, a sinalagma[147].

Darcy Bessone ainda destaca o negócio claudicante (*negotium claudicans*) nos seguintes termos[148]:

---

[146]VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., p. 309.

[147]Neste tópico, cabe colacionar ressalva feita por Darcy Bessone, (*Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 74): "Ainda no contrato preliminar unilateral, o ato é bilateral (constituindo-se pelo concurso de duas declarações, a oferta de contratar e a sua aceitação) apenas no sentido de vincular o proponente, sem, contudo, se comprometer o aceitante, do seu lado, a contratar."

[148]Id. Ibid., p. 74.

> "O *negotium claudicans* converte-se em contrato definitivo, pela tolerância do defeito por parte do prejudicado. É, pois, potestativo – *si volet* – em relação ao titular do direito de convalidá-lo. Assemelha-se, sob esse aspecto, ao contrato preliminar unilateral. Não se confundem, todavia, Ratificando-o a parte torna eficaz, como definitivo, o próprio negócio até então claudicante. Já no contrato preliminar *unilateral*, a manifestação do credor significa que também ele assume a obrigação *de contratar*, convertendo-se o contrato em *bilateral*. Passará, entretanto, a bilateral *ainda como preliminar*, pois que a segunda promessa é, por igual, *de contratar*, vinculando o emitente ao *contrahere*, mas não às prestações próprias do contrato *definitivo*. Poderão os interessados, é certo, suprimir esse momento, o da conversão em contrato preliminar *unilateral* em contrato preliminar *bilateral*, concluindo desde logo o contrato definitivo. Mas, ainda assim, o ato não terá semelhança com a ratificação do *negotium claudicans*, uma vez que, no caso, apenas celebrarão um novo contrato, sem qualquer preocupação de ratificação de outro, anterior e defeituoso."

Da mesma forma, existem similitudes entre os atos negociais e os contratos preliminares, tais como a oferta, as ponderações de parte a parte, e a troca de minutas. Em todas elas não existe um acordo de vontades apto a vincular as partes em seu objetivo final.

Nestes casos, de forma diferente ao que sucede com o contrato preliminar, a deficiência da conduta das partes apta a ensejar danos de uma a outra se resolvem por outros institutos civis que não a responsabilidade contratual propriamente dita[149].

---

[149]A questão, a princípio, se resolveria pelo abuso de direito oriundo da conduta contraditória. Neste sentido: "Se, todavia, o comportamento contraditório não puder ser obstado a tempo, e dano se verificar, assumirá o princípio um efeito reparatório, impondo o desfazimento da conduta posterior ou o ressarcimento pecuniário dos danos, conforme o caso. Os danos, potenciais ou efetivos, decorrentes do *venirecontra factumproprium* incluem geralmente as despesas efetuadas por conta das expectativas despertadas e outras espécies de danos emergentes, além dos lucros cessantes como a não realização de certa atividade rentável e assim por diante." (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório, tutela de confiança e venire contra factumproprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 153). "Combinando a caracterização do *venire contra factumproprium* cunhada na Alemanha com a definição da confiança na fase pré-contratual fornecida pela jurisprudência italiana, pode-se afirmar, com maior precisão, quando a ruptura das negociações será ilícita. Trata-se, portanto, de um instrumento importante na determinação da responsabilidade pela ruptura das negociações [...]." (ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 124). E quanto a proibição do comportamento contraditório: "...inadmissível, na medida em que, em decorrência de sua verificação, viola-se a regra da boa-fé objetiva, quebrando as expectativas criadas pelo próprio titular do direito." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual: o comportamento das partes posterior à celebração; interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva; impossibilidade de *venire* contra *factumproprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*); efeitos do contrato e sinalagma; a assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do programa contratual estabelecido (parecer). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 279, jul./set. 2000). Ainda cabe colacionar recente julgado da lavra do Min. Luis Felipe Salomão o qual estabelece a autonomia da responsabilidade pela quebra da confiança: "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DICOTOMIA TRADICIONAL. AQUILIANA E CONTRATUAL. REFORMULAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA QUEBRADA CONFIANÇA. ORIGEM NA CONFIANÇA CRIADA. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE DETERMINADO COMPORTAMENTO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE

CONTRATO FORMAL SUPERADA PELA REPETIÇÃO DE ATOS.JUIZ COMO PERITO DOS PERITOS. COORDENAÇÃO DAS PROVAS. ART. 130 DO CPC/1973.1. Tradicionalmente, a responsabilidade civil divide-se em responsabilidade civil stricto sensu (delitual ou aquiliana) e a responsabilidade contratual (negocial ou obrigacional), segundo a origem do dever descumprido, contrato ou delito, critério que, apesar de conferir segurança jurídica, mereceu aperfeiçoamentos, àluz da sistemática atual do Código Civil, dos microssistemas de direito privado e da Constituição Federal. 2. Seguindo essa tendência natural, doutrina e jurisprudência vêm se valendo de um terceiro fundamento de responsabilidade, que não se vincula a uma prestação delineada pelas partes, nem mesmo vincula indivíduos aleatoriamente ligados pela violação de um dever genérico de abstenção, qual seja a responsabilidade pela confiança. 3. A responsabilidade pela confiança é autônoma em relação à responsabilidade contratual e à extracontratual, constituindo-se em um terceiro fundamento ou 'terceira pista' (dritteSpur) da responsabilidade civil, tendo caráter subsidiário: onde houver o dano efetivo, requisito essencial para a responsabilidade civil e não for possível obter uma solução satisfatória pelos caminhos tradicionais da responsabilidade, a teoria da confiança será a opção válida. 4. A teoria da confiança ingressa no vácuo existente entre as responsabilidades contratual e extracontratual e seu reconhecimento se fundamenta principalmente no fato de que o sujeito que dá origem à confiança de outrem e, após, frustra-a, deve responder, em certas circunstâncias, pelos danos causados dessa frustração. A defraudação da confiança constitui o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar. 5. A responsabilidade fundada na confiança visa à proteção de interesses que transcendem o indivíduo, ditada sempre pela regra universal da boa-fé, sendo imprescindível a quaisquer negociações o respeito às situações de confiança criadas, estas consideradas objetivamente, cotejando-as com aquilo que é costumeiro no tráfico social. 6. A responsabilidade pela quebra da confiança possui a mesma ratio da responsabilidade pré-contratual, cuja aplicação já fora reconhecida pelo STJ (REsp 1051065/AM, REsp 1367955/SP). O ponto que as aproxima é o fato de uma das partes gerar na outra uma expectativa legítima de determinado comportamento, que, após, não se concretiza. O ponto que as diferencia é o fato de, na responsabilidade pré-contratual, a formalização de um contrato ser o escopo perseguido por uma das partes, enquanto que na responsabilidade pela confiança, o contrato, em sentido estrito, não será, ao menos necessariamente, o objetivo almejado. 7. No caso dos autos, ainda que não se discuta a existência de um contrato formal de compra e venda entre as partes ou de qualquer outra natureza, impossível negar a existência de relação jurídica comercial entre as empresas envolvidas, uma vez que a IBM portou-se, desde o início das tratativas, como negociante, com a apresentação de seu projeto, e enquanto titular deste, repassando à Radiall as especificações técnicas do produto a ser fabricado, assim como as condições do negócio. 8. Com efeito, por mais que inexista contrato formal, o direito deve proteger o vínculo que se forma pela repetição de atos que tenham teor jurídico, pelo simples e aqui tantas vezes repetido motivo: protege-se a confiança depositada por uma das partes na conduta de seu parceiro negocial. 9. Mostrou-se, de fato, incontroverso que os investimentos realizados pela recorrente, para a produção das peças que serviriam ao computador de bordo de titularidade da recorrida, foram realizados nos termos das relações que se verificaram no início das tratativas entre essas empresas, fatos a respeito dos quais concordam os julgadores de origem. 10. Ademais, ressalta claramente dos autos que a própria recorrida estipulou quais os modelos de conectores deveriam ser produzidos pela recorrente e em que quantidade, vindo, após certo tempo, repentina e de maneira surpreendente, a alterar as especificações técnicas daquelas peças, tornando inúteis as já produzidas. 11. O ordenamento processual pátrio consagra o juiz como o perito dos peritos e a ele a lei atribui a tarefa de dar a resposta à controvérsia apresentada em juízo, não importando a que ramo do conhecimento diga respeito. Essa a lição que se extrai do artigo 130 do CPC de 1973, que atribuiu ao juiz a função de ordenar e coordenar as provas a serem produzidas, conforme a utilidade e a necessidade, a postulação do autor e a resistência do réu, podendo determinar a realização de perícia, quando necessária a assessoria técnica para auxiliá-lo no deslinde da questão alvo (arts. 145, 421, 431-B do CPC). 12. Assim, a solução apresentada à controvérsia deve ser fruto do convencimento do Juiz, com base nas informações colhidas no conjunto probatório disponível nos autos, não estando restrito a uma e qualquer prova, especificamente. 13. Recurso especial parcialmente provido, para reconhecer a responsabilidade solidária da IBM - Brasil pelo ressarcimento dos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) à recorrente.” (STJ, T4, REsp 1309972/SP, julg.27/01/2017, DJe 08/06/2017).

Da mesma forma, malgrado a proposta tenha efeitos disciplinados pelo ordenamento jurídico[150], observa-se que a mesma não gera efeitos propriamente contratuais, posto que ato jurídico unilateral.

Todavia, admite-se a revogação da oferta possibilitando a recomposição dos prejuízos dela decorrentes vez que, a irrevogabilidade implicaria a vinculação pelo objeto do contrato, por si só, e não pela obrigação de contratar.

No contrato preliminar, por sua vez, a revogação não é viável. Segundo Darcy Bessone:

> "Sensível diferença traz a circunstância de ser o objeto da obrigação o *contrahere* ou a indenização. Nesta hipótese, o oferecimento da indenização, não aceito pelo credor, caracterizaria a *mora accipiendi*; o mesmo não ocorreria na primeira, por ser o contrato a modalidade solutória normal, de tal modo que, somente em certos casos de impossibilidade, poderia a obrigação resolver-se em perdas e danos."[151]

As discussões (*tractatus*) que antecedem o ajuste de vontade aproximam-se, em um primeiro momento, do contrato preliminar na medida em que seu objeto é a conclusão contratual. Todavia, não há que se confundir um e outro instituto vez na primeira não se cria a obrigação de contratar futuramente.

O mesmo se pode dizer com relação às minutas, em especial, naquelas subscritas pelas partes, surgindo dúvidas de se as partes desejaram se vincular de forma definitiva ou preliminar, ou apenas pretenderam ordenar suas idéias de forma provisória, de maneira que a solução de eventual controvérsia remete ao exame da real vontade das partes, ressaltando-se que as assinaturas apostas na minuta não tem o condão de vincular as partes na mesma extensão de um pacto preliminar.

---

[150]Arts.427 e ss. do Código Civil, e neste sentido, Gustavo Tepedino, trazendo lição de Orlando Gomes, esclarece: "Na definição de Orlando Gomes, a proposta é obrigatória, o art.427 determina que a declaração de vontade no sentido da celebração de um contrato, feita com seriedade e de forma completa – dela já constando os elementos necessários à criação da relação contratual por simples ato de aceitação da outra parte (oblato) -, vincula o proponente (também denominado policitante), desde que não tenha sido previsto o direito de arrependimento. No âmbito das relações de consumo, prevê-se expressamente a execução específica relativamente a declarações de vontade emitidas pelo fornecedor (art.48), dispondo-se ainda sobre a possibilidade de o consumidor 'exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade' (CDC, art.35, I)." in, TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, cit., v. 2, p. 39.

[151]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 75.

João Matos Antunes Varella acrescenta ainda, ao rol de figuras afins ao contrato preliminar – a que da o nome de *contrato promessa*[152].

Inicia sua comparação com o pacto de preferência, ressaltando que a diferença para com o contrato preliminar reside no fato de que enquanto neste se pactua a obrigação de celebrar um ajuste final, naquele subsiste somente a escolha de com quem contratar, se assim, unilateralmente, decidir.

Na venda a retro[153] (no Brasil, *retro venda*) o comprador não promete repactuar a venda com a outra parte, mas sujeita-se, todavia, a resolução do contrato mediante simples notificação.

Acrescenta ainda a celebração de contratos com o pagamento de sinal, trazendo a baila uma intima ligação com o contrato preliminar, no seguinte sentido.

Esclarece o autor que o sinal consiste na coisa (dinheiro ou outro bem) dada por um dos contraentes ao outro por ocasião da celebração do contrato como prova da higidez de sua intenção e garantia de seu adimplemento contratual ou ainda, como antecipação da indenização devida na hipótese de arrependimento. Poderá:

> "No primeiro caso, dá-se ao sinal (ou às arras, como antigamente se lhe chamava), o nome de sinal *confirmatório* (arras *confirmatórias*); no segundo, chama-se-lhe sinal *penitencial*, como para significar que o sinal representa neste caso a penitência ou castigo do arrependimento do faltoso."[154]

Diante da conceituação acima, o autor estabelece as seguintes diferenças acerca do que denomina contrato-promessa e a pactuação do pagamento do sinal.

Com efeito, a primeira diferença reside no fato de que a constituição de sinal sempre encontra-se condicionada e atrelada de outro negócio, inclusive, a um pacto preliminar, enquanto que o contrato-promessa guarda a sua autonomia.

Acrescenta que, qualquer quantia em dinheiro, ou outro bem, entregue por um dos contratantes ao outro ante à celebração de um contrato promessa, mesma que tal prestação coincida no todo ou em parte com aquela prevista para o contrato definitivo, referido ato pode configurar um sinal ou uma antecipação de pagamento, consoante às circunstâncias em que se inserem.

---

[152]VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., p. 309 e ss.
[153]Art.927 e ss do Código Civil Português. Arts.505 à 508 Código Civil Brasileiro.
[154]VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., p. 312.

Destaca ao final de sua exposição, que na promessa de compra e venda subsiste a presunção, até prova em contrário, de que toda a quantia confiada pelo promitente comprador ao promitente vendedor reveste-se do caráter de sinal ainda que se declare no pacto que a mesma tenha natureza diversa[155].

Desta feita, trazendo a baila os aspectos relevantes à conceituação e natureza do contrato preliminar, insta reiterar que no contrato preliminar os elementos devem restar pactuados todos os elementos essenciais suficientes a demonstrar a causa abstrada do contrato projetado a possibilitar, sem que tal assertiva implique na afirmação de que deva esgotar os elementos do contrato principal, a determinação do negócio futuro desejado pelas partes e justificativa de sua própria existência.

Tais aspectos tem relação direta e norteiam a solução dada ao caso na hipótese de execução do contrato preliminar.

De fato, pelo acima exposto é possível concluir-se que os requisitos a configurar o contrato final devem estar indicados no contrato preliminar na forma do disciplinado pelo art.462 do Código Civil, contribuindo para sua identificação e possibilitando um juízo de validade e de merecimento de tutela.

Logo, resolvida a questão acerca da validade e eficácia do contrato preliminar, sendo seu conteúdo plausível de identificação do objetivo desejado pelas partes, subsiste a necessidade de análise do regime de sua execução, o que cuidaremos a seguir.

---

[155]Gustavo Tepedino, ressalta a presença do sinal na execução do contrato no seguinte sentido: "As arras reputam-se princípio do pagamento, caso sejam do mesmo gênero da obrigação principal. Logo, o credor as conservará depois de executado o contrato, ao passo que o devedor as deduzirá da prestação quando do pagamento final. Daí por que já se tenha dito que, neste caso, o sinal representa o "cumprimento parcial da obrigação" (Orlando Gomes, *Contratos*, p. 99). Caso tenham sido dadas em gênero diverso, as arras devem ser devolvidas depois de cumprido o contrato. O CC1916, dispunha que se pagas em dinheiro, considerar-se-ia princípio de pagamento. A redação do dispositivo mereceu crítica, porque restringia a regra ao pagamento em dinheiro, quando em muitos outros casos, leciona Clovis Bevilaqua, a solução poderia ser a mesma (Código Civil, p. 212). O que importa para que se as considere princípio de pagamento é que guardem relação de fungibilidade com a obrigação principal (Carvalho dos Santos, *Código Civil*, p. 277, e Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, p. 100), como fez o CCp (1966), art.421, 1. Além disso, o Código antigo determinava a devolução depois de concluído o contrato. Clóvis Bevilaqua observava que a lei era obscura. Afinal, contrato concluído significa contrato *celebrado*, e a restituição das arras só se dá depois de executado o contrato (*Código Civil*, p. 212). Os dois equívocos, como se vê, foram reparados pelo CC. Ressalte-se que a devolução do sinal também se dará caso a prestação se torne impossível e a impossibilidade não se possa imputar a qualquer das partes, assim como se a avença for extinta por distrato. Em ambos os casos, o contrato resolve-se, devendo as partes serem reconduzidas ao *status* anterior à celebração, o que só se obterá por meio da devolução simples da quantia já recebida, devidamente atualizada. Nem o credor deve devolvê-la em dobro, nem o devedor as perderá (STJ, 3ª T, Ag. Reg. Ag. Inst. 233.957, Rel. Min. Nilson Naves, julg. 19.08.1999, publ. DJ 25.10.1999; TJRJ, 9ª C.C., Ap. Cív. 200000117997, Rel. Des. Jorge Magalhães, julg. 13.02.2001). O retorno ao estado anterior à avença também se impõe no caso de culpa recíproca das partes (TJRJ, 8ª C.C, Ap. Cív. 199800100757, Rel. Des. Carpena Amorim, julg. 14.04.1998 e TJRJ, 1ª CC. Ap. Cív. 199500104972, Rel. Des. Sylvio Capanema, julg. 31.10.1995)." *in*, TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, cit., v. 1, p. 767.

3.1. A execução do contrato preliminar

O contrato preliminar, observados os requisitos de validade da lei civil (arts.104 e 462, CC[156]) acarreta para as partes envolvidas a obrigação de celebrar um contrato futuro, de maneira que, não ajustada a cláusula de arrependimento ou qualquer outra possibilidade de declinar-se do pactuado, aplica-se à espécie o disposto no art.463 do Código Civil[157] o que determina que sobrevindo o prazo acordado ou assinado pelo credor ao devedor pelos meios jurídicos competentes, a obrigação nele aposta torna-se exigível.

A princípio, seu inadimplemento típico consiste no descumprimento de celebrar o contrato definitivo. Todavia, pode se considerar também inadimplido o contrato preliminar caso o descumprimento afete o seu objetivo mediato, qual seja, a prestação objeto do contrato definitivo. A título de exemplo, basta cogitar-se que uma das partes contratantes deteriore a coisa objeto do contrato final, cabendo, nesta hipótese, a oposição do contrato

[156]Notas 141 e 121.

[157]Art.463, Código Civil: "Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente." Neste sentido, Gustavo Tepedino assevera quanto à cláusula de arrependimento: "O contrato-promessa – outra designação utilizada para denominar o contrato preliminar – pode encerrar uma promessa "firme" ou não. A promessa firme caracteriza-se pelo fato de ser irrevogável e irretratável: não se admite o arrependimento do promitente. Nesta hipótese, têm as partes – na promessa bilateral – apenas uma delas (o promissário) – na promessa unilateral – a faculdade de exigir o cumprimento do pactuado, designando um prazo (se tal não tiver sido já disposto no pré-contrato) para o contrato definitivo seja celebrado. E se houver recusa no cumprimento da obrigação de contratar? Se a parte que se comprometera a celebrar o contrato definitivo se recusar a fazê-lo, poderá ser compelida judicialmente, ou a obrigação de fazer, uma vez inadimplida, dará ensejo apenas a perdas e danos? É o que responde o art.464, na seqüência [art.464 do Código Civil: "Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação."]. Se prevista cláusula de arrependimento, fica desde logo afastada a exeqüibilidade forçada do contrato definitivo. O direito de arrependimento não pode ser exercido se já consumada a execução do contrato ou, segundo alguns, se tal execução, embora ainda não consumada, esteja em vias de o ser [...]. Trata-se, mais uma vez, de ter em vista a incidência da boa-fé (art.422), a determinar que o exercício do direito de arrependimento seja valorado à luz de seus ditames, evitando-se que o direito de arrependimento se converta em um instrumento de abuso por parte de um dos contratantes.[...]. Cumpre ainda referir a exigência prevista no par. ún. de que o contrato preliminar seja inscrito no registro público competente. Como se observou a propósito do art.462, a forma do contrato preliminar, em princípio, é livre, o que significa ser válida a promessa de contratar celebrada por instrumento particular, ainda que o contrato definitivo exija a forma pública. No entanto, se, pela natureza do contrato em questão, for de interesse das partes levá-lo ao conhecimento de terceiros, então, neste caso, exigir-se-á a transcrição do mesmo no registro público competente, sem o que, como dispõe o art. 221 [art. 221, Cód. Civil: 'O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público. Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.'], o instrumento particular não lhes será oponível (v. art.1417, que dispõe sobre a promessa de compra e venda de imóvel)." TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, cit., v. 2, p. 101-102.

não cumprindo a que alude o art.476 do Código Civil[158] no que tange a obrigação de celebrar o contrato definitivo.

Descumprido o contrato preliminar a questão se resolveria em perdas e danos, segundo a doutrina tradicional salientada por Rafael Villar Gagliardi[159]:

> "Cunha Gonçalves retrata essa orientação, sustentando que ser inadmissível compelir o contratante inadimplente a celebrar o contrato definitivo. Invoca o famoso brocardo *nemo ad factumcogipotest* [ninguém pode ser diretamente obrigado/coagido a praticar ato a que se obrigara], aplicável às chamadas *prestações de fato*. Essa foi, inclusive, a orientação do legislador do Código Civil de 1916, segundo as palavras de Antônio Chaves [Tratado de direito civil: direito das obrigações, v.II, t.I, p.434], crítico da orientação, para quem 'longe de favorecer uma saída razoável, o CC adotou a solução do Direito francês, que não admitia que uma obrigação de fazer constituísse objeto de execução compulsória, invocando-se até mesmo a violação da consciência individual e transgressão dos princípios democráticos da liberdade individual [...]'.

Todavia, ressalva o autor que a orientação hodierna direcionou-se à atribuir eficácia à tutela específica das obrigações, prestigiando, desta forma, aquilo que foi de interesse das partes na celebração do contrato como a opção primípara, dentro do plano econômico do contrato.

3.2. Intervenção judicial

Com efeito, a obrigação foi pactuada para ser cumprida dentro daquilo pretendido pelas partes e sem a qual não restaria qualquer justificativa para aproximação de interesses justificadores do contrato.

---

[158]Art.476 Código Civil: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."

[159]In, GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratos preliminares, cit., p. 571. Neste mesmo sentido, ressalta Sydney Sanches: "O Código Civil brasileiro de 1916, elaborado sob a inspiração maior de Clóvis Beviláqua, não contém disposição sobre a execução (coativa) específica de obrigações de contratar. Além disso, no art.880 [art.880, Cód. Civ. 1916: 'Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível.'], estabeleceu incorrer na obrigação de reparar perdas e danos o devedor, que recusar a prestação a ele só imposta, ou por ele exeqüível. Argumentam outros, no mesmo sentido, com o art.1088 [Cód. Civ. 1916] segundo o qual: 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. Pontes de Miranda objetou, todavia, que o art.1.088 do CC não se refere aos pré-contratos (Tratado de Direito Privado, §343, 4, e XIII, §1.432, 5). De qualquer maneira, mesmo pelo Código de 1916 (que ainda é atual) [obra editada em 1978] já se previa execução específica de obrigação de emitir declaração de vontade: arts.188, 237, 245, 815, 941, 1.230 etc." *in*, SANCHES, Sydney. *Execução específica*: das obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 10.

Logo, este deve ser o fim almejado e tutelado pelo Estado dentro de sua função jurisdicional.

Destaca-se que, enquanto as obrigações de fazer inadimplidas impossibilitem, via de regra, a ação jurisdicional destinada a sua execução especifica sob pena de violentar a liberdade do devedor, o mesmo não se aplica às obrigações de prestar declaração de vontade.

A resistência da parte em cumprir o pactuado pode ser suprimida pela atuação do Estado, sem que tal fato implique em qualquer violência à sua liberdade.

Neste sentido, salienta o autor que:

> "A doutrina avançou da infungibilidade da prestação de fato ou obrigação de celebrar o contrato definitivo, para a sua fungibilidade, assentado que o caráter fungível seria apenas jurídico, não físico ou material. No âmbito do contrato preliminar, sem cláusula de arrependimento, celebrada a avença, já nasce para o contratante o direito à conclusão do contrato definitivo, exigido mediante tutela específica."[160]

Com efeito, sob pena de retirar do contrato preliminar, o qual, frise-se, para sua caracteriza deve fornecer os contornos essenciais do contrato final, sua eficácia na medida que possibilite a uma das partes a alternativa à sua prestação.

A Constituição Federal faculta a todos o direito de criar regramentos próprios, regidos, evidentemente, por princípios de ordem pública, o que prestigia a autonomia privada como pilar da dignidade humana e guarda coerência com a função social do contrato[161] e a boa-fé.

Logo, uma das mais relevantes manifestações deste princípio, considerando o contrato como um instrumento de cooperação entre as partes, reside, justamente, observados os preceitos de eticidade e moralidade, na imposição de que o mesmo seja cumprido demandado do Estado a sua atuação neste sentido.

---

[160]GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratos preliminares, cit.

[161]Neste sentido, esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy: "É a mesma preocupação com a dignidade humana e com o solidarismo que impõe novo padrão de conduta das partes que transacionam e que, também, determina e assegura o equilíbrio de suas prestações. Não se espera, por identidade de motivos, que os contratantes possam agir de forma desleal, que fujam de um padrão de retidão comportamental, ou que possam contratar ou manter-se vinculados, tal como na origem, de maneira excessivamente desequilibrada, o que, de resto, não seria leal nem permitiria fosse o contrato visto como instrumento de cooperação e colaboração entre as partes." *in*., GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2002. p. 47.

Este é o sentido do art.463 do Código Civil ressaltado por Rafael Villar Gagliardi[162]:

> "[...] celebrado o contrato preliminar e obedecidos os requisitos aplicáveis, a parte adimplente ou inocente poderá exigir a celebração do contrato definitivo, assinando à parte contrária prazo para que lhe de cumprimento, salvo se dele constar cláusula de arrependimento. Assim, celebrado o contrato preliminar por agentes capazes e legitimados para tanto, tendo sido definidos os elementos essenciais do negócio principal, verificado que o objeto do negócio projetado é lícito e possível, não ofendendo a ordem pública, os bons costumes ou dispositivos de índole cogente e não havendo cláusula de arrependimento, será cabível a execução de obrigação específica, com espeque nos arts.461 e 466 do Código de Processo Civil [CPC 1973, arts.497/501 CPC 2015], a fim de remediar o inadimplemento."

Desta feita, verificada a hipótese, autoriza o art.464 do Código Civil[163] a atuação estatal para dar caráter definitivo ao contrato preliminar, suprindo a manifestação de vontade do inadimplente.

Observa-se, ademais, que a lei civil aponta como solução primeira para a resolução da celeuma criada pela parte a execução do contrato, o que, todavia, não afasta a possibilidade de resolução em perdas e danos caso a obrigação que constitui seu objeto não comporte aludido procedimento[164], como na hipótese desta ser de caráter personalíssimo ou depender da anuência de terceiros, na forma do que alude o art.465 do Código Civil[165].

---

[162]GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratos preliminares, cit., p. 573.

[163]Art. 464, Código Civil: "Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação." Acrescenta Gustavo Tepedino que: "O artigo em referência constitui um elo explícito entre o regime substantivo do contrato preliminar e seu regime processual, tornando indispensável o recurso às fontes do Processo Civil. O ato devido é, precisamente, o consentimento necessário à formação do contrato definitivo, pelo o que a atividade judicial terá por resultado 'suprir a vontade do devedor inadimplente'. Assim é que, de acordo com o art.639 do CPC: "Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado'. [artigo antes existente no Código de Processo de 1973, revogado pela Lei n.º 11.232 de 2005, a qual disciplinou a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogou dispositivos relativos à execução fundada em título judicial]. A parte final do artigo ressalta, porém, os casos em que 'a natureza da obrigação' se revela incompatível com a execução específica, quando então restará ao credor a indenização por perdas e danos. Incluem-se dentre tais casos as obrigações personalíssimas que, por definição, se opõem à execução específica, pois que o fato devido pelo devedor só poderá ser prestado pelo próprio, não sendo possível que um ato judicial o substitua, produzindo os mesmos efeitos. O mesmo se dá no tocante a obrigações para cuja satisfação seja necessária a autorização de um terceiro. Afinal, como explica Caio Mário da Silva Pereira: 'a palavra jurisdicional irá suprir a declaração de vontade que a parte recusa a fazer espontaneamente, mas não tem o condão de sanar a falta intrínseca, quando a pessoa não está habilitada a proferi-la (*Instituições*, p. 92).'" TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, cit., v. 2, p. 102-103.

[164]Subsiste a retirada arbitrária do contratante a ensejar as perdas e danos. Vejamos: "Direito civil. *Pactum de contrahendo*. Configuração. Retirada arbitrária. Necessidade de constituição em mora do devedor da prestação. Obrigação de indenizar. Indenização abrangente de todas as parcelas devidas. Recurso

Saliente-se que, a comunicação do prazo assinalado pelas partes a que diz respeito o art.463 do diploma civil em exame deve ser feito de forma segura a conferir certeza a ciência do devedor bem como deve ser suficiente para o cumprimento da obrigação sob pena de encerrar conduta abusiva e alheia a boa-fé. Todavia, há que se consignar que a ausência de notificação premonitória não inibe a busca da tutela jurisdicional específica vez que a própria citação teria o condão de suprir referida falha.

Cuidavam os artigos 466-A e B do Código de Processo Civil de 1973 da execução direta[166], hodiernamente, todavia, aglutinados e substituídos pelo art.501 da Lei 13.105/2015[167].

---

desacolhido. I – Manifestada expressamente por ambas as partes a intenção de formalizar contrato de locação de posto de serviços, a depender de condição suspensiva a cargo do proponente-locatário, sem termo, formalizou-se o contrato preliminar, não sendo lícito à proponente-locadora contratar locação de posto com terceiro sem constituir em mora aquele, quanto ao inadimplemento da condição avençada. II – A contratação, nesses termos, constitui retirada arbitrária, hábil a ensejar a indenização por perdas e danos a ele concernentes. III – Caso concreto em que a indenização concedida abrangeu todas as parcelas devidas ao recorrente" (REsp 32942/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.25/10/1993, DJ 13.12.1993, p. 27465).

[165]Art.465, Cód. Civil: "Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos." Neste sentido, Rafael Villar Gagliardi, quanto ao caráter subsidiário desta possibilidade: "O art.465 do Código Civil, de seu turno, traduz a regra geral da resolução em perdas e danos, já prevista no art.475 do mesmo diploma, especificamente para disciplinar a resolução do contrato preliminar. Estabelece que '*se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos*'. Trata-se desolução subsidiária, pois raramente representa reparação idêntica à satisfação específica da pretensão da parte lesada, apenas equiparando-se esta, em termos pecuniários, nos termos do disposto no art.389 do Código Civil [art.389: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado]. A solução em perdas e danos cabe apenas se esta for a vontade do contratante inocente ou caso seja impossível, material ou juridicamente, a via da tutela específica. Verificar-se-á a impossibilidade material quando se tratar de obrigação personalíssima, infensa à tutela mandamental. Ocorrerá impossibilidade jurídica quando o próprio título a excluir, como ocorre nos casos em que prevista a cláusula de arrependimento, com ou sem correspondente pecuniário." GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratos preliminares, cit., p. 576-577.

[166]Art.466-A, Código de Processo Civil de 1973: "Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida."; art.466-B: "Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado." (Incluídos pela Lei nº 11.232, de 2005).

[167]art.501 da Lei 13.105/2015: "Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida." No mesmo sentido, é a redação do art.84 do Código de Defesa do Consumidor: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial."

O alcance do comando legal permite concluir que a tutela jurisdicional pleiteada será no sentido de, substituindo a declaração de vontade do contratante faltou, condenar-se-á os mesmo à prestação do contrato principal.

Referidas providências encontravam-se separadas no anterior diploma processual civil, conduto, o escopo da norma era um só. Neste sentido, é o comentário de Cassio Scarpinella Bueno acerca do artigo legal:

> "O art.501, embora tenha redação similar ao do art.466-A do CPC atual, quer regular, conjuntamente, a regra contida também no art.466-B do CPC atual, abrangendo-a. Até porque, bem entendidos, aqueles dois dispositivos, a despeito de sua diversa redação, conduzem seu intérprete a uma só regra. Sempre que a ação tiver por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença de procedência transitada em julgado produzirá todos os efeitos da declaração não emitida."[168]

Nestes termos, transitada em julgado a sentença, o Estado acaba por suprir a vontade da parte faltante tornando definitivo o contrato preliminar, inclusive, quanto ao objeto de sua prestação.

Contudo, não há como se afirmar que diante de tais circunstâncias o Estado tomaria o lugar do contratante posto que o próprio contrato, instrumento de vinculação e

---

[168]BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 332-333. Esclarece o autor acerca da ausência de repetição da norma contida no art.466-C do Código de Processo Civil de 1973 [Art.466-C: "Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível."] nos seguintes termos: "A hipótese do art.466-C do CPC atual não é expressamente reproduzida no novo CPC, o que não significa que a nele prevista [...] esteja carente de tutela jurisdicional. É que a questão nele prevista resume-se na verificação de interesse processual a ser demonstrado, consoante o caso, pelo procedimento comum (observando-se, no particular, o disposto no art.498 [art.498, Código de processo Civil de 2015: Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.]) ou, até mesmo, por algum procedimento especial. A hipótese, outrossim, encontra eco seguro nos arts.786 a 788 [Art. 786. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.
Parágrafo único. A necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito exequendo não retira a liquidez da obrigação constante do título. Art. 787. Se o devedor não for obrigado a satisfazer sua prestação senão mediante a contraprestação do credor, este deverá provar que a adimpliu ao requerer a execução, sob pena de extinção do processo.
Parágrafo único. O executado poderá eximir-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa, caso em que o juiz não permitirá que o credor a receba sem cumprir a contraprestação que lhe tocar. **Art. 788.** O credor não poderá iniciar a execução ou nela prosseguir se o devedor cumprir a obrigação, mas poderá recusar o recebimento da prestação se ela não corresponder ao direito ou à obrigação estabelecidos no título executivo, caso em que poderá requerer a execução forçada, ressalvado ao devedor o direito de embargá-la] quando o novo CPC trata, na perspectiva do processo de execução, da exigibilidade da obrigação." Id. Ibid., p. 333.

manifestação livre da vontade das partes, é infenso à noção do suprimento de vontade do devedor.

O provimento jurisdicional vem a substituir o contrato definitivo de maneira a tornar a vontade que deveria ter sido declarada inútil à solução da controvérsia. Neste sentido, salienta Rafael Villar Gagliardi[169]:

> "O que se elimina é a segunda manifestação de vontade, com base na primeira, vazada quando da celebração do contrato preliminar, a qual já se afigurava vinculante e completa, dado conter os elementos essenciais do negócio projetado. A incolumidade física do devedor passa ao largo da atividade jurisdicional, dado operar esta no plano jurídico, não material ou físico. O juiz não obriga o devedor a celebrar o contrato. Não o força *manu militari* ou sob vara, no jargão do foro, fazê-lo. Apenas emite título jurídico que gerará o mesmo efeito do negócio objeto do contrato preliminar."

Quanto à natureza da sentença, fruto da atuação estatal para a conclusão do negócio jurídico programado pelas partes diverge a doutrina, ora ponderando ser a mesma de cunho constitutivo, posto que valeria como título aquisitivo do direito em questão, ora de ares condenatório.

De qualquer forma, a sentença em apreço traz em seu bojo forte conteúdo constitutivo oferecendo ao credor os mesmos efeitos da prestação descumprida no contrato preliminar, possibilitando ao juiz a imposição de medidas assecuratórias de sua decisão, limitadas, todavia ao que restou pactuado no contrato preliminar[170].

A atuação jurisdicional guarda consonância com a dinâmica existente entre o contrato preliminar e o definitivo.

Com efeito, ao celebrarem o contrato preliminar, as partes por assim desejarem ou por assim o objeto do contrato definitivo ser de impossível determinação em dado momento, reservam-se ao direito de ulterior complementação de sua avença, aperfeiçoando os acordos residuais ou aguardando circunstâncias necessárias para tanto.

---

[169]GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratos preliminares, cit., p. 575.

[170]Salienta Rafael Villar Gagliardi a possibilidade de cumulação da execução específica com a pretensão indenizatória: "Enfim, perfeitamente cumulável a execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo com a pretensão indenizatória, bastando, para tanto, que a recusa do contratante inadimplente tenho tido o condão de causar prejuízos ao contratante inocente. Essa possibilidade vem prevista expressamente no art.475 do Código Civil [**Art. 475.** A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.], aplicável aos contratos em geral e, portanto, também aos contratos preliminares." Id. Ibid., p. 576.

Alcançando o seu ajuste de vontade ou tornando-se possível a avença final, o contrato definitivo será firmado, substituindo o regramento daquele preliminar, ocorrendo, segundo TOMASETTI: "o fechamento da seqüencia negocial"[171].

Contudo, salienta o mesmo autor, e neste pormenor reitera-se a opinião exposta nesta dissertação quanto à necessidade do contrato preliminar bem delinear os contornos do contrato definitivo, o problema atinente a intervenção jurisdicional quando o primeiro contrato traz mínima programação do conteúdo da avença definitiva:

> "Quando é mínima a programação do conteúdo do contrato definitivo, a interferência do órgão jurisdicional, para aplicar a norma do art.639 do Código de Processo Civil, só pode aparecer inadmissível – e assim se pensa, efetivamente, a teoria tradicional – se não houver sob os olhos todo o panorama estrutural e funcional da contratação preliminar. Concebendo-se o contrato preliminar como simples pré-definitivo, de acordo com referido princípio de identidade do conteúdo (supra, §5º, n.2), seria como se o juiz, ao proferir a sentença ex art.639, procedesse à semelhança do terceiro pagador dos arts.930 e 931 do Código Civil."[172]

Esclarece ainda, que o então vigente art.639 do Código de Processo Civil, hodiernamente substituído pelos arts. 497 e ss. da nova Lei processual[173], tem o condão de

---

[171]TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*, cit., p. 37. Esclarece o autor, neste pormenor, a diferenciação necessária para o emprego o termo execução: "É da linguagem corrente entre os juristas o emprego do termo execução para designar o adimplemento das obrigações, dos negócios jurídicos e dos contratos. Em realidade, muitos empregam essas palavras como sinônimos (51). Autores há, entretanto, que buscam diferenciar, com todo o cuidado conceitual, adimplemento da obrigação e execução do contrato (52), restringindo esta última ao 'comportamento idôneo para determinar uma modificação na situação patrimonial e, genericamente, nas relações entre os contraentes, modificação esta pela qual se realiza o programa de eventos futuros constante no contrato' (53). O adimplemento, por sua vez, 'é essencialmente meio de extinção, e, pois, de liberação para o devedor; a execução reporta-se à atuação da fonte da obrigação (contrato); ou seja, leva a efeito o contrato'. Portanto, a execução é, antes de mais nada, uma ato do contraente; assim como o adimplemento é um momento estrutural da obrigação, a execução é um momento estrutural do contrato, ou, sob outro aspecto, a execução do contrato está, para o adimplemento das obrigações, numa relação de meio (um dos possíveis meios) a fim (54). Admite-se uma concepção pluralista da execução, e, neste sentido, dentre outras possibilidades, cabe falar de execução em sentido substancial e execução em sentido processual. No âmbito da contratação preliminar, sempre que os figurantes não promovam, espontaneamente, a execução do primeiro contrato, consistente na conclusão, ou na conclusão e complementação, do contrato definitivo, dá-se inexecução; este fato poderá acarretar, na seqüência preliminar – definitivo, uma interferência da função jurisdicional ao nível altamente complexo de relação jurídica contratual em que figuram deveres de conclusão, ou de conclusão e complementação do negócio, com a finalidade de fazer surtir os mesmos efeitos que conseguiram com a execução em sentido substancial – que, no caso, também se poderia denominar execução negocial, pois a realização do contrato definitivo é simultaneamente ato de devido e negócio jurídico. O expediente técnico adaptado à produção da atividade processual executiva concernente a essa hipótese está, hoje, previsto nos arts.639 usque 641 do Código de Processo Civil [Código de Processo de 1973, artigos legais revogados pela Lei n.º 11.232 de 2005, a qual disciplinou a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogou dispositivos relativos à execução fundada em título judicial hoje substituídos pelos arts.513 e ss. do Código de processo civil de 2015]". Id. Ibid., p. 39.

[172]TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*, cit., p. 40. vide nota 166.

[173]Importante se faz ressaltar que o então vigente art.639 do Código de Processo Civil continha em sua redação a expressão menção: "sendo isto possível e não excluído pelo título", o que parece ter levado o

disciplinar no plano processual os limites e os contornos em meio aos quais poderá ser prestada a tutela jurisdicional tendente à conclusão ou à complementação do contrato preliminar.

Por fim, conclui TOMASETTI:

> "O relacionamento dicotômico contrato preliminar-contrato definitivo – desde a reformulação, pelos arts. 639-641 do Código de Processo Civil vigente, do § 2º ao art.1006 do Código revogado (56) – passou a ser tricotomia (57). Nessa tricotomia há um elemento constante, que é o contrato preliminar, e dois outros elementos que se acham em relacionamento alternativo para com o primeiro; estes elementos são o contrato definitivo e a sentença do art.639. No âmbito de atuação legalmente previsto para esta providência jurisdicional, o magistrado, 'sendo isto possível e não excluído pelo título', pode promover o desfazimento da reserva de complementação, aperfeiçoando os acordos residuais em aberto e projetando, do negócio-base substantivamente arrematado, os efeitos jurídicos que se produziriam com a conclusão acabada (não é tautológico) do contrato definitivo (v. ultra § 14) [...]. Integrante, também, desse ponto de vista, é a colocação do juiz como 'executante' do contrato preliminar, num sentido que se aproxima (mas não se identifica) com o adimplemento negocial, quando menos porque são diferentes os pressupostos do contrato definitivo e da sentença ex art.639: o contrato definitivo tem pressuposto positivo, ou seja, o cumprimento do dever de conclusão, ou de complementação e conclusão;

---

autor mencionado a sobressaltar esta conclusão. Todavia, tal expressão não é encontrada nos arts.497 e ss. Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier: "O legislador de 2015 também não se refere, nestes artigos, justamente àquilo que torna estas ações relativas às obrigações de fazer ou não fazer e de dar coisa certa, executivas *lato sensu* e mandamentais: O fato de haver uma ordem e de o juiz poder tomar medidas concretas, além da fixação de multa, com o objetivo de que ao réu pareça mais conveniente cumprir a ordem do juiz do que se submeter às conseqüências ligadas às medidas de apoio determinadas. Se não for mesmo possível a realização da tutela específica, haverá a conversão em pecúnia, independentemente de pedido expresso. Mas o autor pode pedir esta conversão, se lhe parecer, no curso do feito, preferível. É que no art.139 [Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:.. IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;..], que trata dos poderes do juiz, menciona-se a possibilidade de o juiz determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Duas observações são necessárias: (1) segundo este texto e de acordo com os princípios que lhe são subjacentes o juiz pode lançar mão das medidas de apoio ou de execução indireta de que tratam os arts.536 e ss., que correspondem, *grosso modo*, aos arts.461 e ss. do CPC/73. Determinar o fechamento de uma empresa...bloqueio de valores, imposição de multas etc. (2) o legislador parece ter querido transformar todas as ações em executivas *lato sensu* e/ou mandamentais, inclusive quando de trata daquelas que tenham por objeto prestação em pecúnia." In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 813-814. E ainda, quando à natureza da sentença esclarece Cândido Rangel Dinamarco: "As *sentenças mandamentais* não deixam de ser condenatórias. O caráter mandamental de certas sentenças, que autoriza os rigores da execução imediata e coercitiva regida pelos arts. 461 e 461-A [vide nota 166], não desfigura essa natureza, porque a execução imediata é também uma execução (supra, nn.919 e 1.328), e além disso, essas sentenças são também aptas a propiciar a execução por quantia certa, sempre que a execução se torne impossível ou o credor opte pela conversão em pecúnia (art.461, §1º). Sendo uma sentença condenatória, a qualificação da sentença mandamental como título executivo decorre com naturalidade da disposição contida no art.475-N, inc. I, do Código de Processo Civil (a sentença civil condenatória como título executivo). *in*. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 4, p. 256.

> a sentença de qua tem pressuposto negativo, isto é, a falta de implemento do dever de conclusão, ou de complementação e conclusão. Dá-se, porém, coincidência no plano dos efeitos."[174]

3.3. Cláusula de arrependimento

Demais disto, esclarecida a natureza da intervenção jurisdicional para a conclusão daquilo que foi pretendido pelas partes, ainda que em caráter suplementar se possa cogitar da conversão em perdas e danos, torna-se importante a análise de que aludida intervenção estatal restará afastada na eventual existência de cláusula de arrependimento pactuado no contrato preliminar.

Com efeito, a impossibilidade de atuação jurisdicional estará tolhida por força do pactuado entre as partes, em consenso, a possibilidade de retratar o negócio.

Referida cláusula possui a mesma eficácia de qualquer estipulação de infungibilidade convencional ou que tenha o condão de impedir a substituição do contrato definitivo pela sentença judicial mandamental.

Mister se faz ressaltar que, a possibilidade prevista em sobredita cláusula, assim como todo o bojo contratual, deve ser exercida nos limites dos princípios contratuais, dentre os quais a boa-fé objetiva, a função social e a vedação do enriquecimento sem causa sob pena de trazer a tona o disposto no art.187 do Código Civil.

Neste sentido, pontua Hamid Charaf Bdine Jr:

> "A impossibilidade de se substituir obrigação de celebrar o contrato definitivo, se a isto se opuser a natureza da obrigação foi expressa no art.464 do CC/2002; a proibição desta substituição pelo título também se verificará nas hipóteses em que o pacto preliminar contiver cláusula de arrependimento, como resulta do disposto no art.463 do CC/2002. Caso se verifique que o contrato preliminar exclui expressamente a possibilidade de substituição da celebração do contrato definitivo pela sentença, tal disposição deverá ser considerada equivalente à cláusula de arrependimento. Haverá obrigação de natureza incompatível com o suprimento judicial de vontade quando ela for de natureza infungível, pois, nestes casos, não haverá possibilidade de a decisão judicial substituir a conduta exigível do contratante inadimplente."[175]

---

[174]TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*, cit., p. 41-42.

[175]*In*. BDINE JR., Hamid Charaf. Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002: contrato preliminar e adjudicação compulsória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 843, p. 70, jan. 2006.

Questiona-se, ademais, se na hipótese de necessidade ação cominatória com o escopo de se ver realizado o contrato definitivo, mas com a prestação reduzida em virtude da ciência superveniência de vício na coisa objeto do contrato ou de inexatidão na sua descrição.

A luz da vedação do enriquecimento sem causa, bem como tratando-se a hipótese de evidente alteração das circunstancias relacionadas ao objeto que foi pactuado no contrato preliminar, entender-se que ao exigir a execução específica do avença o credor acabaria por renunciar ao vício constatado vai de encontro ao disposto no ordenamento jurídico, para não se dizer, ao bom senso.

Da mesma forma, exigir que após a execução específica o credor deva, novamente, socorrer-se do Judiciário para ver reduzido o seu prejuízo implica em exigência descabida, inobservância da economia processual e vai de encontro à própria justificativa da atuação jurisdicional no pactuado entre as partes[176].

3.4. Extinção

Por derradeiro, o contrato preliminar será extinto ante à celebração do contrato definitivo, diante da intervenção jurisdicional acima explanada, ou ainda, decorrido o prazo assinalado pelas partes[177].

Cabe ainda ressaltar que, tratando-se de contrato e assim regido pelas normas a este instituto civil, o pacto preliminar pode ainda ser extinto pela vontade das partes, por meio da novação, pelo distrato ou pela ocorrência de condição resolutiva ou termo.

Todavia, Orlando Gomes, ressalta que:

> "Para os que admitem a autonomia do contrato definitivo, a *promessa* extingue-se ao ser cumprida. Assentado, porém, que se trata de relação contratual complexa, que começa com o pré-contrato, o cumprimento do prometido não é mais do que um de seus efeitos. Assim sendo, o pré-contrato só se extinguirá se houve novação. A *resolução* do contrato preliminar pode

[176]Neste sentido, é a solução proposta pela doutrina italiana de PERLINGIERI, Pietro. *Il dirittocivilenellalegalitàconstituzionale*. Napoli: EdizioneScientificheItaliane, 1991.

[177]Darcy Bessone pontua que: "Executa-se [o contrato preliminar], normalmente, através da conclusão do *contrato definitivo* que, em conseqüência, se torna, simultaneamente, solutório e constitutivo. Será *solutório*, ou *liberatório*, enquanto consistir no cumprimento de obrigações assumidas no contrato precedente, extinguindo-as. Será *constitutivo* no concernente às nova relações que dele resultarem, em caráter definitivo." ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 62.

> dar-se por inadimplemento do promitente na hipótese especial de que, podendo o outro contratante exigir a execução de forma específica, prefira o ressarcimento do dano. Extingue-se o pré-contrato quando a faculdade de exigir o cumprimento do prometido é exercida fora do prazo. O pré-contrato pode dissolver-se, enfim, mediante distrato. A extinção ocorre por vontade comum, igualmente, se no pré-contrato forem estipuladas *arras penitenciais*, dado que, conquanto seja unilateral o arrependimento, as partes, de comum acordo, o admitiram. Sendo a promessa das que comportam execução coativa sob forma específica, extingue-se no momento em que o juiz determina, em sentença, sua execução."[178]

Ressalte-se ainda, que o contrato preliminar pode ser extinto por vícios supervenientes à sua celebração e anterior à conclusão do contrato definitivo. Nestes casos, se exigida a celebração do contrato definitivo a parte que a isto se opuser poderá socorrer-se da via jurisdicional ou manifestar a cabível exceção.

Verifica-se tais hipóteses quando nos casos de nulidade, vícios de vontade ou incapacidade das partes para a celebração da avença.

Demais disto, o contrato preliminar poderá ser, também, rescindido, propriamente dito, caso celebrado em situações nas quais se verifique a ocorrência de circunstâncias capazes de reduzir a liberdade de manifestação contratual das partes por completo (erro, dolo, coação) ou parcialmente (visto que lhes é dado escolher entre um dos males), nas hipóteses de lesão e estado de perigo[179].

Salienta-se ainda que, em não se tratando de obrigação personalíssima, a morte de um dos contratantes não enseja a rescisão do pacto preliminar por si só, transmitindo-se

---

[178]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 166. Importante salientar a opinião de Darcy Bessone (*Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 171) quanto as arras penitenciais: "A doutrina esclarece que as *arras penitenciais* tornam frágil o vínculo contratual. Este passa a depender da vontade unilateral de um dos contratantes. Reconhece-se aio devedor o direito de opção entre cumprir a obrigação assumida e desvincular-se dela, mediante o preço previamente estabelecido, correspondente ao valor das arras. O contrato se torna, em conseqüência, condicional, no sentido de ser exigível a prestação convencionada apenas quando o devedor não opte pelo arrependimento."

[179]São os vícios sociais, quais sejam: a simulação e a fraude contra credores, cuja comparação com os institutos da lesão e estado de perigo não se faz necessária ante ao fato de que nestes casos, a vontade é livremente manifestada mas o ato é anulável em razão do seu escopo de prejudicar terceiros, a análise da externação da vontade no campo do erro, do dolo e da coação deixa claro o fato de que o estado de perigo e a lesão a elas não se assemelham. De fato, naqueles as condições de violência são de tal monta que eliminam por completo a liberdade do contratante, carecendo da necessária espontaneidade, o qual ingressa na convenção sem qualquer escolha, seja por desconhecer as circunstâncias do negócio ("erro"); pelo fato de alguém haver provocado este desconhecimento ("dolo"); ou diante de flagrante ameaça ("coação"). Neste sentido, RODRIGUES, Silvio.*Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 183.

para os seus herdeiros. Da mesma forma, a decretação da falência da pessoa jurídica não enseja necessariamente a extinção da avença[180].

A análise do contrato preliminar, em seus efeitos e conseqüências tecida neste capítulo torna-se se suma importância em virtude da possível classificação do instrumento particular de compra e venda nesta espécie.

Se possível a assertiva acima, a incidência de regras do contrato preliminar se faz necessária desde que não conflitantes com as normas específicas.

De qualquer forma, ainda que se admita, por parte da doutrina, que não se trata, a bem da verdade, de um pacto preliminar puro, as similitudes são flagrantes a justificar a presente exposição à compreensão do capítulo a seguir.

[180]Art. 117 da Lei 11.101/2005: Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê. § 1o O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato. § 2o A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

4. O COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA

Partindo da afirmação de que o compromisso de venda e compra é o instrumento pelo qual as partes convencionam, dada a ultimação de algumas providências, a celebração de um contrato definitivo visando a transferência da propriedade de um dado bem, José Osório de Azevedo Jr. afirma que a "quase unanimidade dos nossos autores estuda o compromisso de compra e venda a partir da análise do contrato preliminar."[181]

Desta forma, afirma o autor que seria uma análise muito simplista de referido instrumento posto que a vontade das partes não se limitou a pactuar, tão somente, um contrato definitivo. Para ele, a análise do instituto desafia a noção de que uma das partes deseja vender seu imóvel, garantindo-lhe o pagamento do preço enquanto que a outra pretende adquirir este bem e dele usufruir desde logo. Vejamos:

> "Para nós interessa notar que, ao contratar o compromisso e havendo preço a ser pago a prazo, o compromitente vendedor conservou alguma coisa real, jurídica e economicamente perceptível: o *jus abutendi* não foi transferido de todo. O compromissário comprador já pode dispor dos direitos que adquiriu, e, mesmo – podemos dizer -, pode dispor do próprio imóvel, tão amplos são os direitos adquiridos. Mas este poder de disposição ainda está limitado por aquilo que o compromitente vendedor conservou. [...] O que se observa, então, é que o domínio em si mesmo foi utilizado apenas com a finalidade de garantia (como acontece na venda com reserva de domínio e na alienação fiduciária), o que quer dizer que – no negócio entre as partes – o domínio perdeu sua posição de relevo, ficando apenas como garantidor do crédito. E, à medida que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito de propriedade junto ao compromitente vendedor, isto é, aquela pequena parcela do poder de dispor, como que vai desaparecendo até se apagar de todo. Uma vez quitado o compromisso, os poderes elementares do domínio estão – em substância – inteiramente consolidados no direito do compromissário comprador, nada mais restando ao compromitente vendedor do que a obrigação (inexorável) de assinar uma escritura."[182]

No mesmo sentido, a justificar sua afirmação de que o compromisso de venda e compra não é um contrato preliminar típico, acrescenta Sílvio de Salvo Venosa:

> "O contrato representa, segundo examinamos naquele trabalho [*Teoria geral dos contratos*, 1992:55], um acréscimo patrimonial ao contratante. A posição contratual possui valor econômico relevante, tanto que pode ser cedida a título oneroso. Desse modo, sob o plano ainda exclusivamente obrigacional, surgirá a conveniência de contratar preliminarmente. Podem as partes

[181]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 17.
[182]Id. Ibid., p. 19.

> necessitar de prazo maior de meditação para conclusão do contrato definitivo, aguardar melhor situação econômica, ou, naquilo que nos interessa agora, pode o alienante pretender maior garantia de pagamento, não concluindo definitivamente a venda enquanto não pago o preço. Surge neste último enfoque a efetiva utilidade da promessa de compra e venda que ganhar os contornos de contrato quase definitivo quando nela se inserem as cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade.[...] No contrato preliminar, pré-contrato ou promessa de contratar já existem todos os requisitos de um contrato. Por isso não se confunde com as chamadas *negociações preliminares*. Essa fase preliminar de negociação ou pontuação, como regra geral, não gera direitos. Pode dela decorrer uma responsabilidade pré-contratual, sob determinadas condições, situada fora da relação contratual [...].”[183]

[183]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*, cit.,p. 383. Merece registro o apontamento acerca do regime da responsabilização pré-contratual ressaltado por Rogério Ferraz Donnini, citando, em amparo de sua tese, as lições de Antônio Junqueira de Azevedo e Sílvio de Salvo Venosa: “Antônio Junqueira de Azevedo, de forma diversa daquela anunciada pela doutrina nacional, preleciona que o fundamento da responsabilidade pré-contratual nem parece ser contratual, haja vista que ainda não há um contrato, nem tampouco extracontratual, pois têm aquelas que estão prestes a efetivar um contrato deveres específicos, considerados estes um verdadeiro vínculo jurídico. Assim, seria inadequado, a seu ver, dizer que existiria *in casu* um dever genérico de não prejudicar, estampado no art.159 do Código Civil de 1916 (art.186 do novo CC). Para esse autor, a responsabilidade civil pré-contratual, embora provenha de um ato ilícito, resulta da quebra de um dever específico de boa-fé, motivo pelo qual a responsabilidade seria contratual e não extracontratual.[...] Deve-se ressaltar a posição de Sílvio de Salvo Venosa, que acolhe a teoria da culpa *in contrahendo* e trata da *recusa de contratar* e do *rompimento das negociações preliminares*. No caso de recusa na contratação, a exemplo do que sustentam outros civilistas, a responsabilidade seria extracontratual e não propriamente contratual. Na hipótese de rompimento das negociações preliminares, argumenta que há que se fazer uma distinção entre relação de consumo e entre particulares. No primeiro caso, que é regulado pelo Código de Defesa do Consumidor, a *oferta* de produtos e serviços vincula fornecedor e consumidor, o que possibilita a este exigir a efetivação do contrato, mediante uma ação de obrigação de fazer. Já no segundo caso (relação entre particulares), tanto à luz do Código Civil de 1916 como de nossa novel lei civil substantiva, não é possível a exigência de que seja realizado o contrato, embora surja para parte lesada nessa ruptura de negociações preliminares a possibilidade de pleitear indenização, com supedâneo na responsabilidade aquiliana ou extracontratual (art.159 do CC de 1916 e art. 186 do CC). in, DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58-59. Neste mesmo sentido, primando pela impossibilidade de segregação das fases contratuais quando se trata da aplicação dos princípios informadores consagrados pela Lei civil (vide cit. 18), ressalta Rômolo Russo Junior que: “É de rigor cravar-se, pois, que não deve e não pode haver emancipação das fases conclusivas e executória em face da fase pré-formativa do vínculo negocial, mesmo com a não inclusão expressa, no artigo 422 do novo Código Civil, da palavra ‘formação’, na obrigatoriedade guardar probidade e boa-fé. Assim deve ser, porquanto, do contrário, ter-se-ia, pela ausência da empressão ‘formação’ no artigo 422 do Novo Cód. Civil, uma grave janela aberta para o trabalho dos argonautas da malícia e do desvio da verdade pré-negocial, com o correlato comprometimento da raiz que fundamenta essa nova estrutura básica do direito contratual, o que, inevitavelmente, não deve encontrar eco no seio da juridicidade civil”. in. RUSSO JUNIOR, Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual*. Salvador: Podivm, 2006. v. 2, p. 11. Por outro lado, Enzo Roppo traz a tona a possibilidade da justa ruptura, sopesando a liberdade das partes e o compromisso assumido: “Uma hipótese típica de responsabilidade pré-contratual é a da *ruptura das negociações*. Porém, aqui, a exigência de tutelar a parte desiludida na sua legítima confiança em torno da conclusão do contrato, deve conciliar-se com o princípio pelo qual o vínculo nasce só quando o contrato se forma, enquanto que antes desse momento as partes são livres de procurar melhores ocasiões (tanto assim é que a lei admite explicitamente a possibilidade revogação da proposta contratual já endereçada à contraparte, ou até já recebida e já aceite por esta: cfr. Retro 2.3). O ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não já quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade económica (como quando sobrevêm circunstâncias inesperadas que tornam o contrato não mais conveniente, ou a contraparte modifique inopinadamente a sua posição, pretendendo impor condições mais gravosas). Em presença destas circunstâncias não se pode, de facto, dizer que a parte que desiste – dando, entenda-se, imediato aviso à contraparte – se comporta de modo

incorrecto e viole o dever de boa-fé." ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 107. Ademais, cumpre destacar recente julgado da relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão no qual a hipótese em testilha – tutela da confiança - é trata como uma responsabilização que surge entre aquela extracontratual e a contratual: "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DICOTOMIA TRADICIONAL. AQUILIANA E CONTRATUAL. REFORMULAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA QUEBRA DA CONFIANÇA. ORIGEM NA CONFIANÇA CRIADA. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE DETERMINADO COMPORTAMENTO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO FORMAL SUPERADA PELA REPETIÇÃO DE ATOS. JUIZ COMO PERITO DOS PERITOS. COORDENAÇÃO DAS PROVAS. ART. 130 DO CPC/1973. 1. Tradicionalmente, a responsabilidade civil divide-se em responsabilidade civil stricto sensu (delitual ou aquiliana) e a responsabilidade contratual (negocial ou obrigacional), segundo a origem do dever descumprido, contrato ou delito, critério que, apesar de conferir segurança jurídica, mereceu aperfeiçoamentos, à luz da sistemática atual do Código Civil, dos microssistemas de direito privado e da Constituição Federal. 2. Seguindo essa tendência natural, doutrina e jurisprudência vêm se valendo de um terceiro fundamento de responsabilidade, que não se vincula a uma prestação delineada pelas partes, nem mesmo vincula indivíduos aleatoriamente ligados pela violação de um dever genérico de abstenção, qual seja a responsabilidade pela confiança. 3. A responsabilidade pela confiança é autônoma em relação à responsabilidade contratual e à extracontratual, constituindo-se em um terceiro fundamento ou 'terceira pista' (dritteSpur) da responsabilidade civil, tendo caráter subsidiário: onde houver o dano efetivo, requisito essencial para a responsabilidade civil e não for possível obter uma solução satisfatória pelos caminhos tradicionais da responsabilidade, a teoria da confiança será a opção válida. 4. A teoria da confiança ingressa no vácuo existente entre as responsabilidades contratual e extracontratual e seu reconhecimento se fundamenta principalmente no fato de que o sujeito que dá origem à confiança de outrem e, após, frustra-a, deve responder, em certas circunstâncias, pelos danos causados dessa frustração. A defraudação da confiança constitui o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar. 5. A responsabilidade fundada na confiança visa à proteção de interesses que transcendem o indivíduo, ditada sempre pela regra universal da boa-fé, sendo imprescindível a quaisquer negociações o respeito às situações de confiança criadas, estas consideradas objetivamente, cotejando-as com aquilo que é costumeiro no tráfico social. 6. A responsabilidade pela quebra da confiança possui a mesma ratio da responsabilidade pré-contratual, cuja aplicação já fora reconhecida pelo STJ (REsp 1051065/AM, REsp 1367955/SP). O ponto que as aproxima é o fato de uma das partes gerar na outra uma expectativa legítima de determinado comportamento, que, após, não se concretiza. O ponto que as diferencia é o fato de, na responsabilidade pré-contratual, a formalização de um contrato ser o escopo perseguido por uma das partes, enquanto que na responsabilidade pela confiança, o contrato, em sentido estrito, não será, ao menos necessariamente, o objetivo almejado. 7. No caso dos autos, ainda que não se discuta a existência de um contrato formal de compra e venda entre as partes ou de qualquer outra natureza, impossível negar a existência de relação jurídica comercial entre as empresas envolvidas, uma vez que a IBM portou-se, desde o início das tratativas, como negociante, com a apresentação de seu projeto, e enquanto titular deste, repassando à Radiall as especificações técnicas do produto a ser fabricado, assim como as condições do negócio. 8. Com efeito, por mais que inexista contrato formal, o direito deve proteger o vínculo que se forma pela repetição de atos que tenham teor jurídico, pelo simples e aqui tantas vezes repetido motivo: protege-se a confiança depositada por uma das partes na conduta de seu parceiro negocial. 9. Mostrou-se, de fato, incontroverso que os investimentos realizados pela recorrente, para a produção das peças que serviriam ao computador de bordo de titularidade da recorrida, foram realizados nos termos das relações que se verificaram no início das tratativas entre essas empresas, fatos a respeito dos quais concordam os julgadores de origem. 10. Ademais, ressalta claramente dos autos que a própria recorrida estipulou quais os modelos de conectores deveriam ser produzidos pela recorrente e em que quantidade, vindo, após certo tempo, repentina e de maneira surpreendente, a alterar as especificações técnicas daquelas peças, tornando inúteis as já produzidas. 11. O ordenamento processual pátrio consagra o juiz como o perito dos peritos e a ele a lei atribui a tarefa de dar a resposta à controvérsia apresentada em juízo, não importando a que ramo do conhecimento diga respeito. Essa a lição que se extrai do artigo 130 do CPC de 1973, que atribuiu ao juiz a função de ordenar e coordenar as provas a serem produzidas, conforme a utilidade e a necessidade, a postulação do autor e a resistência do réu, podendo determinar a realização de perícia, quando necessária a assessoria técnica para auxiliá-lo no deslinde da questão alvo (arts. 145, 421, 431-B do CPC). 12. Assim, a solução apresentada à controvérsia deve ser fruto do convencimento do Juiz, com base nas informações colhidas no conjunto probatório disponível nos autos, não estando restrito a uma e qualquer prova, especificamente. 13. Recurso especial parcialmente provido, para reconhecer a responsabilidade solidária da IBM - Brasil pelo ressarcimento dos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) à recorrente." (STJ, 4ª Turma, REsp 1309972/SP, Rel. Luis Felipe Salomão, julg. 27/04/2017, DJe 08/06/2017.

Em amparo de sua argumentação ressalta AZEVEDO JR, com certo pesar pelos poucos ecos produzidos, parte da doutrina nacional que posicionava o compromisso de compra e venda como uma espécie do gênero compra e venda e não do contrato preliminar.

Logo adiante, ressalta o autor a conceituação dada por Orlando Gomes, reputando ser a mesma "a mais adiantada construção jurídica" acerca do tema, segundo a qual se distingue a mera promessa de contratar, por vezes eivada da possibilidade de arrependimento, cuja solução dada ante ao inadimplemento seria a mera conversão em perdas e danos própria dos contratos preliminares, do compromisso de venda e compra o qual confere ao promitente comprador um direito real sobre o bem que pretendeu adquirir e ainda permite a atuação jurisdicional no sentido de, mediante sentença constitutiva, substituir o contrato definitivo. Vejamos:

> "Sua semelhança [compromisso de venda e compra] com o *contrato preliminar de venda*, bem visível no plano prático por dar a impressão de que é um negócio jurídico precursor do outro, levou o legislador a exigir a celebração redundante de outro contrato, em vez de considerar a confirmação formal do ajuste mero ato de execução. A doutrina deixou-se impressionar por esse descuido do legislador e passou a confundir, com uma só exceção, o *compromisso de venda* e a *promessa de venda*,dificultando, desse modo a determinação precisa de sua *natureza*. O *compromisso de venda* não é verdadeiramente um *contrato* preliminar.Não é por diversas razões que completam a originalidade de seu escopo, principalmente a natureza do direito que confere ao *compromissário*. Tem ele, realmente, o singular direito de se tornar proprietário do bem que lhe foi prometido *irretratavelmente* à venda, sem que seja inevitável nova declaração de vontade do *compromitente*. Bastará pedir ao juiz a *adjudicação compulsória*, tendo completado o pagamento do preço. Assim sendo, está excluída a possibilidade de ser o *compromisso de venda* um *contrato preliminar*, porque só é possível adjudicação compulsória nas obrigações de dar e, como todos sabem, o *contrato preliminar ou promessa de contratar* gera uma obrigação de fazer, a de celebrar o contrato definitivo."[184]

[184]GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 324. Neste sentido ainda, esclarecendo o tópico atinente à inexecução das obrigações, é a lição de Agostinho Alvim: "As obrigações assumidas devem ser fielmente executadas. Êste o cânone fundamental do capítulo do Código intitulado: 'Dos efeitos das obrigações'. Tratando do cumprimento da obrigação pondera Valverde y Valverde: 'A norma fundamental nesta matéria é que o devedor está obrigado a efetuar a prestação devida de um modo completo, e no tempo e lugar determinados na obrigação' (cf. *Derecho Civil español*, vol. III, p. 83). Como conseqüência, assiste ao credor o direito de exigir que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou. Alguns Códigos assinalam, de modo expresso, ora dizendo que o credor tem o direito de exigir do devedor a prestação devida (Cód. Civ. alemão, §241), ora prescrevendo que o devedor está obrigado a cumprir a obrigação que contraiu (Cód. Civ. italiano de 1865, art.1.218). O nosso Código não o diz, expressamente. Mas ao consignar o princípio segundo o qual o não cumprimento da obrigação dá ao credor o direito de exigir perdas e danos (art.1.056) [Cod. Civil de 1916, atual art.389 Cód. Civil de 2002], não exclui, nem podia excluir, o direito que lhe assiste de exigir, antes de tudo, que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou (cf. Waldemar Sterner, in *Nuovo digesto italiano*, vol. III, p. 1.226, n.º 73). É que ao legislador pareceu dispensável exprimir esta regra, uma vez que, segundo a doutrina, ela é *fundamental*, em matéria de efeitos das obrigações (cf. Bevilaqua, *Direito das Obrigações*, p. 93; Polacco, *Le obbligazioninel dirittocivile italiano*, vol. I, n.º 56). In, ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 13-14.

Logo, para o autor em exame, a simples promessa, desprovida dos atributos próprios da compra e venda que se projetou, é contrato preliminar enquanto que o compromisso de venda e compra, sem a possibilidade de retração, é contrato preliminar impróprio.

Isto porque, nesse, as a partes não se obrigam à novo ajuste de vontade mas sim a reiterar a manifestação anterior posto que o consentimento acerca da venda e compra já foi lançado, sem amarras e peias a justificar posterior ajuste.

Logo, a formalidade da celebração da escritura pública a ensejar a transferência legal da propriedade não constituiu um novo negócio e tampouco a complementação do anterior, se caracterizando um "ato devido que expressa a cumprimento da obrigação assumida no primeiro contrato". [185]

Desta forma, a celebração da escritura pública, posto que exigência legal a garantir a transparência da transmissão da propriedade, não se pode ser reputada como um novo negócio, ou uma complementação do negócio anterior, basta observar que não consta da mesma qualquer novo ajuste ao anteriormente pactuado.

Das obrigações oriundas do compromisso de venda e compra a de maior destaque é aquela atinente à obrigação de dar. Uma das partes deseja o bem, a outra, pretende o pagamento do preço no prazo acordado. Não há como compreender-se que as partes pactuaram uma contratação futura e definitiva a qualificar aludido instrumento como um contrato, essencialmente, preliminar.

Destarte, consigne-se que a obrigação do compromitente vendedor – de dar a coisa objeto do contrato – é assumida por ocasião da celebração do compromisso de venda e compra, momento único de manifestação de vontade das partes.

A outra obrigação assumida, a de celebrar a consequente escritura não se encontra em posição de superioridade em relação a esta, podendo-se dizer que se trata de uma obrigação de reproduzir o consentimento, posto que a compra e venda se já tornou eficaz no plano jurídico.

Todavia, a peculiaridade de maior relevância a destacar o compromisso de venda e compra de imóveis da espécie contrato preliminar diz respeito à natureza do direito do compromissário comprador à obtenção da escritura definitiva.

---

[185]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 23.

Com efeito, aduz o autor, trazendo a baila a evolução legislativa acerca do tema e seguir esmiuçada nos subitens deste capítulo, que o contido no Decreto-lei 58/1937, alterado pela Lei 649/1949, acabaram por criar na doutrina e na jurisprudência certa confusão entre os dois, reputados, principais direitos conferidos ao compromissário comprador, quais sejam: o direito à obtenção da escritura pública e o direito real decorrente do registro do contrato particular.

O exercício do direito decorrente do compromisso de venda e compra e até mesmo a pretensão de se buscar a intervenção jurisdicional para a execução específica da obrigação pareceram restar condicionadas ao registro do título junto ao órgão competente para tanto[186] bem como a inexistência da cláusula de arrependimento.

Todavia, conforme ressaltado por Agostinho Alvim, as obrigações são convencionadas para serem cumpridas, de maneira que somente diante do impedimento legal ou impossibilidade física de seu adimplemento pode-se admitir a subsidiária solução em perdas e danos[187].

Desta forma, a possibilidade de socorrer-se da execução específica, neste pormenor, da adjudicação compulsória, decorre do contrato preliminar, por si só. Neste sentido, José Osório de Azevedo Jr:

> "Essa possibilidade, portanto, de pleitear o compromissário a adjudicação compulsória do imóvel deriva do próprio contrato preliminar gerador de um mero direito de crédito, ou seja, de exigir certo comportamento da outra parte, uma certa prestação – no caso, uma manifestação de vontade. Ora, tudo isso, como é evidente, ocorre apenas no campo dos direitos pessoais, direitos relativos que operam somente *inter partes*, sendo indiferente – para esse fim de exigir a prestação – o fato de estar a promessa registrada ou não. Tanto isso é verdade que o direito à adjudicação compulsória só se perfaz com o pagamento do preço – o que pode ocorrer antes ou depois do registro, ou mesmo na ausência deste. E o direito real (ou, como querem outros, a eficácia real do compromisso)

[186]Este é o teor do enunciado da Súmula 413 do STF: "O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais." De 01/06/1964 - DJ de 06/07/1964, p. 2182; DJ de 07/07/1964, p. 2198; DJ de 08/07/1964, p. 2238.

[187]"A conseqüência, pois, do inadimplemento, é fazer nascer a obrigação de satisfazer o dano. O conceito clássico de dano, o mais divulgado e seguido, é o que o faz consistir em uma 'diminuição do patrimônio'. POLACCO o define assim: 'dano é a efetiva diminuição do patrimônio e consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquêle que teria se a obrigação fôra exatamente cumprida (cf. *Le obbligazioneneldirittocivile italiano*, vol. I, n.º 126).Adverte o mesmo autor, em nota, que êste conceito é geralmente bem recebido e adapta-se, de igual modo, ao dano derivado de culpa extra-contratual. Também PACCIFICI MAZZONI, GIORGI e muitos outros autores fazem coincidir a noção de dano com a diminuição do patrimônio. M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, assim se expressa: 'Chama-se dano tôda e qualquer diminuição do patrimônio do credor; esta noção é universal' (cf. Doutrina e prática das obrigações, vol. II, 472). ESPÍNOLA, embora não nos dê a definição, é certo que adota êsse mesmo conceito (cf. Sistema do direito civil brasileiro, vol. II, tomo I, p. 498 e 499). ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 154.

> surge por ocasião do registro, esteja o preço pago ou não. Assim, portanto, pode haver direito à execução direta sem haver direito real, e pode haver direito real sem haver sem haver direito à execução direta.[188]

Orlando Gomes, acentua o abaixo exposto, reiterando, todavia, que o compromisso de venda e compra não é, "*verdadeiramente*", um contrato preliminar[189]:

> "O *compromisso* é irretratável no sentido de que a recusa de lhe dar execução não impede que o seu fim último seja alcançado através da *ação* peculiar, denominada *adjudicação compulsória*, hoje admitida até para os compromissos que não foram levados a *registro*, e que portanto não têm *eficácia real* por falta da *anotação preventiva*. A lei atribui a essa *anotação* o efeito de emprestar ao direito do compromissário a natureza de um *direito real* para lhe assegurar eficácia *erga omnes*, mas, a rigor, é um direito pessoal que, por esse registro, se torna oponível a qualquer direito de aquisição sobre o imóvel, posteriormente titulado. Ao *compromisso de venda* não devem ser aplicadas as regras processuais sobre *execução coativa sob forma específica*, se for qualificado como contrato preliminar e não como *venda in itinere*, porque aquele gera *obrigação de fazer* e não uma obrigação de dar. Haveria, como já ponderado, um salto lógico inadmissível, eis que a obrigação de transferir a propriedade do bem nasceria antes do contrato translativo. De resto, a declaração de vontade a ser suprida pela sentença não produz o efeito de transferir a propriedade, sabido que, entre nós, a venda não tem eficácia real."[190]

Em sentido oposto, resta consignar a tese desenvolvida por Darcy Bessone segundo a qual o contrato em comento se reveste dos contornos de direito real:

> "[...] divergindo da doutrina vitoriosa, entendemos que a compra e venda constitui acordo de vontades sobre a *transferência do domínio*, não apenas sobre a obrigação de transferi-lo, admitindo, assim, a *eficácia real* desse contrato, estaríamos mais à vontade do que a corrente adversa, para admitir a *eficácia real* também da promessa. Não a negamos, no tocante ao direito real instituído pelo art.5º do Decreto-lei n. 58, que, conjuntamente com os arts. 25 e 27 da Lei n. 6.766, será analisado no capítulo seguinte. Mas em relação à *adjudicação compulsória*, supomos ser insuscetível de dúvida a sua origem *obrigacional*. A posição que assumimos, no atinente à natureza e efeitos da compra e venda (*v*. n. 14 e 30), nos permitiria admitir, sem constrangimentos, que, no contrato preliminar, o promitente assume a obrigação de transferir o domínio, que é *obrigação de dar*, sobre cuja execução coativa e *in natura* jamais houve dúvida ponderável. Atribuiríamos, assim, à promessa a eficácia que a opinião dominante reconhece à compra e venda. Nesse caso, ainda, o contrato permaneceria no campo obrigacional. Mas, dado que a promessa é de *contratar*, e os arts. 16 do Decreto-lei n. 58 e 346 do Código de Processo Civil de 1939 condicionam a execução compulsória à prévia

[188]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit.,p. 28.
[189]Id. Ibid.
[190]GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 325.

> intimação do promitente, para outorgar a escritura, julgamos acertada a tese de que é *de fazer* a obrigação assumida pelo promitente. Isto, entendemos, sequer se pode por em dúvida sob a vigência do art.639 do Código de Processo Civil. [...] O preconceito de que a obrigação de fazer não comporta execução compulsória, em forma específica, resiste até à lei, que expressamente a admitiu (Dec.-lei n. 58, art. 16; CPC de 1939, arts.346 e 1.006; CPC de 1973, art.639). A *coercibilidade*, no entanto, é própria de todo e qualquer direito, seja de natureza *real*, seja de natureza *pessoal*. Falta, a toda evidência, razão a Ziebarth, ao procurar na *coercibilidade* o elemento de diferenciação dos dois ramos dos direitos patrimoniais. Já lhe respondeu Fuchs que, com esse critério de discriminação, subordina-se o fim aos meios, a natureza do direito ao modo de fazê-lo valer. Efetivamente, a *coerção* é apenas o meio para vencer as resistências opostas à realização do direito, é apenas o modo de efetivá-lo. Acrescente-se que a pressão coercitiva é própria de qualquer forma de execução coativa ou forçada, não se relacionando, com ela, o problema da forma *direta* (ou específica) ou *indireta* (em equivalente), que assuma."[191]

Destarte, baldadas as opiniões em contrário, é importante considerar a postura do compromissário comprador diante da coisa pretendida. A postura de efetivo domínio, podendo dela utilizar, dispor e transferir acaba por se sobrepor àquela do compromissário vendedor atinente à outorga da escritura definitiva posto que o bem passou a integrar o seu patrimônio.

Deste modo, o bem, objeto do contrato passou às mãos do compromissário comprador, integrando o seu patrimônio na expressão econômica do termo, de maneira que o direito de propriedade que restou ao compromissário vendedor passa a progressivamente diminuir na medida em que o preço atribuído ao imóvel é pago pela outra parte, restando ao mesmo, tão somente, a obrigação de outorgar a escritura pública.

Para José Osório de Azevedo Jr., "essa obrigação [a de outorgar a escritura], integra, por certo, o complexo de relações jurídicas do promitente vendedor; mas, por não ter expressão econômica, não integra seu patrimônio."[192]

Observa-se, neste diapasão, que o compromisso de venda e compra possui contornos específicos a retirar-lhe da simples condição de contrato preliminar, conferindo-lhe relevância capaz de ensejar direitos reais sobre a coisa e a execução específica, todavia, após o pagamento do preço como prestação que coube à parte no momento de sua manifestação de vontade.

---

[191]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 128-129.
[192]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 73.

Tais peculiaridades são bem evidenciadas a partir da evolução legislativa sobre o tema dada a importância de seu objeto, qual seja, a propriedade de bens imóveis.

4.1. Evolução legislativa do compromisso de compra e venda no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Noticia Carlos Alberto Dabus Maluf[193] que em seus primórdios os compromissos de venda e compra de imóveis implicam em obrigação de cujo exclusivamente pessoal, e uma vez celebrados, criavam a obrigação de fazer consubstanciada na outorga de escritura pelo compromissário vendedor desde que quitado o preço.

Observa-se, neste sentido, flagrante proximidade ao regime do contrato preliminar posto que se negada aludida providência, respondia o inadimplente somente por perdas e danos, implicando nas mesmas conseqüências o seu arrependimento.

Todavia, por certo em razão da valorização imobiliária, o regime jurídico então vigente possibilitavam aos compromissários vendedores valerem-se da opção mais vantajosa, qual seja, arrependerem-se do pactuado, arcando com as perdas e danos e mas mantendo em seu ativo comercial o imóvel, doravante de maior valor do que na época da celebração do contrato.

Este era o disposto no art.1088 do Código Civil de 1916, segundo o qual: "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.".

E nas palavras de Álvaro Villaça de Azevedo[194] foi o "desserviço produzido, à época, pelo aludido art.1.088" que impingiu a edição do Decreto-lei n.º 58 de 10 de dezembro de 1937[195], por Waldemar Ferreira posto que para o mesmo, o disposto no então

[193]In, MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*: direito das coisas. Edição atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3, p. 454-455.

[194]AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de Compra e Venda, cit., p. 92.

[195]Segundo Sílvio de Salvo Venosa: "Até seu ingresso em nossa legislação, pelo Decreto- lei n.º 58/37, o compromisso de compra e venda de imóveis conferia aos adquirentes apenas direitos obrigacionais. Findos os pagamentos das parcelas, extinta a obrigação, se o imóvel não fosse entregue ao adquirente apenas lhe restaria a via indenizatória. Muitos foram os lesados por loteadores inescrupulosos, à época, pois na venda de lotes não edificados se situava então a problemática. Ademais, antes desse diploma legal, os negócios

vigente Código Civil, ante a possibilidade de arrependimento, era "fonte amarga de decepções e de justificados desesperos.".

Logo, com a vigência de referido Decreto o legislador veio a acudir os compromissários compradores vítimas da avareza compromissários vendedores cujo caminho restava livre ante ao então vigente comando legal.

Todavia, inicialmente, o campo de atuação de atuação de referido comando legal, posto que destinado a regular os loteamentos e a venda de terrenos em prestações, era bastante restrito.

Contudo, diante do cenário legal até então existente, uma vez que disciplinada a necessidade de registro dos loteamentos, acabou por garantir, de certa forma, os compromissários compradores contra eventuais alienações, penhoras e onerações dos lotes prometidos à venda.

Importante, neste tópico, ressaltar o art.22 de referido Decreto: "Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de venda e compra e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível à terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil."[196]

---

eram regulados pelo artigo 1.088 do Código Civil, a permitir o arrependimento de qualquer das partes antes da conclusão do contrato definitivo. A senda inaugurada pelo Decreto-lei n.º 58, permitindo eficácia real ao compromisso de imóveis loteados, foi estendida, em diplomas posteriores, à generalidade dos imóveis. Esse primeiro diploma tornou obrigatório o registro dos loteamentos. Sem o registro, o proprietário somente pode vender partes ideais, ou mesmo concretas, mas não subdivididas em lotes. Registrado o empreendimento, os lotes ganham autonomia." VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*, cit.,p. 382.

[196]Quanto à norma processual, insta esclarecer que o Código de Processo Civil de 1939 continha a disposição genérica acerca do tema em seu art.1.006, posteriormente substituído pelos arts.640 e 641 da norma de 1973, revogados pela Lei n.º 11.232 de 2005, que inaugurando as normas pertinentes ao cumprimento de sentença, os substituiu pelos arts.466-A, B e C, o que hodiernamente, na vigência da Lei 13.105/2015 encontram-se no art.501. E ainda sob a forma do pré-contrato em referido Decreto-Lei, salienta Pontes de Miranda: "Sôbre a forma dos pré-contratos dos terrenos loteados e cuja inscrição se efetuou (juridicialização do loteament), fácil é responder-se, porque há textos explícitos (Decreto-lei n. 58, art.11). Porém, a êsse art.11 não alude o art.22 que trata dos pré-contratos de compra-e-venda 'de imóveis não-loteados', cujo preço foi pago ou deva pagar-se a prazo. *Forma* não é *efeito*; é elemento do negócio jurídico: o art. 22 só estende aos pré-contratos de compra-e-venda de terrenos, cujo preço foi pago ou é a prazo, o registro e a *eficácia* dos pré-contratos de compra-e-venda de terrenos loteados e inscritos. Explicitamente falou de inscrição e de art.16 do Decreto-lei n. 58 ou art. 346 do Código de Processo Civil. Para que o art. 22 não dispensasse na forma de escritura pública, o texto do Congresso Nacional, de que se aproveitou a ditadura de 1937, continha a exigência de ser pública a escritura do pré-contrato. Mas o Decreto-lei n. 58 omitiu-a. Não para dispensá-la como pareceu aos comentadores (e.g., Valdemar Ferreira, *O Loteamento*, I, 249; Sílvio Pereira, *Imóveis a Prestações*, 148-149); e sim porque já era o direito comum. Apenas o Código Civil, art. 1.088, em tais casos, permitia o arrependimento e, em conseqüência, excluía a ação executiva de prestação consistente na declaração de vontade. A compra-e-venda, que devia ser por escritura pública e fôra por instrumento particular, *valia*, isto é, não era nula, existia e era válida; apenas se lhe cortava, com o art.1.088, a execução forçada da prestação de assinatura (declaração de vontade)." In.

Pouco depois, o Decreto n.º 4.857 de 1939, lei dos registros públicos, com redação dada pelo Decreto 5.318 incluiu no parágrafo único do art.244 determinou a inscrição ou averbação do compromisso de venda e compra a viabilizar a consequente escritura.

Logo depois, o Decreto n.º 3.079 alargaria a extensão do Decreto n.º 58 abarcando as escrituras dos imóveis não loteados vendidos a prestações.

Finalmente, a Lei n.º 649 de 1949[197], ao dispensar a exigência do requisito atinente ao parcelamento do preço, generalizou a aplicação do Decreto n.º 58/37, conferindo nova redação ao seu art.22, configurando o compromisso de venda e compra toda a promessa, sem cláusula de arrependimento: "Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória, nos têrmos dos artigos 16 desta lei e 346 do Código do Processo Civil."

Trinta anos depois, entrou em vigor a lei atinente ao parcelamento do solo urbano, Lei n.º 6.766/79, a qual, malgrado tenha se justificado a coibir os loteamentos clandestinos, trouxe, em seu bojo, importantes modificações ao regime jurídico do compromisso de venda e compra[198].

Com efeito, ao declarar, em seu art.25, que são irretratáveis os compromissos de compra e venda, as cessões e promessas de cessões, conferiu direito real aos compromissários compradores direito real de aquisição do imóvel.

Orlando Gomes afirma que referida Lei acabou por instituir o "contrato preliminar de compromisso de compra e venda".[199]

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado direito privado*: direito das coisas: loteamento. Direitos de vizinhança. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 13, p. 42-43.

[197]Hoje, substituída pela Lei 6.014/73.

[198]Sobre a promulgação de referida Lei, ressalta Orlando Gomes: "Importantes inovações introduziu no regime dos loteamentos, notadamente na disciplina dos contratos que lhes dizem respeito, tais como a do *contrato-padrão*, a do pré-contrato e até mesmo a dispensa, ainda que excepcional, da escritura de venda. A lei revogou o direito anterior e atribuiu grande importância ao registro do loteamento. No seu vigésimo sétimo artigo, a lei do parcelamento do solo urbano delineia interessante figura no painel do direito urbanístico, a que denomina pré-contrato, apropriando-se de termo designativo de uma categoria contratual para nomear uma espécie singular." GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 300-301.

[199]Id. Ibid., p. 301.

Segundo o autor, a figura jurídica disposta no art.27 da Lei n.º 6.766/79 ("Se aquele que se obrigou a concluir contrato de promessa de venda ou de cessão não cumprir a obrigação, o credor poderá notificar o devedor para outorga do contrato ou oferecimento de impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de proceder-se ao registro de pré-contrato, passando as relações entre as partes a serem regidas pelo contrato-padrão") possui sensíveis contornos de um pré-contrato:

Neste sentido, a partir do enunciado pela norma em questão, Orlando Gomes traz interessante conclusão acerca da distinção do compromisso de venda e compra dos contratos preliminares em geral:

> "A figura jurídica regulada na citada disposição da lei do parcelamento do solo urbano tem realmente os traços de um pré-contrato. É uma prática admitida para a hipótese de ainda não ser possível a conclusão do contrato de compromisso de compra e venda, funcionando assim como se fosse uma reserva de lote. O objeto desse contrato, que 'não visa modificar diretamente a efetiva situação das partes', é a conclusão do outro contrato a que antecede e é, na hipótese, a promessa de venda. Seu conteúdo, uma obrigação de fazer, um 'consentimento a prestar'. Não cumprida esta obrigação, pode a outra parte agir, como prescreve o art.466-B do Código de Processo Civil [hoje, art.501, do CPC 2015], para obter do juiz uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato cuja estipulação se obrigaram, isto é, do contrato de compromisso de venda, com a particularidade de que o contrato pressuposto é o contrato-padrão obrigatório. Com este mecanismo, o pré-contrato do art.27 da Lei n.º 6.766 (parcelamento do solo urbano) é um contrato preliminar de outro contrato que tem de ser necessariamente definitivo pela razão intuitiva e curial de que o objeto de todo contrato preliminar ou pré-contrato é a conclusão deste. Visto que o contrato cuja conclusão se pretende é o compromisso ou promessa irretratável de venda, está fora de dúvida que este é um contrato definitivo. Do contrário, ter-se-ia um contrato preliminar de outro contrato preliminar, o que é logicamente inconcebível, porque no pré-contrato as partes se limitam a adiar o efeito principal de outro contrato definitivo, e não a buscar simples reiteração da promessa. A própria lei equipara ao contrato preliminar de compromisso de venda a simples proposta de compra e a reserva de lote, desde que tenham a significação de uma promessa de contratar. A figura jurídica desse autêntico contrato preliminar ou pré-contrato confirma o entendimento de que o compromisso de compra e venda não é um contrato preliminar, mas, sim, modalidade especial do contrato de compra e venda, ou, como acertadamente escreve Trabucchi, na minha tradução: 'um contrato definitivo de imediata eficácia, acompanhado de promessa de reproduzir (não de dar) o consentimento em forma particular."[200]

[200]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 301-302. Darcy Bessone tece severas críticas ao artigo legal em exame, culminando na assertiva de que o mesmo "é rico de incivilidades", vejamos: Cogita o preceito de *promessa de promessa*, como resulta da substituição das palavras *se obrigou* por *prometeu*: 'Se aquele que *prometeu* concluir contrato de *promessa*...'. A obrigação de contratar promessa pode originar-se de contrato, como acordo de duas ou mais vontades, ou de declaração unilateral de vontade. O texto do art.27 parece identificar a situação *bilateral* com a *unilateral*, pois, ao mesmo tempo em que fala em *proposta* de

Intrincada questão diz respeito ao registro do compromisso.

A crítica de Darcy Bessone[201] a forma como tal ato restou consignado no art. 27 em comento guarda sentido com a função do Registro Imobiliário bem como quanto à natureza de tal ato na hipótese da ausência de impugnação.

José Osório de Azevedo Junior[202] sustenta que o texto da Lei 6.766/1979 deixa claro ser o registro despiciendo para autorizar a execução específica do compromisso posto que, pela redação da lei:

> [...] não faz sentido conferir direito à obtenção compulsória do contrato de compromisso a quem é titular de mero pré-contrato, ou instrumento de reserva de lote ou de proposta de compra, e negar o direito à execução específica quando já se é titular do próprio compromisso."[203]

Prossegue o autor salientando que a questão aparentou certa calmaria com a edição do enunciado da Súmula 239 do STJ (DJu 30.08.2000) segundo o qual: "O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no Cartório de Imóveis."

Contudo, o que parecia ser a consagração de anos de atividade jurisdicional e doutrinária a garantir ao compromitente comprador a satisfação do projeto econômico de seu contrato, o prestígio a sua manifestação de vontade e a própria construção acerca do

---

compra e *reserva*, atos unilaterais, menciona a manifestação de vontade das partes e a promessa de contratar, sem fornecer elementos para saber-se se esta traduz declaração unilateral de vontade ou se, sendo bilateral, é contratual. Estranhável também é a declaração de que a *promessa de cessão* é pré-contrato (§1º). A cessão é contrato entre cedente e cessionário. A promessa de cessão é contrato preliminar do contrato definitivo de cessão, salvo se feita através de declaração unilateral de vontade. No mesmo reparo incide a referência a 'qualquer instrumento do qual conste a manifestação de vontade das partes'. Não se confundem o contrato, enquanto ato volitivo de formação bilateral, e o respectivo instrumento, como elemento externo de registro e prova do contrato. Não obstante, insistimos, se o instrumento consigna 'a manifestação da vontade das partes' no sentido de constituir, modificar e extinguir direitos e obrigações, o que, em verdade, ele reflete é o *contrato de promessa* ou o de *promessa de promessa*. Se se trata de contrato, não há porque degradá-lo, para convertê-lo em pré-contrato, pois este, como dito no n. 31, *supra*, é anterior ao contrato ou, em outras palavras, é etapa do tempo ultrapassado das tratativas que precedem ao acordo de vontades, isto é, ao contrato.[...] Como visto, o art.27 estabelece, como pena, para omissão de impugnação, o registro do pré-contrato. Se é faculdade do interessado impugnar ou não impugnar, a referida omissão não deveria sujeitá-lo a qualquer pena. Estaria ele exercendo normalmente um direito. Pode ser que a palavra *pena* haja sido empregada pela lei em sentido impróprio, isto é, não-punitivo. Referir-se-ia tão-somente a uma conseqüência jurídica da não-impugnação. Inédito é o novo efeito que a norma atribui ao registro: converter o pré-contrato em contrato, nos moldes do contrato-padrão. Nunca foi essa a função do Registro Imobiliário. Este sempre teve por fim criar, modificar ou extinguir *direitos reais*. Não lhe cabe operar a substituição de *direitos pessoais*, correlatos a obrigações, por outros direitos, também de *natureza pessoal*." ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia, cit., p. 153-155.

[201]Vide nota 205.

[202]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 37.

[203]Id. Ibid., p. 37.

compromisso de compra e venda como contrato peculiar, no qual as partes já decidiram o destino de seu patrimônio, sofreu severo abalo com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Com efeito, ao abordar o compromisso de venda e compra, no campo dos direitos reais, em seu art.1.225, VII (Art. 1.225. São direitos reais: VII - o direito do promitente comprador do imóvel) e nos arts.1.417 e 1.418[204] no Título destinado aos direitos do compromitente comprador, condicionou à presença do direito real, requisito para a execução específica, ao registro do título.

O autor em exame destaca que a redação de referidos comandos legais (arts.1.417 e 1.418 do Cód. Civil) não passa de um mau entendido decorrente da longa tramitação de um processo legislativo, de maneira que em nada interferem no contido na Súmula 239 do STJ fruto de "hercúleo esforço desenvolvido pelo meio jurídico brasileiro durante décadas."[205]

Traz como sinal do acima afirmado o Enunciado 95 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal de setembro de 2002: "Art.1.418: O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo CC), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no Cartório de Registro Imobiliário (Súmula n. 239 do STJ)."[206]

---

[204]Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel. Art.1.418: O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

[205]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 39. Carlos Alberto Dabus Maluf possui opinião divergente acerca da questão, vejamos: "Quanto ao último requisito, entendemos que perdeu eficácia a Súmula 239 do STJ, que preconizava [...], pois o registro do compromisso no Cartório de Registro de Imóveis hoje é um imperativo legal (art.1.417 do Cód. Civil de 2002); não pode, assim, ser afastado por orientação pretoriana, ainda que sumulada, que era adequada antes da vigência do Código Civil de 2002."MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*: direito das coisas, cit., v. 3, p. 457.

[206]Esta parece ser a posição mantida pelo STJ, conforme decisão monocrática de cuja ementa destacou-se o pertinente: AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA PARTICULAR. DIREITO REAL. SÚMULA No 239, DO STJ. 1- O STJ entende que o contrato de compromisso de compra e venda, independentemente de registro em cartório, tem natureza real e é imprescritível. 2- Nos termos da súmula 239, do STJ, o direito de adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de registro de imóveis. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.344.444 - GO (2012/0194945-0), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, data da publicação 07/11/2017). Da mesma forma, interessante acórdão proferido pela mesma Turma julgadora no qual entendeu que válido o compromisso não registrado para a obtenção da escritura definitiva, da mesma forma o é para configurar o justo título para a usucapião intentada sob este argumento: DIREITO DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. IMÓVEL OBJETO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INSTRUMENTO QUE ATENDE AO REQUISITO DE JUSTO TÍTULO E INDUZ A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. EXECUÇÕES HIPOTECÁRIAS AJUIZADAS PELO CREDOR EM FACE DO

A exigência do registro, o que mais se aproxima de providência oriunda da organização notarial, não tem o condão de macular a higidez do compromisso de venda e compra, forte na assertiva de que as partes já definiram sua pretensão contratual bem como o patrimônio já foi transferido.

Tanto se justifica que o aresto proferido pela Corte Superior nacional ressalta que o compromisso de venda e compra, em que pese não registrado, é de tamanha relevância e eficácia, a garantir a execução direta, que também serve como justo título para dedução da usucapião sob este argumento.[207]

Da mesma forma, e à luz de sua relevância, a despeito do registro, o compromisso de venda e compra pode ser utilizada a demonstrar a posse para fins de embargos de terceiro na esteira do Enunciado da Súmula n.º 84 do E. STJ: "É admissível a oposição de *embargos de terceiro* fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro."[208]

Neste sentido, José Osório de Azevedo Junior, tratando dos efeitos do compromisso - para quem, diante da impossibilidade de retratação, após a entrega da posse e pagamento do preço nada mais restará ao compromissário vendedor quanto à sua propriedade - em contraposição com a legislação existente acerca do tema, trata a necessidade de registro com ares de pesar.

ANTIGO PROPRIETÁRIO. INEXISTÊNCIA DE RESISTÊNCIA À POSSE DO AUTOR USUCAPIENTE. HIPOTECA CONSTITUÍDA PELO VENDEDOR EM GARANTIA DO FINANCIAMENTO DA OBRA. NÃO PREVALÊNCIA DIANTE DA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA N. 308. 1. O instrumento de promessa de compra e venda insere-se na categoria de justo título apto a ensejar a declaração de usucapião ordinária. Tal entendimento agarra-se no valor que o próprio Tribunal - e, de resto, a legislação civil - está conferindo à promessa de compra e venda. Se a jurisprudência tem conferido ao promitente comprador o direito à adjudicação compulsória do imóvel independentemente de registro (Súmula n. 239) e, quando registrado, o compromisso de compra e venda foi erigido à seleta categoria de direito real pelo Código Civil de 2002 (art. 1.225, inciso VII), nada mais lógico do que considerá-lo também como "justo título" apto a ensejar a aquisição da propriedade por usucapião. (STJ, REsp 941464 / SC RECURSO ESPECIAL 2007/0078158-8, T4 – quarta turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julg. 24/04/2012, DJe 29/06/2012).

[207]Vide nota 211.

[208]DJ 02.07.1993, 9.13.283. E neste sentido, é o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "EMBARGOS DE TECEIRO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. Penhora que recaiu sobre bem imóvel desconstituída. Possibilidade. Embargante que adquiriu o imóvel dos executados, ausente de quaisquer vícios, através de compromisso de compra e venda, em data anterior à determinação de constrição judicial. A ausência de registro do compromisso junto ao Cartório de Registro de Imóveis que não impede a oposição se embargos de terceiro. Liberação da constrição judicial. Custas da ação de execução devem ser arcadas por quem lá sucumbiu. Sentença mantida. Recurso desprovido." (C. 7ª Câm. Dir. Priv., Apel. n.º 0063298-20.2011.8.26.0506, Relª. Mary Grün, j.31/10/2017).

> "Não podemos nos esquecer, porém, de que a lei diz que a propriedade imóvel se adquire pela transcrição imobiliária do título de transferência no Registro de Imóveis (arts.1.227 e 1.245 do CC/2002); que o compromissário deverá propor a ação de adjudicação compulsória (Decreto-lei 58/1937, arts. 16 e 22); que é a sentença (e não o compromisso) que será levada a registro (arts. 466-A, 466-B e 466-C – arts.639 e ss. antes do advento da Lei 11.232/2005)[art.501 do Código de Processo Civil de 2015]. Ainda assim, porém, e mesmo sem ter havido alteração legislativa, mas considerando o trabalho da jurisprudência aproximando cada vez mais o compromisso da compra e venda, podemos dizer que o compromisso registrado e com transferência da posse transmite os poderes de usar, fruir e dispor do imóvel – transmissão, essa, que, uma vez pago o preço, é definitiva e irreversível. Deve, portanto, o compromissário, no nosso modo de pensar, receber tratamento cada vez mais próximo do dispensado ao proprietário, pois as situações jurídica e econômica de ambos, se não iguais enquanto há preço a pagar, uma vez pago o preço, tornam-se idênticas. Todavia, enquanto não houver modificação da lei, as partes precisarão, para maior normalidade dos negócios, continuar prestando vassalagem àquela palavra vazia, cumprindo o ritual de providência tão do agrado do nosso Estado cartorário."[209]

Observa-se que, o registro imobiliário do título, cuja justificativa do imperativo legal foi a proteção dos compromissários compradores contra as arbitrariedades então levadas à efeito pelos vendedores ante à especulação imobiliário, tomou contornos, *data venia*, diversos, cuja ingerência no regime do compromisso de venda e compra é flagrante, conforme abaixo examinado.

[209] AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 75-76. Quanto à justificativa da existência do aparato registrário, pondera Gustavo Tepedino: "Os registros públicos foram estabelecidos com o fim de conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos (LRP, art.1º). Não só negócios jurídicos se submetem à atividade registral, mas também os atos despidos de caráter negocial, em que o registro serve como elemento de publicidade, de continuidade histórica da titularidade (Serpa Lopes, *Curso*, p. 531). Assim, o registro público gera efeitos comprobatórios de determinados atos jurídicos, a exemplo do assento de óbito de pessoa presumidamente morta no registro civil de pessoas naturais e da transcrição de instrumentos particulares para prova de relações obrigacionais de qualquer valor nos registros de títulos e documentos (Walter Ceneviva, *Lei*, p. 6). Exatamente em virtude da ampla acessibilidade das informações nele contidas, o registro imobiliário confere a publicidade necessária à constituição e à transferência, por ato entre vivos, do direito real sobre coisa imóvel. Antes do registro, que equivale à tradição no caso de bens imóveis há apenas direito de crédito consubstanciado na obrigação de transferir (Orlando Gomes, Direitos Reais, p. 165; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, p. 122). in, TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, cit., v. 3, p. 495.

4.2. O Registro de Imóveis e o direito real

Arnaldo Rizzardo[210] analisa a questão a partir do disposto no Decreto-lei 58/37, da Lei 649/49 e 6.766/79 consignando que: "Tanto nos registros referentes a outros direitos reais como nos compromissos de compra e venda devidamente registrados encontramos características idênticas, mesmo que não se levasse em consideração o disposto no inc. VII do art.1.225 do CC."

Neste sentido, assevera que a constituição e a transferência dos direitos reais decorrem de referido registro e, desta forma, sendo o compromisso de venda e compra, atendidas suas cláusulas e formalidades legais, um título registrável, deste ato decorre um direito real.[211]

Em face ao registro, o compromissário comprador terá preferência na aquisição do imóvel, protegendo-se, conforme acima exposto, das onerações e eventuais alienações perpetradas após o ato[212].

Salienta o autor que o efeito *erga omnes* do registro do compromisso de venda e compra limita os poderes do compromissário vendedor sobre o imóvel, sujeitando-se à vontade do comprador em um dado momento.

Referido esvaziamento do direito do domínio sobre o imóvel é o mesmo relato por AZEVEDO JR. ao tratar da eficácia do compromisso, para o qual a redução gradativa do direito de propriedade do vendedor é na medida do pagamento do preço pelo compromissário comprador.

Todavia, ressalta RIZZARDO que:

---

[210]RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116-117.

[211]Neste sentido, quanto aos direitos reais, pondera Rui Geraldo Camargo Viana: "O liame entre uma coisa e uma pessoa é um direito real legalmente previsto, oponível *erga omnes*, dotado de seqüela e preferência (o crédito real prefere o pessoal). Os direitos reais obrigam a todos. Por isso, diz-se que seu sujeito passivo é universal. Esse caráter de direito absoluto é a principal diferença entre os direitos reais e os direitos pessoais. Este é relativo, implica direitos e obrigações entre pessoas específicas, determinadas, não alcança terceiros." VIANA, Rui Geraldo de Camargo (Org.*). Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, cit., p. 610.

[212]Observa-se, todavia, o contido na Súmula 84 do E. STJ. Vide nota 213, sem prejuízo, cumpre destacar a tipificação do crime de estelionato neste pormenor: Art. 171- Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: **§ 2º -** Nas mesmas penas incorre quem: **II**- vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias."

> "Embora difícil encontrar um consenso unânime quanto à classificação, uma coisa é certa: os efeitos da promessa são iguais aos derivados de outros direitos reais, enumerados no art. 1.225 do CC. Isto é importante, pois ao compromissário é assegurado o mesmo rol de direitos consagrados para o proprietário, com as peculiaridades do caso em exame. Silvio Rodrigues indica os efeitos do direito real, para ele chamados de prerrogativas, nas promessas: 'a) de gozar e fruir a coisa; b) de impedir a sua válida alienação a outrem; c) de obter a adjudicação compulsória, em caso de recusa do promitente em outorgar ao compromissário a escritura definitiva de compra e venda'. Presentemente, em face do art.1.417 do CC, está assegurado o direito à aquisição do imóvel, que é uma decorrência do direito real: 'Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel'. A aquisição se exerce através da ação de adjudicação compulsória, nos termos do art.1.418 do mesmo diploma: 'O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto na instrumentos preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.'"[213]

Contudo, distinguem alguns autores o direito real decorrente do registro do título do direito obrigacional oriundo do compromisso[214].

Em decorrência da lei, o direito real deferido ao compromissário comprador traz maior fortalecimento à relação obrigacional contida no contrato preliminar conferindo-lhe um maior grau de oponibilidade.

BDINE JR.[215] traz as posições doutrinárias divergentes acerca do tema.

---

[213]RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 7. ed., cit., p. 117. Cumpre colacionar interessante julgado acerca da impossibilidade de prescrição do direito do compromissário comprador quanto à obtenção da adjudicação de seu bem. Para isto, ressalta-se no aresto que deve haver a prova do pagamento as parcelas do preço, malgrado, estas sim, prescritas: "ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – FALTA DE PROVA DA QUITAÇÃO DO PREÇO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO – REJEIÇÃO – A quitação do preço do compromisso de venda e compra é requisito para o êxito da ação de adjudicação compulsória – A falta de prova da quitação não pode ser suprida pela prescrição de cobrança das parcelas impagas – Obrigação de pagar que subsiste ao reconhecimento da prescrição, a qual fulmina não a obrigação descumprida, mas a pretensão de se exigir seu cumprimento em juízo – Inadmissibilidade de uma das partes exigir o cumprimento da obrigação de outra antes de cumprir a sua – Precedentes da Câmara – Sentença mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO." (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Coelho, Apel. n.º 0017417-36.2012.8.26.0554, julg.30/08/2017, DJe 29/09/2017).

[214]Neste sentido: "Os direitos reais de aquisição identificam-se pela modalidade de afetação da coisa sobre que recaem, a qual assume aqui uma configuração muito particular e diversa da dos direitos reais de gozo e garantia. O tipo de afectação da coisa nos direitos reais de aquisição constitui, aliás, a primeira fonte da complexidade de seu regime." Luís A. Carvalho Fernandes, *in*, *Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Juris, 2003. p. 157.

[215]BDINE JR., Hamid Charaf. Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002: contrato preliminar e adjudicação compulsória, cit., p. 72-73.

Em amparo de seu exposição afirma que:

> "Ainda na lição do Professor Arruda Alvim, 'se não ocorrer a publicidade ou o registro do pré-contrato, tem esse natureza obrigacional. Todas as leis, que se referem ao assunto, consagram a distinção, o que deixa evidente tratar-se de um sistema sem falha e sem exceções. Nem pelo fato de admitir-se entre nós e fora daqui, execução específica, necessário ter presente que isso não altera a solução dada ao tema, dado que 'a possibilidade de execução específica não significa, porém, eficácia real', pois a situação real só terá – entre nós e fora do Brasil – 'num contrato-promessa de alienação onerosa de bens imóveis ou de imóveis sujeitos a registro, se as partes atribuíram eficácia real ao contrato.'"

Por outro lado, traz a lição de Osório Jr. segundo qual a postura dos contratantes parece conferir sobredito direito a despeito de qualquer registro.

Todavia, se revela dominante a posição da doutrina acerca no nascimento do direito real somente a partir da inscrição do compromisso de venda e compra junto ao Órgão Registrário e por força disto, em que as proteções próprias dos direitos reais, conferidas ao compromissário detentor de um título não registrado, o amparo legal criado em torno desta peculiar espécie de contrato leva a esta conclusão.

4.3. O arrependimento e o descumprimento contratual

Pode-se reputar à vedação da cláusula de arrependimento um dos marcos da alteração do regime jurídico do compromisso de venda e compra conforme demonstrado no item 4.1 *supra*.

Não há necessidade de que sua vedação conste do instrumento, bastando, para tanto, que não reste pactuado, o que, se acordado entre partes, isto sim retira do instrumento qualquer eficácia própria do direito real, restando sua solução ao regime obrigacional próprio dos contratos preliminares.

Na hipótese de imóveis loteados o arrependimento é vedado na esteira do disposto no art.15 do Decreto-lei 58/1937 o que contou com a edição da Súmula 166 do STF: "É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-lei 58/1937". Frise-se que, tal afirmação vai ao encontro da justificativa da criação de referido decreto.

Com efeito, iniciados os atos de execução e os aceito pela outra parte, a possibilidade de arrependimento resta mitigada.

Quanto aos imóveis loteados subsiste a possibilidade de arrependimento, no decurso ou ao final do contrato, caso pactuado entre as partes. Contudo, a extensão dos atos de execução acabam por equalizar referida possibilidade. De fato, quitado o preço, ultimado está o contrato, restando impossível o arrependimento.

Para tanto, traz Rizzardo o seguinte apontamento acerca das arras:

> "[...] nas arras confirmatórias, como início de pagamento, não existe possibilidade para o arrependimento. Servem elas para prefixar o montante das perdas e danos a que tem direito a parte inocente pelo descumprimento do outro contratante. No ajuste, consta expressamente a finalidade, ou seja, o início do pagamento, e valem como confirmação do negócio, o qual se torna obrigatório. Endossada se encontra desta maneira de entender a doutrina de Wilson de Souza Campos Batalha, nestes termos: 'As arras dadas como princípio de pagamento, ou arras confirmatórias, evidenciam a conclusão do contrato e não conferem direito de arrependimento'. Nas arras penitenciais, a questão é mais complexa. Oriundas do antigo *pactumdisplicentiae*, servem como conseqüência para a convenção do direito de arrependimento. Assumindo caráter penitencial, a parte que as recebeu deverá devolvê-las em dobro, se ela resilir a convenção; se o que as entregou, simplesmente nada mais obterá, caso ele use do arrependimento. Mas unicamente se previstas as arras penitenciais é que redunda na perda: 'Ordinariamente, as arras são simplesmente confirmatórias e servem apenas para início do pagamento do preço ajustado e, por demasia, se ter confirmado o contrato, seguindo a velha tradição do direito romano no tempo em que o simples acordo, desvestido de outras formalidades, não era suficiente para vincular os contratantes.'"[216]

Conclui o autor, ao final de sua exposição, que as arras serão sempre de cunho confirmatório caso de outra forma não seja expresso no contrato e, no mesmo sentido, a possibilidade de adimplemento substancial deve ser ponderada pelo Juízo se instado para tanto frente a um rompimento contratual.

Neste mesma diapasão, mas com contornos de menor insegurança, subsiste a possibilidade de pactuação da cláusula de resolução expressa do ajuste.

Aludida cláusula diz respeito à resolução da avença pelo inadimplemento das prestações, havendo a necessidade de notificação prévia em qualquer das hipóteses.

---

[216]RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 7. ed., cit., p. 161-162.

Neste sentido, cumpre trazer a baila as disposições acerca do direito do consumidor, as quais, além de possibilitarem o arrependimento (art.49 do Código de Defesa do Consumidor)[217], ainda, em seu art.53[218], estabelece a nulidade das cláusula atinentes à perda total do preço.

DABUS MALUF, neste pormenor, assevera:

> "Resta mencionar o disposto na Lei n.º 8.078, de 11-9-1990, que, na proteção do consumidor, estabeleceu em seu art. 53, que, nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do bem alienado"[219]

Por fim, resta a indagação acerca da possibilidade do compromissário vendedor, diante de verificado e interpelado inadimplemento, pretender o recebimento do preço ao invés de resilir o contrato.

OSÓRIO JR. afirmando que "o compromisso não se resolve *pleno jure*"[220] manifesta sua posição no sentido de que cabe a cobrança do valor em aberto, não afastando a maior força atinente à possibilidade de encerrar o contrato mas, todavia, ponderando, que tal situação pode ensejar certa injustiça, principalmente se devido às circunstâncias, o imóvel tiver seu valor diminuído.

---

[217]Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

[218]Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.§ 1° (Vetado). § 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo. § 3º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional.

[219]MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*: direito das coisas, cit., v. 3. Há que se consignar as Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a este respeito: Súmula 1: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem. Súmula 2: A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição. (DJE 06/12/2010, p. 1 e 2).

[220]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 238.

4.4. A outorga conjugal

Em regra, a outorga conjugal é necessária para que o compromisso de venda e compra tenha plena eficácia de seu escopo, principalmente, quando se tem em mente que por este contrato as partes decidiram, de pleno, pela transferência patrimonial.

A este respeito é o disposto no art.11, §2º do Decreto-lei 58/37 bem como na Lei 6.766/1979.

O problema reside na hipótese da ausência de comparecimento do cônjuge no compromisso.

OSÓRIO JR., e neste sentido, parte de premissas diversas para sua conclusão, afirma que:

> "Considerando o compromisso mais como uma espécie de compra e venda do que um simples contrato preliminar, próprio, outra não podia deixar de ser a conclusão [pela nulidade da avença], sendo razoável que se exijam para o compromisso os mesmos requisitos da compra e venda, salvo, é claro, aquelas que a própria lei haja dispensado, como os relativos com a forma do ato. Se entretanto, se tratar de uma figura afim ou próxima do compromisso, como, por exemplo, arras ou promessa revogável, é de se admitir a validade do ato e a eventual liquidação em perdas e danos em caso de descumprimento."[221]

Em contrapartida, sustenta RIZZARDO: "Ausente o assentimento, perdura a eficácia, até a intervenção contrária do outro cônjuge, resolvendo-se, então, o ajuste, conforme o caso, em perdas e danos. O negócio jurídico é apenas passível de nulidade."[222]

Desta forma, não restam dúvidas acerca da importância da presença do cônjuge ao compromisso a luz da efetiva manifestação de vontade no que tange à transferência patrimonial.

---

[221]AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*, cit., p. 241.

[222]In. RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 5. ed., cit., p. 181. Neste sentido, em esclarecimento ao exposto, cabe trazer a lição de Carlos Alberto Dabus Maluf quanto ao ato anulável: "A anulabilidade, por sua vez, não apresenta o mesmo alcance, e nem traz o mesmo fundamento que a nulidade do ato jurídico. Nela não se vislumbra o interesse público, mas a mera conveniência das partes, posto que em sua instituição o legislador visa à proteção de interesses privados." E ainda quanto à prescrição da insurgência: "A anulação é prescritível, vindo a desaparecer com o decurso do tempo. A nulidade absoluta, ora é imprescritível (nos casos de matrimônio nulo), ora prescreve, mas dentro do prazo do art.205 do CC: A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor." In. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 494 e 497.

Todavia, tratando-se do instrumento preliminar, o mesmo surtirá efeitos até que o cônjuge, único com legitimidade para tanto[223], manifeste seu inconformismo dentro do prazo prescricional uma vez que se trata de ato anulável.

[223]RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 5. ed., cit., p. 181. Pondera sobre a legitimidade dos herdeiros para pleiteado a anulação do ato.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proximidade entre os regimes do contrato preliminar e do compromisso de venda e compra são flagrantes e, por vezes, a análise dos efeitos dessa manifestação de vontade das partes leva à aplicação de conseqüências jurídicas próprias de um e outro.

Pelo analisado, reputa-se a preliminaridade posto que, em uma primeira vista, o compromisso necessita de providência última a concluir o seu objetivo.

Contudo, a manifestação de vontade das partes já foi concluída no momento de sua celebração, de maneira que as providências futuras decorrem de exigência legal, sem embargo de seu questionamento, necessária a adequar o instrumento aos ditames legais, preservando a ordem jurídica e o direito de terceiros.

Evidentemente, o registro imobiliário tem esta função o que, sem sombra de dúvidas, merece ser prestigiado.

Contudo, da mesma forma o deve ser, o direito daqueles que, dentro de sua autonomia privada, decidiram transferir seu patrimônio.

Por este mesmo motivo, o ordenamento jurídico tem deferido proteções a despeito do registro do título.

Logo, observa-se que a conceituação e a fixação do regime jurídico de um contrato tão latente na vida social não é pacífica, mas, de toda sorte, os questionamentos e o esforço da experiência jurídica são louváveis merecendo todo o esforço dos operadores do Direito como pretendido na presente exposição.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Arts.421/729. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

_____. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa e reserva de domínio. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1960.

_____. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de Compra e Venda. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 7.

_____. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*LaesioEnormis*). In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

_____. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual: o comportamento das partes posterior à celebração; interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva; impossibilidade de *venire* contra *factumproprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*); efeitos do contrato e sinalagma; a assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do programa contratual estabelecido (parecer). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 275-283, jul./set. 2000.

_____. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

AZEVEDO, Philadelfo de. Execução coativa da promessa de venda. *Revista Crítica Judiciária*, 10:597.

BDINE JR., HamidCharaf. Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002: contrato preliminar e adjudicação compulsória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 843, p. 58-84, jan. 2006.

BRASIL. Planalto. Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - STF. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Sérgio de Godoy.Contrato preliminar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 19, n. 37, jan./mar. 1980.

CATALAN. M. J. *Descumprimento contratual*: modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2005.

COSTA MACHADO. Antonio Cláudio da (Org.); CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2011.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 4.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Juris, 2003.

FERREIRA, Waldemar Martins. *O loteamento e a venda de terrenos em prestações*: Decreto-lei n. 58, 10 de dezembro de 1937. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arts.1196/1224. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratospreliminares. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenador: Edvaldo Brito; atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo De Crescenzo Marino.26. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Direitos reais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Arts. 1.225 a 1510. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rochae.*Da boa-fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado direito privado*: direito das coisas: loteamento. Direitos de vizinhança. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 13.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*: direito das coisas. Edição atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3.

_____; _____; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte. Edição atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva.41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Promessa de compra e venda de imóvel. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 74, abr. 1938.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Altino Portugal Soares. *A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1957.

PERLINGIERI, Pietro. *Il dirittocivilenellalegalitàconstituzionale*. Napoli: EdizioneScientificheItaliane, 1991.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Silvio.*Direito civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. Título original: “Il Contratto”.

RUSSO JUNIOR, Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual*. Salvador: Podivm, 2006. v. 2.

SANCHES, Sydney. *Execução específica*: das obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório, tutela de confiança e venire contra factumproprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 3 v.

TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*. 1982. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIANA, Rui Geraldo. *Parcelamento do solo urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

VIANA, Rui Geraldo de Camargo (Org.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1608.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.