

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DENIS GIAMONDO GIERSE

O contrato preliminar no âmbito dos contratos empresariais

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2026

DENIS GIAMONDO GIERSE

O contrato preliminar no âmbito dos contratos empresariais

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Mairan Gonçalves Maia Júnior.

SÃO PAULO

2026

Denis Giamondo Gierse

O contrato preliminar no âmbito dos contratos empresariais

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Mairan Gonçalves Maia Júnior.

Aprovado em __/__/2026.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Assinatura: _____

Profa. Dra. _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

À Paula, amor da minha vida e mãe dos nossos filhos: sua força e seu amor são o alicerce de toda e qualquer conquista.

A Pedro e Lila, meus pequenos grandes amores: a alegria que vocês trazem é o mais puro motor deste futuro que, juntos, edificamos.

A vocês, minha família, dedico este trabalho, com a certeza de que unidos somos preciosos.

AGRADECIMENTOS

Confesso que habitualmente inicio a leitura dos livros e trabalhos de que tomo contato pelas páginas dedicadas aos agradecimentos. Sempre reconheci – talvez intuitivamente – que a travessia da pesquisa e da escrita, embora superada com dedicação e trabalho solitário, nunca é percorrida em solidão. Assim, sempre valorizei os personagens que se escondem por trás das páginas escritas, inexoravelmente marcadas por conversas, incentivos, acolhimentos, gestos de confiança que aos olhos do leitor mais insensível passam despercebidos.

Nesta dissertação, vivenciei e confirmei o que minha intuição já apontava: a travessia da pesquisa e da escrita de fato é compartilhada. O que eu não poderia antever, antes desse percurso, é a dificuldade de redigir agradecimentos de maneira contida e adequada para a ocasião, sem incorrer no risco de omitir pessoas que, de modos distintos e igualmente valiosos, me ampararam com generosidade — seja pela presença constante, pela escuta paciente, pelo estímulo nos momentos decisivos ou por gestos discretos que, embora quase invisíveis, sustentaram o caminho até aqui.

De todo modo, aventuro-me a indicar nominalmente algumas das muitas pessoas que me deram todo o suporte necessário nessa travessia; desculpo-me, desde já, com aquelas cujo nome não for expressamente apontado.

Inicialmente, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Mairan Gonçalves Maia Júnior, a quem sigo na academia desde o meu primeiro dia de aula na graduação (lá se vão mais de 25 anos) e quem me despertou o prazer pelo Direito Civil e a certeza de que o conhecimento não basta; é necessária responsabilidade e ética. É uma enorme honra tê-lo em minha trajetória que sinto estar apenas no início.

Também reconheço com muita gratidão o valor e a importância dos conselhos e das provocações apresentadas pelo Prof. Dr. Alexandre Jamal Batista e pelo Prof. Dr. Marcus Elidius Michelli de Almeida na banca de qualificação desta dissertação. Posso assegurar que todos os comentários feitos foram muito bem recebidos e me serviram de grande estímulo na reta final desta dissertação.

Ainda, em nome da Prof. Dra. Clarice Von Oertzen e do Prof. Dr. Francisco José Cahali, agradeço a todos os professores dos créditos cursados durante o mestrado. Foi realmente uma felicidade chegar ao final desta dissertação e perceber

que absolutamente todas as matérias estudadas foram muito proveitosas e me deram ferramentas importantes para a realização deste trabalho.

Não poderia deixar de agradecer, em adição, aos meus sócios (e amigos) do Marques Rosado, Toledo Cesar & Carmona Advogados, em especial à Maria do Céu Marques Rosado, ao Silvio Luiz de Toledo Cesar, ao Carlos Alberto Carmona e ao José Augusto Bitencourt Machado Filho, pelo incentivo desde o início do Mestrado.

Agradeço também José Fernando de Mendonça Gomes Neto, Pedro Luiz de Sampaio Moreira, Natalia dos Santos, Anna Beatriz Diniz Rodrigues e Gustavo Amaral Limas, queridos amigos, bem como Isabella Rodrigues Freitas Andre Moraes, Prof. Dr. Luiz Fernando Afonso, Prof. Dr. José Alberto Monteiro Martins e Emanuelli Araújo da Silva, por toda a paciência e pelo auxílio que me deram nesse período.

Ao José Augusto Bitencourt Machado Filho, meu irmão, obrigado pela parceria de sempre! Ao igualmente irmão Pedro Luiz de Sampaio Moreira – o amigo que todo mundo gostaria de ter – minha gratidão. Essa travessia, sem nenhuma dúvida, não seria a mesma sem vocês.

A minha amada mãe (a melhor do mundo), Sonia Aparecida Giamondo, ao meu amado pai (fonte de inspiração mesmo após tantos anos em outra dimensão), Giuseppe Gierse, à minha irmã e melhor amiga, Danielle Giamondo Gierse, ao meu loro Giusé (Giuseppe Gierse Mott), meu agradecimento por tudo e por tanto! Nos momentos de maior dificuldade e privação, vocês foram e são o abraço que conforta.

Agradeço também aos queridos Marlene Salles Bueno e Otacílio Rosa do Carmo, meus sogros, pelo carinho e por terem ajudado a cuidar das crianças em inúmeros finais de semana para que eu pudesse me dedicar a esta dissertação.

Por fim, agradeço ao amor da minha vida e companheira de muitos anos, Paula Bueno do Carmo. A você, mãe dos nossos filhos e com quem construo o mais valioso patrimônio da nossa existência, dedico minha mais profunda gratidão e o reconhecimento de que esta conquista é, em grande parte, reflexo de sua força e de seu amor (além da sua resignação em relação a todas as minhas “invenções”).

E, de forma muito especial, agradeço aos meus filhos, Pedro Bueno Gierse e Lila Bueno Gierse. Suas risadas (e compreensão com a minha irritação a cada interrupção durante o processo de redação desta dissertação), abraços apertados e a pura alegria que trazem à nossa casa foram o meu refúgio e a minha maior motivação. Saber que vocês são parte do futuro que busco construir me impulsiona a ir sempre além. Este trabalho também é para vocês, meus pequenos grandes amores.

Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes (Isaac Newton).

Toda batalha é vencida antes de ser travada (Sun Tzu).

RESUMO

Nesta pesquisa analisa-se o contrato preliminar no âmbito dos contratos empresariais; delimita-se sua natureza jurídica, suas funções e o regime de tutela no Direito civil brasileiro. Defende-se que o contrato preliminar constitui instrumento de vinculação à contratação futura e de organização da formação progressiva do vínculo, adequado à complexidade e à incompletude típicas das operações empresariais, sem prejuízo da segurança jurídica. Esta investigação adota o método dedutivo, com abordagem qualitativa, para explorar o instituto do contrato preliminar por meio de pesquisa bibliográfica doutrinária, análise da legislação pertinente, e revisão de decisões jurisprudenciais relevantes. Conclui-se que a eficácia jurídica do contrato preliminar — em especial no que se refere à execução específica — é condicionada pelo seu grau de programação (ou preliminaridade): (i) máximo, quando os elementos essenciais do contrato definitivo se encontram suficientemente determinados; (ii) médio, quando remanescem lacunas integráveis por usos e práticas do mercado, critérios objetivos e cláusulas gerais; e (iii) mínimo, hipótese em que, conforme o caso, a tutela específica pode ser alcançada mediante integração judicial objetiva, sem atuação substitutiva da autonomia privada e sem ingerência indevida na esfera negocial. Quando a execução específica não se mostrar adequada, a tutela do interesse contratual lesado concretiza-se pela conversão em perdas e danos, e preserva expectativas juridicamente qualificadas na dinâmica negocial empresarial.

Palavras-chave: Contrato preliminar; Contrato empresarial; Programação; Eficácia.

ABSTRACT

This research analyzes the preliminary contract within the context of business contracts, delineating its legal nature, functions, and the regime of legal protection under Brazilian civil law. It is argued that the preliminary contract serves as a binding instrument for future contracting and for structuring the progressive development of the contractual relationship, suitable for the typical complexity and incompleteness of business operations, without prejudice to legal certainty. This investigation employs a deductive method with a qualitative approach, exploring the legal concept of the preliminary contract through doctrinal bibliographic research, analysis of pertinent legislation, and review of relevant case law. It concludes that the legal effectiveness of the preliminary contract—especially concerning specific performance—is conditioned by its degree of preliminary definition (or "programming"): (i) maximum, when the essential elements of the definitive contract are sufficiently determined; (ii) medium, when residual gaps can be integrated by market uses and practices, objective criteria, and general clauses; and (iii) minimum, in which case, specific relief may be achieved through objective judicial integration, without substituting private autonomy and without undue interference in the business sphere. When specific performance is not appropriate, the protection of the prejudiced contractual interest is realized through its conversion into damages, thereby preserving legally qualified expectations within the dynamics of commercial transactions.

Keywords: *Preliminary contract; Business contract; Programming; Effectiveness.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGINT	—	Agravo Interno
CADE	—	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	—	Código Civil
CC/1916	—	Código Civil (1916)
CC/2002	—	Código Civil (Lei nº 10.406/2002)
CDC	—	Código de Defesa do Consumidor
CJF	—	Conselho da Justiça Federal
CPC	—	Código de Processo Civil
DCFR	—	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (modelo europeu de direito privado)
EDCL	—	Embargos de Declaração
JVA	—	<i>Joint Venture Agreement</i> (acordo de joint venture)
LOI	—	Letter of Intent (Carta de Intenções)
MOU	—	<i>Memorandum of Understanding</i> (Memorando de Entendimentos)
MPV	—	Medida Provisória
NDA	—	<i>Non-Disclosure Agreement</i> (Acordo de Confidencialidade)
RE	—	Recurso Extraordinário
RESP	—	Recurso Especial
STF	—	Supremo Tribunal Federal
STJ	—	Superior Tribunal de Justiça

- TJDF — Tribunal de Justiça do Distrito Federal
- TJMG — Tribunal de Justiça de Minas Gerais
- TJSP — Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- UNIDROIT — *International Institute for the Unification of
Private Law (Princípios UNIDROIT)*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 O CONTRATO EMPRESARIAL E O GRAU DE VINCULAÇÃO DAS PARTES.....	20
1.1 Contratos empresariais: partes e funções.....	20
1.2 Noções gerais sobre a teoria geral dos contratos empresariais. Categoria autônoma?	23
1.3 Classificação e características dos contratos empresariais	42
1.3.1 As formas de vinculação das partes e o tempo de execução: intercâmbio, híbridos (ou de colaboração) e de sociedade	43
1.3.2 O interesse das partes: contratos relacionais e contratos descontínuos ...	48
1.3.3 O grau de completude e as omissões propositais	51
1.3.4 A abrangência do objetivo: contrato quadro ou específico	52
1.3.5 O grau de complexidade: cláusulas-padrão e cláusulas próprias.....	56
1.3.6 Contratos paritário e não paritário.....	57
2 A FORMAÇÃO DO CONTRATO EMPRESARIAL	61
2.1 A convergência de vontades e a formação do contrato: forma e substância ...	61
2.2 Particularidades na formação do contrato empresarial: as variáveis, os pontos de tensão e as questões a serem acomodadas.....	66
2.3 As fases de formação do contrato empresarial e os instrumentos usualmente utilizados para auxiliar esse processo.....	69
2.3.1 Processo de negociação: tratativas preliminares e declaração unilateral de vontade.....	71
2.3.2 Contratos e documentos úteis no processo de formação do negócio definitivo.....	80
2.3.2.1 Contratos preparatórios: contrato-quadro e contrato de preferência ...	80
2.3.2.2 Contratos com duração e finalidade específicas	83
2.3.2.3 A carta de intenção, o memorando de entendimento, o acordo de investimento, o protocolo e a justificação	85
2.3.3 A necessidade de vinculação das partes e o contrato preliminar	89
3 O CONTRATO PRELIMINAR: CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES	94
3.1 Conceito e Função	94
3.2 Objeto do contrato preliminar e os interesses por ele atendidos: essenciais e secundários.....	108
3.3 Modalidades de contrato preliminar	113

3.4 A formação do contrato preliminar: os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do contrato preliminar	115
3.4.1 Os elementos de existência: os essenciais, os naturais e os acidentais.	116
3.4.2 Os requisitos de validade:.....	130
3.4.3 Os fatores de eficácia	131
4 O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO PRELIMINAR E A SUA EXECUÇÃO ...	134
4.1 O marco definidor do inadimplemento do contrato preliminar no âmbito do contrato empresarial	134
4.2. A eficácia forte e fraca do contrato preliminar e o grau de preliminaridade ..	139
4.3. A execução específica ou a sua impossibilidade	144
4.3.1 A execução do contrato preliminar empresarial com médio e pequeno grau de programação	153
4.3.2 Conversão em perdas e danos	173
CONSIDERAÇÕES FINAIS	185
REFERÊNCIAS.....	188

INTRODUÇÃO

O contrato empresarial é ferramenta importante no cenário contemporâneo de negócios, na medida em que se volta a moldar às mais diversas operações de mercado, de modo a auxiliar a organização e os fatores de produção e, por consequência, impulsionar o desenvolvimento da economia. Para a adequada compreensão de sua funcionalidade e alcance, é indispensável adentrar as características próprias do ambiente em que ele se insere: contexto dinâmico, propício à concorrência, marcado pelo profissionalismo dos contratantes, pela busca incessante por lucro, pela constante evolução do mercado e pela necessidade premente de redução dos custos de transação.

Nesse sistema, em que as partes atuam no pleno uso de sua autonomia privada e em busca da maior eficiência possível em cada operação realizada, a formação dos contratos empresariais compreende a constante aplicação do princípio da boa-fé objetiva e a gestão da incompletude contratual inerente, aspectos fundamentais na sua elaboração e interpretação.

Diante do amplo rol de possibilidades existentes no universo empresarial, a formação de cada contrato consolida uma história diferente. A depender da sofisticação do negócio jurídico que se pretenda regular, a formalização do contrato pode percorrer caminhos diversos, com diferentes etapas pré-contratuais e inúmeros instrumentos com funções distintas, entre eles o contrato preliminar.

A presente pesquisa trata sobre o papel fundamental que os contratos preliminares representam na dinâmica dos contratos empresariais, bem como a utilização do contrato preliminar como mecanismo estratégico para a formação do contrato empresarial, considerando a sua complexidade e a necessidade das partes, de um lado, valerem-se das oportunidades de mercado e, de outro, buscarem a maior segurança jurídica possível em suas relações.

O contrato empresarial, sobretudo os de longa duração, pode compreender um certo grau de generalidade em razão da impossibilidade de se prever todas as questões que poderão impactar a operação econômica almejada. Por essa razão, questiona-se a eficiência do contrato preliminar como instrumento de garantia e segurança às partes acerca da celebração do negócio definitivo almejado, caso se

considere que seu eventual reduzido grau de programação (ou de preliminaridade) pode impossibilitar a sua execução específica.

Nesta dissertação se analisa a relevância e a eficácia do contrato preliminar no ambiente dinâmico dos contratos empresariais. Nesse contexto, apura-se de que maneira os contratos preliminares se manifestam na dinâmica complexa dos contratos empresariais, e em que medida o seu grau de programação (ou de preliminaridade) poderá influenciar a sua eficácia jurídica e a possibilidade de execução específica no ordenamento brasileiro, considerando as particularidades do ambiente negocial empresarial.

Em adição, nesse contexto, a presente dissertação demonstra como o contrato preliminar – instrumento que visa a garantir a futura celebração de um contrato definitivo – pode ser efetivamente utilizado no contexto empresarial, em que as relações são complexas, o ambiente é dinâmico, e os contratos muitas vezes são incompletos e precisam de flexibilidade. Neste estudo, aborda-se de que modo a falta de detalhamento completo (baixo grau de programação) dos contratos preliminares empresariais pode afetar a sua eficácia e a possibilidade de serem judicialmente exigidos, garantindo a segurança jurídica necessária para as partes.

Os objetivos específicos desta dissertação são: (i) analisar o arcabouço jurídico dos contratos empresariais; (ii) compreender o processo de formação dos contratos empresariais, de modo a detalhar as fases envolvidas na sua formação; (iii) analisar de forma abrangente o contrato preliminar para definir o seu conceito e as suas funções no âmbito do Direito Empresarial, bem como analisar suas características essenciais, seus requisitos de validade e seus fatores de eficácia; e (iv) investigar os recursos jurídicos para o descumprimento do contrato preliminar e explorar a possibilidade de execução específica e conversão em perdas e danos.

A crescente complexidade e dinamismo das relações empresariais tornam os contratos preliminares instrumentos importantes para a gestão de risco das partes, bem como para a redução dos custos de transação, na medida em que permite – com segurança – a gradual formação do contrato. O contrato preliminar, embora tenha potencial para garantir a segurança jurídica das partes, enfrenta desafios em sua aplicação, especialmente quando considerado o alto grau de generalidade inerente a muitos contratos empresariais de longa duração. Nesse contexto, explora-se nesta dissertação como o contrato preliminar pode ser utilizado como mecanismo

estratégico na formação de contratos empresariais, equilibrando a busca por oportunidades de mercado e a garantia de segurança jurídica nas relações negociais.

Nesse sentido, reconhece-se que os contratos empresariais, celebrados entre partes profissionais, possuem características intrínsecas que influenciam tanto a sua constituição quanto a sua execução. Uma abordagem essencial para a compreensão desses instrumentos sugere que as obrigações neles assumidas devem ser analisadas em sua totalidade, como processo contínuo. Isso se justifica pela multiplicidade de disposições e deveres que se entrelaçam e se influenciam reciprocamente, cujo significado pode ser revelado quando apreciados em sua dinâmica global.

Em razão da complexidade inerente à formação de contratos empresariais de longa duração, e buscando identificar os instrumentos jurídicos capazes de proporcionar maior segurança às partes – entre os quais se destaca o contrato preliminar – este trabalho se apoia em análises aprofundadas sobre esse tipo de contrato. Tais estudos examinam detalhadamente o contrato preliminar e seu grau de eficácia, especialmente no que se refere à completude de suas disposições.

Para fins didáticos, esta dissertação está organizada em capítulos que buscam tratar de forma progressiva o tema dos contratos preliminares na esfera dos contratos empresariais.

O primeiro capítulo, intitulado *O contrato empresarial e o grau de vinculação das partes*, cuidará de contextualizar de maneira ampla o contrato empresarial, de modo a apresentar suas particularidades em relação aos contratos civis e de consumo, além de discutir a existência ou não de uma teoria geral autônoma. Nesse capítulo, será apresentada classificação e características dos contratos empresariais, como os contratos de intercâmbio, híbridos e de sociedade, contratos relacionais e descontínuos. Por fim, será tratado o grau de completude dos contratos empresariais e suas omissões propositais, conceitos importantes para a compreensão da eficácia dos contratos preliminares com menor grau de programação.

No capítulo seguinte, denominado *A formação do contrato empresarial*, será detalhado o processo de formação desses contratos. Em particular, serão analisadas as peculiaridades observadas na gênese dos contratos empresariais, destacando-se suas variáveis, os pontos de tensão e as questões a serem acomodadas pelas partes. Por fim, serão exploradas nesse capítulo as fases de formação do contrato empresarial e os instrumentos usualmente empregados para auxiliar esse processo.

Nesse empenho, será detalhado o processo de negociação, as tratativas preliminares e a declaração unilateral de vontade. Na sequência, serão abordados os contratos e documentos úteis no processo de formação do negócio definitivo, que incluem os contratos preparatórios, como o contrato-quadro e o contrato de preferência; os contratos com duração e finalidade específicas, a exemplo dos acordos de confidencialidade; e outras figuras como a carta de intenção, o memorando de entendimento, o acordo de investimento, o protocolo e a justificação. Ao final, no segundo capítulo abordar-se-á a necessidade de vinculação das partes já durante o processo de formação do contrato e o papel do contrato preliminar, traçando marcos distintivos entre esta figura e as demais estudadas ao longo do capítulo.

O terceiro capítulo, denominado *O contrato preliminar: características e funções*, abordará com maior aprofundamento a compreensão sobre este importante instrumento jurídico. De início, apresenta-se o conceito e a função do contrato preliminar, e aponta-se sua função precípua no contexto dos contratos empresariais. Em seguida, detalha-se o objeto do contrato preliminar e os interesses por ele atendidos, identificando os elementos essenciais e os deveres laterais que o compõem. Nesse capítulo, também são discutidas as modalidades de contrato preliminar, suas diferenças entre o bilateral e o unilateral, e sua relação com o conceito de opção.

Finalmente, o capítulo 3 trata dos elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do contrato preliminar, com uma análise detalhada dos elementos essenciais, naturais e acidentais e a elucidação da controvérsia do emblemático caso Disco como exemplo prático.

No quarto e derradeiro capítulo, intitulado *O inadimplemento do contrato preliminar e a sua execução*, são abordadas as diversas facetas do descumprimento do contrato preliminar, bem como os mecanismos jurídicos existentes para a sua execução forçada. De início, esse capítulo tratará do adimplemento e inadimplemento do contrato preliminar, bem como dos conceitos de mora e inadimplemento absoluto, para em seguida tratar das alternativas de execução específica do preliminar ou a sua resolução com o conseqüente pagamento de perdas e danos para a parte lesada.

Na sequência, o capítulo tratará da eficácia forte e fraca do contrato preliminar e o seu grau de programação (ou preliminaridade), a fim de discutir de que maneira a completude do contrato preliminar poderá impactar a sua exequibilidade. Nesse capítulo, será rememorado, à guisa de exemplo, o Caso Disco e, adicionalmente, será

tratado do caso *Cervejarias Cintra*. Em seguida, examina-se a execução específica do contrato preliminar, ou sua impossibilidade, e os desafios de levá-la a efeito em contratos empresariais complexos.

Por fim, o capítulo se ocupa em analisar a execução de contratos preliminares com médio e pequeno graus de programação, ocasião em que indica que a integração judicial do negócio preliminar deve ser realizada com base em práticas de mercado, parâmetros objetivos, normas de *soft law* e prova pericial, visando ao equilíbrio entre a autonomia privada e a segurança jurídica. Adicionalmente, aponta-se as situações em que a condenação em perdas e danos se torna a única solução.

Como conclusão desta dissertação, observa-se que o contrato preliminar, no âmbito dos contratos empresariais, deve ser compreendido como instrumento juridicamente autônomo e funcionalmente estratégico de vinculação à contratação futura, apto a estabilizar expectativas e reduzir assimetrias em ambientes marcados pela complexidade e deliberada incompletude. A sua eficácia jurídica – especialmente a viabilidade da execução específica prevista no artigo 464 do Código Civil de 2002 – decorre do seu grau de programação (preliminaridade), que deverá ser suficiente para permitir a extração do conteúdo do contrato definitivo, admitindo-se a integração judicial pautada em parâmetros objetivos, marcados por usos do mercado e critérios verificáveis. Dessa maneira, observa-se que o sistema oferece tutela graduada e racional: quando houver interesse útil do credor e conteúdo minimamente determinável, prestigia-se a tutela específica; caso contrário, aplica-se o artigo 465 do Código Civil de 2002, com conversão em perdas e danos, de maneira a se preservar o interesse contratual lesado e conferir previsibilidade no tráfego empresarial.

1 O CONTRATO EMPRESARIAL E O GRAU DE VINCULAÇÃO DAS PARTES

1.1 Contratos empresariais: partes e funções

No dinamismo dos negócios jurídicos contemporâneos, os contratos empresariais representam instrumentos importantes e indispensáveis para o fomento da atividade econômica, na medida em que disciplinam relações voltadas à busca pelo lucro, pela organização de fatores de produção, e moldam vínculos comerciais que impulsionam o desenvolvimento econômico.

Para compreensão adequada dos contratos empresariais, é fundamental distinguir os diferentes regimes contratuais de Direito Privado: os contratos empresariais (celebrados entre dois ou mais empresários¹), os contratos civis e os contratos de consumo. Ao considerar que os dois primeiros são essencialmente submetidos ao mesmo texto normativo (Código Civil), cumpre destacar uma primeira marca distintiva entre eles e os contratos de consumo: os primeiros prestigiam a autonomia privada e presumem-se paritários e simétricos (conforme disciplina o art. 421-A do Código Civil); e os últimos submetem-se a normas cogentes sobre as obrigações das partes – uma delas é obrigatoriamente a destinatária final do produto ou serviço objeto do contrato, com reconhecida vulnerabilidade econômica, social ou cultural (conforme disciplina o art. 4º. do Código de Defesa do Consumidor²).

¹ “Nesse contexto, todo contrato empresarial deve ser entendido como roupagem jurídica dos possíveis modelos econômicos de estruturação de relação entre dois ou mais agentes econômicos (empresários), que operam racionalmente segundo seus objetivos e com base nas informações disponíveis no momento da contratação. Dessa forma, cada contrato celebrado entre empresários reflete o modelo econômico que se entendeu como correto à época da celebração, segundo as informações razoavelmente disponíveis para as partes.” (FAGANELLO, Tiago. **Contratos Empresariais de Longa Duração e Incompletude Contratual**. Dissertação de Mestrado: PUC-RS 2017, p. 40).

² Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal),

Além de definir obrigações, os contratos empresariais têm função promocional, alinhada à visão de Norberto Bobbio de que o direito deve incentivar comportamentos. No contexto dos negócios, isso significa que contratos não só formalizam acordos, mas também viabilizam inovações, atraem investimentos e coordenam colaborações, impulsionando o desenvolvimento³.

A compreensão encampada pelo Código Comercial de 1850, de que no contrato empresarial (ou mercantil, na denominação da época) figurava em um dos seus polos um comerciante, não mais se sustenta na sistematização atual, na medida que a simples presença de um empresário em um dos polos da relação contratual não é suficiente para qualificar o contrato como empresarial.

A esse respeito, as considerações de Claudia Lima Marques são particularmente relevantes. A autora destaca que a qualificação da relação jurídica estabelecida é ligada intrinsecamente à posição e à perícia de cada parte envolvida, o que transcende a mera presença de um empresário em um dos polos da relação. Essa perspectiva abrangente e relacional, que intenciona garantir a proteção dos mais vulneráveis e reconhecer a importância da perícia de cada parte, é essencial para a identificação do regime jurídico apropriado em cada contrato, o que garante a sua aplicação justa e equitativa. Nesse sentido, a autora entende que:

[...] um leigo frente a outro civil, será uma relação puramente de direito civil; o mesmo civil frente a um empresário, ou fornecedor, será uma relação de consumo; e este empresário ou profissional, talvez no mesmo tipo contratual de compra e venda, de transporte de coisas, de mandato, se frente a outro empresário ou profissional, será uma relação empresarial ou do antigo direito comercial. É um direito privado complexo, que diferencia subjetivamente para proteger os mais fracos, mas que valora a presença no outro polo da relação contratual ou extracontratual de um leigo ou expert [...]⁴.

sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores; X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007, p. 212-214.

⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

No contexto do desenvolvimento de suas atividades, uma empresa depara-se com necessidades que extrapolam a sua atuação primordial – ou, na linguagem de mercado, o seu *core business*. Essa perspectiva relacional aplica-se diretamente às práticas empresariais contemporâneas, como se observa, a título de exemplo, no caso de uma montadora de equipamentos de informática que depende da aquisição de diversos insumos, além de estrutura adequada de logística para a produção e para a distribuição dos seus produtos, do desenvolvimento de campanhas de *marketing* etc. A montadora de equipamentos de informática poderá desenvolver diretamente todas essas atividades – o que lhe demandará maiores investimentos e organização diferente dos seus negócios – ou poderá buscar no mercado outras empresas especializadas para o atendimento de cada uma dessas necessidades.

A decisão sobre contratar terceiros ou desenvolver internamente algumas atividades (*make or buy*⁵) toca a estratégia e o modelo de negócio da empresa. A internalização ou a externalização de uma demanda, influenciada pela redução dos custos de transação e a análise do custo-benefício será a diretriz do empresário na escolha sobre fazer ou comprar. Caso a opção feita seja pela busca no mercado de outros agentes (ou *players*) que atendam às necessidades empresariais identificadas, estabelecer-se-á relação jurídica entre agentes econômicos diferentes, profissionais, que conhecem as dinâmicas do mercado e submetem-se de maneira consciente e livre a todas as suas peculiaridades.

Assim, surgem os contratos empresariais, que são “vocacionados à execução continuada e que reúnem elementos de distinção em relação aos demais contratos em razão de seus sujeitos, de sua história e sua função”⁶. Além de representarem ferramenta significativa de desenvolvimento do mercado, são constituídos em contexto específico, envolvem partes qualificadas e, por essa razão, têm dinâmica própria como será analisado no subcapítulo a seguir.

⁵ VENKATESAN, Ravi. Strategic sourcing: to make or not to make. **Harvard Business Review**, v. 70, n. 6, p. 98-107, 1992.

⁶ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32/33.

1.2 Noções gerais sobre a teoria geral dos contratos empresariais. Categoria autônoma?

Uma das características marcantes de uma sociedade organizada é a atividade econômica, manifestada por meio da produção, circulação e distribuição de bens e serviços que visam não apenas a atender às necessidades humanas fundamentais, como também satisfazer interesses individuais de seus membros. São operações econômicas que ao atravessarem os séculos em constante desenvolvimento, adquiriram complexidade e roupagem muito diversa daquelas que tinham quando o seu propósito primordial era a subsistência do homem e o seu traço marcante era o escambo. Tal evolução torna-se evidente nesta segunda década do século XXI; manifesta-se, a título de exemplo, na redução ou eliminação de fronteiras, de certo modo, por motivo do uso intensivo e massificado de tecnologias digitais, pela utilização de tipos diferentes de moedas – com destaque para as criptomoedas – bem como na celeridade das transações e na sofisticação crescente da atividade empresarial.

Nesse contexto de crescente dinamismo e complexidade, o presente subcapítulo defende que, apesar da unificação do Direito das Obrigações no Código Civil de 2002, os contratos empresariais constituem categoria com autonomia funcional. Essa autonomia não se traduz em antagonismo à teoria geral dos contratos civis, mas sim na necessidade de abordagem especializada que reconhece as peculiaridades do ambiente de negócios e encontra no pragmatismo jurídico o método para harmonizar as diversas realidades contratuais.

Na medida em que as relações civis e comerciais se desenvolvem, refletem avanço sensível e melhoria das operações econômicas, a sua formalização jurídica ganha maior relevância para garantir-lhes segurança e eficiência. Entre os instrumentos jurídicos existentes, destaca-se o contrato. Para compreender o papel dos contratos na atividade econômica, é útil recorrer à definição de Antônio Junqueira de Azevedo, ao apontar que o contrato representa “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela

norma jurídica que sobre ele incide”⁷. Sua finalidade é a autorregulamentação dos interesses das partes por ele vinculadas, reconhecida pela ordem jurídica⁸.

Para Vera Helena de Mello Franco, o contrato “corresponde a uma ‘roupagem’, uma estrutura jurídica, apta a receber as mais variadas formas de operações econômicas como conteúdo”⁹. Como veste jurídico-formal de uma operação econômica, deverá observar regras e princípios próprios, que são mutáveis historicamente¹⁰. Por silogismo, o contrato finca as suas raízes em uma operação econômica, ainda que meramente potencial, e reflete dada realidade exterior de natureza econômico-social.

Esse vínculo com a operação econômica subjacente permite avançar, ainda, para a categoria da causa do contrato, compreendida como elemento funcional relevante para a interpretação e para a tutela adequada do vínculo obrigacional. Alexandre Jamal Batista¹¹ propõe elevar a causa do contrato a instrumento de interpretação das relações contratuais, situando-a como elemento funcional cuja integridade o direito busca preservar por meio da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos.

Nessa linha, a finalidade dos contratos empresariais, sobretudo os complexos e relacionais, ajuda a definir seu propósito econômico real no mercado, indo além do mero objeto. Não se trata de adicionar novo requisito de validade a esse tipo contratual, mas reconhecer que, ao interpretar contratos empresariais, é essencial compreender sua lógica funcional para não desestruturar o sistema de deveres, riscos e incentivos. Essa compreensão do propósito econômico é vital. Ela guia a leitura de cláusulas de desempenho e governança, a análise da boa-fé e a definição de remédios contratuais, especialmente em contratos preliminares empresariais, em que a finalidade e a expectativa de um negócio definitivo moldam o inadimplemento e suas consequências.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. Atual. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 8.

⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 2011, p. 37.

¹⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11.

¹¹ BATISTA, Alexandre Jamal. **A causa do contrato e sua funcionalidade**. Tese de Doutorado, PUC-SP, 2019.

O objetivo jurídico da celebração do contrato é a formação de vínculo obrigacional – de dar, fazer ou não fazer – com conteúdo patrimonial¹². Embora as obrigações em geral tenham fontes diversas, como os atos ilícitos ou declarações unilaterais de vontade, no âmbito empresarial o contrato é a mais utilizada delas¹³, ao disciplinar com segurança jurídica tipos diferentes de operações da atividade empresária, compreendida pelo conjunto de ações realizadas com a finalidade de circular bens ou serviços no mercado, de maneira profissional e organizada, assumindo-se os riscos a ela inerentes visando à aferição de lucro^{14 15}.

Com a contínua evolução da economia, novas figuras contratuais surgiram na atividade empresarial. No âmbito societário, observa-se a multiplicação de estruturas complexas, como *holdings*, coligações societárias, consórcios empresariais¹⁶, *joint ventures*. Nos contratos empresariais específicos, destacam-se operações como a compra e venda, a locação, o financiamento, o transporte, a agência, a distribuição, a franquia, além de inúmeras outras formas¹⁷. A compreensão dessas figuras contratuais, como se estudará, pode ser realizada pela ótica do pragmatismo jurídico¹⁸, de modo a identificar o seu propósito e adequá-lo à realidade vigente, dentro do mesmo arcabouço normativo.

Ao considerar que os contratos empresariais representam fonte importante de obrigações e, adicionalmente, ao levar em conta que a atividade empresarial apresenta características muito próprias diante do dinamismo consentâneo da evolução das operações econômicas que se desenvolvem em velocidade cada vez maior, Waldírio Bulgarelli assinala que embora as obrigações sejam essencialmente

¹² GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. (Coord.) Edvaldo Brito. 26. ed., rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Forense, ano 2009, p. 11.

¹³ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 20.

¹⁴ GONÇALVES NETO; Alfredo de Assis. **Direito de Empresa, comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

¹⁵ A esse respeito, ainda: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Tratado de Direito Empresarial I**, Teoria Geral da Empresa. Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: RT, 2016, p. 149-154.

¹⁶ GIERSE, Denis Giamondo; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Consórcio de sociedades: estrutura, relevância e aplicações no contexto das operações societárias. **CONTRIBUCIONES A LAS CIENCIAS SOCIALES**, [S. l.], v. 18, n. 5, p. e17649, 2025. DOI: 10.55905/revconv.18n.5-083. Disponível em: <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/17649>. Acesso em: 29 dez. 2025.

¹⁷ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos Mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, ano 2001, p. 25.

¹⁸ Entre outros: (i) REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Due In Altum**, Caderno de Direito, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2009; (ii) DEWEY, John. Logical Method and Law. **The Philosophical Review**, v. 33, n. 6, nov. 1924, p. 560-572/ **Cornell Law Review**, v. 10 n. 1, dez./1924. Tradução (sem revisão) Prof. Dr. Cassiano Terra Rodrigues.

“unas e indecomponíveis em civis e comerciais, ainda assim apontam certas peculiaridades que seriam típicas das obrigações comerciais e que, portanto, se não contrariam as obrigações civis, dariam contudo um cunho específico às mercantis”¹⁹.

É inegável que o Código Civil vigente unificou o Direito das Obrigações ao consolidá-lo como núcleo do sistema jurídico privado, constituído por outras leis que disciplinam questões específicas, inclusive relacionadas aos contratos empresariais²⁰. Embora a essência da obrigação seja única²¹, o que torna indevido o uso da expressão “obrigação comercial” ou do termo “obrigação mercantil”, Waldírio Bulgarelli recorda que “a comercialidade é do ato, do negócio jurídico ou do contrato, e não da obrigação dele resultante”²².

Quando em vigor, o Código Comercial de 1850 dispunha em seu Título V sobre os “Contratos e as Obrigações Mercantis”; disciplinava em seu art. 121 que “As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. Assim, o Código Comercial centralizava em seu corpo, além de outras matérias, a disciplina de diversos contratos, sobre os quais incidia supletivamente o Código Civil de 1916.

Com o advento do Código Civil vigente, que unificou o tratamento das obrigações de Direito Civil e Comercial, e consolidou em único diploma parte expressiva das matérias antes tratadas pelo Código Comercial, sem distinguir claramente o que toca especificamente questões de ordem civil e o que concerne ao regime empresarial. Diante dessa unificação legislativa, sobressaem-se discussões acerca da necessidade de elaborar-se uma teoria geral específica para os contratos empresariais, ao considerar a sua dinâmica própria.

¹⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos Mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, ano 2001, p. 36.

²⁰ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil: Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52.

²¹ Nesse sentido: “não difere, com efeito, essencialmente, a obrigação comercial e a civil. Não se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma”. (FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. 3, p. 12).

²² “Em primeiro lugar, que a essência da obrigação é única, tanto para as decorrentes dos negócios civis como dos comerciais, é inegável e sobre tal aspecto já advertia Carvalho de Mendonça sobre o uso impróprio e generalizado da expressão ‘obrigação comercial’, acentuando que comercialidade é a do ato, do negócio ou contrato, e não da obrigação dele resultante” (BULGARELLI, Waldírio.

Contratos Mercantis. 14. ed. São Paulo: Atlas, ano 2001, p. 36).

Nesse particular, José Edwaldo Tavares Borna sustenta que “não mais persiste a separação entre os contratos civis e os contratos comerciais”²³. Paula A. Forgioni, por sua vez, defende que as características próprias dos contratos empresariais justificam a sua análise por meio de uma teoria geral própria²⁴, não necessariamente antagônica à teoria geral dos contratos, mas com traços de especialidade. É essa especialidade que configura a autonomia funcional que se busca demonstrar, e que permite afirmar que, a despeito da unificação da matéria no mesmo diploma legal, os contratos empresariais têm vida própria, demandando tratamento jurídico diferenciado, como se observa em outras jurisdições, como na Itália²⁵.

Essa corrente doutrinária destaca que as partes dos contratos empresariais são sempre profissionais e buscam essencialmente maximizar os seus próprios lucros, trazer eficiência para a sua atividade e manterem-se competitivas no mercado. O traço marcante de economicidade e o profissionalismo dos agentes tornam o processo de formação de contratos empresariais, por vezes, mais denso porque compreende negociações complexas e mecanismos pré-contratuais e contratuais próprios e customizados, sem que isso reflita comportamentos predatórios.

Além da presunção de paridade e simetria – hoje expressamente acolhida pelo artigo 421-A do Código Civil de 2002 –, a própria natureza dos contratos empresariais revela especificidades que transcendem a simples equivalência formal entre os polos da relação.

Referidos contratos são comumente celebrados como peças de arranjo econômico mais amplo, em que a utilidade do vínculo não se esgota na troca imediata de prestações, mas se projeta sobre cadeias de fornecimento, redes de distribuição, estratégias de expansão e integração produtiva. Além disso, é usual que tais contratos sejam deliberadamente incompletos, não por deficiência técnica, mas por opção racional: a dinamicidade do mercado, a volatilidade de preços e a necessidade de adaptação contínua incentivam a estruturação de cláusulas de governança,

²³ Ver a esse respeito: BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 11.

²⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

²⁵ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 37. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

mecanismos de revisão parametrizada, deveres de informação e matrizes de alocação de risco.

Nesse contexto, a função econômica do contrato empresarial costuma incluir, além da troca principal, a redução de custos de transação, a estabilização de expectativas e a preservação de ativos intangíveis (como reputação, acesso a mercado e continuidade de suprimentos). Por esse motivo, nesse tipo de contrato, institutos como usos do mercado, padrões setoriais, práticas reiteradas e mecanismos privados de *enforcement* apresentam-se com maior intensidade e recorrência, compondo o “ambiente normativo” efetivo em que o contrato opera.

Os contratos civis, por sua vez, além de também serem marcados pela consensualidade, buscam a satisfação pessoal das partes celebrantes, sem perder de vista o equilíbrio e a equidade da relação por elas estabelecida; enquadram-se em contexto axiológico fundado na dignidade da pessoa humana, sem caráter estritamente patrimonialista. Antônio Junqueira de Azevedo não apenas reconhece a distinção entre os contratos empresariais e os contratos por ele denominados como existenciais – que compreendem contratos de consumo, de trabalho etc. – como aponta ser essa a dicotomia contratual do século XXI²⁶:

Ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de ‘contratos existenciais’ (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os ‘contratos empresariais’. Essa nova dicotomia, que defendemos, ‘contrato existencial/contrato empresarial’, é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra ‘contrato’ sem consciência dessa nova dicotomia; ela é operacional e está para o século XXI, como a de ‘contrato paritário/contrato de adesão’ esteve para o século XX.

No contexto da denominada “dicotomia contratual do século XXI”, mostra-se oportuna a utilização do pragmatismo jurídico na análise dos contratos celebrados – seja os empresariais, seja os civis –, de modo a permitir que sejam considerados os seus efeitos concretamente ao ajustá-los às realidades econômicas e sociais em que estão inseridos. É essa abordagem pragmática que operacionaliza a autonomia

²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do Contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 832/2005, p. 115 - 137, fev. / 2005; **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 6, p. 1187 – 1220, jun. / 2011 DTR\2005\167).

funcional dos contratos empresariais, permitindo que os princípios gerais do direito sejam modulados pelas particularidades do ambiente de negócios. Assim, os contratos civis devem ser analisados sob a ótica da dignidade da pessoa humana, sem o cunho predominantemente patrimonialista, enquanto os contratos empresariais comportam leitura compreendida dentro das práticas do mercado, fundados nos princípios de Direito Empresarial, como a livre concorrência e a livre iniciativa.

Ao contrário dos contratos civis, nos contratos empresariais não há relação óbvia e clara de correspondência entre as prestações assumidas por cada uma das partes. Paula A. Forgioni aponta que o fim do contrato empresarial não coincide com a satisfação dos interesses das partes porque “os ganhos que serão havidos durante o processo, muitos intangíveis, não [são] contabilizáveis e até avessos à avaliação pecuniária. Vantagens são colhidas pelas partes no desenrolar do contrato; uma delas é a própria existência da relação”²⁷.

Na década de 1930, Ronald Coase posicionou as empresas como complexo de relações contratuais focadas na diminuição de custos de transação²⁸. Nessas negociações e na estruturação desses contratos, assim como nos contratos civis, a observância da boa-fé é essencial; entretanto, nos contratos empresariais este princípio não apenas regula a conduta, mas também atua como mecanismo que fortalece a confiança mútua entre os agentes, promove novos negócios e sustenta o sistema de relações voltadas à diminuição dos custos de transação.

O contrato empresarial não se caracteriza apenas pelo fato de as partes serem, em regra, profissionais e informadas, mas também pelo modo como a contratação se integra a determinada racionalidade organizacional e se conecta à operação econômica projetada. Por essa razão, a interpretação do contrato empresarial tende a prestigiar, com maior vigor, a alocação de riscos conscientemente pactuada, a coerência do programa contratual e a preservação de incentivos legítimos, sob pena de se comprometerem expectativas cuja relevância é sistêmica para o próprio mercado.

²⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: RT, 2024, p. 21.

²⁸ COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. / 1937.

Na seara dos contratos empresariais, as três funções (caráter tridimensional²⁹) da boa-fé objetiva têm importância para o fomento das relações estabelecidas^{30 31}. A função interpretativa ou integrativa – estampada no art. 113 do Código Civil – obriga o intérprete a buscar o sentido real do conteúdo contratual, ao atuar como verdadeiro vetor hermenêutico que deverá considerar, em contratos dessa natureza, o seu propósito que contempla a obtenção de lucro das partes, que atuam profissionalmente e no exercício de sua autonomia privada.

Na interpretação dos contratos empresariais, portanto, observar-se-á a boa-fé, o comportamento das partes, o respeito à autonomia da vontade comum por elas manifestada, e despreza-se a intenção individual de cada contratante, além de considerar o cenário do mercado e das práticas nele desenvolvidas; atribui-se aos usos e costumes função relevante, conforme disciplina o art. 113, inciso II, do Código Civil³². Assim, em cada contrato empresarial “o juiz togado ou árbitro deverá perceber as regras usuais, observando o mercado em que se emprega aquele tipo de pacto [...] o que importa é a tipificação social do pacto, i.e., as regras que normalmente são adotadas para aquele negócio empresarial”^{33 34}.

A observância desse princípio na interpretação dos contratos empresariais é essencial, sobretudo ao considerar que “contratos são, por natureza, incompletos e

²⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 222-224.

³⁰ GIERSE, Denis Giamondo. MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Identificação, abrangência e prática quanto ao Princípio da Boa-fé no Direito Civil. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, ano 10, v. 1, ed. 7, p. 96-126, jul./ 2025.

³¹ A esse respeito: “A boa-fé é hoje um princípio geral de toda a valoração de comportamentos. Funciona em qualquer ramo, aplicando-se particularmente às conjunturas de relação” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Teoria Geral, Relações e Situações Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 146).

³² Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. §1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.

³³ FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 8. ed. São Paulo: RT, p. 272.

³⁴ Ainda nesse sentido, Paula A. Forgioni aponta que “A jurisprudência atua como forte fator de ‘seleção’ dos usos e costumes. Por um lado, eles são depurados pela prática, mostrando aos agentes econômicos os caminhos mais ‘eficientes’; por outro, são trabalhados pela pena nos tribunais ao interpretarem fatos e textos normativos. O julgador não se prende somente ao texto da lei, debruçando-se também sobre os fatos do caso concreto trazidos ao seu conhecimento. *Um costume não aceito pelos tribunais* – i.e., por eles considerado violador de norma jurídica – *acaba desautorizado ou não se consolida*.” (FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 8. ed. São Paulo: RT, p. 139).

quanto maior a sua incompletude, mais lacunas far-se-ão sentir”³⁵, de modo que o propósito de lucro, o profissionalismo das partes e os usos do mercado devem, invariavelmente, ser considerados na interpretação do contrato empresarial, a fim de preservar a segurança esperada pelo mercado.

A esse respeito, menciona-se o Recurso Especial n.º 1580446/RJ³⁶, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça e relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, que reconheceu a legalidade do repasse de tarifas de emissão de boletos bancários pelas distribuidoras de medicamentos às farmácias e drogarias, ao considerar que a relação estabelecida entre as partes é de natureza empresarial, e que a prática desse repasse era usual no setor, não configurando abuso de poder econômico, violação à boa-fé objetiva ou imposição unilateral, dada a ausência de resistência das farmácias e drogarias ao longo dos anos.

Na decisão mencionada no parágrafo anterior, fica clara a aplicação do pragmatismo jurídico, ao levar em conta o contexto econômico e as realidades práticas das transações, de forma a observar não apenas as normas de regência, mas também favorecer as relações comerciais dinâmicas e eficientes. Esta abordagem prática inegavelmente auxilia na redução dos custos de transação e fomenta novos negócios, possibilita que os contratos cumpram efetivamente seu papel de catalisar o progresso econômico.

A função ativa ou supletiva da boa-fé (identificada no art. 422 do Código Civil) prestigia os deveres laterais ou anexos de todo e qualquer negócio jurídico³⁷ – inclusive, naturalmente, nos contratos empresariais³⁸ – que devem ser verificados desde a fase de formação do negócio³⁹. Nesse particular, além do dever de

³⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 61.

³⁶ BRASIL. STJ. REsp 1580446/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 25.03.2021.

³⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³⁸ A esse respeito: “Em 1964, Clovis do Couto e Silva propôs que a obrigação fosse vista em sua totalidade, como processo, isto é, sucessão de fases que visa à satisfação dos interesses do credor. Essa concepção pode e deve ser aplicada aos contratos empresariais, especialmente àqueles dotados de maior grau de complexidade, que carregam consigo uma miríade de disposições contratuais e obrigações, explícitas e implícitas, inter-relacionadas e interdependentes entre si e que assumem sentido quando vistas em sua globalidade e dinâmica. Gravitam, todas elas, em torno dos escopos almejados por ambas as partes, i.e., da operação econômica que encetam.” (FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: RT, 2024, p. 20).

³⁹ Nesse sentido: “[...] é válido, não só para obrigações já contraídas, mas também na fase de negociações contratuais iniciais, assim como relações jurídicas especiais de todo tipo. Cada participante está obrigado a tratar suas legítimas esperanças, fornecer as informações precisas, conduzir-se lealmente. É ilícito o exercício de um direito que infringe a boa-fé, devida, por exemplo, ao fato de conflitar com a legítima expectativa da outra parte” (LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte*

cooperação, consistente na ajuda recíproca que objetiva a consecução dos fins do contrato, destaca-se os deveres de lealdade e de informação, de extrema relevância também na fase de formação do negócio, ao considerar que não raras vezes a negociação de contratos empresariais compreende diversas etapas que passam pela celebração de instrumentos parciais variados, entre eles os contratos preliminares, como se observa, na prática e a título de exemplo, nas negociações de compra e venda de participação societária.

A boa-fé objetiva na sua função reativa ou corretiva, voltada a repelir injusta agressão – e as suas figuras parcelares, como *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tuo quoque* – também têm relevo na dinâmica dos contratos empresariais, essencialmente fundados no princípio da confiança decorrente da convergência de propósito voltado ao lucro e do profissionalismo das partes. A esse respeito, mencione-se o acórdão proferido pela 1ª. Câmara Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o recurso de apelação n.º 1098088-86.2019.8.26.0100, de relatoria do Desembargador J. B. Paula Lima. Na oportunidade, foi analisada divergência referente a um contrato de distribuição firmado em 1995, decorrente do aumento de preços e cessamento do pagamento de comissões específicas a partir do ano de 2004, o que implicou em alterações tácitas e unilaterais no contrato, que veio a ser rescindido em 2017. A distribuidora socorreu-se do Poder Judiciário apenas em 2019, que assim decidiu ao julgar o referido recurso:

Evidenciado o comportamento contraditório, configurando *venire contra factum proprium*, porque não é possível admitir boa-fé do contratado eventualmente lesado por conduta contratual que reputa abusiva por parte do outro agente e assim mantém por longo período de tempo sem nada reclamar para, somente depois da rescisão do ajustamento, alegar direito a indenização por todo período”⁴⁰.

General. **Editorial Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas**, 1978, p. 59 – nossa tradução).

⁴⁰ “Contrato de Distribuição. Relação mantida por mais de vinte anos. Alteração unilateral pela distribuidora entre os anos de 2004/2006. Resilição unilateral. Reclamo de indenização por comissões de vendas diretas e alteração de preços. Descabimento. Boa-fé objetiva. Comportamento contraditório da autora. *Venire contra factum proprium*. Decurso de relevante tempo sem reclamo. *Supressio*. Abuso de poder econômico não configurado. Improcedência do pedido. Recurso provido. Contrato de distribuição. Relação mantida por mais de 20 anos. Alteração contratual unilateral e tácita entre os anos de 2004 e 2006. Reclamo da autora após a resilição unilateral do contrato, em 2017. Indenização por comissões de vendas diretas e alterações de preços. Descabimento. Princípio da boa-fé objetiva. Comportamento contraditório da autora, que nada reclamou na época, dando continuidade ao contrato. *Venire contra factum proprium*. Decurso de relevante tempo sem impugnação. *Supressio*. O representante da autora trabalhou para a ré durante anos antes do contrato firmado com a empresa que constituiu. Conhecia os mecanismos de atuação da ré e do mercado. Além disso, a empresa autora está situada na Capital, localidade em que se encontra o

A aplicação da boa-fé objetiva em sua função corretiva, portanto, tem papel relevante na administração de contratos empresariais, na medida em que coíbe práticas contraditórias que coloquem em dúvida e comprometam a confiança essencial das partes. A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo indica a necessidade de manter-se postura ativa e imediata diante de agressões contratuais verificadas pelas partes para evitar que fatos ocorridos ao longo do cumprimento do contrato sejam posteriormente utilizados de forma oportunista, reafirmar o compromisso dos agentes empresariais com a transparência e a previsibilidade nas relações contratuais. Dessa maneira, busca-se assegurar que a dupla confiança no profissionalismo e na busca de lucro mútuo continue a sustentar as transações empresariais.

Ao considerar o conjunto de peculiaridades constituídas pelos atributos das partes celebrantes de contratos empresariais, pelos seus objetivos comuns e congêntos de auferir e maximizar os próprios lucros, pela presunção de que estão preparadas para atuar no mercado e assumir os riscos de sua atividade, justifica-se olhar de certo modo diverso em relação aos contratos civis. A esse respeito, observa-se a necessidade de garantir e preservar com muito rigor a força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*), crucial para o funcionamento do mercado, na medida em que impede comportamentos oportunistas que tornem o ambiente dos negócios inseguro e instável.

É inegável o caráter excepcional da revisão ou resolução contratual por onerosidade excessiva também nos contratos civis, mas para parte expressiva da doutrina – com destaque, entre outros, para os comercialistas representados por Paula A. Forgioni – nos contratos empresariais a revisão ou a resolução contratual deve ser ainda mais mitigada eis que as partes dessa relação têm – ou devem ter – conhecimento profundo sobre as vicissitudes do mercado e assumem riscos deliberadamente, o que reduz a margem de surpresa com eventos excepcionais que possam afetar o cumprimento do negócio avençado⁴¹.

maior polo de indústrias químicas do país, a refutar a alegações de abuso de poder econômico e estrangulamento empresarial. Improcedência do pedido. Recurso provido.” (SÃO PAULO. TJSP; Apelação Cível 1098088-86.2019.8.26.0100; Relator(a): J. B. Paula Lima; Órgão Julgador: 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 04/12/2024; Data de Publicação: 05/12/2024).

⁴¹ Nesse sentido: “Direito empresarial. Contratos. Compra e venda de coisa futura (soja). Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Inaplicabilidade. 1. Contratos empresariais não devem ser

Com o objetivo de ratificar esse entendimento, a I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 25, cujo texto assevera que a revisão do contrato por onerosidade excessiva, com base no Código Civil, “deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”⁴².

No que toca à autonomia privada, embora sujeitas às limitações impostas pelo ordenamento jurídico, de modo a garantir que as relações contratuais não infrinjam princípios de ordem pública e bons costumes, a sua crescente regulamentação – que visa a proteger partes mais vulneráveis, como os consumidores e trabalhadores – deve ser interpretada com temperamento na esfera dos contratos empresariais. Além disso, o dirigismo contratual deve ser moderado, de forma que o Poder Judiciário não se imiscua em questões relacionadas à atividade desenvolvida pelas partes do contrato empresarial^{43 44}, o que é corroborado pelo Enunciado 21 da I Jornada de

tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo; (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis. 5. Recurso especial conhecido e provido” (BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 936741 / GO; Relator(a): Antônio Carlos Ferreira; Órgão Julgador: 4ª Turma; Data da Decisão: 03/11/2011; Data de Publicação: 08/03/2012).

⁴² BRASIL. CJF. **Enunciado 50**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/50>. Acesso em: 22 mar. 2025.

⁴³ A esse respeito: “No contrato empresarial, diante da presunção do conhecimento e expertise técnica dos empresários, que entendem e vislumbram melhor os riscos inerentes da atividade econômica, havendo um maior senso de responsabilidade e autodeterminação na conclusão dos negócios, deve haver uma relativização do dirigismo contratual a fim de que o Poder Judiciário não interfira em questões pertinentes à atividade desenvolvida. Os contratos são regidos pelo princípio *pacta sunt servanda*, que consiste na ideia de que aquilo que está estabelecido no contrato e assinado pelas partes deve ser cumprido, o que significa dizer que o que está escrito se torna lei entre as partes que assinaram tal documento, tendo ainda mais relevância nos contratos empresariais. Excepcionalmente, a convenção firmada não prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, em latente inobservância aos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva, que geram expectativas legítimas aos contratantes.” (DISTRITO FEDERAL. TJDF; Sem informação 0725297-61.2021.8.07.0001; Relator(a): Jose Firmo Reis Soub; Órgão Julgador: 8ª Turma Cível; Data da Decisão: 21/03/2023; Data de Publicação: 29/03/2023).

⁴⁴ Também nesse sentido: “A exigência de consumo mínimo não traduz, em si, abusividade ou onerosidade excessiva, a legitimar a excepcional intervenção judicial integrativa da vontade das partes, em detrimento da diretriz da força obrigatória dos contratos, frise-se, a ser prestigiada com particular ênfase, em se tratando de contrato empresarial”. (SÃO PAULO: TJSP; Apelação Cível

Direito Comercial (“Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”)⁴⁵.

Ao negociar contratos empresariais, as empresas estão – ou, pelo menos, devem estar – cientes dos riscos e benefícios da relação que buscam ajustar, razão pela qual devem acordar as suas obrigações conforme as suas necessidades comerciais específicas, e assumir integralmente os riscos dela decorrentes. Essa dinâmica visa a garantir maior segurança jurídica e previsibilidade às operações econômicas realizadas e não deturpar a lógica do mercado que, segundo André Luiz Santa Cruz Ramos, tem como regra prática a premissa de que “o empresário que acerta, ganha; o empresário que erra, perde”⁴⁶.

A título ilustrativo⁴⁷, menciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1644890/PR, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que, na oportunidade, apontou que “o contrato empresarial é simétrico, mas pode ocorrer desequilíbrio em alguns casos, o que está inserido na decisão negocial”⁴⁸. Esse entendimento justificou, no caso analisado, a ratificação de determinada disposição contratual cuja aplicação fora questionada pela parte contratante sob o pressuposto de caracterizar onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual⁴⁹.

1001910-58.2018.8.26.0602; Relator(a): Henrique Rodrigo Clavasio; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 18/12/2020; Data de Publicação: 18/12/2020).

⁴⁵ BRASIL. C.JF. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2025.

⁴⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 525.

⁴⁷ Também nesse sentido: “No caso, a cláusula penal está inserida em contrato empresarial firmado entre empresas de grande porte, tendo como objeto valores milionários, inexistindo assimetria entre os contratantes que justifique a intervenção em seus termos, devendo prevalecer a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos” (BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1867551 / RJ; Relator(a): Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 05/10/2021; Data de Publicação: 13/10/2021).

⁴⁸ “Recurso Especial. Shopping Center. Locação de Espaço. Execução. Honorários Contratuais. Repasse. Locatário. Prévio ajuste. Bis in Idem. Não concorrência. Atividade empresarial. Autonomia da vontade. Prevalência. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). [...] 5. A atividade empresarial é caracterizada pelo risco e regulada pela lógica da livre-concorrência, devendo prevalecer nesses ajustes, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda. 6. Não há como afastar a incidência de cláusula de contrato de locação de espaço em shopping center com base em alegação genérica de afronta à boa-fé objetiva, devendo ficar demonstrada a situação excepcional que autoriza a intervenção do Poder Judiciário. 7. Recurso especial provido.” (BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1644890 / PR; Relator(a): Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 18/08/2020; Data de Publicação: 26/08/2020).

⁴⁹ Ainda nessa linha, a lição de Fábio Ulhoa Coelho: “O empresário torna-se dependente de outro porque, ao avaliar as alternativas de negócio, entendeu como adequada aos seus interesses a

Por outro lado, vale ter presente que o art. 421-A, inserido no Código Civil pela Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019, alcunhada como Lei da Liberdade Econômica, estabelece que “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais”⁵⁰.

Embora expresse a diversidade de tipo (ou categoria)⁵¹ entre os contratos civis e empresariais – única referência no Código Civil a esse respeito – o dispositivo legal ratifica a posição do Legislador de que “[a] simetria entre os contratantes é presumida em qualquer relação contratual, e não apenas em relações interempresariais”, conforme defendeu o Senador Rodrigo Pacheco ao apresentar a Emenda Modificativa n.º. 171⁵², no processo legislativo de aprovação da referida Lei, com o objetivo de suprimir o texto inicialmente sugerido, de que a igualdade nas relações contratuais era presumida apenas nos contratos entre empresas.

A esse propósito, a despeito da ausência de referência específica acerca dessa questão na exposição de motivos da Lei da Liberdade Econômica, Francisco Paulo de Crescenzo Marino identifica as origens doutrinárias e jurisprudenciais da discussão acerca da questão:

exploração da empresa com dependência (franquia, distribuição, representação comercial etc.). É uma decisão que, como qualquer outra de natureza empresarial, vem acompanhada de riscos inerentes. Ao sopesar seus interesses, custos e benefícios, vantagens e desvantagens, o empresário não pode deixar de considerá-los. Se não os considerou, errou e não pode ser poupado dos seus erros, porque isto importaria uma distorção da regra básica da competição econômica e desrespeito ao princípio constitucional da livre concorrência”. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial**: obrigações e contratos empresariais. Vários autores. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 5. E-book).

⁵⁰ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) (BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 mar. 2025).

⁵¹ Sobre a abrangência dos termos “tipos contratuais gerais” ou “categorias contratuais”, Francisco Paulo de Crescenzo Marino aponta que uma categoria impõe uma condição de pertencimento absoluta: ou um indivíduo se encaixa integralmente nela, ou não. Seria uma espécie de “porta giratória”: você está dentro ou fora. Já o tipo (ou “ordem”) oferece uma relação mais maleável, permitindo que um indivíduo se ajuste a ele em diferentes níveis ou medidas, como se houvesse uma “escala” de pertencimento. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19).

⁵² BRASIL. Senado Federal. Emenda à MPV nº. 881, de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7947784&disposition=inline>. Acesso em: 22 mar. 2025.

O contexto dos diplomas nos quais inserida a norma – a MPV 881/2019 e a Lei 13.874/2019 – não deixa dúvida de que a afirmação da simetria nas relações empresariais (e, posteriormente, também nas civis) visava reforçar a liberdade dos contratantes frente à intervenção estatal. A despeito de ser tida como óbvia e inócua – eis que ‘não há como negar a presunção de serem paritários os contratos civis e empresariais, pois as partes são iguais, tampouco o consenso de que não o são os de consumo e de trabalho, pois as partes são desiguais’ –, a assertiva tornou-se presente em parte da doutrina comercialista e da jurisprudência nos anos antecedentes à promulgação da Lei da Liberdade Econômica.

A proclamação da natural simetria presente nos contratos empresariais buscou reagir à visão de parte da doutrina e da jurisprudência, tendente a admitir maior intervenção na autonomia das partes, sobretudo por meio de interpretação das normas jurídicas excessivamente calcada nos princípios jurídicos, notadamente os de índole constitucional.

Possivelmente, o ato mais significativo dessa dualidade de visões deu-se com o debate em torno da aplicabilidade do Código do Consumidor (‘CDC’) aos contratos empresariais. A controvérsia, gravitando em torno da interpretação do *caput* do art. 2º do CDC, opôs ‘maximalistas’ – para os quais o conceito de ‘destinatário final’ é puramente fático (retirar o bem do mercado) – e ‘finalistas’ – para quem a *fattispecie* do referido dispositivo somente estará preenchida se houver, simultaneamente, retirada do bem do mercado e término da cadeia produtiva (critério fático e econômico) ⁵³.

O mencionado autor, calcado na experiência estrangeira, aponta que a realidade contratual não se limita apenas à divisão entre contratos firmados entre partes sofisticadas e informadas, como empresários, e contratos de consumo que pressupõe a vulnerabilidade de um dos polos da relação. Há relações intermediárias, denominadas “terceiro contrato”, que envolvem acordos entre partes menos sofisticadas e outras relações não enquadráveis nos modelos tradicionais. Essa disciplina tem recebido atenção na doutrina italiana, que tenta ampliar a categoria para incluir contratos com desequilíbrio de poder entre as partes⁵⁴.

De todo modo, a reafirmação da presunção de paridade, conforme defendido pelo Senador Rodrigo Pacheco, não tem o condão de negar a autonomia funcional dos contratos empresariais, mas sim de reforçar a liberdade contratual como um pilar geral. Ao exigir elementos concretos para o afastamento da presunção, o legislador implicitamente reconhece que tais elementos podem existir e justificam uma aplicação

⁵³ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica Comentários** (coord.) Judith Martins-Costa e Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke. São Paulo: Almedina, 2022, p. 513 /514.

⁵⁴ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica Comentários** (coord.) Judith Martins-Costa e Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke. São Paulo: Almedina, 2022, p. 516/517.

diferenciada, especialmente na dinâmica empresarial onde a alocação de riscos e a racionalidade econômica ditam as regras

Os contratos em geral, como fatos sociais, repercutem nos interesses alheios e na sociedade; logo, devem observar o princípio da função social^{55 56} que, segundo Teresa Ancona Lopez, impõe às partes dois tipos distintos de deveres: o primeiro, de natureza positiva, consistente na obrigação de exercer a sua função econômica dentro da sociedade, de modo a promover a circulação de riqueza, fomentar o progresso material e contribuir para o bem-estar social; o segundo, de caráter negativo, encampa obrigação geral de abstenção compreendida pelo dever de as partes contratantes não prejudicarem interesses extracontratuais de terceiros e da coletividade, seja em razão do conteúdo do que se avençou, seja em razão de sua execução (ou inexecução)⁵⁷.

Assim, pode-se considerar que a liberdade de contratar mediante o objetivo de fazer circular riqueza é condicionada à observância da função social do contrato⁵⁸, princípio que não atua como cláusula geral destinada a reescrever o conteúdo do

⁵⁵ A respeito da função social do contrato, a lição de Miguel Reale: “Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que ‘atenderá a sua função social’. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade”. (REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <https://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm> Acesso em: 9 fev. 2025).

⁵⁶ Sobre o princípio da função social dos contratos e sua aplicação prática, Anderson Schreiber assevera que “A função social do contrato, que, no plano puramente teórico, prometia uma transformação até superior em suas dimensões àquela representada pelo advento da boa-fé objetiva, alterando, entre nós, o próprio fundamento axiológico da liberdade contratual, não encontrou ainda uma aplicação prática digna das suas potencialidades, configurando tema ‘até hoje enigmático e polêmico’. Ao contrário do que ocorreu com a boa-fé objetiva, a noção de função social do contrato adentrou o nosso direito positivo, pela primeira vez, com o Código Civil de 2002, em uma disposição normativa que, embora reconhecidamente cogente (art. 2.035, parágrafo único), afigura-se demasiadamente genérica e desprovida de qualquer indicação de conteúdo material ou de parâmetros para sua delimitação conceitual (art. 421). [...] Parece, em suma, fazer falta nesse campo uma enumeração normativa de parâmetros de atendimento à função social do contrato, ao menos a título ilustrativo, exemplo que o Código Civil de 2002 bem poderia ter colhido da experiência brasileira em torno da função social da propriedade, que, embora já mencionada na Constituição de 1946, somente veio a ter efetiva aplicação prática com a Constituição de 1988, a qual, além de enunciar o princípio, passou a especificar, em certa medida, seu conteúdo, de modo a permitir a verificação concreta de que determinada propriedade imobiliária cumpre ou não cumpre sua função social (arts. 182, §2º, e 186, I e IV).” (SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e dever de renegociar**. 2. ed. 2. tir. rev. e atual. diante das Leis n. 13.874/2019 (Liberdade Econômica) e 14.010/2020 (RJET). São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 35-38).

⁵⁷ LOPES, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVLaw (coord.) Wanderley Fernandes. fls. 64/65., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

⁵⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009, p. 530.

contrato segundo um critério abstrato de justiça distributiva, mas como parâmetro de legitimidade externa do exercício da autonomia privada.

Trata-se de princípio que opera, em grande medida, sobre os efeitos do contrato no ambiente social e econômico, exigindo que a circulação de riqueza – especialmente intensa na esfera empresarial – não agrida valores jurídicos transindividuais. Daí a precisão do entendimento de Teresa Ancona Lopez, acima mencionado, no sentido de que a função social apresenta vocação de controle negativa, impedindo a produção de efeitos socialmente danosos, e positiva, preservando a aptidão do contrato para cumprir sua função econômica típica, a qual, no campo empresarial, costuma ser correlata à eficiência e à estabilidade das relações de mercado.

O Enunciado 29, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, consigna que “aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421⁵⁹ e 422⁶⁰ do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”⁶¹. Dessa maneira, sob a perspectiva da atividade empresarial, cumprirá a sua função social o contrato empresarial que, observando os limites legais, voltar-se à circulação de riqueza, contribuindo para o bem-estar e desenvolvimento econômico e social do País⁶², sem causar “prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”⁶³.

O Enunciado acima reforça a necessidade de se evitar a aplicação indistinta da função social aos contratos empresariais e civis, sob pena de se desconsiderarem variáveis decisivas do tráfego mercantil, como previsibilidade, padronização setorial e racionalidade econômica. A esse respeito, menciona-se que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 4 de 2025⁶⁴, que visa à atualização do Código Civil e

⁵⁹ Artigo 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁶⁰ Artigo 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁶¹ BRASIL. CJF. Jornadas de Direito Comercial. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2025.

⁶² FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2. ed. São Paulo: RT, p. 265.

⁶³ Enunciado 26 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (Ibidem).

⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº. 4, de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9889356&ts=1758918785481&disposition=inline>. Acesso em: 29 dez. 2025).

propõe, entre outras disposições, a inserção da seguinte redação para o § 2º do Art. 421: “[a] cláusula contratual que violar a função social do contrato é nula de pleno direito.”

A função social do contrato, no entanto, deve ser compreendida e aplicada com temperamento, especialmente quando se trata de utilizá-la como fundamento para a invalidação de cláusulas em contratos complexos. A inserção pretendida pelo Projeto de Lei nº. 4, de 2025, recomenda reflexões, sobretudo porque o reconhecimento da nulidade de um negócio jurídico com base em princípio tão abrangente e intrinsecamente subjetivo como a função social do contrato pode se tornar um indesejável vetor de incerteza.

A interpretação e a aplicação do que constitui violação da função social dependem diretamente do entendimento do julgador em cada caso concreto, abrindo espaço para intervenções judiciais díspares e imprevisíveis. Ao invés de operar como parâmetro de controle externo e balizador, a função social pode, com essa formulação, ser mobilizada como instrumento de invalidação ampla de cláusulas contratuais, inclusive aquelas típicas de alocação de riscos em contratos empresariais.

Tal subjetividade e a forte consequência da nulidade de pleno direito podem, paradoxalmente, elevar os custos de transação e desencorajar a autonomia privada, especialmente no ambiente empresarial, que demanda previsibilidade e estabilidade para o desenvolvimento de suas atividades.

Sobre a incidência da função social dos contratos na dinâmica empresarial, Luciano Timm sustenta que “a melhor leitura [...] parece ser aquela sistemática, ou seja, que leva em conta as demais normas que compõem o eixo regulatório das relações privadas entabuladas no mercado, fundamentalmente a LC [ou Código Civil] e o CDC”, de forma que a adequação dos contratos empresariais ao sistema composto por diversas normas (inclusive de cunho concorrencial e consumerista) seria imperativa para a preservação dos interesses difusos e coletivos que se buscam salvaguardar com o princípio em comento⁶⁵.

Também nesse particular, observa-se que análise pragmática da aplicação do princípio da função social do contrato aos contratos empresariais leva à conclusão de que eles devem ser analisados não apenas sob o viés da promoção da dignidade

⁶⁵ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil**: Ensaios sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94.

humana, mas como instrumentos facilitadores do desenvolvimento econômico e da eficiência do mercado, de modo a garantir que dentro de um mesmo arcabouço normativo os contratos empresariais atendam às suas finalidades econômicas sem comprometer o bem-estar social.

Esse debate ganha relevo adicional diante da tramitação do já mencionado Projeto de Lei nº 4 de 2025, que propõe atualização ampla do Código Civil, com repercussões diretas sobre a teoria geral dos contratos. Ainda que se critique a potencial insegurança jurídica de uma nulidade automática baseada na função social, o próprio movimento do referido Projeto de Lei, ao diferenciar explicitamente regimes para contratos civis e empresariais, serve como forte reconhecimento legislativo da autonomia funcional que este estudo defende para os contratos empresariais.

Como mencionado, o ponto comum da vontade das partes de um contrato empresarial é a busca pelo lucro, a redução do custo de transação e a maximização dos seus negócios, sendo esses vetores de interpretação do negócio firmado. Dessa maneira, embora as normas sejam idênticas, a interpretação varia ao refletir as diferentes realidades e objetivos dos contratos civis e empresariais.

O referido Projeto de Lei nº 4 de 2025, ademais, indica reconhecer expressamente a distinção entre contratos civis *lato sensu* e contratos empresariais, de maneira a adequar as normas contratuais às especificidades do ambiente de negócios. Essa diferenciação é manifestada pela proposição de regimes interpretativos e principiológicos distintos para cada modalidade.

A título ilustrativo, o mencionado Projeto de Lei, no Art. 421-B, categoriza os contratos considerando as cadeias produtivas, distinguindo explicitamente aqueles “típicos dos contratos celebrados entre empresas” (inciso I) dos “contratos civis” (inciso IV). Ainda, o Art. 421-C, em seu § 1º, estabelece parâmetros adicionais e específicos para a interpretação dos contratos empresariais, como a aferição da boa-fé pela “expectativa comum que os agentes do setor econômico [...] têm” (inciso II), além de valorizar a disposição já presente dos “usos e dos costumes” (inciso III). Adicionalmente, o Art. 421-F reitera essa diferenciação ao determinar que “[a]os contratos empresariais aplicam-se os princípios que estão na descritos no art. 966-A deste Código”, o qual elenca fundamentos específicos do Direito de Empresa, solidificando a intenção de tratamento jurídico particularizado para as relações empresariais.

De todo modo, em conclusão, independentemente de se considerar os contratos empresariais e os contratos civis categorias autônomas que justificariam a aplicação de teorias gerais próprias, entende-se que a sua compreensão sob o prisma do pragmatismo jurídico acomoda positivamente as variabilidades de cada relação jurídica. A análise adaptativa e responsiva dos contratos de forma pragmática, ao considerar as circunstâncias econômicas presentes – especificamente, nos contratos empresariais, o profissionalismo das partes, o objetivo comum de auferir lucros e a preservação do mercado – demanda ponderação criteriosa entre os princípios gerais e as particularidades de cada caso, considera a dinâmica e a evolução dos interesses e as necessidades das partes, proporciona resultados justos e eficazes no cenário prático.

Nos contratos empresariais, o pragmatismo jurídico sugere que a interpretação e a aplicação das normas devem ser adaptadas à dinâmica do mercado e às práticas empresariais, sem esquecer o equilíbrio e a equidade das relações estabelecidas. Embora o Código Civil tenha unificado o tratamento das obrigações civis e comerciais, a abordagem pragmática reconhece a necessidade de interpretação flexível que valorize a autonomia privada e a força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*) e as especificidades próprias das distintas naturezas contratuais.

1.3 Classificação e características dos contratos empresariais

Diante das especificidades e da complexidade⁶⁶ do ambiente empresarial, o contrato empresarial apresenta variados critérios de classificações e características⁶⁷,

⁶⁶ Segundo Edgar Morin, “[...] há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e o seu contexto, as partes em si. Por isso a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade”. (MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do tema**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 38) .

⁶⁷ A respeito da classificação dos contratos, Gilberto Haddad Jabur aponta que “o agrupamento dos contratos em categorias nas quais se embutem elementos diferenciadores (v.g., a partir da sua natureza, forma de constituição, objeto, efeitos, liberdade das partes, duração (in)existência de tipificação legal e (in)dependência jurídica) aponta os efeitos jurídicos e práticos de cada tipo contratual fixado pelo legislador, que sistematizou os contratos que entendeu mais utilizados, deixando a criação dos demais ao nuto do engenho humano. [...] Classificações várias, sob luzes distintas, surgiram para agrupar os contratos no direito moderno. O problema, como constatou com clareza Christian Larroumet, é depurar os traços fundamentais de cada contrato para embuti-lo em tal ou qual categoria debaixo de cujas regras será regido. Eis um problema de qualificação. Quais são as categorias adequadas e como cria-las ou referendá-las? É fundamental que, ao editá-las, se adote ponto de vista genérico para não se deixar atrair por todos os detalhes do contrato examinado, sob

cuja compreensão é relevante para a identificação do regime jurídico adequado e para a interpretação do negócio celebrado. O presente subcapítulo aborda – sem a pretensão de exaurir o tema – a classificação e as características do contrato empresarial, baseadas em critérios que versam sobre a forma de vinculação das partes, o interesse das partes no negócio celebrado, a abrangência do objeto do contrato e a sua completude, o grau de complexidade das suas disposições e a natureza da negociação que lhe deu origem.

A percepção multifacetada do tema mostra-se útil e necessária na missão de adaptar o Direito Contratual às peculiaridades dos negócios celebrados no ambiente empresarial, em que a agilidade, a eficiência e a segurança jurídica são essenciais. Ao examinar características e classificações dos contratos empresariais, almeja-se descortinar elementos que os distingam dos contratos civis e de consumo, bem como auxiliar a interpretação e a execução dos contratos empresariais.

A análise da classificação e das características dos contratos empresariais é essencial para a compreensão da dinâmica dos contratos preliminares – objeto desta dissertação – no contexto dos contratos empresariais, inclusive no que toca a sua execução. Isso porque, a incompletude dos contratos preliminares celebrados no contexto de relação empresarial pode decorrer justamente da incompletude natural dos contratos empresariais, o que poderá permitir, a depender do caso, a sua execução específica (conforme determina os artigos 462 e seguintes do Código Civil).

1.3.1 As formas de vinculação das partes e o tempo de execução: intercâmbio, híbridos (ou de colaboração) e de sociedade

Na dinâmica do mercado, não há dificuldade em identificar a existência de dois tipos de contrato: o contrato de intercâmbio (ou de troca) e o contrato de sociedade. No primeiro, há clara tensão entre os interesses das partes envolvidas e baixo grau de vinculação futura entre elas (eis o motivo por ser considerado imediato ou *spot*), como se verifica, exemplificativamente, no contrato de compra e venda⁶⁸, em

pena de se concluir que cada contrato encerra uma categoria, resultado que, decerto, contraria a própria ideia de classificação. Buscam-se, pois, traços comuns em função dos quais tais e quais contratos deverão ser incluídos em grupo específico, de características diversas de outro, que será conhecido por conter traços diferentes ou opostos” (JABUR, Gilberto Haddad. *Classificação dos Contratos*. In: **Teoria Geral dos Contratos** (coord.) Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011, p. 202-204).

⁶⁸ “[...] reduz-se a uma simples troca de bens, nenhuma outra relação, a não ser essa, existindo entre as partes. Como exemplo pode apontar-se o enchimento do depósito de gasolina numa estação de

que o interesse das partes sobre o valor da operação é antagônico; no segundo, os interesses das partes apontam para a mesma direção, de modo que o êxito de uma é o sucesso de todas⁶⁹.

Entre ambos os tipos de contrato identifica-se o contrato híbrido (ou de colaboração), caracterizado pelos esforços comuns das partes que, embora autônomas e com áleas distintas, têm interesses convergentes e dependência recíproca e, por essa razão colaboram entre si. Assim, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, “uma classificação interessante [...] é a que opõe os contratos de interesses conflitantes, por exemplo, a troca e a compra e venda, e os de colaboração, dito às vezes de escopo comum”⁷⁰. Para Judith Martins-Costa, o contrato de colaboração é fundado em “estruturas sinalagmáticas ou correspectivas, composta por ‘interesses comuns e de outros conflitantes, ainda que de forma potencial’”⁷¹.

serviço. A troca não tem passado nem futuro, não fundando expectativas, excepto, por parte do condutor, a de que o posto terá gasolina disponível e, por parte do fornecedor, a de que qualquer automobilista que para abastecer terá meio para pagar. A relação gasolina-dinheiro é a única que importa” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade de contratar. Coimbra: Almedina, 1999. p. 18).

⁶⁹ A esse respeito, Paula A. Forgioni aponta que em contratos de troca, as partes frequentemente possuem interesses opostos: o que é vantajoso para um, pode representar uma desvantagem para o outro, de modo que é natural que cada um busque maximizar seu próprio benefício. No entanto, em um contrato de associação, a dinâmica é diferente: os interesses das partes estão alinhados e se complementam. Se um parceiro obtém sucesso, o outro também se beneficia; e, da mesma forma, o prejuízo de um tende a afetar negativamente o outro. (FORGIONI, Paula A. **Contrato de Distribuição**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 179).

⁷⁰ Antônio Junqueira de Azevedo. Partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias. Onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do Contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 832, p. 115 - 137, fev. / 2005; Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, v. 6, p. 1187 – 1220, jun. / 2011 DTR\2005\167).

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de Construção. ‘Contratos-Aliança’. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar. Parecer. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, p. 315 – 351, out./dez. 2014 DTR\2014\19838.

São exemplos de contratos híbridos ou de colaboração os contratos de franquia⁷², de representação e de distribuição⁷³, de consórcio⁷⁴, *joint ventures*⁷⁵ entre outros. Embora os objetos desses contratos não se confundam, há traços comuns e marcantes entre todos eles: as partes não têm relação de sociedade, assumem áleas diferentes, mas não competem entre si; de modo contrário, colaboram mutuamente porque o sucesso de uma representará o sucesso da outra. A título ilustrativo, Ana Carolina Devito Dearo Zanetti⁷⁶ menciona que uma publicidade polêmica veiculada pelo fornecedor pode comprometer a atividade do distribuidor e frustrar a possibilidade de ambos (fornecedor e distribuidor) obterem os lucros almejados.

Os deveres laterais e anexos da relação estabelecida no contrato de colaboração – entre outros, o dever de agir conforme a confiança depositada e o dever de colaborar e cooperar – assumem importância fundamental na medida em que,

⁷² A esse respeito: “Assim, o que ocorreu, efetivamente, foi o insucesso no empreendimento, haja vista que a franquia, por si só, é uma cooperação mútua, sendo um contrato de colaboração, porém, o risco da atividade sempre estará presente.” (SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1112337-13.2017.8.26.0100; Relator(a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 25/10/2022; Data de Publicação: 26/10/2022).

⁷³ Nesse sentido, trecho do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça: “Consoante se vê, a relação jurídica material entabulada entre as partes nada mais é do que um contrato de colaboração nas modalidades de representação comercial e de distribuição, pelo qual a apelante se obrigou a comercializar os produtos da apelada em território específico. Segundo ensina Fábio Ulhoa Coelho, ‘O contrato de colaboração empresarial é aquele em que um dos contratantes (o colaborador) se obriga a empreender esforços no sentido de criar ou consolidar mercado para produtos do outro (o fornecedor)’ (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3); (SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 9275193-06.2008.8.26.0000; Relator(a): Orlando Pistoressi; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 30/06/2010; Data de Publicação: 30/06/2010).

⁷⁴ No que toca aos consórcios empresariais, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu: “No Agravo de Instrumento nº 2093182-45.2019.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Hamide Bdine, julgado em 3 de julho de 2019, a colenda 19ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal consignou:

O consórcio consiste em uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam. É formado para agregar meios para a consecução de um fim próprio (consórcio operacional) ou para habilitar as consorciadas com a soma de seus recursos e aptidões a contratarem com terceiros serviços e obras (consórcio instrumental) (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4. t. II, p. 459). Trata-se de um contrato de colaboração entre empresas, que concilia a manutenção da plena independência patrimonial de cada uma delas com a possibilidade de gestão conjunta de um empreendimento (A Lei das S/A Comentada, . São Paulo: Quartier Latin, 2011, v. III, p. 555). (BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2112376-94.2020.8.26.0000; Relator(a): Itamar Gaino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 26/08/2020; Data de Publicação: 26/08/2020).

⁷⁵ Com relação a natureza colaborativa dos contratos de *Joint Venture*: “A flexibilidade quanto à forma a ser adotada é um dos principais atrativos da joint venture, cuja constituição, normalmente entre empresas de distintas nacionalidades, pode se dar por meio de um contrato de colaboração, ou então mediante constituição de uma nova sociedade, como é o caso dos autos.” (BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2001756-88.2015.8.26.0000; Relator(a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 25/03/2015; Data de Publicação: 08/04/2015).

⁷⁶ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **O contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco**. São Paulo, Atlas, 2015, p. 59.

conforme leciona Giovanni Ettore Nanni, “[e]m vez de execução instantânea, as prestações demandam o adimplemento reiterado do obrigado. São dívidas continuadas, ininterruptas por certo lapso temporal”⁷⁷.

Para João Pedro de Oliveira de Biazzi⁷⁸, os contratos híbridos ou de colaboração tem o propósito de evitar as complexidades e os desafios que comumente surgem com a celebração do contrato de intercâmbio e com a constituição de sociedade:

A prática dos agentes econômicos dá notícia da existência de contratos que, embora sejam essencialmente colaborativos, não se configuram associativos. Esses contratos assumiriam uma posição intermediária entre as extremidades ocupadas, por um lado, pelos contratos de intercâmbio, e, por outro, pelos contratos associativos.

Os contratos colaborativos, não associativos, também referenciados como contratos híbridos, surgem, portanto, da necessidade de se evitar problemas intrínsecos à celebração de uma série de contratos de intercâmbio desconectados, bem como da fuga à rigidez dos esquemas societários. Eles costumam ter uma extensão temporal prolongada, sendo muitas vezes celebrados por tempo indeterminado ou por longos intervalos de tempo. O elemento temporal, entretanto, não é suficiente para compreender a essência dessas avenças. É importante observar também que o objeto da contratação se volta para questões futuras – temas que ainda serão enfrentados pelas partes. O negócio não procura estabelecer regras apenas sobre trocas de prestações, mas favorecer o alicerce no qual é marcadamente alcançado pelo emprego de termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração: ‘lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, indo além do mero estabelecimento de deveres e obrigações específicas’.

Esses contratos colaborativos não associativos, diferentemente dos contratos associativos, mantêm distintas as áleas assumidas pelas partes. Essas áleas, entretanto, são interdependentes entre si e carecem de um agir coordenado entre as partes para o seu melhor desenvolvimento.

Enquanto os contrato de intercâmbio não possibilitam que uma parte se imiscua na esfera de organização da atividade produtiva da outra, o contrato de

⁷⁷ “Não se trata, contudo, de aguardar postura em que os contraentes sacrifiquem ou menosprezem seus interesses próprios, suas metas, em prol do outro, notadamente no ramo empresarial em que os contratos são celebrados em mercado de competição acirrada. É ingênuo pretender o afrouxamento de seus ganhos e expectativas. O dever lateral de conduta não pode trazer ao contratante ônus ou peso que não aquele normalmente esperado do contratante naquele tipo específico de contratação, considerando-se todas as suas particularidades. Mas é perfeitamente cabível demandar que, na busca de seus interesses, a serem satisfeitos por intermédio de contrato ajustado com outrem, atuem em escoreita boa-fé, diligenciando, zelando pelo adequado e leal cumprimento, exigindo condutas próprias ao negócio entabulado, solvendo-se os deveres laterais pertinentes ao caso concreto. Tais comportamentos devem ser norteados pelo bom-senso, sendo objetivos, inerentes a quem confia na contraparte. [...] Destaque-se que é nas obrigações duradouras que os deveres laterais encontram abrigo com maior evidência. Em vez de execução instantânea, as prestações demandam o adimplemento reiterado do obrigado. São dívidas continuadas, ininterruptas por certo lapso temporal”. (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 27-28).

⁷⁸ BIAZZI, João Pedro de Oliveira de. **Contratos de longa duração, a extinção da relação contratual por justa causa**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2024, p. 227/-228.

sociedade caminha no sentido diametralmente oposto – o que pressupõe a existência de comunhão de interesses formalizada e, por isso, com reduzida autonomia das partes – o contrato de colaboração trafega por entre essas duas realidades e permite que as partes tenham maior interação no que toca às suas esferas de organização da atividade produtiva, sem perder a mobilidade que o contrato de sociedade retirar-lhes-ia.

Como apontado acima por João Pedro de Oliveira de Biazzi, além de protrair-se no tempo, o contrato híbrido é dotado de incompletude congênita⁷⁹, na medida em que mais do que consolidar regras para o presente, pavimenta o futuro em uma realidade de colaboração voltada ao propósito inicialmente almejado pelas partes. Assim, enquanto o contrato de intercâmbio consome-se usualmente de forma instantânea, produz efeitos imediatamente; o contrato híbrido é mais perene, com obrigações de caráter continuado ou de trato sucessivo^{80 81}.

O contrato empresarial de longa duração estabelece vínculos duradouros entre as partes, demanda análise mais acurada de seus riscos e peculiaridades, porquanto a relação nele estabelecida é complexa, contínua, composta por múltiplas obrigações e interdependência entre as partes, relação esta que se sujeita às vicissitudes do decurso do tempo – por fatores econômicos, políticos, sociais, mercadológicos,

⁷⁹ A esse respeito, Paula A. Forgioni aponta que “[o]s contratos de colaboração tendem a não prever a disciplina de todos os problemas que podem ser enfrentados pelas partes durante o negócio. Retomando o quanto afirmado em capítulos anteriores, no momento da celebração é impossível deter todas as informações sobre o negócio e sobre seu contexto, inclusive futuro. Podem ser realizadas previsões, cálculos considerando probabilidades, mas jamais haverá o controle do porvir. ‘Real people are not omnisciente nor perfectly far-sighted’. Por isso, muitos contratos, especialmente os complexos, são natural e inexoravelmente incompletos” (FORGIONI, Paula A. **Contrato de Distribuição**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 203).

⁸⁰ Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira, ensina que “De execução sucessiva ou de trato sucessivo, ou execução continuada, como denominado no artigo 478, é o contrato que sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato. O que caracteriza é o fato de que os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce. A duração ou continuidade da obrigação não é simplesmente suportada pelo credor, mas é querida pelas partes contratantes. Caso típico é a locação, em que a prestação do aluguel não tem efeito liberatório, senão do débito correspondente a período determinado, decorrido ou por decorrer, porque o contrato continua até a ocorrência de uma causa extintiva. Outro é o contrato de fornecimento de mercadorias, em que o comprador paga por período ou forfaitariamente, persistindo entretanto a obrigação do vendedor, quanto a novas remessas, e do comprador quanto à liquidação respectiva” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil**. 14. ed., rev., atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 60).

⁸¹ Como apontado por Paula A. Forgioni, “[a] empresa pode preferir adotar outro modelo de negócio que estabeleça relação mais duradoura, como um contrato de fornecimento, em que haverá a disciplina do fluxo de relações econômicas entre as partes e não apenas uma operação isolada [...]” (FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 49).

tecnológicos, regulatórios, entre inúmeros outros. Dessa maneira, a análise do contrato empresarial sob o prisma da vinculação estabelecida entre as partes e o tempo de execução das obrigações é de muita valia para a sua compreensão, inclusive no que concerne às obrigações e aos comportamentos esperados de parte a parte.

1.3.2 O interesse das partes: contratos relacionais e contratos descontínuos

As relações contratuais são pautadas em interesses que, por vezes, concentram-se na relação a ser construída entre as partes, e não apenas no cumprimento de obrigações imediatas compreendidas em vinculação impessoal, breve e imediata, que caracteriza os chamados contratos descontínuos, sobre os quais Ronaldo Porto Macedo Jr. aponta que:

Define[m] a transação em termos de simples troca de mercadoria, isto é, em termos de descrição, de preço, de quantidade, e data de entrega do bem. Nele, nenhuma importância é conferida à qualidade das partes contratantes, sua pertinência a classe, *status* [...] ⁸².

O contrato descontínuo é entidade isolada de outros negócios e, portanto, sem a vinculação necessária para o futuro, o que permite o estabelecimento de relação de barganha clara entre as partes que objetivam extrair para si a maior vantagem possível, na medida em que defendem interesses individuais e por vezes antagônicos. Diante da sua natureza imediatista, o contrato descontínuo é dotado de maior completude e estabelece maior grau de detalhamento do ajuste entabulado entre as partes, como se observa nos contratos de troca.

O estudo do contrato relacional, por sua vez, teve início na década de 1960, sendo Ian Macneil um de seus maiores expoentes⁸³. Identifica-se, como suas características primordiais, a tendência de que se estendam no tempo, bem como o objetivo de disciplinar – ainda que de maneira incompleta, mas programática⁸⁴ –

⁸² MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 90.

⁸³ MACNEIL, Ian R. *in* Relational Contract. What we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, 1985.

⁸⁴ A esse respeito: SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 0027389-80.1998.8.26.0114; Relator(a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 04/02/2014; Data de Publicação: 06/02/2014.

questões futuras entre as partes⁸⁵. Ruy Rosado de Aguiar Júnior aponta que o contrato relacional é “negócio jurídico perfeito e incompleto, no qual a determinação do seu conteúdo ou de alguns dos seus elementos essenciais se realiza mediante a remissão a elementos estranhos ao mesmo”⁸⁶.

O contrato relacional e o contrato descontínuo distinguem-se em razão da especificidade das transações neles envolvidas: no contrato descontínuo o objeto do contrato permite identificar facilmente o seu racional econômico; e no contrato relacional as obrigações assumidas pelas partes nem sempre permitem precisar – ou quantificar – prontamente o objetivo econômico do contrato⁸⁷, na medida em que dele podem (e costumam) desdobrar-se outras relações contratuais. Nesse particular, Judith Martins-Costa assevera ser prática corrente em que obrigações duradouras apresentem-se “mediante ‘redes contratuais’, ou ‘contratos relacionais’, nas quais há, comumente, um ‘contrato de base’, com textura aberta, o qual serve como meio para alcançar fins a serem concretizados mediante outros vários contratos”⁸⁸.

Em estudo destacado acerca do contrato relacional, Ronaldo Porto Macedo Jr. aponta diferentes atitudes das partes em contrato descontínuo e relacional, de modo a permitir com maior clareza a identificação de cada uma dessas figuras. A primeira delas toca a motivação econômica, presente no contrato descontínuo, e difusa no contrato relacional, eis que “a emergência do planejamento e da cooperação, a divisão ou socialização dos ônus e benefícios, e a natureza das sanções e obrigações contribuem para com que muitas vezes as partes contratuais

⁸⁵ Nesse sentido, Paula A. Forgini aponta que “em virtude de sua longa duração, busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato não visa a estabelecer apenas regras sobre as trocas em si, mas disciplinar o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. Assim, é comum que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas” (FORGIONI, Paula A. **Contrato de Distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70-72).

⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan.-mar./ 2011, p. 98.

⁸⁷ “Ponto igualmente distintivo entre os contratos descontínuos e os relacionais são a medida e especificidade da transação. Isto é, o contrato descontínuo, mais especificamente, seu objeto, é facilmente traduzido nos termos econômicos que representa, monetariamente falando, por assim dizer. O mesmo não ocorre nos contratos relacionais, em que nem todas as prestações e contraprestações são conversíveis em valores economicamente compreensíveis” (GALVANO, Renato Rodrigues Costa. **A boa-fé objetiva no âmbito dos contratos relacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 28).

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. São Paulo: Forense, 2003, v. V, t. I, p. 57.

silenciem sobre as motivações econômicas”⁸⁹, o que se observa em contrato de cooperação entre empresas.

Outro comportamento distintivo de ambas as relações contratuais mencionado pelo autor diz respeito ao “sentimento de tempo”, uma vez que os contratos descontínuos buscam “tornar presente o futuro”; ou seja, prever de forma completa – tanto quanto possível – os seus desdobramentos, enquanto os contratos relacionais são abertos e “reconhecem os limites para se presentificar o futuro”⁹⁰. Por fim, enquanto aqueles projetam-se para serem cumpridos conforme acordado, os contratos relacionais reconhecem os problemas como parte natural do processo, exigem ajuste e resolução contínua, de maneira que eventuais disputas possam ser solucionadas por meio de novos planejamentos e a utilização de métodos colaborativos ou alternativos de resolução de conflitos.

Ainda que o presente estudo se dedique especificamente ao contrato preliminar na esfera do contrato empresarial, convém registrar em breve nota que o contrato relacional também está presente na esfera consumerista e em outras relações marcadas por acentuada desigualdade de forças entre os contratantes, como o contrato de trabalho, o financiamento para aquisição de imóvel e produtos específicos de previdência e investimento, entre outros⁹¹.

Não obstante as críticas dirigidas à nomenclatura atribuída a esse contrato de maior duração e contornos menos definidos e definitivos (contrato relacional), João Pedro de Oliveira de Biazzi esclarece que “a relacionalidade não se configura como tipo ou categoria contratual apartada, mas sim como característica presente em todas – ou virtualmente todas – as relações contratuais”⁹². Nessa linha, o traço distintivo dessa modalidade reside no elevado grau de relacionalidade, que tende a tornar o vínculo mais duradouro e intenso⁹³. Ainda que se possa considerar redundante

⁸⁹ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 165.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 167/168.

⁹¹ GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos Relacionais. *In: Teoria Geral dos Contratos*, (coord.) Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo:Atlas, 2011, p. 322/323.

⁹² BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **Contratos de longa duração, a extinção da relação contratual por justa causa**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2024, p. 227/-228.

⁹³ Também nesse sentido: “A doutrina supracitada não só busca identificar os contratos colaborativos – associativos ou não. Há também, na literatura, a tentativa de se precisar o grau de dependência que a avença tem em relação à interação colaborativa das partes. Isso é feito por meio do conceito de ‘relacionalidade contratual’. A relacionalidade não se configura como um tipo ou uma categoria contratual apartada, mas sim como uma característica presente em todas – ou virtualmente todas – as relações contratuais. Um alto grau de relacionalidade faz com que a avença assuma mais intensamente sua característica dinâmica, estruturando-se como uma relação com ‘passado,

qualificar esse contrato como “relacional”, eis que a ideia da relação é intrínseca ao conceito de contrato⁹⁴, a expressão empregada neste contexto designa um conjunto de características identificáveis, pelas quais essa figura pode ser reconhecida no plano dogmático.

1.3.3 O grau de completude e as omissões propositais

O grau de completude do contrato empresarial, compreendido pelo grau de regulação de todas as questões afetas à relação estabelecida, varia conforme a sua complexidade e duração. Rachel Sztajn e Ronald Coase apontam, em razão da diversidade de contingências típicas desse tipo de contrato, que é impossível “prever todas e quaisquer mudanças do ‘estado da natureza’ que possam afetar as respectivas prestações das partes na celebração de longo prazo”. Os autores esclarecem adicionalmente que a incompletude contratual também tem como razão a redução dos “custos de negociação para prever todas e quaisquer possíveis e imagináveis mudanças do estado da natureza”⁹⁵.

Além da dificuldade e da inviabilidade de antever-se as questões que permeiam os contratos em geral e, em especial, no contrato empresarial de longa duração, é possível que algumas omissões não representem um “defeito”⁹⁶ do negócio

presente e futuro’, que conjuga mais frequentemente a declaração negocial com outros elementos não expressos nela”. (BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **Contratos de longa duração, a extinção da relação contratual por justa causa**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2024, p. 232/-233).

⁹⁴ Ian R. Macneil, a esse respeito, aponta que “O contrato descontínuo é aquele em que não existe relação entre as partes além da simples troca de bens. Seu paradigma é a negociação da microeconomia neoclássica. Porém, como se verá, todo contrato, mesmo essa negociação teórica, envolve relações além da própria troca de bens. Assim, todo contrato é necessariamente em parte um contrato relacional, isto é, envolve relações além de uma troca isolada. As diferenças entre contrato descontínuo de um lado, e dois tipos de contrato relacional, de outro, serão exploradas nesta seção. O primeiro tipo de contrato relacional inclui todo o comportamento de troca entretido de uma comunidade primitiva. Tal comunidade goza de uma economia independente com relativamente pouca especialização, estabilidade relativa e pouca mudança essencial. O outro tipo de relação é a relação contratual moderna, interligada de modo intrincado com uma sociedade maior de grande complexidade, envolvendo especializações extremamente elaboradas, e sujeitas a mudanças constantes. Esses dois tipos de relações resultam em dois conjuntos de eixos. Ambos começam no mesmo ponto, a negociação descontínua. Porém um vai deste ponto até a comunidade primitiva; o outro vai até a relação contratual moderna típica”. (MACNEIL, Ian R. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Tradução Alvamar Lamparelli. Ed. Campus Jurídico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 10.)

⁹⁵ SZTAJN, Rachel; COASE, Ronald. A importância de perguntar. **Revista de Direito Empresarial**, v. 1, jan. 2014. p. 3.

⁹⁶ Nesse sentido: “Do ponto de vista jurídico, o reconhecimento de que os contratos são incompletos força a reflexão sobre: [i] existência de inúmeras lacunas que permeiam a avença entre empresas. As lacunas não são necessariamente um ‘defeito’ dos contratos, como prega a dogmática tradicional, mas uma característica própria dos contratos complexos; [ii] regras ou princípios gerais aplicáveis caso não haja previsão expressa em sentido contrário pelas partes [normas dispositivas ou *default*

jurídico, mas mera opção das partes com o intuito de permitir maior flexibilidade e adaptabilidade da relação complexa que se pretende estabelecer. Assim, ao não detalhar exaustivamente possíveis contingências previsíveis desde a gênese do contrato, as partes indicam a sua vocação para renegociar ajustes diante de novas situações do mercado.

Dessa maneira, não apenas sob o aspecto do encarecimento do custo de transação, mas também pela ótica pragmática, a incompletude – em grau e medida adequados – do contrato empresarial de longa duração permite que as partes concentrem os seus esforços em soluções colaborativas, em ambientes complexos que exigem dinâmica e flexibilidade⁹⁷. Não se pode desconsiderar, que embora sejam em algumas vezes úteis, as omissões propositais trazem incertezas que ensejam desafios interpretativos e, por vezes, situações litigiosas. Por esse motivo, a boa-fé objetiva e a cooperação entre as partes são imprescindíveis para assegurar o êxito da relação contratual estabelecida.

A elaboração de contrato empresarial, sobretudo o de longa duração, exige percepção prática do equilíbrio entre a completude e as omissões contratuais. A aptidão para transitar pela complexidade e incerteza desse tipo de contrato requer compromisso contínuo das partes de adaptarem-se às mudanças do mercado, além de se conduzirem de maneira colaborativa e orientarem-se pelo princípio da boa-fé objetiva.

1.3.4 A abrangência do objetivo: contrato quadro ou específico

Diante da diminuição de fronteiras (em razão da globalização e das tecnologias que se desenvolvem em progressão geométrica) em mercado continuamente mais concorrido, a consecução de atividades complexas muitas vezes torna-se viável a partir da formação de associações de longo prazo, com alto teor relacional entre os seus parceiros, o que compreende intensidade de cooperação dos contraentes a fim de atingir os objetivos almejados. Antes que sejam ajustadas as

rules para os norte-americanos]; e [iii] tratamento que o direito deve dispensar a essas lacunas, encontrando soluções que não aviltem vetores fundamentais de funcionamento do sistema, como o *pacta sunt servanda* e a *liberdade de contratar*.” (FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 61-62).

⁹⁷ TIROLE, Jean. **Bounded Rationality and Incomplete Contracts**. TSE-Fr, 2007, p. 9. Disponível em: <http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/boundedrationality.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2025.

obrigações específicas assumidas por cada parte, é comum que se estabeleçam estruturas prévias, programáticas e diretivas que regerão a parceria desde a sua gênese até o seu fim.

O modelo contratual utilizado para essa finalidade é conhecido como “contrato-quadro” ou “acordo guarda-chuva” (denominado na *civil law* como “*framework agreement* e na tradição anglo-saxã “*umbrella agreement*”)⁹⁸. O contrato-quadro não apenas apresenta os objetivos comuns a serem perseguidos e alcançados, mas também incentiva as partes a empenharem-se conjuntamente para atingi-los, o que torna claros os esforços e os investimentos que deverão ser realizados. Ainda, expressa práticas esperadas e inaceitáveis – consideradas prejudiciais ao relacionamento de longo prazo – projeta soluções para os eventuais conflitos de interesses que poderão surgir, e garante e preserva a longevidade da associação.

Stafenos Mouzas e Michael Furmston aduzem que o contrato-quadro é composto por “[...] arranjos privados que proveem uma estrutura de cláusulas que regulam os contratos futuros. Geralmente não se ocupam de decisões contratuais imediatas, mas explicitamente ditam os princípios que guiam decisões contratuais futuras”⁹⁹. Trata-se, portanto, de verdadeiro núcleo normativo que deverá ser observado, em um mesmo contexto, em todas as futuras interações negociais entre as partes, harmoniza e homogeneíza as expectativas dos contratantes na relação concebida para ser longa.

A título exemplificativo, ao apontar na prática o costumeiro processo de formação de *joint venture*, Luciano Benetti Timm e Marcelo Borges Rodrigues destacam:

Na prática dos negócios, usualmente a joint venture se inicia através de um acordo de sigilo (confidentiality deed) seguido ou concomitante a um memorando de entendimentos ou protocolo de intenções – traduzi do inglês Memoranda of Understanding. O primeiro servirá para garantir que não haverá vazamento de aspectos importantes da negociação, nem dados sigilosos de nenhuma empresa envolvida no negócio.

⁹⁸ EICK, Fernando Gemelli. Redes Contratuais no Direito brasileiro. **Coleção IDIP**. Coimbra: Almedina, 2022, p. 122.

⁹⁹ MOUZAS, Stafenos. FURMSTON, Michael. From Contract to Umbrella Agreement. **The Cambridge Law Journal**, v. 67, n. 1, mar. 2008, p. 37-50. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25166374>. Acesso em: 11 mar. 2025. Texto original: “[...] *private arrangements that provide a framework of clauses which regulate future contracts. Generally, they are not concerned with immediate contractual decisions but rather they explicitly spell out the principles that guide future contractual decisions*”.

Já o segundo terá uma função variada, envolvendo, entre outras desde o estabelecimento de um plano ou roteiro de negociação, passando por eventuais pontos de concordância ou de divergência entre as partes e servindo até mesmo para estabelecer a lei aplicável e foro de eleição para casos de eventuais disputas surgidas nessa fase das tratativas (...).

O passo seguinte é a celebração do '*contrato base*' ou '*contrato mãe*' ou '*contrato guarda chuva*' de joint venture, que é já um negócio jurídico definitivo, ao contrário do memorando de entendimentos. Aquele contrato definitivo da joint venture servirá como uma espécie de '*carta magna*' que inclui os pontos essenciais e norteará os eventuais futuros '*acordos satélites*' ou '*acordos filhotes*'.

As cláusulas mais relevantes desse contrato guarda-chuva, entre outras, dizem respeito aos objetivos das partes e ao escopo do negócio por elas entabulado; às obrigações que cada uma das partes assumirá com vistas ao sucesso do empreendimento comum; aos investimentos de cada uma das partes e à forma da divisão dos resultados positivos e negativos; compartilhamento e alocação de responsabilidades e riscos; forma de gestão e de divisão do poder de controle do negócio; formato legal a ser adotado pelas partes (criação de uma nova sociedade ou não); lei e forma de solução de controvérsias¹⁰⁰.

O contrato-quadro ou guarda-chuva¹⁰¹ alcança todos os negócios realizados pelos associados e parceiros dentro da duradoura relação por eles estabelecida. Seu conteúdo e eficácia é enrobustecido por meio de outro acordo, denominado "contrato-satélite", voltado a operacionalizar as diretrizes e interesses da parceria¹⁰².

Para Paula A. Forgioni há duas categorias de contrato-quadro, a primeira que compreende os que objetivam organizar a operação econômica como um todo, cujos contratos satélites são celebrados concomitantemente e, a segunda, que abrange o contrato-quadro que disciplina as regras e os princípios que nortearão os contratos satélites futuramente celebrados.

¹⁰⁰ TIMM, Luciano Benetti. RODRIGUES, Marcelo Borges. Os conflitos nas joint ventures e a arbitragem - Premissas conceituais: elementos essenciais das joint ventures. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano. 6, n. 21, 2009, p. 67.

¹⁰¹ O contrato guarda-chuva, foi tratado por Waldírio Bulgarelli sob a nomenclatura de "contrato normativo": "Os contratos normativos são os que têm por função a disciplina (conjunto de normas) pela qual as partes pretendem regulamentar os seus interesses. No contrato normal, as partes, segundo Betti, regulam seus interesses, dispondo deles, por meio das cláusulas inseridas no contrato. Nos normativos haveria apenas a função disciplinadora, a escolha de normas para a solução dos seus conflitos de interesse, portanto normativa. Enquanto no contrato normal o conteúdo é patrimonial, dispositivo, no normativo é estatuir normas a serem observadas pelas partes, nos futuros contratos. Se em todo o contrato, segundo a teoria objetiva e preceptiva, há uma regulamentação dos interesses, no normativo haveria apenas a regulamentação, a ser observada, nos contratos futuros, individuais, a serem firmados pelas partes" (BULGARELLI, Waldírio. **Contratos Mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 117.)

¹⁰² A esse respeito: "Sobre a questão da superação do acordo de joint venture pelo acordo de acionista e pelo estatuto social da empresa constituída pelas partes, ressalta que estes dois acordos, assinados no mesmo dia da avença principal, foram firmados com obediência ao contrato principal (JVA), na hipótese, tido como contrato "*guarda-chuva*", porque era o acordo que abrigava e ditava todos os acordos posteriores, não podendo ser por estes substituídos". (BRASIL. STJ. Sentença Estrangeira Contestada SEC 1 / EX; Relator(a): Maria Thereza de Assis Moura; Órgão Julgador: Corte Especial; Data da Decisão: 19/10/2011; Data de Publicação: 01/02/2012).

Sobre essa segunda categoria, segundo a autora, a inobservância do núcleo normativo desenhado no contrato-quadro poderá ensejar problemas típicos ligados à execução específica de contratos preliminares, uma vez que diante do antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos “efeitos vinculantes dos pré-contratos e considerando que o juiz não pode negociar pela parte, o contrato-quadro apenas terá execução específica quando encerrar o acordo sobre todos os elementos essenciais do negócio”, o que não ocorre geralmente em razão da natural incompletude dos contratos-quadro acerca dos elementos essenciais dos contratos satélites^{103 104}.

O contrato definitivo, por sua vez, formaliza de maneira consolidada todos os termos e condições finais para a execução de uma relação contratual e representa a conclusão das negociações mantidas entre as partes. Ao contrário do contrato satélite, que é subordinado ao núcleo normativo constante do contrato-quadro, o contrato definitivo é autônomo e contém o que é necessário para a sua plena execução.

Diante da complexidade das interações empresariais atuais, estruturas contratuais mais robustas e adaptáveis são necessárias para auxiliar a consecução da atividade empresarial. Nesse contexto, mostram-se úteis as figuras do contrato quadro – verdadeiro núcleo normativo que possibilita que as partes ampliem e aprofundem a sua relação de forma orgânica e continuada – e do contrato definitivo, que consolida de forma independente o compromisso específico assumido pelas partes de maneira clara e com segurança jurídica.

¹⁰³ “A primeira é que o ‘umbrella agreement’, quando assume caráter de contrato prévio em face dos contratos de aplicação [contrato satélite], pode encerrar problemas ligados à execução específica dos pré-contratos. Em nosso sistema, a efetivação do contrato-quadro deverá passar pelos percalços característicos da execução dos acordos preliminares. Ou seja, conforme antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos vinculantes dos pré-contratos e considerando que o juiz não pode negociar pela parte, o contrato-quadro apenas terá execução específica quando encerrar o acordo sobre todos os elementos essenciais do negócio. Essa constatação traz preocupações de ordem prática e que deixam margem ampla à criação de problemas, na medida em que é intrínseca ao contrato-quadro certa indeterminação dos elementos essenciais dos contratos de execução.” (FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: RT, 2024, p. 55-57).

¹⁰⁴ Como será demonstrado no capítulo 2, o contrato-quadro se difere dos contratos preliminares na medida que não trata necessariamente dos elementos essenciais do contrato que se almeja celebrar, mas de vetores normativos que não permitem, por si só, a sua execução específica.

1.3.5 O grau de complexidade: cláusulas-padrão e cláusulas próprias

A depender do seu grau de complexidade, os contratos em geral combinam variedade de cláusulas que refletem as necessidades comuns e as necessidades específicas das partes e do negócio firmado. Utiliza-se comumente as denominadas cláusulas-padrão¹⁰⁵, que se repetem em diversos contratos, cuja redação é sugerida por uma das partes de acordo com modelos anteriores e aceita pela outra parte com pouco ou nenhum tipo de ajuste.

O propósito dessas cláusulas é facilitar a superação de questões comuns no contrato, na medida em que devem refletir – sobretudo no contrato empresarial – o tratamento usualmente dado às questões nelas dispostas, que podem tocar pontos relacionados à confidencialidade do contrato, forma e condição de pagamento, métodos de solução de disputa etc. No contrato complexo e com grau elevado de incerteza, as cláusulas-padrão podem ser objeto de ajustes mais significativos e customização, a fim de acomodar todas as contingências básicas e potenciais, embora o seu conteúdo costumeiramente não demande discussões acirradas e complexidade.

As cláusulas-padrão, embora guardem alguma semelhança entre si, não se confundem com as cláusulas contratuais gerais que, segundo Almeno Sá, são “estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceitas em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares”¹⁰⁶. O traço distintivo entre ambas decorre do fato de que nesta não há espaço para ajustes ou negociações, sendo a sua aplicação compulsória¹⁰⁷, enquanto as cláusulas-padrão comportam alterações a fim de adequá-las ao que as partes negociaram.

¹⁰⁵ Enzo Roppo aponta que “[d]entro dos limites estabelecidos pelas normas imperativas, os contraentes são livres de formar o regulamento inserindo-lhe quantas cláusulas quiserem: todas aquelas que julguem convenientes para os seus interesses. As cláusulas contratuais podem, assim, ter os conteúdos mais diversos, dirigidas – como podem estar – a regular os aspectos mais particulares e singulares das diversas relações concretas, a disciplinar as questões mais díspares e atípicas. Há, contudo, questões e aspectos dos regulamentos contratuais, que ocorrem com especial frequência e assumem especial importância na dinâmica das operações correspondentes: as cláusulas que os regulam aparecem, assim, como ‘típicas’ e constituem objeto de previsão legislativa expressa”. (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 150/151).

¹⁰⁶ SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 212.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 24.

A denominada cláusula própria tem o escopo de ajustar questões mais complexas e que demandem tratamento customizado (ou *taylor made*), em decorrência de contingências e procedimentos específicos, como questões relacionadas a riscos particulares de obras de engenharia, metas de desempenho ou métricas de aferição de resultados, que são muito comuns no contrato empresarial, disposições sobre a dinâmica de parceria e atribuições entre as partes, entre tantas outras.

As cláusulas próprias em geral tornam o negócio celebrado algo único, com todas as suas peculiaridades e detalhamentos. No contrato empresarial de longo prazo, a elaboração dessas cláusulas requer acurácia, é necessário conhecimento profundo do negócio e do mercado, bem como alinhamento das expectativas das partes sobre o que querem e podem disciplinar pormenorizadamente e o que pretendem deixar em aberto.

O contrato empresarial complexo deve superar o desafio de harmonizar as cláusulas-padrão e próprias, na medida em que cada uma tem a sua função e o seu propósito. Ao tratar das nuances do negócio que será constituído – o que também compreende a decisão por não disciplinar determinadas questões ou tratá-las de maneira genérica – é imperioso distinguir o que se pratica usualmente do que representa a razão do contrato que se pretende celebrar.

A prática mencionada no parágrafo anterior contribui para que o contrato atenda tanto à eficiência e proteção conferidas pelas cláusulas-padrão quanto às necessidades específicas capturadas pelas cláusulas próprias para viabilizar transações claras, personalizadas e adaptáveis à medida que o mercado evolui. A aptidão de integrar essas duas dimensões reflete prática contratual robusta, porquanto assegura que o contrato celebrado se mantenha relevante e eficaz ao longo do tempo, bem como promova a segurança jurídica e, simultaneamente, permita inovações e ajustes necessários.

1.3.6 Contratos paritário e não paritário

Ao discorrer sobre as funções do contrato na sociedade capitalista, Enzo Roppo analisa o desenvolvimento da ideologia da liberdade contratual no contexto histórico do século XIX, período marcado por transformações intensas nas sociedades ocidentais, sobretudo – nesse particular – em razão da influência das correntes de

pensamento do Jusnaturalismo e do Iluminismo. A ideologia em estudo rompeu barreiras sociais e econômicas que limitavam as ações dos indivíduos, presos a “vínculos de grupos, de corporações, de estado”¹⁰⁸, ao promover a liberdade contratual e fomentar uma organização econômica mais dinâmica, colaborativa e inovadora, de modo a aumentar as capacidades produtivas.

A liberdade contratual representou, na realidade novecentista, meio de garantir a igualdade formal dos indivíduos, possibilitando que pudessem determinar o seu próprio destino; contudo, na percepção do autor, a nova forma de compreender o contrato “adiciona-lhes elementos de dissimulação e deturpação da realidade: mais precisamente, cala e oculta a realidade que se esconde por detrás das ‘máscaras’ da igualdade jurídica dos contraentes”¹⁰⁹. As precisas considerações de Enzo Roppo refletem a realidade indisfarçável de que a igualdade jurídica é apenas teórica e formal, eis que na prática não leva em conta desigualdades substanciais.

No século XX, a ficção da paridade dos contraentes foi desconstruída, emergiu arcabouço legal mais rico que levou em conta as desigualdades indisfarçáveis entre as partes identificadas em diferentes tipos de relações jurídicas, como as empregatícias e as de consumo; reconheceu-se a vulnerabilidade e, em alguns casos, a hipossuficiência de alguns de seus partícipes. Em contrapartida, e conforme acima desenvolvido sobre a autonomia funcional dos contratos empresariais, é na esfera empresarial que, de modo recorrente e em contraste com as relações de consumo e de trabalho, reforça-se a presunção de paridade entre as partes.

Na esfera empresarial, as partes – notadamente profissionais, habituadas e dispostas a atuar em mercado altamente competitivo e dinâmico – são, em princípio, consideradas autônomas e com capacidade de negociação equivalente, o que fundamenta a dispensa de um reconhecimento formal e apriorístico de desigualdade no regime jurídico que lhes é aplicado.

Contudo, essa presunção legal de paridade e simetria, crucial para a caracterização do regime dos contratos empresariais, não deve ser confundida com a absoluta inexistência de assimetrias fáticas de poder econômico ou dependência. É possível e comum que, na prática, sejam identificadas situações em que uma das partes de determinado contrato empresarial se encontre em uma relação de

¹⁰⁸ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 36.

¹⁰⁹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37.

dependência econômica ou com poder negocial significativamente inferior em relação à outra¹¹⁰.

Assim, mesmo no contexto da autonomia funcional dos contratos empresariais, e apesar da presunção de paridade que os rege, a análise pragmática revela a necessidade de se considerar a efetiva distribuição de poder.

Observam-se casos de distribuição desigual de poder que, para fins de interpretação, resultam em categorização diferenciada dos contratos como paritários – em que se observa equilíbrio razoável entre as partes – e não paritários, marcados pela disparidade de poder, que permite que uma das partes determine unilateralmente condições que a outra se sinta obrigada a aceitar. Essa distinção fática, no entanto, não descaracteriza a natureza empresarial do contrato, que possui outros traços marcantes, como o profissionalismo das partes envolvidas, o objetivo primordial de maximização do lucro, a racionalidade econômica subjacente e a alocação de riscos conscientemente pactuada.

A análise da casuística é relevante para identificar-se se a disparidade do contrato empresarial é congênita e, portanto, foi assumida pelas partes como risco do negócio desde o seu nascedouro ou acentuou-se ao longo da prestação.

No primeiro caso, há como claro exemplo o contrato de franquia¹¹¹, em que as partes desde a origem reconhecem e aceitam as particularidades das posições de

¹¹⁰ Nesse sentido, a título ilustrativo, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu: “Veja-se que a assimetria das partes, no direito empresarial, não deriva de uma vulnerabilidade ou hipossuficiência, mas sim de uma dependência econômica ou empresarial, na qual um dos sujeitos exerce supremacia com possibilidade de impor condições contratuais, como bem obtempera o insigne Prof. Nelson Rosendal³. Trata-se de excepcional condição fática, mais agudamente constatada, na prática, em contratos de colaboração, franquia e representação - o que não é o caso. Partem, os contratos empresariais, da pressuposição de que os agentes econômicos, de forma prudente e sensata, avaliaram os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, se vincularam mutuamente, raciocínio que tanto mais se impõe, no caso concreto em apreço, ausente cenário de vulnerabilidade subjetiva de qualquer dos contratantes ou mesmo de bens jurídicos a demandarem grave intervenção sobre a liberdade contratual”. (SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1033293-87.2019.8.26.0224; Relator(a): Airton Pinheiro de Castro; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 04/03/2021; Data de Publicação: 04/03/2021).

¹¹¹ “Cabe acrescentar que nesta espécie de contratação (franquia) se verifica muito frequentemente o fenômeno da dependência econômica entre empresas, para o qual a doutrina moderna chama a atenção (Paula A. Forgioni. **Contrato de Distribuição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 225 *et seq.*), quando um dos contratantes impõe as suas condições ao outro. A disparidade de forças, quando usada para o abuso, ou seja, quando a cláusula contratual é ajustada nesta relação de dependência com desvio do seu fim econômico, no caso para inibir ou obstaculizar qualquer demanda do franqueado contra o franqueador, se está diante de um ilícito com reflexos, inclusive, no campo da concorrência. Oportuno reproduzir a respeito a doutrina de Paula A. Forgioni: “A defesa dos agentes econômicos vítimas de situações manifestamente abusivas atua a favor do interesse geral do comércio, pois inibe comportamentos oportunistas desfuncionais dos agentes, que compromete o bom fluxo de relações econômicas. Tudo se dá, entretanto, dentro da lógica própria do sistema de direito comercial e, especialmente, dos contratos interempresariais, sem que se parta de

franqueador e franqueado, em que este sujeita-se às diretrizes daquele. No segundo caso, a relação inicialmente paritária pode desbalancear-se ao longo do tempo. É o que se observa, a título ilustrativo, no contrato de parceria, em que uma parte decide vender produtos de uma única marca, o que demanda múltiplos investimentos – em publicidade, treinamento de empregados, pesquisas de mercado etc. – que, para serem recuperados, demandam a manutenção da relação estabelecida e tornam a parte vendedora continuamente mais dependente da detentora da marca. Com o passar do tempo, ao perceber essa situação, esta pode impor àquela condições mais restritivas ou menos vantajosas e transformar a relação inicialmente paritária em não paritária.

A apreciação histórica e crítica da liberdade contratual esclarece que, embora a sua ideia embrionária fosse a promoção da igualdade, na prática os contratos podem perpetuar desigualdades. É a partir dessa realidade complexa que se torna ainda mais evidente a importância do pragmatismo jurídico para a análise contratual. Dessa maneira, revela-se imprescindível considerar as relações jurídicas estabelecidas, para identificar essencialmente as posições assumidas pelas partes desde a formação do contrato – o que inclui, nos contratos empresariais, a verificação da efetiva paridade que, embora presumida pelo legislador, pode não se concretizar na dinâmica fática.

Essa abordagem permite ao intérprete aferir com maior grau de precisão o que as partes de fato desejaram e como alocaram os riscos assumidos, reforçando a funcionalidade do contrato empresarial dentro de sua autonomia, sem ceder a generalizações que ignoram as particularidades do mercado.

tutela apriorística da parte mais fraca. O poderio econômico da contraparte não pode outorgar ao empresário a prerrogativa de deixar de agir como um homem ativo e probo, considerados os padrões de mercado” (FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: Da mercancia ao mercado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 132) (SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1027041-62.2013.8.26.0100; Relator(a): Maurício Pessoa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 11/12/2017; Data de Publicação: 24/01/2018).

2 A FORMAÇÃO DO CONTRATO EMPRESARIAL

2.1 A convergência de vontades e a formação do contrato: forma e substância

Em análise realista, como enfatizado por Enzo Roppo, a formação do contrato resulta de determinados comportamentos humanos qualificados pela sua adequação precisa às normas jurídicas vigentes. O contrato não se forma por ato isolado, mas por processo dinâmico composto por ações coordenadas que devem estar em consonância com o ordenamento jurídico, constitui teia complexa de interações e manifestações de vontade, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos válidos e permitir o cumprimento das obrigações assumidas por cada uma das partes¹¹².

Na esfera contratual, o conceito de parte excede a mera individualização de pessoas físicas ou jurídicas; refere-se a centros de interesses homogêneos, que se delineiam a partir de objetivos comuns perseguidos por cada polo ao celebrarem o contrato e que são propositalmente unidas em relação a ele. Uma parte contratual pode ser composta por um ou mais sujeitos que dividam ou compartilhem uma posição comum de interesse em relação aos termos do contrato.

Para além da identificação das partes, como aponta Rubens Hideo Arai, é imprescindível ter presente a distinção entre a formação dos contratos e os seus efeitos; o contrato “é sempre um negócio jurídico bilateral (eventualmente até plurilateral) na sua constituição, mas poderá ser bilateral ou unilateral no resultado conforme a obrigação que criar”¹¹³. A distinção entre a formação e os efeitos do contrato é salutar para a compreensão de que embora sua gênese pressuponha a convergência de vontade das partes, seus efeitos podem beneficiar apenas uma das partes envolvidas, como se observa nas doações puras, a título ilustrativo.

Sejam quais forem os efeitos desejados de um contrato, sua celebração não implica a não existência de conflitos de interesses entre as partes nele envolvidas, pelo contrário, sua formação – não raras vezes – tem como motivação justamente a acomodação desses interesses, desde que a tensão entre eles não impeça a formação de consenso mínimo sobre questões essenciais. A esse respeito, a título de

¹¹² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Livraria Almedina Coimbra, 1988, p. 85.

¹¹³ ARAI, Rubens Hideo. Formação dos Contratos. *In: Teoria Geral dos Contratos*, (coord.) Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011, p. 434.

exemplo, menciona-se os contratos de compra e venda (ou contratos de troca, em geral), em que o comprador almeja pagar o menor preço possível, enquanto o vendedor busca maximizar os seus ganhos, de modo que o contrato celebrado nesse contexto representa o ponto de equilíbrio possível no contexto fático entre os interesses das partes.

A convergência de vontades é antecedente necessário da formação do contrato; é imprescindível que a sua manifestação seja livre e sem vícios – sob pena de invalidade do negócio – exteriorizada por meio de proposta ou oferta apresentadas por uma das partes (denominada proponente ou polícitante) e pela aceitação consequente da outra parte (designada aceitante ou oblato). Essa dinâmica, por vezes, materializa-se após processo intenso de negociação, cujos ingredientes e complexidade variam a depender do caso concreto (como será analisado com maiores detalhes no curso deste capítulo). Conforme ensina Orlando Gomes, “[p]roposta e aceitação não constituem negócios jurídicos, classificando-se como atos pré-negociais, de efeitos prefigurados na lei”¹¹⁴.

Independentemente da complexidade verificada nessa fase, como aponta Caio Mário da Silva Pereira, “[s]endo o contrato um negócio jurídico bilateral, requer o acordo de vontade das partes, ou o consentimento, que não é apenas requisito de validade, mas assume condições de pressuposto existencial do próprio negócio”¹¹⁵. O acordo de vontades representa elemento constitutivo da existência do contrato, o que ratifica a valorização da autonomia da vontade e da autodeterminação nas relações negociais, observada com muita ênfase nas relações empresariais, como tratado no capítulo 1 desta dissertação.

Para compreender a formação de contratos, é essencial equilibrar a estrutura (como o direito se forma e suas regras) com a função (para que ele serve). A teoria jurídica tende a focar muito na estrutura e nos requisitos rígidos. Contudo, Norberto Bobbio critica essa visão formalista, ao defender que para entender o direito —

¹¹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. (Coord.) Edvaldo Brito. 26. ed. rev., atual., e aumen. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Forense, 2009, p. 68.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil**. 14. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. III, p. 31.

especialmente em sociedades complexas e em mudança — é fundamental considerar sua finalidade social e econômica, e não apenas sua forma.¹¹⁶

O simples consentimento não é suficiente para a formação de contratos que necessitam de outros elementos para o seu aperfeiçoamento, como a observância de forma específica¹¹⁷ (contratos formais), ou a entrega do bem (contratos reais). Nesse sentido, Francesco Galgano faz menção sobre a indevida confusão entre o que denomina “verdadeiro contrato preliminar” e o contrato definitivo erroneamente denominado preliminar por ainda carecer de requisitos formais para a sua transcrição. Para o autor, neste último caso, as partes já se comprometeram a vender e comprar, e a propriedade já foi transferida, de modo que o compromisso é apenas de reproduzir o contrato em um documento com forma pública¹¹⁸.

A distinção tradicional entre contratos consensuais, que se aperfeiçoam com o mero acordo de vontades, e contratos reais, que demandam a entrega da coisa

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007, p. 81-83.

¹¹⁷ A título de breve recorte histórico, cumpre mencionar, segundo Caio Mario da Silva Pereira, que no Direito Romano o contrato se considerava formado em razão do seu formalismo, de modo que a oferta e a respectiva aceitação não eram considerados elementos essenciais: “Entendia o romano não ser possível contrato sem a existência de elemento material, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Primitivamente, eram as categorias de contratos *verbis*, *re* ou *litteris*, conforme o elemento forma se ostentasse por palavras sacramentadas, ou pela entrega efetiva do objeto, ou pela inscrição no *codex*. Somente mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização freqüente (venda, locação, mandato e sociedade), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *consensu*, isto é, pelo acordo puro das vontades. Já no seu tempo Gaius podia noticiar: ‘*Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahiturobligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu*’. Somente aqueles quatro contratos consensuais eram reconhecidos como tais. Nos demais, prevalecia sobre a vontade materialidade de sua declaração, que haveria de obedecer rigidamente ao ritual sagrado: a inscrição material no livro do credor (contratos *litteris*), a tradição efetiva da coisa (contratos *re*), a troca de expressões estritamente obrigatórias (contratos *verbis*) de que a *policitatio* era o mais freqüente exemplo” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil**. 14. ed. rev. e atua. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. III, p. 8).

¹¹⁸ “*Con il vero e proprio contratto preliminare non va confuso il contratto, che nella pratica viene spesso indicato con lo stesso nome, già definitivo ma ancora mancante dei requisiti necessari per valere come titolo per la trascrizione. Qui le parti non si obbligano a vender e a comperare, ma vendono e comperano; solo si impegnano reciprovamente a ritrovarsi in un secondo momento per riprodurre il contratto già definitivo in un documento avente la forma dell'atto pubblico o fella scrittura pivatta autenticata. In questo caso, se una delle parti non adempie, l'altra non deve chiedere al giudice una sentenza che, a norma dell'art. 2932, tenga luogo del contratto non concluso (ma, semmai, una sentenza che accerti la sottoscrizione del contratto per formare il titolo necessario per la trascrizione); e può direttamente agire, se à il compratore, per la consegna della cosa (he à già sua per l'effeto translativo del contratto) o, se è il venditore, per il pagamento del prexxo. L'importanza della distinzione fra vero e proprio preliminare e definitivo da riprodurre documentalmente emerge, fra l'altro nell'ipotesi di perimento della cosa: nel secondo caso, essendo la proprietà già passata al compratore, il perimento della cosa per causa nin imputabile all'alienante, non libera l'acquirente dall'obbligazione di pagare il presso.*” (GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Imprenta: Pádua, Cedam, 1985, p. 255).

(tradição) como condição de sua existência, tem sido objeto de intensa crítica e de necessária releitura funcionalista na doutrina contemporânea.

Nessa perspectiva, a distinção tradicional dos contratos não possui utilidade prática, uma vez que a entrega de um bem pode ser considerada como um elemento de instrumentalidade, e não de essência, para a existência do contrato. Consequentemente, a ausência da tradição não significa a inexistência do contrato, mas sim a necessidade de se determinar a tutela jurídica apropriada – como a execução específica, a responsabilização contratual ou outros efeitos – sempre em conformidade com a causa e a função negocial definidas pelas partes.

Essa visão é crucial para contratos preliminares que preveem a celebração de contrato real. Embora a entrega da coisa possa ser compreendida como elemento de existência do contrato real, em razão da valorização da autonomia privada, da boa-fé e da confiança, um contrato preliminar robusto – especialmente com cláusulas de irrevogabilidade – cria consenso denso e vinculante.

Dessa maneira, negar tutela a um acordo assim seria inconsistente com a lógica funcionalista atual. Assim, uma promessa séria de realizar um contrato real gera obrigação que merece proteção jurídica, o que pode implicar a execução específica da entrega ou a responsabilização por perdas e danos – como será melhor detalhando adiante –, conforme a função do negócio. Em síntese, o contrato preliminar não torna o contrato real consensual, mas assegura que a obrigação de entregar será plenamente tutelada, desvinculando a existência do vínculo da mera tradição física¹¹⁹.

No processo de formação do contrato, identifica-se na oferta o primeiro passo. Para que ela seja considerada válida, deve ser firme e completa no que toca aos contornos do negócio que se pretende entabular, caso contrário, não vinculará o

¹¹⁹ Nesse particular: “Há, ainda, quem recuse a execução específica ao contrato preliminar de contrato real. Contratos como o comodato, o mútuo e o depósito dependem de entrega da coisa para a formação do negócio, de modo que a sentença não seria suficiente para suprir esse ato, feito apenas pessoalmente pelo credor. Nesse sentido, Mario Júlio de Almeida Costa afirma que ‘a celebração, enquanto contratos reais, depende não só das declarações de vontade, mas também da prática do acro material de entrega de uma coisa – o que não é judicialmente suprível’. Essa opinião não merece ser acolhida. Com efeito, como observa Ana Prata, se a sentença não é capaz de suprir os efeitos da entrega da coisa – o que, no caso dos contratos reais, é ato que constitui o próprio contrato –, isso não quer dizer que a decisão não possa ser complementada com uma ordem de entrega da coisa. Aliás, no direito brasileiro, a determinação de entrega da coisa poderia ser acompanhada de imposição de multa por atraso, tal como permite o art. 537 do Código de Processo Civil. Além disso, a autora afirma que a sentença poderia eventualmente produzir os efeitos do contrato, independentemente da entrega da coisa. Essa solução é, inclusive, coerente com a tendência de diversos ordenamentos jurídicos, desfavoráveis à categoria dos contratos reais.” BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 205/206.

proponente¹²⁰, embora possa ser considerada como um convite para negociar ou contratar. Na dinâmica vigente no ordenamento jurídico pátrio, a proposta geralmente obriga o proponente, salvo se nela estiver claro o seu caráter não vinculativo ou, então, se verifique algumas das hipóteses do art. 428¹²¹ do Código Civil.

Recebida a proposta, o destinatário poderá aceitá-la integralmente e consolidar o vínculo contratual. Caso a resposta apresentada contenha alterações ao que foi ofertado, considerar-se-á como nova proposta que, de igual modo, deverá ser analisada e respondida pelo seu destinatário. Na hipótese de a oferta original ser divisível – o que ocorre, comumente, quando são comercializados diferentes produtos independentes em um mesmo contexto – a aceitação poderá ser parcial.

A manifestação livre de vontade, a capacidade das partes contratantes e a sua legitimação são pressupostos para a formação do contrato; entende-se a legitimação, nesse contexto, com a aptidão específica para a prática de determinados atos. A título exemplificativo, observa-se a falta de legitimação na compra e venda de bens de ascendente para descendente sem o consentimento dos demais descendentes¹²².

A formação do contrato é resultado de processo complexo em que se inserem as manifestações das partes nele envolvidas, expressas por meio da oferta e da aceitação, as quais direcionam os interesses sobre os quais deverá tratar o negócio jurídico em construção. Nesse contexto, devem ser observados deveres básicos que permeiam todas as relações jurídicas: a boa-fé, com todos os seus desdobramentos que compreendem, entre outras facetas, o dever de informar a contraparte e com ela colaborar; e a capacidade e a legitimação das partes que, a depender do caso,

¹²⁰ “Compra e venda de bem imóvel – Ação de obrigação de fazer – Demanda que busca compelir o proponente a cumprir a oferta (aquisição de bem imóvel, pelo preço nela constante) - Improcedência decretada – Inconformismo – Não acolhimento - Documento particular anexado aos autos que não atende os requisitos do art. 427 do Código Civil (dele constando a descrição do imóvel e o preço, restando, no entanto, ausentes a forma e/ou condições de pagamento) – Proposta deficitária que não se mostra apta a vincular as partes (que não ultrapassaram a fase das tratativas) – Precedentes – Sentença mantida – Recurso improvido”. (SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1003952-26.2018.8.26.0038; Relator(a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 12/04/2023; Data de Publicação: 13/04/2023).

¹²¹ “Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

¹²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 436-437.

deverão respeitar as formalidades legais (como se observa nos contratos solenes). Apesar de essa dinâmica aplicar-se aos contratos em geral, os contratos empresariais apresentam particularidades que exigem análise pormenorizada, como será estudado a seguir.

2.2 Particularidades na formação do contrato empresarial: as variáveis, os pontos de tensão e as questões a serem acomodadas

Embora sejam elementos identificados na formação dos contratos em geral, a manifestação de vontade materializada pela oferta e respectiva aceitação – muitas vezes exteriorizada após intenso processo negocial – e a tensão entre os interesses a serem acomodados são observados de maneira acentuada na gênese dos contratos empresariais, em que todas as partes envolvidas têm como objetivo a aferição de lucro e que são presumidamente agentes econômicos, profissionais e habituados a operar no mercado e a celebrar diferentes tipos de contratos que buscam a satisfação de interesses que se despertam em razão do dinamismo típico da atividade empresarial.

Ao empresário cabe observar os movimentos do mercado – assim entendido, conforme apontado por Natalino Irti ao prefaciar a obra de Paula A. Forgioni denominada *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, como “o terreno de encontro entre contrato e empresa, entre tradição severa dos institutos civilísticos e a impetuosa modernidade das trocas”¹²³ – e se movimentar conforme as suas necessidades apresentem-se ou, de modo diverso, valer-se de oportunidades que poderão trazer-lhe resultados satisfatórios.

Nesse contexto, a título exemplificativo, associações empresariais são ajustadas entre diferentes empresários para viabilizar a realização de empreendimentos, o desenvolvimento de diferentes produtos ou a expansão das atividades para outros territórios. Adicionalmente, não é raro observar a realização de negócios que tenham como racional econômico proteger o empresário de variações cambiais ou de crises energéticas que podem colocar em risco ou dificultar o desenvolvimento de sua atividade.

¹²³ FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 5.

Em razão das características das partes envolvidas nos contratos empresariais e da diversidade de negócios que poderão ser entabulados com diferentes objetivos, inúmeras questões devem ser ponderadas pelo empresário a fim de tomar a melhor decisão acerca da celebração e do tipo do negócio a ser realizado, tais como a capacidade financeira e técnica das partes; as implicações tributárias do negócio que se pretende firmar; a observância de limites concorrenciais e regulatórios que podem encarecer ou inviabilizar o negócio; formas de governança que são de fundamental importância em contratos de consórcio ou *joint ventures*, por exemplo, entre tantos outros.

Os pontos de tensão que deverão ser acomodados compreendem a redução de eventuais assimetrias informacionais decorrentes do maior conhecimento técnico ou de mercado de uma parte em relação à outra, bem como a necessidade de proteger informações confidenciais ou segredos de negócio, a definição da alocação de riscos – que podem compreender desde os decorrentes da variação cambial, como mencionado anteriormente, até questões relacionadas à obsolescência tecnológica, entre outros – a previsão sobre a forma de resolução de conflitos, seja por meios alternativos (como a mediação e/ou os procedimentos arbitrais), seja por meio judicial etc.

As nuances típicas da gênese dos contratos empresariais podem levar as partes a adotarem estratégias negociais específicas, que compreendem a utilização de instrumentos – contratuais ou não – no processo de formação do negócio jurídico, bem como a celebração de contratos parciais que se prestam a reduzir gradativamente todos os pontos de tensão existentes e pavimentar o caminho para a resolução de questões pendentes. Em negócios complexos, não é incomum observar a formação progressiva do contrato, em que o consenso se constrói gradativamente.

Como ocorre nos contratos civis em geral, o momento da vinculação das partes de contratos empresariais é aquele cuja proposta realizada por uma das partes é aceita pela outra: considera-se que os elementos essenciais do negócio estejam delineados (*essentialia negotii*). Entretanto, como aponta Paula A. Forjoni, em contratos de menor complexidade o encontro da vontade das partes é mais facilmente identificável, de modo que em negócios mais complexos – como se verifica em muitos dos contratos empresariais – “[a] questão mostra-se, por vezes, de complicada

resposta. Por isso, há séculos difundiu-se a prática de se reduzir o negócio a escrito”¹²⁴.

Nesse contexto, em razão da especificidade do negócio que se pretende firmar, é recomendável que a redação dos instrumentos contratuais seja realizada por profissionais que conheçam o segmento de atividade das partes, a fim de evitar que eventuais imprecisões textuais dificultem a operacionalização do contrato. Ademais, para a melhor disciplina da relação estabelecida, poderá ser necessário produzir inúmeros documentos, de diferentes naturezas – como acordos de confidencialidade, licenças para uso de marcas, acordos de investimento, entre outros – o que exige dos profissionais que cuidarão da formalização do negócio muita familiaridade com os temas discutidos e ajustados, bem como habilidade para que todas as disposições se harmonizem conforme intencionam as partes¹²⁵.

Como mencionado no capítulo 1 desta dissertação, os contratos empresariais – principalmente os de longa duração – costumam ser marcados por incompletude decorrente da impossibilidade de se prever todos os desdobramentos possíveis da relação neles ajustada. Para além disso, não é incomum que as partes deixem pontos em aberto, a fim de reduzir os pontos de tensão existentes, e relegam para momento futuro a definição sobre como uma questão deverá ser acomodada, se necessário. Considera-se sobretudo que a boa-fé deverá ser sempre a diretriz de toda relação contratual, desde a sua origem até o seu encerramento.

A formação dos contratos empresariais caracteriza-se pela sua natureza dinâmica e multifacetada, em que as partes – empresarias, profissionais e voltadas a obtenção de lucro – empenham-se em acomodar seus interesses que passam, por vezes, por processo negocial intenso que pode envolver fases diferentes e a elaboração de instrumentos múltiplos. O entendimento dessas fases e dos instrumentos que as caracterizam é muito relevante, conforme analisar-se-á a seguir.

¹²⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: RT, 2024, p. 81.

¹²⁵ Nesse particular, Paula A. Forgioni aponta que “O resultado nem sempre é harmônico e coerente. Daí a utilidade da regra de interpretação do Código Comercial de 1850, inspirada no princípio condensado por Pothier: ‘as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que não o forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas’.” (FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: RT, 2024, p. 84).

2.3 As fases de formação do contrato empresarial e os instrumentos usualmente utilizados para auxiliar esse processo

Os contratos empresariais podem ser formados de maneira gradual e progressiva, a depender do seu nível de complexidade e das peculiaridades casuísticas, o que poderá compreender a superação de etapas e a elaboração de instrumentos próprios, adequados às características do negócio e ao dinamismo da relação negocial que se pretende entabular. Assim, de maneira contrária ao que se observa mais comumente nos contratos civis em geral, a celebração do contrato empresarial em geral não decorre de ato único, mas de emaranhado processo que passa pela fase de aproximação das partes e percorre diferentes etapas que compreendem a elaboração de instrumentos de natureza contratual ou não (como meras declarações)¹²⁶.

O rito inaugural do processo de formação do contrato empresarial compreende as denominadas negociações¹²⁷ ou tratativas preliminares, em que as partes buscam identificar sinergias e eventuais obstáculos à concretização do negócio. Desde essa etapa, deve-se observar a boa-fé, conforme estabelece o Enunciado 25¹²⁸ do Conselho da Justiça Federal, de modo que embora não fora

¹²⁶ A esse respeito, a lição de Cristiano de Sousa Zanetti: “A complexidade crescente dos bens, objeto de troca, dos respectivos mecanismos contratuais e, conseqüentemente, dos estudos exigidos para se compreenderem os dados fáticos e jurídicos pertinentes tende a prolongar a fase de negociações, notadamente quando se cuida da celebração de negócios jurídicos de maior vulto econômico, como, por exemplo, a aquisição de um imóvel, ou de uma empresa.” (ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 5).

¹²⁷ Nesse sentido: “A conclusão de um contrato é geralmente precedida e preparada por uma fase de negociações, no curso da qual as partes discutem termos e condições do negócio, para procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesses e depois para atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça as exigências de ambas, e por ambas possa ser aceite. Se se consegue chegar a um tal ponto de equilíbrio, a uma tal conjugação dos interesses contrapostos, as negociações conduzem à conclusão do contrato; outras vezes, as negociações falham, e o negócio não se faz, o contrato não se conclui.” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 105).

¹²⁸ “O artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. (BRASIL. CJF. **Enunciado 671**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/671>. Acesso em: 11 mai. 2025). Nesse mesmo sentido: “Ainda que a redação do artigo 422 do CC não expresse claramente o seu alcance às tratativas do contrato (fase pré-contratual) ou à assistência posterior (fase pós-contratual) a interpretação ampliativa da extensão da boa-fé objetiva é aceita e plenamente justificável dada a orientação geral (padrão de conduta) que se impõe a todos. A boa-fé é norma de segurança jurídica e de proteção da confiança, atuando também na prevenção de abusos. Ciente disso, o Projeto de Lei 699/2011 propunha inserir na redação do mencionado dispositivo legal que os contratantes deveriam guardar, também nas negociações preliminares e na fase pós-contratual, o dever de boa-fé. Referido Projeto de Lei foi arquivado sem a respectiva aprovação, o que, em nosso entendimento, não afetou em nada a aplicabilidade do artigo 422 também em momentos que antecedem e sucedem a formação dos contratos.” (GIERSE, Denis Giamondo. MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. *In* Identificação,

consolidada a vinculação contratual, as partes não poderão atuar de maneira emulativa, tampouco despertar expectativas que não poderão ser satisfeitas¹²⁹.

A fase pré-contratual mostra-se muito importante na prática, porque permite às partes compreenderem as responsabilidades que poderão assumir, bem como a modelagem do negócio que se pretende ajustar, o que possibilita analisar com maior riqueza e detalhamento os investimentos que deverão ser realizados, as matrizes de risco que serão admitidas, a expectativa de retorno etc., o que viabiliza a tomada de melhores decisões.

No percurso da formação do contrato empresarial, é usual a troca de informações e de materiais, além do registro das intenções das partes – que podem ter eficácia jurídica própria – de modo a formar um ambiente de mais confiança e evitar a reabertura de etapas e discussões superadas.

Nesse contexto, ganham função e importância diversos instrumentos comumente utilizados na prática, como o contrato preparatório (nele compreendidos o contrato-quadro e o contrato de preferência), os contrato com duração e finalidade específicas (como o contrato de confidencialidade, também identificados na prática como *non disclosure agreement* ou, simplesmente, NDA) e por outras figuras (contratuais ou não), como a cartas de intenção, o memorando de entendimentos (designados correntemente como *memorandum of understanding* ou MOU), acordo de investimento, protocolo de intenções e a justificação.

abrangência e prática quanto ao Princípio da Boa-fé no Direito Civil. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, ano 10, v. 1, ed. 7, p. 96-126, jul./ 2025).

¹²⁹ “Mas nem se diga que esta etapa pode ser tratada com leviandade. A seriedade aqui é de rigor, pois se criarem falsas expectativas, com consequentes prejuízos para qualquer uma das partes, pode-se configurar *culpa in contrahendo*, dar lugar à figura do abuso do direito ou, ainda, à culpa extracontratual (responsabilidade aquiliana) [...]. O fundamento para tanto é que se, também aqui, se impõe atender ao dever de boa-fé e de lealdade, como mencionado, necessários ao desenvolvimento correto da relação contratual a ser realizada. Para alguns, contudo, esta responsabilidade não se fundaria quer na *culpa in contrahendo*, quer em outras teses aventadas (assunção de garantia, mandato ou na *negotiorum gestio*), mas: ‘no consentimento às tratativas, o qual contém em essência a obrigação tácita de ressarcir ao outro participante dos gastos efetivos e do custo do trabalho preparatório quando exista desistência sem justa causa e 2º.) no fato da destruição de um valor patrimonial do outro interessado, representada pelos gastos e no trabalho realmente realizado na elaboração do projeto contratual, tendo em consideração o consentimento às tratativas por parte daquele que rompeu as negociações e à possibilidade ou probabilidade de que surja um direito com fundamento no contrato [...]’. Em síntese, conforme esta posição, o consentimento às negociações, criaria uma expectativa legítima de que o contrato seria realizado e, em consequência, os gastos feitos e o tempo e trabalho despendidos deveriam ser reparados por aquele que injustificadamente interrompeu as negociações. Qualquer que seja a tese adotada, todavia, no direito Brasileiro, se das negociações preliminares, em virtude da expectativa criada, decorrem quaisquer danos, cuidar-se-á de obrigação *ex lege* e não contratual. A questão, assim, é remetida para o âmbito da responsabilidade civil.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. p. 157-158).

Cada um desses instrumentos – que podem não ter natureza de contrato formal, uma vez que a depender do caso podem representar meras declarações – atende objetivos específicos, seja por trazerem a indispensável segurança para as partes poderem fazer circular as imprescindíveis informações necessárias para a formação do negócio, seja para trazer maior organização e previsibilidade do processo de formação do contrato; permitir que as partes possam paulatinamente ajustar os pontos sensíveis do futuro negócio; respeitar as suas peculiaridades; e registrar o avanço do alinhamento das expectativas e os marcos relevantes para o desenvolvimento do negócio.

As partes podem adicionalmente optar pela elaboração de instrumentos, como o contrato preliminar, que as vincule durante a evolução das tratativas; estabelecer obrigações que subsidiarão a celebração de contrato definitivo, que conferem maior previsibilidade e segurança jurídica às partes. Ao contrário dos demais instrumentos mencionados, o contrato preliminar apresenta regulação expressa no Código Civil (arts. 462 *et seq.*), de modo que a análise acurada de sua eficácia no contexto dos contratos empresariais, além de ter relevo sob a ótica acadêmica, mostra-se interessante sob o ponto de vista prático, para identificar a sua real utilidade.

A fim de permitir maior aprofundamento sobre as questões abordadas nesse subcapítulo, analisar-se-á a seguir, à luz da doutrina e da jurisprudência: (i) o processo de negociação, as tratativas preliminares e as declarações unilaterais de vontade (item 2.3.1); (ii) os contratos e documentos anteriores à celebração do negócio definitivo, sobretudo os contratos preparatórios, os contratos com duração e finalidade específicas e outras figuras relevantes (item 2.3.2); e (iii) a necessidade de vinculação das partes e o papel do contrato preliminar (item 2.3.3), que terá um tratamento destacado nos capítulos seguintes.

2.3.1 Processo de negociação: tratativas preliminares e declaração unilateral de vontade

As negociações que antecedem a celebração de um contrato, denominadas na prática como tratativas ou negociações preliminares, “nascem espontaneamente na trama cotidiana do relacionamento humano, representado, antes de tudo, um fato

da vida social”¹³⁰, presta-se a satisfazer “uma exigência da natureza racional do ser humano”¹³¹ de analisar a conveniência em celebrar um negócio¹³². Embora possa ser dotado de algum grau de informalidade, esse procedimento de troca de proposições entre os interessados acerca de possível negócio que venha a ser entabulado tem efeitos e consequências jurídicas.

O processo de negociação na dinâmica de formação de contrato empresarial inicia-se sempre que as partes envolvidas entendam existir sinergias entre os seus núcleos de interesse. Isso não significa que as partes tenham em mente, desde logo, os contornos do negócio que poderá ser entabulado em definido. A título ilustrativo, Cristiano de Sousa Zanetti¹³³ aponta que com o objetivo de viabilizar a transferência de ativos de uma sociedade, as partes podem iniciar a negociação sem saber ao certo se será levado a efeito a alienação do estabelecimento, uma incorporação ou uma cisão parcial, ou seja, na origem da negociação não há exatamente o negócio que se firmará, mas os interesses que se pretende acomodar¹³⁴.

As negociações preliminares, como esclarece Antônio Junqueira de Azevedo, “não se confundem, de forma alguma, com o pré-contrato”¹³⁵, pois, em regra não têm força vinculante e normalmente carecem de intenção obrigacional e dos elementos essenciais de um negócio jurídico. Nesse particular, registra-se a lição de José Alexandre Tavares Guerreiro:

¹³⁰ ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 4, p. 259 – 273, jun. 2011DTR\2012\1947.

¹³¹ ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 4, p. 259 – 273, jun. 2011DTR\2012\1947.

¹³² Ainda: “[...] as negociações preliminares (*tractatus, trattative, pourparlers*) são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista um futuro contrato”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. III. p. 34).

¹³³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 9.

¹³⁴ A esse respeito: “A negociação de um contrato se desenvolve tendo por escopo a celebração do contrato, como guia os paralelos objetivos das partes e como limitação a regulamentação ou regulamentações jurídicas nacionais ou convencionais, que mais ou menos diretamente serão aplicáveis e influenciarão a formação e a vida do contrato. Mas esse percurso em nada esclarece quanto a formação e a vida do contrato, no que poderia designar como sendo seu processo interno. Embora tendo escopo comum a atingir, embora conservando seus interesses específicos, e as restrições legais externas, tudo isso não explica o procedimento de formação do contrato, que se realiza durante a negociação.” (CASELLA, Paulo Borba. Negociação e formação de contratos internacionais -- em direito francês e inglês. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 84, n. 84-85, p. 124–171, 1990, p. 131).

¹³⁵ AZEVEDO. Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 3, p. 78 – 87, jul. set. 1992. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 2, p. 415 – 423, out. 2011DTR\1992\184).

Cabe distinguir, nesse particular, situações fáticas e jurídicas perfeitamente individualizadas, mas frequentemente confundidas em seus conceitos fundamentais e em seus desdobramentos concretos. Enquanto a carência de força vinculante caracteriza as negociações preliminares às quais é estranha a obrigação de contratar, os denominados contratos preliminares, considerados tipos contratuais autônomos, incluem, por definição, a obrigação de as partes concluírem posteriormente, os contratos definitivos, já inteiramente determinados quanto ao seu conteúdo e elementos essenciais. Assim, às negociações preliminares, por sua própria natureza, repugna logicamente qualquer tentativa de execução específica; se não no plano concreto e em caráter absoluto, pelo menos no plano lógico, em virtude da predeterminação das vontades confluentes¹³⁶.

Neste ponto, Francesco Galgano¹³⁷ aponta que no Código Civil italiano se distinguem as tratativas preliminares – que se aproximam do “programa de contrato” (*programma di contratto*) –, as “minutas de contrato” (*minuta di contratto*) e o contrato preliminar propriamente dito.

O “programa de contrato” representa a fase inicial em que as partes apenas se comprometem a iniciar negociações, sem ter ainda concordado sobre pontos essenciais. Na “minuta de contrato”, no entanto, as partes convergem sobre alguns elementos do futuro contrato, mas não sobre todos, deixando aspectos importantes em aberto, como o preço, por exemplo. Conforme Francesco Galgano¹³⁸, se um acordo posterior sobre os pontos faltantes não for alcançado, não seria possível a execução específica do artigo 2932¹³⁹ do Código Civil italiano, pois o contrato seria considerado nulo por ter um objeto não determinado nem determinável.

A esse respeito, Francesco Gazzoni esclarece que, a despeito de na prática as cartas de intenções e as minutas poderem disciplinar acordos iniciais durante o curso das tratativas, esses acordos pré-contratuais não possuem valor vinculante em

¹³⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **A boa-fé nas negociações preliminares**. Obrigações e contratos: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. v. 4.

¹³⁷ GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Pádua: Cedam, 1985, p. 255.

¹³⁸ GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Pádua: Cedam, 1985, p. 255.

¹³⁹ Art. 2932 “Se colui che e' obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, puo' ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprieta' di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non puo' essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.” (OMPI. **Código Civil** (aprobado por el Decreto Real N° 262 de 16 de marzo de 1942, y modificado hasta el Decreto N° 291 de 7 de diciembre de 2016), Italia. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/16608>. Acesso em: 2 jan. 2026).

relação ao contrato final almejado pelas partes em razão da ausência dos elementos essenciais do contrato^{140 141}.

Assim, enquanto tratativas e minutas podem suscitar responsabilidade pré-contratual, sua capacidade de vincular as partes à celebração do contrato definitivo é significativamente menor que a de um contrato preliminar autêntico¹⁴², que já possui os elementos essenciais do negócio futuro acordados, como será visto com maior detalhamento nos próximos capítulos.

Assim, ao iniciarem a negociação, as partes manifestam a sua vontade firme de tratar sobre um negócio e discutir o seu conteúdo e possíveis contornos. Não há definido no ordenamento jurídico nacional critério que determine o início das negociações e o seu término; delimita-se com clareza a transição da etapa pré-

¹⁴⁰ “L’iter può anche essere più complesso quando le parti formino documenti rappresentativi degli accordi raggiunti nel contesto della fase delle trattative. In tal caso si tratterà di accertare non solo il valore di detti accordi, ma anche i criteri con i quali stabilire, da un lato, come distinguere gli accordi stessi dal contratto preliminare e, dall’altro, se accertata l’esistenza di un accordo a carattere contrattuale, si sai in presenza di un contratto preliminare o di un contratto definitivo. Si parla, a proposito di detto accordi, di lettera di intenti ovvero, secondo la terminologia più recorrente anche nelle sentenze, di minuta o puntuazione. Lo scopo perseguito dalle parti è quello di fissare le clausole sulle quali è stato già raggiunto il consenso, ma nell’ambito di una trattativa che ancora è in corso e deve proseguire.

Il problema della distinzione tra accordi precontrattuali e contratto preliminare non è dunque di carattere teorico, astratto, ma concreto. In linea di principio, infatti, è evidente la diversità: gli accordi precontrattuali non hanno valore vincolante sul piano dell’assetto perseguito, per mancanza di consenso su tutti gli elementi del contratto, che non può dirsi venuto in vita, a differenza del contratto preliminare, il quale, per essere tale, deve presentarsi completo sul piano dispositivo, e quindi presuppone raggiunto l’accordo su tutti i punti riferibili agli elementi comunque necessari perché si producano gli effetti voluti dalle parti. Non solo pertanto quelli essenziali sul piano tipologico, ma anche quelli che le parti abbiano considerato tali in concreto, in quanto condizionanti la conclusione del contratto.” (GAZZONI, Francesco. **Il contratto preliminare**. 3. Ed. Turim: G. Giappichelli, 2010, p. 602).

¹⁴¹ Desde logo, menciona-se que para Francesco Gazzoni, para que o contrato preliminar seja autêntico, deve ser completo no seu plano dispositivo. No ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, o contrato preliminar deve conter todos os elementos essenciais do negócio, não sendo imprescindível que dele conste todos os detalhes do negócio definitivo. Assim, nesse particular, a lição do referido doutrinador se afasta da realidade brasileira.

¹⁴² “Altra figura à la cosiddetta minuta di contratto: le parti concordano su alcuni estremi del futuro contratto, ma non ancora su tutti (ad esempio, non hanno determinato in modo ancora approssimativo, stabilendo che non sarà inferiore ad una data cifra). In questo caso, se non si raggiunge il successivo accordo sui punti mancanti, non si potrà fare ricorso all’art. 2932 (che ha cura di precisare che si può ottenere una sentenza sostitutiva del contratto non concluso solo - se possibile), e si dovrà ritenere di essere in presenza di un contratto con oggetto non determinato né determinabile, come tale nullo. Diversa dalla minuta è il programma di contratto: con questo le parti si impegnano, semplicemente, ad instaurare fra loro trattative per la formazione di un possibile contratto, del quale non hanno ancora concordato alcun punto essenziale, fissano tempi e modalità delle trattative che si sono impegnate a condurre. Sia la minuta sia il programma contrattuale assumono rilievo in rapporto alla responsabilità precontrattuale, della quale diremo a uo luogo. Se, per la conclusione del futuro contratto, le parti hanno convenuto di adottare una determinata forma, non richiesta dalla legge, questa si presume convenuta per la validità del contratto, e non per la semplice prova (art. 1352)”. (GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Pádua: Cedam, 1985, p. 255).

contratual para a contratual, de modo que a compreensão do início da fase contratual deve ser aferida casuisticamente, o que nem sempre é uma tarefa fácil.

Exemplo emblemático que demonstra a complexidade da questão é caso conhecido relativo à compra e venda de ações entre a Distribuidora de Comestíveis Disco S/A (Disco) e os Supermercados Pão de Açúcar S/A (Pão de Açúcar). A controvérsia teve início em 1974, ano em que os acionistas de ambas as partes firmaram o denominado *Contrato Preliminar para Compra e Venda de Ações*; estabeleceu-se que o Pão de Açúcar compraria a participação societária da Disco, o que obrigaria as partes a celebrarem um contrato definitivo em trinta dias.

Naquele período, as partes desentenderam-se acerca de algumas cláusulas contratuais, cuja discussão foi levada ao Poder Judiciário¹⁴³, que analisou o documento firmado para identificar a sua eficácia jurídica – em suma e para o que importa para a questão ora em discussão, discutiu-se se o documento representava um contrato preliminar ou apenas uma etapa da negociação empreendida entre as partes.

Após debate judicial intenso, em 1979, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal¹⁴⁴ que, em julgamento não unânime, ao considerar o arcabouço legal e o estágio da evolução doutrinária acerca do assunto à época, entendeu que o documento elaborado em 1974 não teria força coercitiva, por estar destituído dos elementos essenciais e acessórios do negócio definitivo que se pretendia entabular, de modo que representaria apenas a formalização de uma etapa da negociação

¹⁴³ Nas palavras de Wanderley Fernandes, que analisou o famoso Caso Disco em detalhe: “A Distribuidora de Comestíveis Disco S/A e Supermercados Pão de Açúcar S/A mantiveram entendimentos visando a realização de um contrato de compra e venda de ações para a transferência do controle acionário da primeira, tendo reduzido a escrito os entendimentos sob a rubrica ‘Contrato Preliminar para a Compra e Venda de Ações’. Através desse instrumento fixaram as partes um prazo de 30 dias para ‘apurações prévias e preliminares dos valores indicados nos pressupostos referidos no item ‘3’, e deferido uma opção à pretendente dentro do prazo supra referido. No decorrer das ‘apurações prévias’ surgiram divergências quanto à concretização das disposições fixadas no ‘contrato preliminar’, dando ensejo a discussão judicial quanto à natureza do ato praticado. Dessa forma, duas ações são propostas: a) uma ação consignatória promovida pela vendedora Disco, objetivando a entrega da quantia de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), representada por uma nota promissória, correspondente a um depósito que deveria converter-se em pagamento inicial uma vez ‘aperfeiçoado o negócio’; b) Pão de Açúcar, por dependência, propõe uma ação visando adjudicação compulsória das ações objeto do ‘contrato preliminar de compra e venda’. A decisão de primeira instância deu pela procedência da consignatória e improcedência da adjudicação compulsória. Tal decisão foi reformada em segunda instância e restaurada em grau de recurso extraordinário.” (FERNANDES, Wanderley. Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. *RDM*, São Paulo, RT, v. 80, n. 76, out.-dez 1990, p. 117-118).

¹⁴⁴ BRASIL. STF. 2ª Turma, Recurso Extraordinário 88.716, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 11.09.1979.

empreendida entre as partes. A esse respeito, assim consignou o voto vencedor relatado pelo Ministro Moreira Alves:

Se, no curso das negociações, [as partes] concordam com relação a certos pontos e deixam em aberto outros, ainda que, em documento escrito, estabeleçam a irretratabilidade quanto aos pontos já acertados e declarem que os demais serão objeto de acordo posterior, o contrato preliminar ou definitivo somente surgirá no momento em que houver a concordância sobre estes, completando-se, assim, o acordo sobre o contendo global do contrato. Enquanto esse acordo posterior não ocorrer, continua-se no terreno das tratativas, não sendo permitido, porém, a qualquer das partes, isoladamente, se quiser vir a celebrar o contrato, desrespeitar o acordo sobre os pontos já acertados, e sendo certo, por outro lado, que, no momento em que ocorrer a concordância sobre as cláusulas em discussão, o contrato, independentemente de ratificação do acordo parcial, se reputa aperfeiçoado, vinculando-se as partes ao seu adimplemento. Não se admite, em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no Direito suíço e no Direito austríaco, que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a um acordo^{145 146}.

A despeito das evoluções doutrinária e jurisprudencial acerca do contrato preliminar, para o que toca às negociações preliminares, o caso Disco demonstra que não é recente a dificuldade em determinar-se, na prática, o fim das tratativas e o início da fase contratual, com todas as consequências decorrentes, sobretudo no que concerne ao encerramento das negociações ou ao inadimplemento das obrigações

¹⁴⁵ BRASIL. STF. 2ª Turma, Recurso Extraordinário 88.716, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 11.09.1979..

¹⁴⁶ No acórdão proferido no caso Disco – que será analisado com maior detalhamento no capítulo 3 – , enfatizou-se a ausência de elementos essenciais e acessórios no documento para sua força coercitiva. Esse entendimento dialoga diretamente com a crítica de Francesco Gazzoni à abordagem da jurisprudência italiana em distinguir um contrato preliminar de meros acordos pré-contratuais. *In verbis*: “*Bisogna inoltre distinguere tra completezza e perfezionamento. Prefino la redazione di un documento completo nelle clausole essenziali ed accessorie di un assetto di interessi, costituisce solo una presunzione semplice di perfezionamento contrattuale, potendosi dar la prova contraria. Si applica al riguardo l’art. 1362, riferito peraltro all’interpretazione non del contenuto dell’assetto, ma della volontà di vincolarsi. Non sempre la giurisprudenza è però coerente con questa impostazione. A volte, infatti il giudizio sembrar esito su basi astratte e perfino quantitative. Così, dovendo esemplificare, si nega il carattere di contratto preliminare ad un atto di cessione di azienda, ritenuto sul piano dispositivo a tal punto sintético da non rappresentare nemmeno una puntazione, precisandosi poi che tale sinteticità andrebbe valutata negativamente, perchè dall’atto non risultava l’indicazione delle res costituenti l’azienda da trasferire*” (GAZZONI, Francesco. Il contratto preliminar. 3. Ed. Turim: G. Giappichelli, 2010, p. 602-603).

Para o referido doutrinador, a análise deveria ser concreta e subjetiva, focada na “vontade das partes de se autovincular” (“volontà di vincolarsi”), em vez de uma avaliação meramente da “quantidade” de disposições acordadas. Francesco Gazzoni adverte que subestimar a determinação de elementos essenciais ou a existência de pagamentos (como um sinal confirmatório) pode levar a uma interpretação equivocada da natureza do acordo. Para Gazzoni, considerar um documento completo em suas cláusulas como uma presunção de aperfeiçoamento contratual é uma presunção simples, admitindo prova em contrário, e a interpretação deve focar na intenção de vincular-se, conforme o art. 1362 do Código Civil italiano.

assumidas contratualmente. Embora não exista forma legalmente prescrita para as negociações preliminares, na prática considera-se a complexidade da questão em negociação; não é raro observar que as partes tendam a registrar por escrito as questões discutidas e consensuadas.

Os acordos provisórios registrados gradativamente tendem a evitar discussões sobre questões superadas e influenciam, naturalmente, o contrato definitivo que vier a ser celebrado – caso todas as questões remanescentes sejam acomodadas em comum acordo. A formalização desses acordos provisórios não lhes atribui, em regra, força vinculante, a menos que as partes assim estabeleçam. Os documentos elaborados na fase de negociação apenas se transformarão em contrato caso as partes desejarem-no, de modo que o encerramento das tratativas se observa com a celebração de contrato definitivo ou preliminar (nessa última hipótese, como se analisará adiante, nada obsta que as partes inaugurem nova etapa negocial com o objetivo de concluir o negócio definitivo).

Durante a fase pré-contratual, as partes devem, a um só tempo, preservar a sua liberdade de decidir não firmar o negócio em discussão, bem como preservar a estabilidade das questões discutidas e ajustadas. Nesse contexto, caso as partes não encontrem o ponto de equilíbrio entre os seus interesses “as negociações falham, e o negócio não se faz, o contrato não se conclui”¹⁴⁷.

Não é vedado a uma das partes desistir da celebração do negócio, de modo que, conforme aponta Antônio Junqueira de Azevedo, a “ruptura unilateral ou o arrependimento são absolutamente livres. Se a ruptura se dá com alguma causa, sem culpa, não há responsabilidade pelos danos causados a outra parte”¹⁴⁸; entretanto, deve-se juridicamente proteger a frustração de expectativas legítimas suscitadas por uma parte em razão do comportamento durante a negociação da parte que desistir do negócio.

Por outro lado, Marília Siqueira da Costa ressalta que “sempre haverá a possibilidade de o comportamento das partes não dar azo à criação de qualquer situação juridicamente relevante [...], nem toda relação pré-contratual será apta a

¹⁴⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 3, p. 78 – 87, jul. set. 1992. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, v. 2, p. 415 – 423, out. 2011DTR\1992\184).

irradiar direitos e deveres para a outra parte”¹⁴⁹. O que realmente importa é o comportamento das partes e como ele se traduz dentro da dinâmica negocial, interpretar-se se ele foi capaz de gerar expectativa legítima à contraparte, que deve ser realizada com base em elementos objetivos, sobretudo na dinâmica dos contratos empresariais, ao observar a prática reiterada do mercado em negociações dessa natureza¹⁵⁰.

Na medida em que se caracterizar a deslealdade da parte que abandona, injustificadamente, as negociações preliminares, frustra as legítimas expectativas da contraparte e causa-lhes prejuízos, caberá àquela reparar os danos causados a esta¹⁵¹. Observa-se, neste caso, a responsabilidade civil pré-contratual¹⁵², de caráter aquiliano, da parte que de maneira desleal não atendeu à expectativa por ela gerada na outra parte, por quebra do dever de boa-fé que deve ser observado, inclusive, na fase pré-contratual.

Na hipótese de interrupção injustificada que viole a boa-fé objetiva, deverão ser indenizados os danos decorrentes da violação dos interesses negativos; ou seja, as perdas reais ou oportunidades perdidas pela parte que legitimamente acreditou na conclusão do negócio; contudo, tendo em vista que é livre o direito de firmar ou não o contrato nessa fase, a parte prejudicada pela desistência não poderá pleitear a reparação pelo que teria auferido caso o contrato fosse concluído (interesses positivos)¹⁵³.

¹⁴⁹ COSTA, Marília Siqueira da. Da Negociação Preliminar à não contratação: a necessidade de proteção de legítimas expectativas. *Revista de Direito Privado*, v. 96, p. 77 – 109, dez. 2018DTR\2018\21280.

¹⁵⁰ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. **Declaração tácita e comportamento concludente do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 892.

¹⁵¹ Importante ter presente, contudo, as ponderações de José Alexandre Tavares Guerreiro acerca da questão: “Parece-nos assim que a boa-fé da parte prejudicada pela interrupção ou cessação injustificadas das negociações preliminares é pressuposto básico e irredutível do dever de indenizar, atribuído à parte culpada. Se, nas tratativas, impõe-se que ambas as partes ajam de boa-fé, a violação desse dever por uma delas, em detrimento da outra, e sem escusa justa, é condição para o nascimento do ônus reparatório. Não verificado esse pressuposto, inexistirá o direito à indenização. Dessa forma, se a parte prejudicada não se comportou, nas negociações preliminares, de seu lado, com a exigível boa-fé, não terá título ou justificação para pleitear da outra a composição de seu eventual prejuízo.” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **A boa-fé nas negociações preliminares**. Obrigações e contratos: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. v. 4).

¹⁵² Entre outros: MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 883, ano 98, p. 9-56, mai. 2009.

¹⁵³ Nesse sentido, por maioria de votos, o Superior Tribunal de Justiça assim entendeu: (BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1641868 / SP; Relator(a): Moura Ribeiro; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 05/06/2018; Data de Publicação: 06/09/2018).

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1.641.868/SP, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro:

[...] 2. Em caso de responsabilidade civil pré-contratual, o proponente não pode pretender, a título de reparação de danos, indenização equivalente à vantagem que teria obtido com o próprio negócio jurídico que nunca se concretizou (interesses positivos). [...] 3. Verificada a antijuridicidade no rompimento de tratativas negociais, a responsabilidade civil pré-contratual que se estabelece cobre apenas as despesas realizadas para finalização do negócio jurídico frustrado ou em razão dessa mesma operação. (interesses negativos). [...] De acordo com o Tribunal de origem, apenas seria possível indenizar os interesses negativos, assim compreendidos os valores necessários para colocar o interessado na situação em que se encontrava antes iniciar as negociações preliminares. [...] Mário Júlio de Almeida Costa em sua monografia a respeito do tema não admite a indenização de interesses positivos - tal como a pretendida nessa ação -, sob o fundamento de que ela representaria violação ao dever de contratar, o que não existe nesses casos (Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, Coimbra, 1994, págs. 75/76). [...] No caso concreto, não se pode admitir que a indenização corresponda a vantagem patrimonial que a ADM deixou de auferir, porque, dessa forma, se estaria equiparando a responsabilidade civil pré-contratual, decorrente do rompimento imotivado das tratativas, com aquela que exsurgiria do próprio inadimplemento do pacto que nunca se perfectibilizou. O limite da indenização é a extensão do dano¹⁵⁴.

Importante registrar que, no julgamento em comento, a Min. Fátima Nancy Andrighi e o Min. Paulo de Tarso Sanseverino divergiram dos demais integrantes da Turma julgadora ao considerar que a indenização pleiteada pela parte recorrente não representaria os seus interesses positivos, mas os prejuízos decorrentes da ruptura das tratativas e, ainda, que as partes ultrapassaram o âmbito das meras tratativas, de modo que teriam chegado a um verdadeiro acordo. Pelo entendimento de ambos os ministros observa-se, como verificado anteriormente, que na prática há casos que impõem muita dificuldade em concluir-se se as partes efetivamente superaram a fase pré-contratual, com todas as consequências decorrentes.

Embora não haja tratamento legal expresso, das negociações preliminares irradiam direitos e obrigações decorrentes da boa-fé objetiva que ensejam análise casuística para verificar-se, em caso de não celebração do negócio, eventuais responsabilidades, diante da necessidade de proteger-se expectativas legítimas. A

¹⁵⁴ BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1641868 / SP; Relator(a): Moura Ribeiro; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 05/06/2018; Data de Publicação: 06/09/2018.

simples ruptura de negociações preliminares, entretanto, não ensejam o direito de reparar, pois as partes devem ter preservada a sua liberdade de contratar.

2.3.2 Contratos e documentos úteis no processo de formação do negócio definitivo

Após identificarem as sinergias que justifiquem a realização de um negócio, as partes inauguram fase mais densa de formação do contrato, momento em que deverão solucionar questões inerentes à operação econômica que pretendem ajustar. Em casos cujo negócio almejado é dotado de maior complexidade, nessa etapa do processo de formação do contrato as partes costumemente praticam diversos atos importantes que produzem efeitos jurídicos e vinculam-nas, seja em ajustes mais pontuais, como se observa exemplificativamente com a assinatura de acordos de confidencialidade, seja com a celebração de acordos parciais e contratos preliminares, com densidade jurídica mais acentuada.

Os atos que se prestam a facilitar o desenvolvimento de outros, como apontado por Cristiano de Sousa Zanetti, podem ser classificados como contratos preparatórios, temporários ou parciais; entretanto, “embora funcionalmente distinguíveis, tais contratos, no plano prático, não raro aparecem num mesmo instrumento, podendo formar, inclusive, um contrato complexo”¹⁵⁵, de modo que essa classificação apresentada pelo referido autor – e que será observada nos itens a seguir – tem a finalidade exclusiva de sistematizar o estudo acerca da eficácia de cada uma dessas figuras que não necessariamente se confundem com contratos preliminares, como será estudado com maior detalhamento no capítulo 3.

2.3.2.1 Contratos preparatórios: contrato-quadro e contrato de preferência

No processo de formação do contrato definitivo, alguns contratos preparatórios são celebrados com a função específica de facilitar a formação do contrato futuro. Nesse empenho, prestam-se a definir termos básicos, objetivos a serem atingidos, condições do negócio que será ajustado, de modo a evitar possíveis conflitos e desenvolver ambiente de confiança mútua.

¹⁵⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 18.

Na classificação dos contratos preparatórios, insere-se o contrato-quadro, cujo conteúdo e função tratou-se com maior detalhamento no capítulo 1. O objetivo do contrato-quadro é desenvolver bases iniciais e programáticas que orientarão a parceria desde o seu início, reduzindo-se os custos de transação enquanto ela durar. Como se estudou anteriormente, entre as características do contrato-quadro¹⁵⁶, está a organização das normas e princípios que deverão ser observados nos contratos a serem firmados no futuro.

Como espécie de contrato preparatório, embora não contenha todos os elementos essenciais do negócio que se pretende formalizar, o contrato-quadro fornece estrutura inicial que facilita a sua formalização. Essa característica é útil especialmente no contexto da formação dos contratos empresariais em que as partes pretendam estabelecer diversos contratos, em contexto comum, sem serem obrigadas a manterem-se vinculadas caso não consigam ajustar outros elementos essenciais e não disciplinados no contrato-quadro.

Os contratos de preferência representam o ajuste jurídico que confere a uma das partes o direito de ser priorizada em relação a terceiros na celebração futura de um negócio, em igualdade de condições¹⁵⁷. Embora o direito de preferência tenha previsão legal para hipóteses específicas – conforme, a título exemplificativo, observa-se nos arts. 504¹⁵⁸ e 519¹⁵⁹ do Código Civil – sua utilização é comum no âmbito da

¹⁵⁶ A esse respeito, apontou-se no Capítulo 1 que “Para Paula A. Forgioni há duas categorias de contrato-quadro, a primeira que compreende os que objetivam organizar a operação econômica como um todo, cujos contratos satélites são celebrados concomitantemente e, a segunda, que abrange o contrato-quadro que disciplina as regras e os princípios que nortearão os contratos satélites futuramente celebrados”.

¹⁵⁷ Nesse sentido: “O conceito de pacto de preferência é mais vasto que o conceito de pacto de preempção. Esse se contém naquele. É simples espécie, como o pacto de preferência no contrato de locação, no contrato de compra-e-venda (pacto de pré-venda), ou no contrato de edição. Em todos há, como efeito, o direito formativo gerador, cujo exercício nasce ao querer o outorgante alienar o bem e estar em via de aliená-lo. Não é o direito que nasce a esse momento. O direito formativo gerador já nasceu. O que está em suspenso é o seu exercício. Esse exercício é que está condicionado. O direito de ficar à frente de qualquer interessado em adquirir o bem: preferir”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais; atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. XXXVIII, p. 527).

¹⁵⁸ “Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência”.

¹⁵⁹ “Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa”.

celebração de contrato empresarial, inclusive em questões de natureza imobiliária e societária, por disposição de vontade das partes envolvidas.

A despeito de o direito de preferência poder ser disciplinado em instrumento contratual autônomo, na prática costuma ser inserido em cláusulas acessórias de instrumentos contratuais que tenham por objeto principal outras questões, como o direito de preferência costumeiramente previsto em estatutos sociais de sociedades anônimas de capital fechado ou contratos sociais em geral, sobretudo no que toca à negociação de participação societária de qualquer sócio com terceiros.

Nesse particular, rememora-se o caso que envolveu a transferência do controle acionário do Grupo Schincariol para a Kirin Holding Investments Brasil Participações e Representações S.A. (Kirin), operação que segundo a Jandagil Participações e Representações Ltda. (Jandagil) não teria observado o seu direito de preferência na aquisição das ações vendidas para a Kirin.

Ao analisar o caso em 13 de outubro de 2011, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0217635-30.2011.8.26.0000, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu, ainda que não tivesse sido observado o direito de preferência da Jandagil – o que tornou o negócio ineficaz em relação a ela – caberia à Jandagil demonstrar a seriedade da sua intenção em exercer tal direito, motivo pelo qual deveria depositar em juízo o valor do preço integral da operação.

Desse evento exsurgiram duas conclusões importantes: a primeira, conforme consta do referido acordão, de que “um negócio de cessão de cota efetuado em desacordo com uma cláusula de preferência, estipulada em contrato social, não é inválido; não é nulo nem anulável. Ele é simplesmente ineficaz em relação à sociedade”; a segunda, também conforme o mencionado aresto, de que a preferência convencionalizada entre as partes “somente ganha *status* de direito com o depósito do preço pago”¹⁶⁰; ou seja, a parte não pode utilizar o direito de preferência de maneira oportunista e com outra intenção que não seja a de realizar efetivamente o negócio, por esse motivo o Poder Judiciário entendeu, na ocasião, que o depósito do preço da operação deveria ter sido depositado *ab initio* pela parte que teve o seu direito de preferência violado.

¹⁶⁰ SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento 0217635-30.2011.8.26.0000; Relator(a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 11/10/2011; Data de Publicação: 13/10/2011.

Como se observa, em razão do dinamismo observado no ambiente empresarial, os contratos preparatórios – como o contrato-quadro e o contrato de preferência – têm função importante: enquanto o primeiro estabelece bases programáticas e diretrizes normativas para futuras avenças e reduz os custos de transação, o segundo confere direito de primazia para a celebração do negócio definitivo, em igualdade de condições, o que traz maior segurança à relação estabelecida pelas partes.

2.3.2.2 Contratos com duração e finalidade específicas

No processo de formação do contrato, a depender da complexidade do seu objeto e da sensibilidade dos interesses envolvidos, as partes podem celebrar contratos com duração e finalidade específicas, com o objetivo de vincularem-se no período que antecede a conclusão do negócio definitivo. Os contratos com duração determinada têm como função estabelecer ambiente de maior confiança entre as partes para que possam discutir com tranquilidade todos os aspectos do negócio que se busca concluir. Em síntese, como esclarece Wanderley Fernandes, trata-se de “[a]cordos que, embora não tendo por substrato uma operação econômica efetiva, têm um conteúdo normativo”¹⁶¹.

Entre os negócios temporários, menciona-se o contrato de exclusividade cujo propósito é garantir que durante o período de negociação nenhum outro empresário possa negociar o mesmo objeto em discussão. Dessa maneira, o processo de formação do contrato torna-se mais seguro e permite que as partes nele envolvidas tenham maior confiança entre si e melhores possibilidades de discutir com

¹⁶¹ A esse respeito, Wanderley Fernandes assevera: “A negociação pode ser simples, em que as partes já tratam do conteúdo no próprio contrato. Porém, comumente, a complexidade das relações jurídicas e econômicas determina a ‘negociação das condições para negociação’. Ou seja, as partes cuidam antes das regras de como negociar, da conduta a ser observada nesse contrato social ou de interesses, como dizem os autores italianos. O exemplo mais simples é a estipulação do dever de sigilo no trato das informações trocadas entre as partes. É comum, portanto, que as partes firmem documentos preliminares e intermediários no curso da negociação. Estipulam, por exemplo, que, no curso das negociações, nenhuma das partes poderá negociar com terceiros o mesmo objeto da negociação, que nenhuma das partes oferecerá emprego para os empregados da outra parte, definem cronograma de negociações etc., regras essas que definem o comportamento a ser seguido no curso das tratativas para a celebração do futuro contrato. Acordos que, embora não tendo por substrato uma operação econômica efetiva, têm um conteúdo normativo.” (FERNANDES, Wanderley. *O processo de Formação do Contrato*. In: **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. (Coord.) Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224).

profundidade o negócio que será firmado, sem o receio de tomar decisões açodadas para não perder a oportunidade de concluir o negócio definitivo.

Um exemplo adicional comum de contrato com duração e finalidade específica são os acordos de confidencialidade ou acordos de não divulgação, denominados na prática pela expressão da língua inglesa *non-disclosure agreement* (NDA). O propósito desse contrato temporário é permitir que as partes circulem entre si dados sensíveis e estratégicos que sejam pertinentes à formação do negócio – como questões de ordem financeira, planos de negócios, questões técnicas e tecnológicas, assuntos que envolvam propriedade intelectual e segredos industriais etc. – de modo que tenham segurança de que as informações não serão divulgadas no mercado ou utilizadas para finalidade diversa.

Reconhece-se a importância dos acordos de confidencialidade no contexto da formação dos contratos empresariais, sobretudo em razão do alto grau de competitividade existente no mercado, de modo que representa ferramenta quase indispensável em operações de valor vultoso, em que dados financeiros e estratégicos são compartilhados.

Para além de sua função protetiva intrínseca, os acordos de confidencialidade funcionam como mecanismo dissuasório contra o uso ilegal e malicioso de informações compartilhadas no âmbito da formação do contrato definitivo, por compreenderem em geral cláusulas com penalidades severas e mecanismos de execução judicial (*enforcement legal*), que conferem maior segurança jurídica à circulação de informações¹⁶².

Em síntese, os contratos com duração e finalidade específicas, como os acordos de confidencialidade e de exclusividade, compreendem um papel expressivo no processo de formação dos contratos, sobretudo os que apresentem grau de complexidade, na medida em que permitem que as partes construam em conjunto ambiente de maior confiança e segurança para que possam evoluir para a celebração

¹⁶² A título exemplificativo, com o objetivo de demonstrar a natureza dissuasória dos acordos de confidencialidade, menciona-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em demanda envolvendo Suzano Papel e Celulose S.A. e Labate Papéis, Máquinas e Suprimentos Ltda., envolvendo pleito indenizatório em razão da violação de acordo de confidencialidade durante um projeto de parceria. Em trecho do acórdão proferido, observa-se que Labate Papéis, Máquinas e Suprimentos Ltda. “Sustenta que houve violação ao acordo de confidencialidade firmado entre as partes no início do ‘Projeto Cabral’ e, a final, pleiteia a condenação da agravante ao pagamento de indenização por perdas e danos.” (SÃO PAULO: TJSP. Agravo de Instrumento 2012233-58.2024.8.26.0000; Relator(a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 06/07/2024; Data de Publicação: 06/07/2024).

do contrato específico. A utilização desse tipo de contrato nesse ambiente é prática corrente no processo de formação de contratos empresariais como mecanismo de mitigação de riscos e fomento da boa-fé nessa etapa importante da formação do negócio definitivo.

2.3.2.3 A carta de intenção, o memorando de entendimento, o acordo de investimento, o protocolo e a justificação

Em razão do dinamismo e da complexidade do mercado, o processo de formação dos contratos empresariais está em constante evolução e amolda-se às particularidades de cada operação econômica que se pretende entabular. Nesse contexto, diversas figuras, contratuais ou não, são desenvolvidas e utilizadas para atender as necessidades particulares de cada caso. Não se busca exaurir o estudo desses instrumentos, tampouco dissecar a sua natureza jurídica¹⁶³, o presente estudo propõe-se a apresentar, de forma pontual, algumas figuras utilizadas de modo comum no ambiente empresarial para, oportunamente, observar as suas distinções em relação ao contrato preliminar.

Entre os documentos utilizados cotidianamente no processo de formação dos contratos empresariais, menciona-se a carta de intenção (também conhecida como *Letters of Intent* ou LOI) e o memorando de entendimento (na prática, chamado de *Memorandum of Understanding* ou MOU), que têm por objetivo assegurar o interesse genuíno em contratar e fixar os pontos acordados durante a negociação e que deverão compor o contrato definitivo. Nesse sentido, a lição de José A. Engrácia Antunes:

Desde logo, temos as chamadas cartas de intenção ou acordos de princípio (*'letters of intent', 'memorandum of understanding', 'agreements in principle', 'Absichtserklärungen', 'accords de principe'*): esses acordos, de conteúdo extremamente variável, consistem usualmente em pactos por meio dos quais as partes, em determinado estágio das negociações em curso, manifestam sua vontade em prosseguir estas de boa-fé com vista a atingir o acordo final. Tais acordos são muito frequentes no processo negocial de determinados tipos de contratos mercantis: sirvam de exemplo os contratos de compra e venda de empresa, onde é comum que as partes plasmem e reproduzam os resultados das conversações ou negociações empreendidas (*'preliminary agreements', 'pourparlers', 'Verhandlungen', 'trattative'*), normalmente em documentos de natureza econômica (*'due diligence'*) e jurídica (*'legal opinions'*) que visam fornecer uma informação exaustiva sobre os mais variados aspectos organizativos, técnicos, patrimoniais, financeiros e

¹⁶³ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 97.

contabilísticos da empresa negociada de modo a permitir uma correcta e livre formação da vontade negocial das partes contratantes¹⁶⁴.

Diante das características do mercado que, por consequência, influenciam a formação dos contratos empresariais, Maristela Basso alerta que o conteúdo da carta de intenção, na prática, é muito variado, pode ser utilizada para “fixar os pontos já acordados, consagrar acordos sobre os elementos essenciais do futuro contrato, fixar o prazo dentro do qual as negociações devem se realizar etc.”¹⁶⁵. A carta de intenção serve, segundo a autora, para documentar a negociação e impor entre as partes o dever moral (já existente) de negociarem em boa-fé.

Giovanni Ettore Nanni assevera que da carta de intenção não decorrem estipulações de direitos e obrigações para as partes, tampouco é fixado conteúdo mínimo do negócio definitivo, mas “apenas um programa de intenções no sentido de deixar aberta a possibilidade de negociação, ou seja, estabelecendo um mero acordo de negociações (*agreement to negotiate*). É um negociar sem compromisso”¹⁶⁶. Maristela Basso atenta-se à diversidade de expressões utilizadas para retratar as cartas de intenção¹⁶⁷, incluindo entre elas o termo *memorandum of understanding* ou memorando de entendimentos.

A despeito da semelhança entre ambas as figuras, que podem desempenhar funções idênticas¹⁶⁸, na prática observa-se algumas diferenças formais e funcionais.

¹⁶⁴ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 97-98.

¹⁶⁵ BASSO, Maristela. As Cartas de Intenção ou Contratos de Negociação. **Revista dos Tribunais**, v. 769, p. 28 – 47, nov. 1999DTR\1999\525.

¹⁶⁶ NANNI, Giovanni Ettore. Memorando de Entendimentos não vinculante: não ocorrência de perda de chance. Inexistência de violação de obrigação de confidencialidade (parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo RDCC**, (coord.) Otávio Luiz Rodrigues Júnior, n. 7, v. 24, jul. set. 2020, Revista dos Tribunais, p. 322.

¹⁶⁷ “Tais documentos, na prática, são freqüentemente denominados *letter of understanding*, *letter of intention*, *heads of agreement*, *memorandum of understanding*, *pledge of agreement*, *agreement in principle*, *gentlemen's agreement*, *acordo preliminar*, *lettre d'intention*, *protocole d'accord*, *lettere d'intento*, *accordo di principio*. A essa diversidade de expressões, Marcel Fontaine (1977, p. 99) denomina ‘anarquia terminológica’”. (BASSO, Maristela. As Cartas de Intenção ou Contratos de Negociação. **Revista dos Tribunais**, v. 769, p. 28 – 47, nov. 1999DTR\1999\525).

¹⁶⁸ Segundo Paulo Borba Casella, “A carta de intenções é mecanismo pré-contratual de expressão dos objetivos e da disponibilidade das partes em assumir compromissos no limiar do processo cujo resultado será - normalmente, em caso de sucesso das negociações – a celebração do contrato principal. A carta de intenções desempenha duplo papel, na medida em que constitui, ao mesmo tempo, um balanço dos pontos já alcançados e um programa de ação para as partes. Esses dois elementos poderiam ser analisados separadamente: a carta de intenções, enquanto balanço dos pontos já alcançados, sistematiza aspecto muito específico da negociação; enquanto programa de ação, a carta de intenções exprime a expectativa dos resultados da negociação, devendo dar uma base praticamente estável do estado da negociação. A idéia central da carta de intenções é que as partes, pela assinatura colocada em tal documento, se vinculam em processo de negociação, ou mesmo em contrato de negociação, ou de compromisso de negociar. A carta de intenções deve

Enquanto a carta de intenção, em regra, consiste em manifestação (unilateral ou bilateral) de interesse na celebração do negócio, com conteúdo mais reduzido e declaratório, sem natureza vinculativa, o memorando de entendimento reflete os consensos ajustados entre as partes durante a fase de negociação, e poderá ser vinculativo caso as partes assim o desejarem.

Dessa maneira, essencialmente, a carta de intenção tem presença marcante no início da negociação, de forma a indicar o objetivo que será perseguido, o que permite desde o princípio a identificação de sinergias que justifiquem as tratativas. O memorando de entendimento, por sua vez, tem por finalidade reduzir gradualmente as questões que deverão ser acomodadas e consolidar de forma dinâmica os ajustes a que as partes acordaram.

Com função parecida ao memorando de entendimento, o protocolo é o instrumento pelo qual as partes formalizam conjunto de entendimentos que se aproxima de um acordo de princípios ou de um instrumento de cooperação com algum grau de especificidade. Essa figura, entretanto, é utilizada mais comumente em operações societárias, como fusões e aquisições, com o objetivo de estabelecer etapas prévias à formalização do negócio, conforme dispõe o art. 224¹⁶⁹ da Lei nº. 6.404/1976.

Da mesma maneira, a justificação também é uma figura típica dessas operações societárias e tem como objetivo detalhar os termos da operação e

fornecer indicações a respeito do dever de negociar, considerado em si mesmo, e exprimir as obrigações das partes, dentre as quais, especialmente, a obrigação de não mais recolocar em discussão os pontos já decididos durante a negociação e inscritos na carta de intenções. É preciso levar em conta o fato de que o dever de negociar deve ser encarado como obrigação de resultado, e o fato de subtrair-se a tal compromisso pode colocar em jogo a responsabilidade contratual." (CASELLA, Paulo Borba. *Negociação e formação de contratos internacionais -- em direito francês e inglês. Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 84, n. 84-85, p. 140, 1990).

¹⁶⁹ Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá: I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição; II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão; III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores; IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra; V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação; VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação; VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação. Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

submetê-lo à aprovação do acionista¹⁷⁰. Essa figura, em particular, guarda alguma semelhança com o contrato preliminar; a despeito de a eficácia da operação depender da aprovação assemblear, seus elementos essenciais devem estar presentes na justificação.

Por fim, o acordo de investimento, conhecido como *term sheet*, também é muito utilizado na formação do contrato definitivo no ambiente empresarial, em particular na constituição de *startups*, cuja função, em geral, é esmiuçar em termos legais e financeiros o investimento que deverá ser realizado pelas partes para atingirem os objetivos iniciais do negócio que será firmado. A título de exemplo, em uma negociação que intenciona ajustar a parceria entre duas empresas do ramo de tecnologia a desenvolverem um produto e explorar a sua comercialização em uma região específica, o *term sheet* deverá indicar o investimento que será feito pelas partes e todo o arcabouço jurídico que o respaldará, como a contratação de financiamentos bancários, a realização de mútuos entre as empresas etc.

A despeito de suas características particulares, todas as figuras mencionadas são instrumentos concebidos para organizar e formalizar etapas intermediárias em negociações complexas no ambiente empresarial. Apesar de não se confundirem com o contrato definitivo, são elementos cruciais para a pavimentação da futura relação contratual. De um modo ou de outro, essas figuras constituem acordos válidos, razão pela qual produzem efeitos¹⁷¹.

Todas essas figuras compreendem a função de mitigar riscos e otimizar o processo de negociação e formação do contrato definitivo, de maneira a permitir que as partes avancem com maior confiança e compromisso; funcionam, como marcos temporais e conceituais do processo de formação do contrato. Diante da diversidade de expressões utilizadas para retratar essas figuras, sua qualificação jurídica depende de análise casuística que considerará não apenas os termos do instrumento, mas o que as partes efetivamente intencionaram com a sua elaboração.

¹⁷⁰ A esse respeito, assim dispõe a Lei 6.404/76: “Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos: I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização; II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista; III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir; IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes”.

¹⁷¹ BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. O acordo de não divulgação (NDA) e a questão do rompimento das negociações. **Revista de Direito Privado**, v. 51, p. 333 – 375, jul. set. 2012, DTR\2012\450521.

2.3.3 A necessidade de vinculação das partes e o contrato preliminar

As relações humanas contemporâneas, refletidas nas práticas de mercado, atingiram grau inédito de complexidade decorrente da multiplicação rápida das formas de manifestação da vontade. Essa realidade impacta invariavelmente o processo de formação dos contratos, que podem ser materializados também por meios digitais e sem maiores formalidades, a depender da relação estabelecida.

O sociólogo e filósofo Zygmunt Bauman¹⁷² discorreu sobre as relações pouco perenes entre indivíduos na pós-modernidade. Segundo o sociólogo, as relações pós-modernas são líquidas na medida em que os indivíduos em geral pouco se comprometem. Esse comportamento decorre do excesso de informações e estímulos externos voltados ao consumo e aos negócios, de modo que a manifestação da vontade é minada por estímulos excessivos que tornam pouco hígida a convicção dos indivíduos acerca de suas intenções reais e necessidades. A única certeza existente é a incerteza.

Ao estudar a teoria do pensamento complexo, entre outras questões, o filósofo Edgar Morin¹⁷³ entrelaça aparentes dualidades como a razão e a emoção, o concreto e o imaginário, a ciência humana e a ciência da natureza. Ao transportar esse entrelaçamento de dualidades para a complexidade das relações contemporâneas, mostra-se desafiador o fomento da evolução da atividade econômica e das relações empresariais em geral, na medida em que, de um lado, dependem da segurança e da previsibilidade que se espera dos negócios jurídicos e, de outro, sofrem as influências e submetem-se à complexidade e à fluidez verificada na pós-modernidade.

Como estudado no capítulo 1, ao lado das relações contratuais de massa e dos contratos *spot*, caracterizados pela sua execução instantânea, estão as relações contratuais complexas¹⁷⁴, cuja materialização é antecedida por inúmeras etapas (i.e. a prospecção, a negociação, a elaboração de diversos documentos, como os tratados anteriormente, as trocas de minutas e a conclusão). Não se admite que as partes de qualquer relação jurídica envidem esforços e dispendam tempo para discutir diversas questões que serão disciplinadas em contrato futuro sem que tenham segurança de que o negócio jurídico materializar-se-á. Tampouco se imagina que as partes de

¹⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

¹⁷³ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

¹⁷⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais, Teoria Geral e Aplicação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 48/50.

relações complexas tenham, desde sempre, condições (desde informacionais, até operacionais) de concluir a contratação de forma rápida e eficiente.

Para cada etapa do processo de formação do contrato, interesses e necessidades diferentes devem ser acomodados, o que inclui o momento em que as partes compreendem a necessidade de vincularem-se, ainda que não seja esta a ocasião em que deverão iniciar a execução do que se avençou. Nesse contexto, o contrato preliminar – cuja compreensão dos seus contornos será objeto de aprofundamento nos próximos capítulos¹⁷⁵ – tem relevância na medida em que possibilita que as partes tenham a certeza da formação do contrato definitivo, com o diferimento dos seus efeitos para outro momento, o que permitirá a discussão futura de questões não essenciais ao vínculo contratual que será definitivamente ajustado.

Nesse sentido, ao tratar dos contratos preliminares, Alcides Tomasetti Jr. consignou que embora as partes possam não querer concluir o contrato em discussão desde logo, podem preferir “por vários motivos, remeter a produção de tais efeitos a um momento sucessivo, a um segundo tempo; mas querem ter a certeza de que esses efeitos, no tempo oportuno, virão a se materializar”¹⁷⁶.

O contrato preliminar, portanto, como menciona Cristiano de Sousa Zanetti, “pode surgir nas negociações, tendo eficácia própria, qual seja, a de formação coativa do contrato definitivo, ou a de gerar o dever reparatório quando isso não for possível”¹⁷⁷. Não se nega que algumas das figuras anteriormente analisadas também podem vincular as partes e, ainda, também podem ter eficácia própria; entretanto, com o contrato preliminar não se confundem.

A título ilustrativo, menciona-se que diferentemente do contrato preliminar, o vetor normativo inserido no contrato-quadro não aborda necessariamente os

¹⁷⁵ Embora o estudo acerca do contrato preliminar seja objeto de aprofundamento nos próximos capítulos, em benefício da clareza, rememore-se a lição de Pontes de Miranda: “Contrato preliminar, ou melhor, pré-contrato (*Vorvertrag*, nome proposto por H. Thöl), pactum de contrahendo, entende-se o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, ou todas, no caso de pluralidade subjetiva, se obrigam a concluir outro negócio jurídico, dito negócio principal, ou contrato principal.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. t. XIII, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 30).

¹⁷⁶ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 4-5.

¹⁷⁷ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 28.

elementos essenciais do contrato que se almeja celebrar, daí porque não comporta execução específica. A esse respeito, a lição de Cristiano de Sousa Zanetti¹⁷⁸:

As cláusulas do contrato quadro, portanto, compõem diversos outros contratos, sem que seja necessário discuti-las novamente. O contrato quadro pode ser melhor compreendido a partir de sua comparação com o contrato preliminar. De fato, enquanto o contrato preliminar deve, conforme dispõe o art. 462 do novo Código Civil, possuir todos os requisitos essenciais do contrato definitivo, o contrato quadro caracteriza-se justamente por não possuir todos esses requisitos, servindo apenas para deixar firmado o consenso das partes a respeito de determinadas cláusulas.

No contrato quadro, portanto as partes obrigam-se apenas a respeitar determinadas cláusulas, caso cheguem a uma composição a respeito de outros pontos de negócios jurídicos mais específicos. Por essa razão, o contrato quadro não comporta execução específica, sendo mesmo ineficaz enquanto não houver consenso relativo aos pontos restantes e necessários para a conclusão do contrato inicialmente imaginado.

A título exemplificativo, pode-se pensar num contrato quadro firmado entre parceiros comerciais que pretendem celebrar diversos contratos de compra e venda de diferentes tipos de grãos, estabelecendo a forma e o local de pagamento sem que, no entanto, seja estipulado qualquer valor ou mesmo sejam especificadas as quantidades a serem adquiridas. Referido contrato, como apontado, não comporta execução específica, pois não apresenta os elementos essenciais à compra e venda. Sua utilidade reside precisamente no fato de que, quando forem celebrados os diversos contratos de compra e venda, a forma e o local de pagamento já estarão definidos.

O contrato de preferência também não se confunde com o contrato preliminar, na medida em que sua finalidade não é garantir a celebração do contrato definitivo, mas conferir ao titular da preferência a primazia de contratar nas exatas condições oferecidas a terceiros¹⁷⁹. Embora dotado de eficácia, o direito de preferência integra o processo de negociação do contrato futuro, de modo que a sua existência não garante que o negócio definitivo seja avençado com o titular da preferência, caso terceiros

¹⁷⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 21-21.

¹⁷⁹ Nesse sentido: “O contrato de preferência não se confunde com contrato preliminar, pois confere desde logo ao seu titular o direito de, em caso de futura celebração de contrato, preferir a terceiros. A celebração do contrato futuro consiste no mero exercício do direito de preferência, cujo objeto não é o contrato futuro, como ocorre no contrato preliminar, mas sim o poder de, em igualdade de condições, celebrá-lo na frente de quem quer que seja.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 20). Ainda nesse sentido: “Se do negócio jurídico pôde irradiar-se o direito formativo gerador, não houve pré-contrato: o segundo contrato é resultante do direito formativo gerador, e não de adimplemento do contrato anterior. Tem-se de raciocinar do mesmo modo, quer se trate de direito de preferência, quer se trate de direito de opção. [...] Se há contrato, esse cria o direito de preferência, sem ser, tecnicamente, pré-contrato. O contrato que dissesse: ‘Se A fôr vender, tem B preferência na compra’, não é pré-contrato, é contrato com cláusula de preferência, ou pacto de preferência. Tão-pouco, é pré-contrato o contrato de opção: não se promete contrato; a opção é exercício de direito formativo gerador” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais; atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. XXXVIII, p. 530).

apresentem condições objetivamente vantajosas para a celebração do negócio definitivo¹⁸⁰.

Para Francesco Gazzoni, as negociações e acordos iniciais são muito diferentes de um contrato preliminar verdadeiro. Referido autor defende a formação do contrato não decorre de um processo contínuo e homogêneo, mas de diferentes fases que devem ser compreendidas de maneira independente. Essa separação é fundamental para compreender quando as partes estão realmente vinculadas a um futuro contrato e quais regras de responsabilidade se aplicam¹⁸¹.

As negociações para acordos preliminares, portanto, não se confundem com o contrato preliminar. Segundo Rafael Villa Gagliardi, nas tratativas preliminares, as partes estão em fase de discussão para alcançar um consenso acerca dos elementos essenciais do negócio que ainda não se materializou, por outro lado, no contrato preliminar o consenso foi alcançado. As negociações preliminares representam uma etapa de entendimentos em que normalmente não há vinculação obrigacional, o que não significa dizer, em caso de rompimento unilateral e injustificado da negociação,

¹⁸⁰ Ainda nesse sentido, a lição de Ivo Waisberg: “Não obstante as semelhanças, muitas são suas diferenças. Uma primeira diferença é funcional. Enquanto o contrato preliminar tem como escopo a celebração do contrato principal, a preferência objetiva preferir terceiro no caso de haver um contrato futuro. A principal diferença, em nossa opinião, está no fato de que, no contrato preliminar, os contratantes têm o direito de exigir a celebração do contrato definitivo naqueles termos, ao passo que, na preferência, o direito do preferente em relação ao outorgante depende desde decidir celebrar um contrato no futuro com terceiro e chegar a bom termo. Este elemento, por si, já separa de forma inquestionável os dois institutos, mesmo no caso de contrato preliminar unilateral. Assim, não se irradia da preferência, em um primeiro momento, a obrigação de contratar o contrato definitivo, o que já ocorre no contrato preliminar. Outra diferença significativa diz respeito ao conteúdo do contrato principal, que no contrato preliminar deve estar já definido e na preferência não pode estar determinado, pois depende ainda da negociação futura e eventual do outorgante com o terceiro.” (WAISBERG, Ivo. **Direito de Preferência para a aquisição de ações**. Conceito, Natureza Jurídica e Interpretação. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 53).

¹⁸¹ “*Il problema della distinzione tra accordi precontrattuali e contratto preliminare non è dunque di carattere teorico, astratto, ma concreto. In linea di principio, infatti, è evidente la diversità: gli accordi precontrattuali non hanno valore vincolante sul piano dell’assetto perseguito, per mancanza di consenso su tutti gli elementi del contratto, che non può dirsi venuto in vita, a differenza del contratto preliminare, il quale, per essere tale, deve presentarsi completo sul piano dispositivo, e quindi presuppone raggiunto l’accordo su tutti i punti riferibili agli elementi comunque necessari perché si producano gli effetti voluti dalle parti. Bisogna inoltre distinguere tra completezza e perfezionamento. Prefino la redazione di un documento completo nelle clausole essenziali ed accessorie di un assetto di interessi, costituisce solo una presunzione semplice di perfezionamento contrattuale, potendosi dar prova contraria. Si applica al riguardo l’art. 1362, riferito peraltro all’interpretazione non del contenuto dell’assetto, ma della volontà di vincolarsi. [...] È approssimativo e meramente descrittivo, pertanto, dire che la censura trattative e conclusione del contratto si attenua fino a scomparire in favore di una sorta di continuum, perché ciò è vero solo se si vuole sottolineare che la conclusione del contratto può essere, e spesso è, frutto di una formazione progressiva ossia di un procedimento, i cui stadi, però, sono ben nettamente divisi e tali debbono restare, pena, come detto, il rischio di confusioni disciplinari oltre che terminologiche.*” (GAZZONI, Francesco. **Il contratto preliminare**. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 2010, p. 602-603).

que não haverá responsabilidade pré-contratual. O resultado dessa negociação não implica a materialização de um instrumento juridicamente vinculante, mas um arranjo que poderá ou não implicar a celebração de um contrato preliminar ou definitivo¹⁸².

O contrato preliminar, como será estudado nos próximos capítulos, representa mecanismo relevante de equilíbrio entre a fluidez das relações modernas e a necessidade de segurança jurídica nas práticas negociais, sobretudo no contexto dos contratos empresariais. Ao contrário de outras figuras comuns do processo de formação do contrato empresarial, o contrato preliminar assegura a efetividade da vontade consensuada, permite maior proteção às partes quanto a celebração do negócio definitivo; eis a importância de analisar-se a natureza, a eficácia e as peculiaridades dessa figura.

¹⁸² “Dada a situação preliminar no iter de formação contratual, são comuns confusões com institutos afins, as quais devem ser evitadas. O contrato preliminar não pode ser confundido com o que se pode denominar de contatos ou negociações preliminares, ainda quando estas tenham dado ensejo a minutas, projetos ou cartas ou protocolos de intenções, segundo lembra Vincenzo Roppo. Essas tratativas constituem discussões entre as partes para que possa ser, finalmente, atingido o consenso sobre os elementos principais do negócio, ainda não existente na fase de negociações, mas já verificado quando da celebração do contrato preliminar. As negociações preliminares representam uma fase de entendimentos em que não existe vinculação, podendo, apenas, verificar-se hipótese de responsabilidade pré-contratual em caso de recesso unilateral injustificado em um estágio avançado dos entendimentos. O resultado de tais negociações ou tratativas não é um instrumento vinculativo, mas mero esquema hipotético, que pode vir, ou não, a desaguar na celebração de um contrato perfeito, seja ele preliminar ou definitivo”. (GAGLIARDI, Rafael Villar. *Contratos preliminares*. In: Lotufo, Renan; Nanni, Giovanni Ettore (coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.p. 555).

3 O CONTRATO PRELIMINAR: CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES

Como já visto, a formação do contrato pode ser antecedida por diferentes etapas. Neste capítulo, será abordado com maior detalhamento instrumento jurídico de grande importância nessa arquitetura negocial progressiva: o contrato preliminar. Esta figura jurídica, dotada de peculiaridades que a distinguem de simples acordos protocolares ou negociações, representa importante ferramenta estratégica na formação dos contratos em geral – sobretudo os de natureza empresarial –, em que a complexidade de determinadas operações e a necessidade de planejamento de longo prazo recomendam soluções jurídicas que sejam a um só tempo seguras e flexíveis.

A seguir, à guisa de inauguração deste capítulo, buscar-se-á desvendar o contrato preliminar em suas bases conceituais e funcionais, delineando-se como essa figura contratual é inserida no ordenamento jurídico brasileiro e qual a sua função precípua no contexto dos contratos empresariais. A compreensão da natureza vinculante do contrato preliminar e a forma que ele se distingue de outras figuras comumente utilizadas nas etapas pré-contratuais é fundamental para a análise da sua eficácia e exequibilidade (tema que esta dissertação se ocupará em seu derradeiro capítulo).

3.1 Conceito e Função

Conforme exposto no capítulo 2, o contrato forma-se após a prática de diversos atos que se sucedem no tempo, com graus de complexidade diversos a depender do negócio que se pretende ajustar, tais como (i) negociações e tratativas preliminares – das quais podem ser produzidas minutas, atas de reuniões, preparação de projetos e estudos acerca do negócio que se almeje entabular; (ii) apresentação de propostas e contrapropostas ajustadas conforme a intenção e a necessidade das partes; (iii) elaboração de contratos preparatórios e/ou com duração e finalidade específicas; (iv) além de protocolos de intenção que não estabelecem vínculos jurídicos e não comportam execução específica, sujeitos apenas aos princípios da probidade e da boa-fé.

Nesse panorama de formação progressiva, Francesco Gazzoni esclarece que o processo contratual se inicia com o “contato” intersubjetivo, inaugurado pelas tratativas e só se conclui quando há uma situação jurídica apta a produzir as modificações patrimoniais almejadas. Para referido autor, a distinção entre esses estágios é fundamental, pois embora as cartas de intenção ou minutas sirvam para fixar pontos de consenso em negociações ainda em curso, elas carecem do caráter vinculante do contrato preliminar¹⁸³.

Não é incomum observar, na prática, situações em que, apesar de não quererem ou não poderem concluir o negócio almejado imediatamente, as partes preferam estabelecer desde logo as premissas fundamentais do negócio desejado, para vincularem-se em relação a elas, sem que isso implique a sua concretização jurídica imediata. Essa dinâmica reflete o que Francesco Galgano aponta como uma das principais funções do contrato preliminar: garantir às partes a ultimação do contrato definitivo almejado¹⁸⁴.

Para garantir a segurança jurídica na postergação dos efeitos jurídico-econômicos do negócio definitivo, as partes, além da boa-fé – pressuposto de todo negócio jurídico – podem se utilizar do contrato preliminar a fim de formalizar vínculo jurídico que além de conferir garantia sobre a realização do negócio definitivo no momento oportuno, confere coercibilidade para que esse negócio seja de fato concretizado¹⁸⁵.

¹⁸³ Il contratto preliminare si inserisce nel più générale contesto della formazione progressiva, che ha inizio nel momento del – contatto – intersoggettivo, da cui originano le trattative, e termina nel momento in cui è posta in essere quella fattispecie, idonea, secondo l'ordinamento giuridico, a produrre quelle modificazioni patrimoniali, cioè quegli effetti per i quali il – contatto – è stato ricercato e conseguito. L'iter può dunque essere più o meno travagliato a seconda che tra – contato – iniziale e produzione delle modificazioni e rilevanza giuridica assai diverse. Dalle trattative si può passare infatti alla stipula, magari per scrittura privata, di un contratto produttivo di effetti finali, ma può anche concludersi un contratopreliminare, seguito dalla stipula del contratto definitivo ovvero un contratto preliminare di opzione o, all'inverso, um'opzione di preliminare o um preliminare per persona da nominare seguito dalla nomina in sede di definitivo, così como può concludersi un patto di preferenza, seguito da denuntiatio di preliminare e successiva adesione. L'iter può anche essere più complesso quando le parti formino documenti rappresentativi degli accordi raggiunti nel contesto della fase delle trattative. In tal caso si tratterà di accertare non solo il valore di detti accordi, ma anche i criteri con i quali stabilire, da un lato, come distinguere gli accordi stessi dal contratto preliminare e, dall'altro, se accertata l'esistenza di um accordo a carattere contrattuale, si sai in presenza di un contratto preliminare o di in contratto definitivo. Si parla, a proposito di detto accordi, di lettera di intenti ovvero, secondo la terminologia più recorrente anche nelle sentenze, di minuta o puntuazione. Lo scopo perseguito dalle parti è quello di fissare le clausole sulle quali è stato già raggiunto il consenso, ma nell'ambito di una trattativa che ancora è in corso e deve proseguire. (GAZZONI, Francesco. **Il contratto preliminare**. 3. Ed. Turim: G. Giappichelli, 2010, p. 601)

¹⁸⁴ GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Pádua: Cedam, 1985, p. 254.

¹⁸⁵ A esse respeito, a lição de Enzo Roppo: “Há pouco fez-se referência à hipótese de ‘formação sucessiva’ do contrato, que ocorre quando – sendo as negociações particularmente longas e

A segurança jurídica proporcionada pelo contrato preliminar é um de seus pilares, e a possibilidade de execução específica da obrigação de contratar é um mecanismo fundamental para a sua efetividade. Nesse aspecto, Francesco Galgano aponta que o Código Civil italiano, ao tratar do contrato preliminar, enfatiza que na hipótese de uma parte não cumprir a obrigação de fazer nele prevista, poderá a outra parte requerer a sua execução forçada. Essa previsão legal, reproduzida no direito brasileiro, busca assegurar que a expectativa legítima das partes, criada pelo contrato preliminar, possa ser judicialmente concretizada.

Como aponta Francesco Galgano, a possibilidade de execução específica do contrato preliminar, contudo, não deve ser confundida com a situação de determinado contrato já definitivo que, porventura, careça apenas dos requisitos formais para a sua transcrição. No contrato preliminar, a obrigação é de contratar no futuro; já no segundo caso, o contrato de venda e compra já ocorreu, e a providência judicial seria para formalizar o título para transcrição ou para a execução direta da entrega do bem ou pagamento do preço, dada a já transferência da propriedade¹⁸⁶. Como será visto mais

complexas – as partes fixam, no decurso das mesmas, os acordos parciais já alcançados, redigindo uma minuta, ou esboço, de contrato, reservando-se prosseguir as negociações para a definição dos outros pontos – porventura só acessórios – deixados em suspenso, e assim chegar à estipulação definitiva do contrato. O problema que se põe nestes casos (a resolver de modo diverso segundo as circunstâncias do caso concreto) consiste em estabelecer se os acordos parciais fixados em minuta são já vinculantes para as partes, salva a sua futura integração, ou se, inversamente, as partes devem considerar-se vinculadas só com a conclusão do acordo definitivo. ‘Fatispecies’ deste género podem, por vezes, dar lugar à figura, de que nos ocupamos agora, do contrato-promessa mas não devem ser confundidas com este. Com o contrato promessa, na verdade, as partes não se obrigam simplesmente a prosseguir as negociações (permanecendo firmes os eventuais acordos já alcançados), mas obrigam-se, sem mais, a concluir um contrato com um certo conteúdo. A peculiaridade de tal instrumento jurídico é justamente esta: as partes já definiram os termos essenciais da operação económica que tencionam realizar (suponhamos, a venda de um imóvel por um certo preço) mas não querem passar de imediato a actuá-la juridicamente, não querem concluir, desde já, o contrato produtor dos efeitos jurídico-económicos próprios da operação; preferem remeter a produção de tais efeitos para um momento subsequente, mas, ao mesmo tempo, desejam a certeza de que estes efeitos se produzirão no tempo oportuno, e por isso não aceitam deixar o futuro cumprimento da operação à boa-vontade, ao sentido ético, à correção recíproca, fazendo-a, ao invés, desde logo matéria de um vínculo jurídico. Estipulam, então, um contrato preliminar, do qual nasce precisamente a obrigação de concluir, no futuro, o contrato definitivo, e, com isso, de realizar efectivamente a operação económica prosseguida.” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Livraria Almedina Coimbra, 1988, p. 102/103).

¹⁸⁶ “*Con il vero e proprio contratto preliminare non va confuso il contratto, che nella pratica viene spesso indicato con lo stesso nome, già definitivo ma ancora mancante dei requisiti necessari per valere come titolo per la trascrizione. Qui le parti non si obbligano a vender e a comperare, ma vendono e comperano; solo si impegnano reciprocamente a ritrovarsi in un secondo momento per riprodurre il contratto già definitivo in un documento avente la forma dell'atto pubblico o fella scrittura pivate autenticata. In questo caso, se una delle parti non adempie, l'altra non deve chiedere al giudice una sentenza che, a norma dell'art. 2932, tenga luogo del contratto non concluso (ma, semmai, una sentenza che accerti la sottoscrizione del contratto per formare il titolo necessario per la trascrizione); e può direttamente agire, se è il compratore, per la consegna della cosa (he è già sua per l'effetto traslativo del contratto) o, se è il venditore, per il pagamento del prexxo. L'importanza della*

adiante, no contrato preliminar a sentença judicial assume a função de suprir a manifestação de vontade da parte inadimplente, conferindo a ele força que transcende a obrigação de indenizar, de forma a assegurar a formalização do contrato definitivo como inicialmente concebido¹⁸⁷.

Segundo salienta Alcides Tomasetti Junior, as partes podem estipular “um primeiro contrato – a que se pode dar o nome de preliminar – que faz surgir a obrigação de se concluir, no futuro, um segundo contrato – a que se pode chamar de definitivo”¹⁸⁸, cuja conclusão é o elemento categorial do contrato preliminar¹⁸⁹.

Conforme ensina Francesco Galgano, por meio do contrato preliminar as partes se obrigam, uma em relação a outra, a celebrar contrato futuro por elas almejado, cujos elementos essenciais são previamente determinados no negócio preliminar. A título ilustrativo, o mencionado doutrinador aponta que o contrato preliminar de venda não opera a transferência da propriedade, mas enseja a obrigação de vender para uma parte e de comprar para a outra. A efetiva transferência da propriedade somente se concretizará com a celebração do contrato definitivo, em cumprimento ao pacto preliminar. Essa distinção é crucial para entender a autonomia funcional do contrato preliminar, que, embora preparatório, possui força vinculante própria e objeto distinto do contrato final¹⁹⁰.

Menciona-se, entretanto, que para Francesco Gazzoni, o contrato preliminar, para ser considerado tal, “deve apresentar-se completo no plano dispositivo, e,

distinzione fra vero e proprio preliminare e definitivo da riprodurre documentalmente emerge, fra l'altro nell'ipotesi di perimento della cosa: nel secondo caso, essendo la proprietà già passata al compratore, il perimento della cosa per causa non imputabile all'alienante, non libera l'acquirente dall'obbligazione di pagare il prezzo”. (GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Pádua: Cedam, 1985, p. 255).

¹⁸⁷ “Prevede, inoltre, l'eventualità che una delle parti non adempia il preliminare: l'altra parte può rivolgersi al giudice ed ottenere, se il preliminare non lo esclude, l'esecuzione forzata dell'obbligazione di contrattare: il giudice emetterà una sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso (art. 2932). Così, se è inadempito un preliminare di vendita, la sentenza stessa trasferisce la proprietà della cosa oggetto del preliminare, sotto la condizione sospensiva dell'adempimento dell'obbligazione di pagarne il prezzo.” (GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Pádua: Cedam, 1985, p. 254).

¹⁸⁸ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 5.

¹⁸⁹ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 18.

¹⁹⁰ “Il contratto preliminare è il contratto con in quale le parti si obbligano, l'una nei confronti dell'altra, a concludere un futuro contratto, del quale predeterminano il contenuto essenziale. La figura più diffusa è il preliminare di vendita: esso non trasferisce la proprietà della cosa da una parte all'altra; è, invece, fonte dell'obbligazione, per l'una, di vendere e, per l'altra, di comperare. Il trasferimento della proprietà si avrà solo quando, in adempimento del preliminare, le parti concluderanno il contratto definitivo.” (GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Pádua: Cedam, 1985, p. 254).

portanto, pressupõe o acordo alcançado sobre todos os pontos referentes aos elementos de qualquer forma necessários para que se produzam os efeitos desejados pelas partes”¹⁹¹, indo além dos meros elementos essenciais, para incluir aqueles que as partes consideraram essenciais em concreto.

Nesse contexto, a figura do contrato preliminar bem ilustra a tensão e a complementaridade entre estrutura e função no direito. Conforme se extrai da lição de Norberto Bobbio, enquanto a estrutura do contrato definitivo pode exigir requisitos rígidos – como a forma específica ou a tradição de bens para contratos reais –, a função do contrato preliminar é justamente criar vínculo jurídico eficaz que assegure a realização do negócio futuro, mesmo que o momento para cumprir a forma ou a tradição ainda não tenha chegado¹⁹².

No Código Civil de 2002, o contrato preliminar foi disciplinado a partir do artigo 462¹⁹³, inserido no Capítulo I, do Título V, do Livro das Obrigações¹⁹⁴, de forma que essa figura retratada na parte geral dos contratos tem amplo espectro de aplicação, e pode ser utilizada em operações econômicas de diversos tipos, inclusive em contratos empresariais que envolvam aquisição de participações societárias^{195 196}; formalização

¹⁹¹ Nossa tradução. No original: “Il problema della distinzione tra accordi precontrattuali e contratto preliminare non è dunque di carattere teorico, astratto, ma concreto. In linea di principio, infatti, è evidente la diversità: gli accordi precontrattuali non hanno valore vincolante sul piano dell’assetto perseguito, per mancanza di consenso su tutti gli elementi del contratto, che non può dirsi venuto in vita, a differenza del contratto preliminare, il quale, per essere tale, deve presentarsi completo sul piano dispositivo, e quindi presuppone raggiunto l’accordo su tutti i punti riferibili agli elementi comunque necessari perché si producano gli effetti voluti dalle parti. Non solo pertanto quelli essenziali sul piano tipologico, ma anche quelli che le parti abbiano considerato tali in concreto, in quanto condizionanti la conclusione del contratto.” (GAZZONI, Francesco. **Il contratto preliminare**. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 2010, p. 602).

¹⁹² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007, p. 212-214.

¹⁹³ Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

¹⁹⁴ Conforme apontou Agostinho Neves de Arruda Alvim, encarregado pela elaboração da parte referente ao Direito das Obrigações do Código Civil de 2002, o novo *Codex* tratou expressamente do contrato preliminar em função da lacuna legislativa acerca do tema: “20. Regulamentou o Anteprojeto, em duas seções, o contrato aleatório e o contrato preliminar, cujas lacunas se faziam sentir”. (Anteprojeto do Código Civil, Ministério da Justiça – 2. ed. rev., 1973, p. 76).

¹⁹⁵ SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento 2188663-40.2016.8.26.0000; Relator(a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 07/12/2016; Data de Publicação: 09/12/2016.

¹⁹⁶ SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 0029259-10.2005.8.26.0602; Relator(a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 15/05/2017; Data de Publicação: 17/05/2017.

de parcerias¹⁹⁷ de longo prazo; franquias¹⁹⁸; operações imobiliárias¹⁹⁹ etc. Embora apenas com o advento do Código Civil de 2002 o contrato preliminar tenha recebido tratamento legislativo expresso, há tempo tem sido instrumento utilizado no âmbito das relações empresariais pelos agentes do mercado na concretização de seus negócios jurídicos^{200 201}.

A primeira nota que se tece acerca do contrato preliminar no ordenamento jurídico nacional remonta às ordenações do Reino que cuidaram de regulamentar as chamadas promessas de escritura relacionadas à compra e venda de bens imóveis²⁰². O tratamento jurídico por elas estabelecido nessa temática foi absorvido pela Consolidação das Leis Civis e, posteriormente, pelo Código Civil de 1916, considerada a primeira fonte legislativa no Direito brasileiro acerca do assunto.

O antigo *Codex* foi igualmente influenciado pelo *Esboço* de Teixeira de Freitas²⁰³ que, em seus artigos 1.930²⁰⁴ e 1.931²⁰⁵, estabelecia, de um lado, “um

¹⁹⁷ SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 9194709-04.2008.8.26.0000; Relator(a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 23/04/2013; Data de Publicação: 24/04/2013.

¹⁹⁸ SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 0039202-45.2004.8.26.0001; Relator(a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 04/10/2017; Data de Publicação: 05/10/2017.

¹⁹⁹ BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1817425 / RS; Relator(a): Paulo de Tarso Sanseverino; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 03/08/2021; Data de Publicação: 16/08/2021

²⁰⁰ PELA, Juliana Krueger. O Contrato Preliminar. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, Nova Série, ano. XLII, n. 130, abr.-jun. / 2003, São Paulo, p. 232.

²⁰¹ A esse respeito, Cristiano de Sousa Zanetti destaca que “O Código Civil de 1916 não cuidava expressamente do contrato preliminar como categoria geral, o que não significa, entretanto, que houvesse óbice para a admissão da figura com fundamento no princípio da autonomia da vontade. Além disso, segundo Clóvis Bevilacqua, o contrato preliminar encontraria expresso abrigo no art. 1.088 do referido diploma legal, conferindo-se o direito de ressarcimento em caso de não-cumprimento de promessa de escritura pública. (ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 25).

²⁰² “Nestes contratos, normalmente concluídos com a cláusula de pagar mediante prestações o preço da compra, ou com cláusula de entrega posterior da parcela faltante à respectiva integralização, fica-se a dever, a parte venditoris, a outorga da escritura pública que possa validar, em seu conjunto, como contrato de compra e venda segundo os requisitos do caput do inciso II ao art. 134 do Código Civil, o negócio assim desdobrado ou formado progressivamente”. (TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 229/230).

²⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XIII, p. 43.

²⁰⁴ Artigo 1.930. Os contratos que, devendo ser feitos por escritura pública (art. 1929, n. 1), forem feitos por instrumento particular assinado; ou que forem feitos por instrumento particular assinado em que as partes se obriguem expressamente a reduzi-los a escritura pública (art. 1929, n. 2); não ficarão concluídos como tais enquanto a escritura pública não for assinada (art. 860); mas ficarão concluídos como contratos em que as partes têm obrigado a fazer escritura pública (arts. 1839 e 1904), se os instrumentos particulares tiverem sido judicialmente reconhecidos ou verificados (art. 745 e 750 a 758). Procede essa distinção quando os instrumentos particulares forem minutas ou apontamentos do contrato, ou cartas missivas, contanto que estejam assinadas.”

²⁰⁵ Artigo. 1.931. A obrigação produzida por esses contratos, assim feitos por instrumento particular, será julgada como uma obrigação de fazer (arts. 1.730, n. 7, e 1.733, n. 5), e a parte remissa só

contrato através do qual as partes se obrigariam a fazer algo, como, por exemplo, fazer uma escritura pública. De outro, referido diploma previa o que se conhece atualmente por contrato definitivo²⁰⁶; o adimplemento deste levava à transferência efetiva da propriedade imóvel. O *Esboço*, contudo, não previu a possibilidade de execução específica da obrigação de fazer, ao contrário do que prevê – como será analisado no capítulo a seguir – o Código Civil de 2002.

Influenciado pelo *Esboço* de Teixeira de Freitas, o Código Civil de 1916 disciplinou, em seu artigo 1.088, que quando a lei exigir o instrumento público como prova do contrato, qualquer uma das partes poderá se arrepender do negócio antes da assinatura, obrigando-se, nesta hipótese, a ressarcir à outra parte pelas perdas e danos decorrentes do arrependimento. Dessa maneira, embora referido dispositivo legal não tenha tratado expressamente do contrato preliminar, permitiu que as partes diferissem no tempo a conclusão do contrato definitivo.

A esse respeito, Cristiano de Sousa Zanetti aponta que havia dúvida sobre a qualificação do contrato que estabelecia, por instrumento particular, a transferência de titularidade do imóvel, pois os artigos 82²⁰⁷, 129²⁰⁸, 130²⁰⁹ e 145²¹⁰, do Código Civil de 1916, consideravam inválido o negócio celebrado sem as formalidades legais; além disso, os artigos 133²¹¹ e 134²¹² do mesmo diploma legal estabeleciam que a escritura pública era da substância do ato nos contratos translativos de direitos reais sobre bens móveis²¹³. A partir dessa questão reconheceu-se a existência do contrato preliminar no antigo *Codex*. A esse respeito:

poderá ser demandada pela outra, para que outorgue e assine escritura pública, com a cominação de resolver-se a obrigação em perdas e interesses (art. 951, n. 3).

²⁰⁶ PIVA, Luciano Jordan. *Contratos Preliminares e Contratos Definitivos*. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano LVI, n. 172-173, ago. 2016/jul. 2017, p. 194.

²⁰⁷ Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145).

²⁰⁸ Art. 129. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir (art. 82).

²⁰⁹ Art. 130. Não vale o ato, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida.

²¹⁰ Art. 145. É nulo o ato jurídico: [...] III – quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130).

²¹¹ Art. 133. No contrato celebrado com cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

²¹² Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública: [...] II – Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta mil cruzeiros, excetuando o penhor agrícola.

²¹³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 108.

A partir dessas normas, não havia dificuldade para qualificar o acordo por meio do qual as partes tivessem se obrigado a confeccionar a escritura pública, sob pena de não valer. Nesse caso, por aplicação direta do art. 133, a única solução possível era a aplicação da sanção de nulidade. Restava esclarecer, porém, como se deviam julgar as chamadas promessas de escritura em que faltasse cláusula que a reputasse nula em caso de a confecção do instrumento faltar.

Na doutrina, sustentou-se que a promessa de prestar escritura teria a natureza de contrato preliminar. Sua validade não dependeria, portanto, da confecção de escritura pública, cuja feitura somente seria exigível para a conclusão do negócio definitivo, nos termos do art. 134, inc. II, do Código Civil de 1916. A promessa, portanto, vincularia e, nos termos do art. 1.088, obrigaria a parte que a deixasse de cumprir ao pagamento de perdas e danos. Propunha-se, então, que o art. 1.088 fosse interpretado no sentido de se considerar vinculantes as promessas de conclusão do contrato definitivo, cuja escritura pública fosse exigida como requisito de validade. A sanção para o descumprimento do pactuado seria o pagamento das perdas e danos correspondentes, que poderiam corresponder às arras eventualmente dadas²¹⁴.

Na prática, o artigo 1.088 do Código Civil de 1916 passou a ser aplicado de maneira oportunista por especuladores imobiliários que vendiam terrenos a prestação, recebiam parcela do preço para, posteriormente, caso o mercado imobiliário se valorizasse, manifestar o seu arrependimento, tendo como consequência apenas o ressarcimento do adquirente pelas perdas e danos dela decorrente²¹⁵.

Foi por esse motivo, ao tratar da natureza jurídica do contrato preliminar antes da promulgação do Código Civil de 2002, Orlando Gomes reconhecia a corrente predominante²¹⁶, que o considerava um *pactum de contrahendo*²¹⁷; ou seja, uma

²¹⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 110.

²¹⁵ PIVA, Luciano Jordan. Contratos Preliminares e Contratos Definitivos. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano LVI, n. 172-173, ago. 2016/jul. 2017, p. 198.

²¹⁶ “É o pactum de contrahendo, pelo qual se assume a obrigação de contratar em certo momento e em determinadas condições, criando o contrato preliminar uma ou várias obrigações de fazer, mesmo quando o contrato definitivo originar a obrigação de dar.” (DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2002, p. 51).

²¹⁷ A segunda corrente teórica evidenciada por Orlando Gomes acerca da natureza jurídica do contrato preliminar, trata-o como um acordo que subordina o aperfeiçoamento do contrato definitivo a uma condição meramente potestativa, que “encerra uma contradição interna, eis que se quer submeter e, ao mesmo tempo, não se submeter, criar uma obrigação e, ao mesmo tempo, não criá-la.”

Por fim, Orlando Gomes menciona tendência doutrinária mais atual de considerar o contrato preliminar um negócio jurídico com aptidão a conferir às partes a faculdade de exigir a produção de efeitos do contrato cujos elementos essenciais já foram integralmente definidos. Dessa maneira, seria desnecessária uma nova declaração de vontade na medida em que os elementos substanciais do negócio definitivo já se encontram contidos no contrato preliminar que possui força cogente – exceto na hipótese de ser pactuada cláusula de arrependimento –, apto a ser objeto de execução específica. (GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador: Edvaldo Brito. 26. ed., rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Forense, p. 161.)

obrigação de contratar. Contudo, referido autor apontava que o contrato preliminar poderia ser uma etapa desnecessária à formalização do contrato definitivo porque sua finalidade seria impor às partes obrigação de fazer (celebrar um novo contrato), e a resistência de uma delas resultaria na conversão dessa obrigação em dever de indenizar²¹⁸.

Diante dessa situação, foi editado o Decreto-Lei n.º 58/1937, que dispôs sobre “o loteamento e a venda de terrenos para pagamentos em prestações”, considerou em especial 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”²¹⁹, e instituiu o compromisso de compra e venda com eficácia executiva²²⁰. A partir daquele evento, como ressalta Luciano Jordan Piva, “o ordenamento jurídico passou a conferir eficácia a situações as quais, sob a égide do art. 1.088, do CC/1916, ficavam limitadas”²²¹.

A evolução legislativa acerca do contrato preliminar é relevante para a sua compreensão de maneira ampla, utilizada em larga escala em diversos tipos de negócio que extrapolam os compromissos de compra e venda. A esse respeito, reforça-se desde logo que o contrato preliminar pode ser considerado incidente no aperfeiçoamento do contrato definitivo; embora possa estar presente em qualquer tipo de contratação, não é indispensável para a formação de todos os contratos²²².

²¹⁸ Desde já, menciona-se que – conforme será detalhado no capítulo 4 desta dissertação – a crítica a essa teoria detalhada pelo referido autor acabou superada pelo advento do Código Civil de 2002 que, em seu artigo 464, estabeleceu que “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”. Ressalte-se, entretanto, que o próprio Orlando Gomes considerava, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 2002, que a objeção a essa teoria se mostrava despropositada porque “se admite a execução coativa da obrigação de fazer sempre que não importe em violência física ou perda de liberdade. O ato do promitente pode ser suprido por sentença judicial” (Ibidem, p. 160-161).

²¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei n.º. 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1058.htm. Acesso em: 21 jul. 2025.

²²⁰ Art. 15. Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

²²¹ PIVA, Luciano Jordan. Contratos Preliminares e Contratos Definitivos. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano LVI, n. 172-173, ago. 2016/jul. 2017, p. 199.

²²² PIVA, Luciano Jordan. Contratos Preliminares e Contratos Definitivos. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano LVI, n. 172-173, ago. 2016/jul. 2017, p. 188/189.

O contrato preliminar (também denominado promessa de contrato, compromisso ou contrato preparatório²²³) é uma figura distinta do contrato definitivo, “tendo em vista que ambos produzem efeitos distintos (sendo o objeto do primeiro a realização do segundo, e o objeto do segundo, por exemplo, a compra e venda)”²²⁴. Nesse contexto, o contrato preliminar veicula uma obrigação de fazer – de uma ou de ambas as partes – consistente na celebração futura do contrato definitivo que dará plena efetividade à operação econômica inicialmente concebida, de forma a postergar a sua concretização^{225 226}.

Por esse motivo, ao contrário das prestações materiais do negócio definitivo e ao considerar que o contrato preliminar tem como objeto principal a ulterior celebração do vínculo definitivo, observa-se que o contrato preliminar tem autonomia em relação à convenção final que será ajustada²²⁷. Apesar dessa autonomia formal

²²³ “Na doutrina e legislação brasileiras e estrangeiras é possível encontrar diversas denominações adotadas para referir-se à figura jurídica de que ora se trata – pré-contrato, contrato promessa, compromisso, contrato preliminar, entre outros. Em Portugal, é amplamente utilizado o termo *contrato promessa*; na Itália, a terminologia adotada é *contratto preliminare*. Na Alemanha, utiliza-se *Vorvertrag*, e, na França, *avant contract* (com a ressalva de que o conceito francês de *avant contract* tem conteúdo mais abrangente do que o contrato preliminar propriamente dito, como reconhecido pelos sistemas italiano e português [...])” (PIZA, Guilherme de Toledo. *Contrato Preliminar e a boa-fé objetiva*. São Paulo: Almedina, 2023, p. 36)

²²⁴ TEIXEIRA, Tarcisio. Contrato Preliminar Empresarial. *Revista da Faculdade de Direito, USP*, v. 101, São Paulo, 2006, p. 710.

²²⁵ Nesse sentido: “Come nozione sommaria si può dare questa: il preliminare è un contratto rivolto alla stipulazione di un altro (futuro) contratto. Si chiama definitivo il contratto, a cui il contratto preliminare serve di preparazione (funzione preparatória dei preliminare)” (MESSINEO, Francesco. **Dottrina Generale dei Contratto**. Terza edizione ampliata. Milano: Giuffrè, 1948. p. 199).

²²⁶ Nesse particular, Ana Prata aponta que “[s]egundo alguns, o contrato-promessa, consubstanciando um acordo genérico quando ao contrato definitivo, justificado pelo interesse em garantir desde logo a sua celebração, não consome, porém totalmente o último – não o privando por isso de significado voluntário e funcional –, dado que este corresponde a uma necessidade de pormenorização ou completamento de conteúdo contratual ainda não possível ou conveniente de efectuar quando da conclusão da promessa. Realizadas as negociações preliminares e obtidas pelas partes a convicção da conveniência de celebrar certo contrato, cuja conclusão visam de imediato garantir, não estão elas, porém, em condições de estabelecer, com a precisão que ambas – ou uma delas – consideram necessária, o respectivo regulamento contratual, não desejando, por outro lado, que os efeitos próprios de tal contrato produzam de imediato: celebram então um contrato-promessa, cuja função é a de assegurar a futura conclusão do outro contrato, identificado desde logo nos seus elementos essenciais, e cujo efeito é, conseqüentemente, o de constituir as partes na obrigação de celebrarem o contrato projectado, que consubstancia o objecto do primeiro. Ao contrato prometido, caberia, por seu turno, um papel de exaustivo delineamento do regulamento contratual, intervindo nele uma vontade livre justificativa da sua qualificação como negócio jurídico. E, só no momento desse completamento existindo o contrato prometido na sua inteira identidade, só então seria reconhecível juridicamente a realidade negocial capaz de desempenhar a função que o justifica e também identifica” (PRATA, Ana. **O contrato-promessa e seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 82-84).

²²⁷ A esse respeito, Ana Prata pondera que “[o]mitindo agora referência aos entendimentos, directa ou indirectamente relevantes do artigo 1589 do Código Civil francês, que equipara o contrato-promessa ao contrato final, tem de dar-se conta de que muitos autores vieram negar a autonomia dos dois contratos. Na introdução à exposição das concepções dos ‘negativistas’, M. Galvão Teles,

que distingue o contrato preliminar do contrato definitivo, ambos se relacionam de maneira sequencial e indissociável, ao configurarem uma operação econômica de natureza unitária.

Embora o ordenamento jurídico pátrio tenha sido influenciado pelo Direito italiano no desenvolvimento desta figura, no que concerne à sua forma, o artigo 1.351, do *Codice Civile*, disciplina que o “*contrato preliminare é nullo (1421 e sequenti)*, se non é fato nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo”, enquanto o artigo 462 do Código Civil de 2002 é expresso ao apontar que, com exceção da forma, o contrato preliminar deverá conter todos os requisitos essenciais do contrato celebrado; reconhece-se assim a sua autonomia formal.

Assim, observa-se que enquanto o Código Civil italiano (artigo 1351) exige que o preliminar adote a mesma forma do contrato definitivo, sob pena de nulidade, o Código Civil brasileiro de 2002 (art. 462) é mais flexível, na medida em que exige apenas que sejam disciplinados os elementos essenciais do negócio almejado (como será visto com maior detalhe adiante), com exceção da forma. Nesse particular, Francesco Galgano aponta que quando as partes estipulam forma específica para a celebração do contrato futuro, ainda que não exigida por lei, presume-se que seja condição de validade do contrato, conforme disciplina o artigo 1352²²⁸ do Código Civil italiano.

A despeito disso, a compreensão do contrato preliminar não é dissociada do contrato definitivo; aquele deverá conter os elementos essenciais do negócio definitivo que será firmado posteriormente (como se estudar-se-á a seguir). A esse respeito, Luíza

assinalando que o âmbito da negação não é comum, dado que, ‘se uns negam de todo a obrigação de negociar, outros colocam diversamente o problema consoante ela tenha tido origem negocial ou legal’, chama particularmente a atenção para a diversidade da fundamentação invocada, escrevendo: ‘Duas grandes orientações se podem distinguir: a que considera a obrigação de negociar uma realidade logicamente impossível e a que tem por axiologicamente injustificada. A estas duas orientações correspondem os dois problemas relativos à admissibilidade da obrigação de negociar: o da sua possibilidade (lógica) e o do seu fundamento (axiológico)’. Na sequência de uma orientação de pensamento que tem a sua origem nos pós-glosadores e partindo do pressuposto da concepção do contrato como o necessário produto de um concurso de vontades livres, tendeu uma significativa corrente a defender a insubsistência autónoma dos dois contratos, resolvidos numa recíproca consumpção: ou por ser o contrato-promessa o único contrato realmente existente, relevando o chamando contrato definitivo como mero facto jurídico a que ficava subordinada a sua eficácia total, ou por considerar ser o único contrato efectivamente existente e relevante o definitivo, remetendo o chamado contrato-promessa para o domínio dos actos ou negociações preliminares.” (PRATA, Ana. **O contrato-promessa e seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 71-76).

²²⁸ Art. 1352 “*Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validita' di questo*”. (OMPI. **Código Civil** (aprobado por el Decreto Real N° 262 de 16 de marzo de 1942, y modificado hasta el Decreto N° 291 de 7 de diciembre de 2016), Italia. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/16608>. Acesso em: 2 jan. 2026.

Lourenço Bianchini ensina que o contrato preliminar não tem sentido se não for completado pelo definitivo, na medida em que “[n]a verdade, pode-se dizer que o preliminar já contém o germen desse segundo negócio, cuja causa e objeto já se enxergam nele”^{229 230}.

O período entre a formalização do negócio preliminar e do definitivo tem como razão possibilitar que as partes possam resolver questões pendentes, embora estejam vinculadas a formalizarem posteriormente o negócio definitivo. Diante da sua funcionalidade voltada à superação de óbices temporários à formalização do negócio definitivo, pode-se questionar a pertinência da celebração do contrato preliminar em detrimento da celebração direta do negócio almejado com a estipulação de condições suspensivas, por estas poderem, de igual forma, ser utilizadas para viabilizar a superação de requisitos para a plena produção de efeitos do negócio jurídico desejado.

Em resposta a essa indagação, menciona-se que o contrato preliminar não se confunde com o contrato sujeito a condição suspensiva, na medida em que nestes os efeitos típicos dependem da implementação da condição ajustada, em contrapartida, no contrato preliminar a produção dos efeitos definitivos exige uma nova declaração negocial das partes²³¹. Além disso, como já exposto, o contrato preliminar permite que as partes se vinculem sem observar a forma legalmente imposta para o contrato

²²⁹ BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 15.

²³⁰ A referida autora aponta, ainda que se aplica à relação entre os contratos preliminar e definitivo o princípio da equiparação, por meio do qual aquele deve observar as mesmas regras aplicáveis ao negócio prometido, tanto no que concerne à sua validade quanto à sua eficácia. Luiza Lourenço Bianchini, contudo, apresenta importante ponderação nesse particular: “Todavia, o princípio da equiparação não se aplica sempre. Muitas vezes, a cisão do negócio em duas etapas – no contrato preliminar e no definitivo – tem por escopo permitir o afastamento de alguma regra exigida para o negócio prometido e que, naquele primeiro momento, as partes não podem ou não consideram conveniente cumprir. Nesses casos, o intervalo compreendido entre um e outro negócio visa exatamente a conferir aos contratantes o tempo necessário para que preencham os requisitos faltantes, embora já tenha o condão de vinculá-los ao futuro negócio. Deve-se, aqui, atentar novamente para a função desempenhada pelo preliminar no processo de formação do negócio, verificando-se, a partir daí, a medida em que será aplicado o princípio da equiparação”. O princípio da equiparação, portanto, não se verifica de maneira irrestrita, uma vez que em diversas situações o negócio jurídico almejado é formatado em diferentes fases – que compreendem a celebração do contrato preliminar e, posteriormente, do contrato definitivo –, para viabilizar a superação de requisitos formais ou materiais essenciais para a concretização do negócio desejado. (BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 15).

²³¹ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa.

Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações, Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 432.

definitivo²³², o que além de representar vantagem sob o ponto de vista da operacional, pode significar relevante economia para as partes.

A título ilustrativo, Tarcísio Teixeira destaca que na compra e venda de bem imóvel, cuja escritura pública é requisito de validade do negócio²³³, ao se utilizarem do contrato preliminar, as partes podem celebrar um instrumento particular; evita-se desde o início todos os custos relacionados à lavratura de escritura pública. Por outro lado, segundo o autor, “se as partes optarem por cláusula de condição suspensiva, terão de efetuar a escritura pública (com todos os seus ônus financeiros e burocráticos), sob pena de nulidade do negócio jurídico, conforme prevê o artigo 166, inciso IV, do Código Civil”²³⁴.

Traçado esse marco distintivo entre as duas figuras (contrato preliminar e a condição suspensiva), o contrato preliminar assume particular relevância na dinâmica dos contratos empresariais, em que a complexidade e inúmeras variáveis de mercado poderão incentivar as partes a direcionarem-se para desenvolver de maneira fracionada o negócio definitivo almejado. A cisão do negócio em contrato preliminar e posterior contrato definitivo pode visar, justamente, postergar a observância de requisitos formais que, em determinado momento da negociação, as partes não podem ou não intencionam cumprir.

O lapso temporal entre o preliminar – que vincula as partes e assegura a concretização do negócio almejado – e o contrato definitivo, tem salutar importância para que elas possam, a título de exemplo, obter aprovações regulatórias indispensáveis ou, então, tomar as providências necessárias para obter financiamentos bancários ou concluírem reorganizações societárias que sejam recomendáveis (ou imprescindíveis) para a conclusão do negócio definitivo.

Como exemplifica Juliana Krueger Pela, o contrato preliminar pode ser utilizado em “operações de transferência de controle sobre sociedades empresárias, cuja complexidade normalmente demanda uma formação progressiva do vínculo

²³² A esse respeito, o artigo 462 do CC assim dispõe: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.”

²³³ Nesse sentido, o artigo 108 do CC: “Art. 108. 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.”

²³⁴ TEIXEIRA, Tarcísio. Contrato Preliminar Empresarial. **Revista da Faculdade de Direito, USP**, v. 101, São Paulo, 2006, p. 732-733.

contratual definitivo”²³⁵, a fim de reduzir as assimetrias de informações existentes entre a parte vendedora e a parte compradora, de forma a permitir a realização de auditorias, a apresentação de demonstrações financeiras, entre diversas outras providências que auxiliarão na compreensão da conformação do bem adquirido.

Desse modo, a celebração do contrato preliminar, de um lado, possibilita que as partes superem eventuais óbices operacionais ou formais para a concretização do negócio almejado; e, de outro lado, confere-lhes a segurança jurídica de que o negócio será celebrado, benefícios de extrema importância na concretização de negócios complexos²³⁶ no ambiente empresarial.

O caráter vinculativo do contrato preliminar pode ser mitigado caso as partes nele estabeleçam o direito de arrependimento, previsto no artigo 463 do Código Civil de 2002 (conforme será abordado ao longo deste capítulo e no capítulo 4). O caráter precário do contrato preliminar dotado de direito de arrependimento lhe atribui uma função diversa, bem salientada por Luíza Lourenço Bianchini: diferentemente de assegurar a celebração certa do negócio futuro, “o contrato preliminar precário assegura às partes que elas não estão vinculadas ao negócio, dando-lhes garantia de que terão um espaço para deliberar a respeito dele”²³⁷. O contrato preliminar que estabeleça o direito de arrependimento, portanto, presta-se a formalizar a vontade inicial das partes, ainda que de maneira precária, pavimentando-se a via para a conclusão do contrato definitivo.

Assim, embora menos comum na prática, o contrato preliminar com cláusula de arrependimento tem sua importância, na medida em que pode assegurar às partes, com maior objetividade, o direito de serem indenizadas em caso de desistência do negócio, com a estipulação prévia do valor indenizável, de modo que as partes não fiquem sujeitas apenas às regras atinentes à responsabilidade civil pré-contratual pelo rompimento de tratativas em estágio avançado.

O contrato preliminar representa figura de salutar importância, especialmente na dinâmica dos contratos empresariais. Ao transcender as meras negociações

²³⁵ PELA, Juliana Krueger. O Contrato Preliminar. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**. Nova Série, São Paulo, ano XLII, n. 130. abr.-jun. /2003, p. 231.

²³⁶ Francisco P. de C. Marino aponta acerca do negócio jurídico complexo que “O critério mais usual para julgar a simplicidade (‘unitariedade’) ou complexidade negocial é aquele pelo qual se diz complexo o negócio jurídico em que são complexos ou o sujeito, ou o objeto ou a manifestação de vontade” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109).

²³⁷ BIANCHINI, Luíza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 56.

preliminares ou acordos sujeitos a condições suspensivas, o contrato preliminar configura verdadeiro vínculo jurídico autônomo que assegura a futura celebração do negócio definitivo, de maneira a propiciar segurança jurídica e flexibilidade para que as partes superem obstáculos temporários e gerenciem a complexidade da operação que pretendem entabular.

Ainda que gravado do direito de arrependimento, o contrato preliminar tem duplo papel estratégico: além de poder ser utilizado para definir previamente as consequências de eventual desistência do negócio definitivo, o contrato preliminar sedimenta importante via negocial, pois sinaliza às partes o mútuo interesse na celebração do negócio definitivo.

3.2 Objeto do contrato preliminar e os interesses por ele atendidos: essenciais e secundários

O objeto do contrato, em sentido geral, refere-se às ações individuais ou prestações específicas que as partes se comprometem a realizar. Assim, no que concerne ao contrato preliminar, seu objeto primário é a conclusão ou a complementação e conclusão do contrato definitivo²³⁸. Este, por sua vez, mantém a sua autonomia em relação ao contrato preliminar, correspondendo, conforme ensina Alcides Tomasetti Junior, “à espécie de negócio de que este último se trate (compra e venda, locação, permuta, fiança, sociedade, etc.)”²³⁹.

Como será analisado com maior detalhamento a seguir, o contrato preliminar deve indicar os requisitos (ou elementos) essenciais do negócio definitivo que se pretende firmar. Essa circunstância, entretanto, não leva à conclusão de que o objeto de ambos os contratos (o preliminar e o definitivo) se confundem; o contrato preliminar estabelece obrigação de fazer consistente na celebração do contrato definitivo, sendo neste previstas outras obrigações relacionadas à espécie do negócio almejado pelas partes.

Também integram o objeto do contrato preliminar, como corolário da boa-fé, os deveres laterais das partes referentes à preservação do objeto do contrato

²³⁸ Nesse particular, Giuseppe Tamburrino ressalta: “oggetto del preliminare è la conclusione del contratto definitivo, e cioè la prestazione del consenso necessario a costituire e far sorgere il futuro contratto.” (TAMBURRINO, Giuseppe. **Il vincolo unilaterale nella formazione progressiva del contratto**. Milão: Giuffrè, 1954, p. 69).

²³⁹ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 18.

definitivo que se almeja celebrar – cujos elementos essenciais, repita-se, foram estabelecidos no contrato preliminar. Dessa maneira, Luíza Lourenço Bianchini ressalta “no que se refere aos contratos preliminares, o seu objeto engloba – além da obrigação principal de celebrar o negócio prometido – as obrigações instrumentais, variáveis conforme a função concretamente desempenhada por cada um deles”²⁴⁰.

Na esfera dos contratos empresariais, a título exemplificativo, o contrato preliminar não apenas obriga as partes a uma obrigação de fazer futura – a celebração do negócio definitivo – mas também a obrigação de fazer intermediária (que pode compreender o fornecimento de documentos para *due diligence*, colaboração para aprovações regulatórias, entregas de protótipos etc.)²⁴¹.

Os deveres instrumentais ou laterais assumidos por ocasião da celebração do contrato preliminar são identificados casuisticamente na medida em que, embora estabeleça obrigação autônoma (a celebração do contrato definitivo), este negócio jurídico deve ser analisado no contexto da operação econômica final almejada – e sob a ótica do pragmatismo jurídico²⁴² – de modo que a cada negócio diferente, os deveres instrumentais ou laterais a serem observados podem ser distintos.

Os interesses atendidos pelo contrato preliminar são múltiplos e, em grande parte, de natureza estratégica, especialmente no ambiente empresarial. Nesse particular, Francesco Galgano oferece visão clara das motivações práticas que podem levar as partes a recorrerem a esse instrumento. Para o referido autor, as partes podem fazer uso do contrato preliminar para assegurar de forma imediata o compromisso mútuo de celebrar o negócio definitivo – antes que o negócio perca o protagonismo no cotidiano de cada uma delas –, reservando-se o direito de fazer

²⁴⁰ BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 95.

²⁴¹ A título de exemplo, Luiza Lourenço Bianchini menciona: “em um contrato preliminar de compra e venda ou de locação, o promitente-vendedor ou locador tem o dever de não celebrar com terceiros um contrato incompatível com a promessa, o que ocorreria caso ele alienasse o bem prometido a terceiros. Ou, ainda, em um caso também de promessa de compra e venda ou de locação, quando o promitente ainda não tem a propriedade do bem ou ainda não o construiu, o promitente-vendedor ou locador tem o dever de tomar as providências para adquirir a coisa prometida ou para construí-la. Imagine-se, ainda, a hipótese em que a compra e venda prometida exige uma determinada licença de um órgão administrativo. Nessa hipótese, constitui dever do promitente obter a licença necessária para que seja possível celebrar futuramente a compra e venda definitiva.” (BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 95).

²⁴² REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Due In Altum**, Caderno de Direito, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2009.

levantamentos técnicos e adotar todas as diligências que entenderem pertinentes antes da ultimação do negócio almejado²⁴³.

Na esfera dos contratos empresariais, é muito comum que as partes ajustem os termos essenciais do negócio definitivo, mas não consigam superar pendências na definição de aspectos acessórios. Além disso, o contrato preliminar é utilizado para que as partes possam realizar controles e averiguações detalhadas sobre os pressupostos da operação almejada. A esse respeito, Enzo Roppo aponta:

Por que razões têm as partes interesse em recorrer a um mecanismo jurídico desta natureza? Um tal interesse existe sempre que as partes achem conveniente protelar a produção dos efeitos e a assunção das obrigações definitivas, mas 'fechando ao mesmo tempo o negócio' (Trimarchi). Isto pode suceder, tipicamente, quando as partes, tendo acordado só os termos essenciais da operação, não definiram, ainda, em todos os seus pontos, o regulamento jurídico, e reservam-se, por isso, integrá-lo e completa-lo com a determinação também dos aspectos acessórios; e pode suceder, igualmente, quando as partes, antes de vincular-se definitivamente, queiram levar a cabo os adequados controles e averiguações acerca dos pressupostos da operação contratual, para assim adquirirem a máxima certeza em torno da sua legalidade e da sua correspondência aos objetivos que visam alcançar (verificação de que o imóvel a adquirir é efectivamente propriedade do vendedor, e está, na verdade, livre de hipotecas; verificação de que o quadro prometido vender é de veras do autor a quem é atribuído, de que a sua proveniência não é furtiva, de que o órgão administrativo competente não tenciona exercer sobre ele a preferência atribuída por lei ao Estado etc.). Quando o interesse em protelar os efeitos do contrato (por vezes, o interesse em completar a sua regulamentação com a introdução de cláusulas acessórias, ou o interesse em levar a cabo determinadas averiguações acerca da regularidade da operação) seja de uma só das partes, sendo todos estes elementos indiferentes à outra, recorre-se frequentemente ao contrato-promessa unilateral, que obriga só uma parte e não também a outra, à conclusão do contrato definitivo. É o caso, suponhamos, de uma promessa de venda de X a favor de Y: o vínculo impede só sobre X, pois se Y quiser, X é forçado a estipular o contrato definitivo de venda, quanto que o inverso não é verdadeiro; sendo assim, só Y é soberano na decisão sobre a conclusão do negócio²⁴⁴.

A postergação da formalização do contrato definitivo pode ser justificada na esfera dos contratos empresariais por impedimentos materiais, legais ou por

²⁴³ "Si ricorre, nella pratica, al contratto preliminare in vari casi: quando le parti intendono subito assicurarsi l'una l'impegno dell'altra (prima che l'affare - sfumi -), ma si riservano alcuini accertamenti tecnici (come, ad esempio, le opportune indagini nei registri immobiliari, oppure la verifica delle qualità della cosa). Coloro che, per professione, si dedicano alle compravendite mobiliari o immobiliari fanno ampio uso dei preliminari: concludono un preliminare con il venditore e un altro preliminare, dopo averlo trovato, con il compratore; quindi fanno direttamente concludere il definitivo fra l'uno e l'altro (oppure cedono al secondo il preliminare già concluso con il primo), con la conseguenza (e l'evidente vantaggio fiscale) di non figurare né come compratore né come venditore del bene." (GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Imprenta: Pádua, Cedam, 1985, p. 254).

²⁴⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 103-105.

interesses estratégicos das partes, analisados sob a ótica da Economia dos Custos de Transação (*Transaction Cost Economics*^{245 246}), em que se reconhece que existem custos que alteram o ponto ótimo de eficiência econômica de certa operação.

Assim, o contrato preliminar pode permitir que investimentos sejam realizados de maneira escalonada enquanto determinadas questões ainda não ajustadas entre as partes sejam aprofundadas²⁴⁷. A título exemplificativo, na compra e venda de empresas, as partes podem ajustar o negócio definitivo almejado por via do contrato preliminar, enquanto negociam linhas de investimento²⁴⁸, buscam aprovações de entidades governamentais em setores regulados etc.

O AgInt nos EDcl no REsp n.º 1.616.584-DF²⁴⁹ representa importante exemplo prático da redução dos custos de transação pela utilização de contrato preliminar. No caso, o Superior Tribunal de Justiça analisou a validade de multa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) por motivo da apresentação intempestiva de um ato de concentração. Entendeu-se que o prazo de 15 dias úteis para a apresentação do ato ao CADE (cf. art. 54, §4º. da Lei nº. 8.884/1994) iniciou-

²⁴⁵ WILLIAMSON, Oliver E. *The Transaction cost economics project. The theory and practice of the governance of contractual relations*. Ed. Edward Elgar Pub, 2013. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2778934>. Acesso em: 5 ago. 2025.

²⁴⁶ “Transaction cost economics (TCE) is a theoretical framework that seeks to explain how transactions between economic agents are organized and how the costs associated with these transactions are minimized. The TCE approach assumes that transaction costs, such as information search and bargaining costs, are inherent in any economic activity and play a crucial role in determining the organizational structure of markets and firms.” (THEORYHUB. **Transaction Cost Economics**. Disponível em: <https://open.ncl.ac.uk/academic-theories/22/transaction-cost-economics/>. Acesso em: 5 ago. 2025).

²⁴⁷ A esse propósito, Juliana Krueger Pela menciona que “as partes optam por celebrar um contrato preliminar em vez de um contrato definitivo, justamente porque não podem prever, naquele momento, todas as condições que deverão reger o programa contratual. A impossibilidade de previsão apresenta diversas causas, dentre as quais os elevados custos incorridos com a prospecção de informações e a própria negociação dos detalhes do acordo”. (PELA, Juliana Krueger. **O Contrato Preliminar. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano XLII, n. 130, abr.-jun. 2003, São Paulo, p. 233).

²⁴⁸ Sobre esse ponto, no que se refere aos contratos empresariais, Tarcísio Teixeira ensina: “Em regra, sendo as partes livres para contratarem, muitas vezes a contratação imediata e definitiva não se revela adequada, tendo em vista que não se tem plena certeza da conveniência e oportunidade da contratação, notadamente do ponto de vista financeiro-econômico. Às vezes, antes de uma contratação definitiva mister se faz uma exaustão negocial, com estudos especializados, avaliações contábeis etc. Muitas vezes na expectativa de contratação são realizadas, na forma de tratativas preliminares, uma série de ações (reuniões, viagens etc.), sendo que a partir desse momento, deixar de contratar pode ser uma tremenda perda (diante dos dispêndios/esforços já realizados). No entanto, celebrar uma contratação definitiva, nessa fase, ainda é um risco muito alto (pois ainda não há plena certeza na contratação), o que faz as partes poderem se socorrer do contrato preliminar.” (TEIXEIRA, Tarcísio. **Contrato Preliminar Empresarial. Revista da Faculdade de Direito, USP**, v. 101, São Paulo, 2006, p. 713).

²⁴⁹ BRASIL. STJ. Agravo Interno Nos Embargos de Declaração no Recurso Especial AgInt nos EDcl no REsp 1616584 / DF; Relator(a): Benedito Gonçalves; Órgão Julgador: 1ª Turma; Data da Decisão: 27/06/2017; Data de Publicação: 30/08/2017.

se na data de assinatura do contrato preliminar firmado entre as partes: “o contrato preliminar constitui ato vinculativo que inaugura a contagem do prazo acima descrito”.

O julgado em comento demonstra a importância estratégica do contrato preliminar ao permitir o desencadeamento de processos regulatórios antes da formalização definitiva do negócio almejado, de modo a possibilitar que as partes analisem a viabilidade do negócio e, dessa forma, otimizem os custos de transação, de forma a evitar custos excessivos para o desfazimento de uma operação definitiva em caso de eventual reprovação pelo CADE.

O contrato preliminar também pode ser utilizado para atender o interesse das partes de reduzir tanto o custo de implementação de determinado negócio – na medida em que permite que antes de incorrer em tais custos as partes tenham maior clareza sobre a viabilidade e interesse no negócio – como mitigar os riscos de comportamentos oportunistas de qualquer uma das partes.

Nesse contexto, embora o contrato preliminar tenha de apontar invariavelmente os elementos essenciais do negócio almejado, poderá ajustar – conforme seja do interesse das partes – mecanismos de governança para acomodar situações imprevistas, como a eleição de terceiros para o suprimento de lacunas do negócio definitivo, ou a inserção de cláusulas arbitrais e/ou de mediação. O contrato preliminar também pode estabelecer multas com caráter compensatório (para reparar danos e oportunidades perdidas) e com caráter punitivo, além de viabilizar a redução da assimetria informacional típica dos contratos empresariais.

O contrato preliminar é uma ferramenta jurídica que acolhe diversos interesses; o primeiro deles é o estabelecimento de obrigação de fazer voltada à celebração do negócio definitivo almejado pelas partes. Essa obrigação principal engloba inúmeras outras camadas de deveres instrumentais e laterais, essenciais à concretização da operação econômica almejada. Essas características do contrato preliminar atendem interesses estratégicos e indispensáveis no contexto da celebração de contratos empresariais, porquanto permite a postergação da assunção de obrigações definitivas para averiguações necessárias e indispensáveis para a otimização dos custos de transação e mitigação de riscos.

Para que esse robusto arcabouço funcional do contrato preliminar seja, de fato, eficiente, torna-se necessária a análise dos mecanismos existentes para a sua execução – como será estudado no capítulo a seguir – de modo a garantir a concretização das expectativas legitimamente criadas pelas partes. Antes, porém, é

indispensável a análise das modalidades de contrato preliminar e os seus elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia.

3.3 Modalidades de contrato preliminar

Com relação à sua estrutura, o contrato preliminar pode ser bilateral, quando estabelece obrigações para todas as partes contratantes; ou unilateral, na hipótese de serem impostos deveres para apenas uma das contratantes. De outro modo, enquanto o contrato preliminar bilateral, nas palavras de Wanderley Fernandes, “acarreta obrigações para ambas as partes, estabelecendo-se no ato a predeterminação do contrato definitivo, que as partes devem concluir”²⁵⁰, o contrato preliminar unilateral, de um lado, vincula um dos contratantes e, de outro lado, confere ao contratante não vinculado um prazo de reflexão, para que possa decidir se celebrará o contrato definitivo já prometido pela parte vinculada²⁵¹.

O contrato preliminar unilateral caracteriza-se por conferir a uma das partes (que pode ser denominada de compromissária credora) o poder de exigir a celebração do contrato definitivo. Para a outra parte (compromissária devedora), resta exclusivamente o dever de se submeter à vontade da compromissária credora. Essa modalidade de contrato preliminar não se confunde com uma simples proposta ou oferta de contrato, por pressupor um encontro de vontades (inexistente na esfera das simples propostas), caso contrário o contrato preliminar não teria sido celebrado²⁵².

Embora não vincule uma das partes quanto à realização do contrato definitivo, o contrato preliminar unilateral tampouco se confunde com os acordos provisórios na medida em que, conforme apontou o Ministro Moreira Alves em seu voto no caso Disco referido no capítulo 2 (e que será objeto de detalhamento abaixo), nestes “não

²⁵⁰ Nesse sentido: “Tal como os contratos em geral, o contrato preliminar pode ser bilateral ou unilateral. Unilateral é o contrato preliminar em que, por acordo de ambas as partes, gera obrigações *ex uno latere*, ou seja, apenas para uma das partes, ficando a outra com a opção em vincular-se ou não ao contrato. A faculdade de exigir o cumprimento reserva-se, exclusivamente, a uma das partes. O contrato preliminar bilateral acarreta obrigações para ambas as partes, estabelecendo-se no ato a predeterminação do contrato definitivo, que as partes devem concluir, sob pena de indenização ou de ver-se dotado de plenos efeitos, através da execução específica, equivalendo a sentença ao próprio contrato que era a prestação ajustada no preliminar.” (FERNANDES, Wanderley. Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. **RDM**, 80/76, out.-dez./90, S. Paulo, RT, p. 125).

²⁵¹ BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 60.

²⁵² FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 167-168.

há obrigação de as partes celebrarem o contrato definitivo por não chegarem a acordo com relação às cláusulas em aberto, mas, se quiserem concluir o contrato definitivo, estão vinculadas ao que já foi firmado no acordo provisório”²⁵³. Por outro lado, no contrato preliminar unilateral as partes já ajustaram no mínimo os elementos essenciais do contrato definitivo, cuja celebração ocorrerá caso o compromissário credor assim deseje.

Em razão de suas características, o contrato preliminar unilateral pode assumir importância estratégica e especulativa para a compromissária credora; embora ele tenha assegurada a formalização do negócio definitivo almejado – caso assim o deseje – poderá buscar no mercado opções que mais se coadunem com as suas necessidades antes de manifestar, na forma estabelecida no contrato preliminar, sua intenção de firmar ou não o contrato definitivo²⁵⁴. Não por outro motivo, é comum observar na prática que a compromissária credora remunere a compromissária devedora pela disponibilidade desta em concretizar o negócio definitivo, a depender da vontade daquela, desde que manifestada no tempo e modo avençados.

Para Orlando Gomes, o contrato preliminar unilateral poderia ser chamado, ainda que de maneira imprópria, de opção²⁵⁵. Entendimento semelhante é externado por Caio Mário da Silva Pereira ao apontar que “[e]ntre nós, a repercussão prática maior não vem do contrato preliminar unilateral. Este encontra na opção a sua mais frequente incidência”²⁵⁶. Em sentido contrário, Cristiano de Sousa Zanetti enuncia:

Também se afirmou que a opção seria um contrato preliminar, caracterizado pela obrigação de uma das partes em assentir na conclusão do contrato definitivo. Deve-se observar, no entanto, que, após a celebração do contrato de opção, a declaração de vontade do promissário é, por si só, suficiente para que surja o contrato definitivo, sem que seja necessário qualquer outro ato do promitente. Este não tem assim uma prestação a cumprir, estando

²⁵³ BRASIL. STF. 2ª Turma, Recurso Extraordinário 88.716, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 11.09.1979, p. 80.

²⁵⁴ Luíza Lourenço Bianchini exemplifica essa questão da seguinte maneira: “caso celebrada uma promessa unilateral de venda, o promissário tem garantida a aquisição do bem por determinado preço. Se o preço aumentar, ele pode exercer o seu direito de exigir da outra parte a celebração do contrato prometido, adquirindo o bem pelo preço mais baixo, fixado anteriormente na promessa. Por outro lado, se o preço diminuir, o promissário tem a liberdade de desistir do futuro negócio, adquirindo bem equivalente no mercado, por preço mais vantajoso do que aquele pactuado na promessa.” (BIANCHINI, Luíza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 61.)

²⁵⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev. atual. e aument. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador: Edvaldo Brito. São Paulo: Forense. p. 163.

²⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. III, p. 73.

definitivamente vinculado à celebração do contrato futuro. Ao promissário, por sua vez, não assiste um simples direito de crédito, mas sim um verdadeiro direito potestativo de fazer surgir o novo contrato.

Por outras palavras, na opção há um objeto bem definido, que consiste no poder, atribuído a uma das partes, de fazer nascer um novo contrato. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico contratual autônomo que torna irrevogável a declaração de vontade de uma das partes, de modo a permitir à outra que, sozinha, faça surgir o contrato²⁵⁷.

Ao contrário do contrato preliminar unilateral – que dá à promissária credora o direito de exigir que a promissária devedora celebre o contrato definitivo – na opção a mera manifestação de vontade da promissária é suficiente para a formação do contrato definitivo, sem a necessidade de qualquer ação adicional por parte da promitente²⁵⁸.

Portanto, enquanto o contrato preliminar bilateral estabelece obrigações recíprocas, o unilateral confere a uma das partes um poder decisório e estratégico considerável (o que se observa, de igual modo, na opção). Essa nuance do contrato preliminar é correntemente utilizada na dinâmica dos contratos empresariais, sobretudo para permitir que uma das partes possa buscar no mercado as oportunidades que melhor se alinhem com os seus interesses, sem perder a possibilidade de celebrar negócio que já se mostrou satisfatório, cuja formalização poderá ser assegurada por contrato preliminar unilateral.

3.4 A formação do contrato preliminar: os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do contrato preliminar

Após analisar o conceito e a função do contrato preliminar, bem como suas modalidades e a forma como atende a interesses estratégicos na complexa dinâmica dos contratos empresariais, importante abordar os vetores que sustentam a sua constituição. Para que o contrato preliminar possa, de fato, gerar os efeitos

²⁵⁷ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 31.

²⁵⁸ Com o objetivo de esclarecer as diferenças entre o contrato preliminar unilateral e a opção, Luiza Lourenço Bianchini tece, ainda, algumas linhas distintivas entre a opção e a proposta irrevogável: “Ainda neste ponto, vale observar que a opção assemelha-se à proposta irrevogável, pois, em ambos os casos, a parte vinculada à opção ou à proposta, conforme o caso, fica à espera (por um tempo determinado) da manifestação de vontade da outra para que o contrato se forme. Entretanto, diferem-se pelo fato de que a opção é um contrato, negócio jurídico bilateral; a proposta, negócio jurídico unilateral. Dito diversamente, a opção é constituída pela concorrência de duas declarações de vontade; a proposta irrevogável é constituída por apenas uma única declaração de vontade, aquela do proponente.” (BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 119-120).

vinculativos almejados e conferir a segurança jurídica necessária à concretização do negócio definitivo, é necessário compreender o processo de sua formação.

Nesse processo de formação, que não se limita à mera manifestação de vontade das partes, observa-se três planos analíticos distintos e interdependentes: os elementos de existência, que qualificam a própria constituição do negócio jurídico; os requisitos de validade, que asseguram a conformidade do ato com o ordenamento jurídico; e os fatores de eficácia, que determinam a produção plena de seus efeitos e sua coercibilidade. A correta distinção e o preenchimento desses pressupostos são cruciais para que o contrato preliminar se materialize como um compromisso jurídico apto a ser executado.

A seguir, será detidamente analisado cada um desses planos. Em primeiro lugar, serão estudados os elementos de existência do contrato preliminar, bem como a importância dos elementos essenciais, naturais e acidentais para a identificação do negócio definitivo. Em seguida, serão tratados os requisitos de validade, à luz do artigo 104 do Código Civil, e, por fim, os fatores de eficácia que conferem ao contrato preliminar a sua força vinculante e a possibilidade de execução específica, culminando na garantia da concretização das expectativas legitimamente criadas pelas partes

3.4.1 Os elementos de existência: os essenciais, os naturais e os acidentais.

Conforme demonstrou-se anteriormente, o contrato preliminar é comumente utilizado no processo de formação do contrato definitivo almejado pelas partes que, embora não possam ou não queiram concluí-lo, desejam se vincular quanto a sua futura celebração. A função do contrato preliminar, segundo Alcides Tomasetti Jr., é garantir que as partes possam introduzir de maneira diferida as bases “do regramento de seus interesses, acerca de determinado objeto, mediante um segundo contrato (definitivo), cujo dever de conclusão, ou de complementação e conclusão, está vinculativamente previsto no primeiro”.²⁵⁹

Por aplicação da lógica do silogismo jurídico, é possível concluir que se a finalidade do contrato preliminar é garantir a futura celebração do contrato definitivo (premissa maior), caso as partes celebrem o contrato preliminar (premissa menor),

²⁵⁹ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 9.

deverão formalizar oportunamente o contrato definitivo (conclusão)²⁶⁰. Esse exercício lógico justifica o disposto no artigo 462, do Código Civil de 2002, segundo o qual o contrato preliminar deve conter todos “os requisitos essenciais do contrato a ser celebrado”, ou, ainda conforme Alcides Tomasetti Jr., todos os elementos categoriais²⁶¹ inderrogáveis²⁶² do contrato definitivo, assim entendidos como “os que definem cada categoria de contrato (ou de negócio), e que, portanto, se referem à sua essência e fixam o seu tipo”²⁶³.

Conforme adverte Cristiano de Sousa Zanetti, o mencionado texto legal não dispõe de rigor terminológico acentuado, na medida em que utiliza o termo “os requisitos”, comumente adotado pela doutrina para designar os pressupostos de validade do negócio, sendo que o artigo 462, do Código Civil de 2002, trata

²⁶⁰ De outro modo: “No caso do contrato preliminar, parece claro que a relação é originária e funcional. Ou seja, o contrato preliminar nasce em função do contrato definitivo. Embora autônomos, não há contrato preliminar se não há contrato definitivo em potência. Há uma relação que se estabelece de maneira genética e quanto ao conteúdo de ambos os negócios.” (FERNANDES, Wanderley. OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança de contratar. In: **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Coord. Wanderley Fernandes. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 299).

²⁶¹ “Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio. São exemplos de categorias de negócio: compra e venda, doação, depósito, comodato, mútuo, locação e os contratos em geral; distratos; casamento; pactos antenupciais; emancipação; reconhecimento de filho ilegítimo; adoções; testamentos; codicilos; aceitação e abstenção de herança. Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e jurisprudência constroem.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. Atual. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35).

²⁶² “[...] a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os elementos categoriais naturais ou derogáveis. São exemplos dos primeiros, no nosso direito atual: o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do animus donandi e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega da guarda de objeto móvel, no depósito; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível, no comodato; a declaração de comunidade de vida entre um homem e uma mulher com celebração pela autoridade, no casamento; a disposição de bens para depois da morte, no testamento etc.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. Atual. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35/36).

²⁶³ Referido autor aponta, ainda, que “o contrato preliminar é, como se sabe, negócio jurídico causal; o seu elemento categorial inderrogável é objetivo, e isto equivale a dizer que o contrato em tema tem objeto típico. ‘Isto significa que, no conteúdo (objeto), dos negócios causais, há caracteres que, por se repetirem em diversos negócios concretos, levam o ordenamento jurídico a lhes dar um regime jurídico próprio, formando um tipo de negócio; esses caracteres não se identificam com todo o objeto, mas fazem parte dele’. [...] O que dá ao contrato preliminar a sua característica jurídica peculiar é ter ele como objeto um outro contrato, isto é, o contrato definitivo ou projetado”. (TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 15, p. 16-17).

exatamente dos elementos de existência do contrato preliminar²⁶⁴, porque a ausência de indicação de aspectos essenciais do negócio definitivo que se visa a ajustar – tais como, a título de exemplo, o preço e a coisa sobre a qual as partes pactuam, nos casos em que o contrato definitivo visa à compra e venda de determinada coisa – é suficiente para desnaturar o contrato preliminar.

Ainda sobre a ausência de rigor terminológico observado na redação do artigo 462, do Código Civil de 2002, para além da importante menção de cunho acadêmico, o descuido legislativo pode induzir à compreensão de que se consideraria “requisito” essencial do contrato preliminar, como aponta Tarcísio Teixeira, os “exigidos pela própria substância do ato: a manifestação da vontade através do agente capaz, objeto lícito (possível, determinado ou determinável) e a forma, que deve ser obedecida se for prescrita em lei”²⁶⁵.

O entendimento do autor acerca do dispositivo legal em comento, respeitosamente, reforça a necessidade de se fazer uma crucial distinção entre os elementos de existência do contrato preliminar²⁶⁶ – previsto no artigo 462 do Código Civil de 2002 – e os requisitos de validade, que serão abordados mais adiante, os quais compreendem, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, “a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as

²⁶⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 125.

²⁶⁵ TEIXEIRA, Tarcísio. Contrato Preliminar Empresarial. **Revista da Faculdade de Direito, USP**, v. 101, São Paulo, 2006, p. 715.

²⁶⁶ Ainda a esse respeito e considerando entendimentos diversos acerca do tema, a lição de Luíza Lourenço Bianchini: “Com efeito, compreende-se o termo ‘requisitos’ no sentido proposto por Antônio Junqueira de Azevedo, como sendo ‘aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido’, o mencionado dispositivo significaria que o contrato preliminar deve seguir as mesmas regras que dispõem sobre a validade do definitivo, regra esta resultante do princípio da equiparação. Todavia, ao que parece, o uso do termo ‘requisitos’ seguido do adjetivo ‘essenciais’ leva à conclusão de que o legislador não quis se referir aos requisitos na acepção de Antônio Junqueira de Azevedo, mas sim aos elementos do negócio prometido, uma vez que apenas estes – os elementos, e não os requisitos – podem ser qualificados como essenciais. Já os elementos do negócio jurídico consistiriam em ‘tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito’. Nesse sentido, a norma estaria a dizer que o contrato preliminar deve conter a previsão dos elementos essenciais do contrato definitivo, não aludindo, aí, aos requisitos de validade deste segundo negócio. O princípio da equiparação se revelaria, nessa norma, de maneira menos acentuada, tendo em vista que o dispositivo não exigiria a presença de todos os elementos (essenciais ou não) do negócio prometido, mas apenas aqueles essenciais. Em comentário sobre o tema, Araken de Assis observa que ‘a palavra ‘requisitos’ deste texto não produziria maiores incômodos e insatisfações, restringindo-se à sua acepção técnica, ou seja, ao plano de validade’. Referindo-se implicitamente ao princípio da equiparação, o autor afirma que ‘parece óbvio que o contrato preliminar, ao projetar o contrato futuro, pressupõe imediatamente todos os seus requisitos de validade, não se concebendo, por exemplo, que seja o pré-contrato firmado por um agente incapaz.” (BIANCHINI, Luíza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 142-143).

regras jurídicas ('ser regular'). Validade é, como sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente"²⁶⁷.

Os elementos essenciais do contrato definitivo que se almeja firmar materializam-se como verdadeiros elementos de existência do contrato preliminar, de maneira a permitir a plena identificação do negócio definitivo; ou seja, trata-se de contrato definitivo de compra e venda, indispensável a menção ao objeto e ao preço; caso a intenção das partes seja celebrar definitivamente uma locação, o contrato preliminar deverá indicar o bem locado e o valor do aluguel.

Por outro lado, a ausência de elementos de existência que não sejam considerados essenciais para a identificação do negócio definitivo que será formalizado – tais como os elementos naturais e os elementos acidentais – não desnaturam o contrato preliminar²⁶⁸, uma vez que “são objeto do dever originado pelo contrato preliminar [...] a necessidade jurídica de conclusão, ou de conclusão e complementação”²⁶⁹, de maneira que é plenamente possível que as partes tratem desses elementos por ocasião da formalização do contrato definitivo.

Segundo Washington de Barros Monteiro, os elementos essenciais (*essentialia negotii*) são os indispensáveis para a estrutura do ato, “que lhe formam a substância e sem os quais o ato não existe. Numa compra e venda, por exemplo, os elementos são a coisa, o preço e o consentimento (*res, pretium e consensus*). Se faltar um deles, o ato não existe”²⁷⁰. Por outro lado, como já mencionado, a ausência dos elementos naturais ou acidentais não comprometem a existência do contrato

²⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. Atual. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

²⁶⁸ A esse respeito, o parecer da lavra de Antônio Junqueira de Azevedo: “De acordo com essa norma, o contrato preliminar será existente, válido e eficaz, desde que apresente os ‘requisitos essenciais’ do tipo contratual definitivo”, considerando-se que os elementos essenciais “são aqueles necessários à existência de um determinado tipo negocial (e, portanto, não podem ser afastados pelas partes); os elementos naturais são os que, embora não necessários à configuração típica do negócio jurídico, advém da própria natureza do negócio (podendo ou não ser afastados pelas partes, caso estejam previstos em normas jurídicas dispositivas ou cogentes); os elementos acidentais são aqueles que existem em um determinado negócio jurídico in concreto, sem que o tipo negocial os exija e sem derivarem de sua própria natureza. A expressão ‘requisitos essenciais’ do art. 462 corresponde aos elementos essenciais e às exigências legais sobre eles (os requisitos propriamente).” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica*. In: **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250-269).

²⁶⁹ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 18.

²⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, parte geral. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 184.

preliminar na medida em que possui, essencialmente, conforme ensina Cristiano de Sousa Zanetti, uma reserva de complementação²⁷¹:

Não há espaço, portanto, para recusar a natureza negocial ao contrato preliminar que contenha reserva de complementação. Apenas não se admite que a reserva de complementação seja extensa a ponto de prevenir a concretização de um elemento categorial do contrato definitivo.

A gradação do conteúdo do contrato preliminar em vista do definitivo, reiteradamente observada no tráfico negocial, encontra inteiro abrigo na previsão do art. 462 do Código Civil. Nesse particular, ocorre retomar uma expressiva metáfora, que qualifica o contrato preliminar como conteúdo e o definitivo como continente. No grau máximo de preliminaridade, o objeto do contrato definitivo encontra-se disciplinado em sua totalidade no contrato preliminar. Nesse caso, pode-se afirmar que o continente está cheio. No grau médio de preliminaridade, falta algo à definição do contrato definitivo, que não depende, ou pode facilmente prescindir, de declarações inovativas dos figurantes. O continente está, portanto, menos cheio. No grau mínimo de preliminaridade, o contrato preliminar fixa apenas as bases do regramento convencional, cuja definição está a exigir 'acordos residuais' ulteriores, de caráter inovativo. Trata-se, agora, do contrato com reserva de complementação, em que, comparativamente, o continente está praticamente vazio, embora não haja dúvida, permite-se acrescentar, a respeito da substância com que se deverá preenchê-lo.

Na esfera dos contratos preliminares empresariais, os elementos essenciais (*essentialia negotii*) indicam o contrato definitivo almejado, como exemplificativamente as partes, o preço e as participações societárias que serão negociadas em uma operação de fusão ou, então, o imóvel que será objeto de locação empresarial, indicando-se o valor do aluguel. Os elementos naturais (*naturalia negotii*), por sua vez, são de natureza supletiva, como as garantias prestadas em um contrato de distribuição ou mesmo em locação. Por fim, os elementos acidentais (*accidentalia negotii*) não derivam da natureza do negócio, mas da vontade das partes em modular os efeitos do contrato, como se observa na fixação de condições e termos.

Ao analisar o artigo 462, do Código Civil de 2002, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda aponta que os elementos essenciais, subdivididos em gerais (comuns a todos os negócios jurídicos) e particulares (próprios de cada tipo negocial), são imperativos legais e não podem ser afastados pela autonomia da vontade das partes. Por outro lado, os elementos naturais, inerentes a um tipo contratual e previstos em lei ou no contrato, não demandam estipulação expressa das partes, embora possam, em princípio, ser excepcionalmente afastados por disposição volitiva. Finalmente, os elementos acidentais “não contribuem para a identificação do negócio

²⁷¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 127.

em abstrato ou em concreto, mas são apostas pelas partes ao abrigo do princípio da liberdade contratual”²⁷², conferindo especificidade e particularidade à manifestação de vontade no âmbito contratual.

Os elementos essenciais do contrato definitivo variam de acordo com o contrato definitivo que se pretende ajustar. A identificação de tais elementos é casuística, razão pela qual quanto maior a indefinição ou menor a completude no grau de preliminaridade (como se estudará mais adiante), mais desafiadora a sua identificação; mesmo que uma questão específica do contrato seja abstratamente considerada não essencial, caso sua relevância seja reconhecida pelas partes na gênese do negócio, a ausência de tratamento a seu respeito no contrato preliminar acaba por desnaturá-lo.

Dessa maneira, a existência do contrato preliminar não se restringe à previsão dos elementos objetivamente essenciais, mas também aos elementos que, pela vontade das partes, tornam-se fundamentais para a sua configuração, distinguem-se dos aspectos que influenciam meramente a sua eficácia.

A respeito dos elementos essenciais do contrato preliminar, para o aprofundamento pertinente ao ponto ora tratado, rememora-se o mencionado emblemático caso Disco, julgado em 11 de setembro de 1979 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Moreira Alves, com a participação dos Ministros Décio Miranda, Leitão de Abreu, Djaci Falcão e Cordeiro Guerra que compuseram a turma julgadora.

No caso concreto, observa-se que a Distribuidora de Comestíveis Disco S/A (Disco) e Supermercados Pão de Açúcar S/A (Pão de Açúcar) negociaram a celebração de contrato de compra e venda de ações que visava à transferência do controle acionário da Disco ao Pão de Açúcar. No processo de negociação, as partes celebraram o denominado “contrato preliminar para a compra e venda das ações”, por meio do qual estabeleceram o prazo de trinta dias para apurarem, de acordo com critérios estabelecidos no mencionado instrumento, o valor da operação.

Em razão de divergências surgidas no período de apurações prévias, Disco propôs ação consignatória em face do Pão de Açúcar, a fim de devolver a quantia de Cr\$ 10.000.000,00, representada por uma nota promissória, cujo valor seria convertido em pagamento inicial da operação quando aperfeiçoado o negócio. Por

²⁷² MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**. Dos Contratos em Geral (arts. 421 a 485). São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 355.

sua vez, o Pão de Açúcar ajuizou em face da Disco e seus sócios demanda por meio da qual requereu a adjudicação compulsória das ações de titularidade destes, justamente em razão do que foi estabelecido no “contrato preliminar para a compra e venda das ações”, que estabeleceu expressa cláusula de irretratabilidade²⁷³.

Ao analisar o caso em primeira instância, o Poder Judiciário julgou improcedente o pedido do Pão de Açúcar por considerar que “não obstante intitulado de ‘contrato preliminar’, longe está o documento firmado pelas partes de ser como tal caracterizado, porquanto ali se estabeleceram apenas negociações preliminares como base para um futuro contrato”. Além disso, o Juízo de primeiro grau asseverou que o documento firmado entre as partes “não pode produzir todos os efeitos de um contrato definitivo por lhe faltarem os requisitos fundamentais, entre os quais e principalmente o pleno acordo de vontade no tocante ao preço e condições da operação”, de modo que a decisão judicial não poderia produzir o mesmo efeito do negócio definitivo, uma vez que o Poder Judiciário não pode negociar pela parte. A ação consignatária ajuizada pela Disco, por sua vez, teve seu pedido julgado procedente.

Em segunda instância, por maioria de votos, a sentença foi reformada. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em julgamento realizado pela sua 6ª Câmara Cível, determinou que os sócios da Disco assinassem o contrato definitivo de compra e venda de ações objeto do contrato preliminar. Naquela oportunidade, a turma julgadora assim entendeu:

A sentença apelada incide em evidente equívoco, pois que tal malsinado documento se apresenta com todos os elementos essenciais à validade do contrato principal, a saber: res, pretium et consensus, este último apenas quanto aos promitentes vendedores, que assumem o compromisso de venderem 97% das ações da DISTRIBUIDORA DE COMESTÍVEIS ‘DISCO’ S/A à apelante, pelo preço efetivamente não determinado, mas determinável, mediante elementos e critérios pré-acordados pelas partes vinculadas ao contrato preliminar e dele constante.

Não entram em divergência os Doutos quanto à legitimidade de assim proceder-se pois não fica a fixação do preço ao exclusivo arbítrio de um dos contratantes.

²⁷³ A esse respeito, assim constou da sentença proferida no caso: “É certo que na cláusula 5ª ficou dito que o instrumento era irretratável para os acionistas, ou seja, réus”. A despeito dessa previsão contratual, adianta-se desde já o entendimento do Juízo de primeiro grau no sentido de que “essa irretratabilidade há de ser entendida como mera impossibilidade de desistir das futuras negociações, ou seja, de dar o assunto por encerrado antes que fossem examinadas todas as condições da operação a ser realizada. E essa cláusula, evidentemente, não poderia vincular os réus de modo absoluto, pois se assim se entendesse ficariam eles praticamente à mercê da compradora, que baseada nessa irretratabilidade poderia impor-lhe as condições que lhe aprouvesse”.

Ficou estipulado no pré-contrato da compra e venda, cláusula 3, que o 'preço final das ações mencionadas será aquele que resultar da apuração da efetiva situação líquida patrimonial da EMPRESA, tendo como pressupostos' aqueles indicados no desdobramento da cláusula 3 [...].

Para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na ocasião, considerou-se que o preço final das ações seria aferível pelas regras objetivamente delineadas no contrato preliminar firmado entre as partes, os elementos essenciais do contrato preliminar estariam previstos. Ainda, para o corte fluminense, o fato de a minuta do contrato definitivo – que não foi assinado pelas partes, o que deu origem à demanda – ter elementos diversos do contrato preliminar, este não restou desnaturado, uma vez que as partes poderiam inovar no contrato definitivo se assim o desejassem, mas caso não chegassem a um consenso quanto aos seus termos, deveriam observar o que constou do contrato preliminar.

Assim, por maioria de votos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso interposto pelo Pão de Açúcar para converter em pagamento a quantia paga aos acionistas da Disco e determinar a assinatura do contrato definitivo, tendo fixado astreintes para o caso de descumprimento desta obrigação.

Ao declarar o seu voto vencido, o Desembargador Hamilton de Moraes e Barros asseverou não estarem presentes os elementos essenciais do negócio, uma vez que “examinados os instrumentos que poderiam dar nascimento a um pré-contrato de compra e venda mercantil, verifica-se: a não fixação do preço, o que é relegado para a fase de aperfeiçoamento, por acordo de vontades, o que não ocorreu”, de modo que o documento firmado entre as partes, embora denominado contrato preliminar, não passaria de um protocolo de intenção.

De outro modo, o voto vencido considerou que tendo em vista que o negócio almejado pelas partes compreendia a compra e venda de participação societária, aplicar-se-ia ao caso o artigo 191²⁷⁴ do Código Comercial – vigente à época – de forma que o negócio somente poderia ser reputado perfeito e acabado quando as partes

²⁷⁴ 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).

É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante.

ajustassem com precisão, entre outras coisas, o preço que, no caso, teria ficado em aberto²⁷⁵. Ainda, aponta que embora o artigo 194²⁷⁶ do mesmo diploma legal admita o preço incerto, desde que arbitrável, a sentença judicial não poderia determinar o preço, sob pena de violar o princípio da *pacta sunt servanda*.

Após a oposição de embargos de declaração, foram opostos embargos infringentes que, após julgamento pelo 4º. Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tiveram provimento parcial para condenar os sócios da Disco a entregar suas ações sob pena de multa pecuniária, reformando-se neste particular a decisão que determinava a assinatura do contrato definitivo.

Naquela ocasião, o acórdão proferido deixou claro que, para a formação de um contrato, basta que os seus elementos essenciais – conforme o tipo do negócio – estejam presentes, de forma que a ausência de acordo sobre elementos secundários não impede a constituição do contrato, desde que esses pontos possam ser definidos em um momento posterior, o que se observava ser possível no caso em análise. Em declaração de voto vencido, o Desembargador Abeylard Pereira Gomes consignou seu entendimento de que o contrato preliminar deveria conter exatamente as cláusulas do contrato definitivo, em razão da dificuldade em determinar quais seriam os seus elementos essenciais, uma vez que as partes poderiam tornar essenciais quaisquer elementos acidentais.

Contra essa decisão, complementada pelo acórdão que julgou os embargos de declaração opostos, foi interposto recurso extraordinário, autuado sob o número 88.716-RJ, relatado pelo Ministro Moreira Alves que, em seu voto, apontou que a questão fundamental a ser dirimida seria a natureza jurídica do documento firmado pelas partes: se seria um protocolo de intenções ou apenas um documento compreendido nas negociações preliminares estabelecidas entre as partes, como

²⁷⁵ Embora o art. 1.126 do Código Civil de 1916, vigente à época, estabelecesse que a compra e venda se tornará obrigatória e perfeita “desde que as partes acordarem no objeto e no preço”, o artigo 191 do Código Comercial referia-se, no que concerne à formação do contrato, ao acordo “na coisa, no preço e nas demais condições”. A interpretação gramatical de ambos os dispositivos aponta importante diferença quanto ao alcance das normas nele disciplinadas. Enquanto o Código Civil estabelecia que o contrato de compra e venda estaria formado tão logo as partes ajustassem o seu objeto e preço, o Código Comercial previa que as partes deveriam também ajustar “as demais condições” do negócio.

²⁷⁶ Art. 194 - O preço de venda pode ser incerto, e deixado na estimação de terceiro; se este não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores.

entendeu o Juízo de primeira instância, ou se seria de fato um contrato preliminar, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁷⁷.

Esta complexidade em qualificar o documento, que o Ministro Moreira Alves analisou sob a égide de diferentes correntes doutrinárias, ressoa diretamente com a crítica de Francesco Gazzoni. Para o jurista italiano, a jurisprudência muitas vezes incorre no erro de julgar sem investigar a real vontade de se vincular das partes²⁷⁸.

Em seu emblemático voto acerca do assunto, o Ministro Moreira Alves reconheceu a existência de três correntes doutrinárias acerca dos elementos necessários para que o contrato preliminar seja considerado formado: a primeira delas aponta que o contrato se aperfeiçoa quando todos os seus elementos estejam ajustados entre as partes; a segunda, reconhece que o contrato preliminar “se perfaz com a concordância, apenas, sobre os elementos essenciais dele, salvo se elas se reservarem, para ulteriores tratativas, sobre os elementos acidentais”; e a terceira, compreende que o contrato preliminar se reputa celebrado quando as partes ajustem os elementos essenciais do negócio definitivo, ainda que requeiram para momento posterior o ajuste sobre os elementos naturais e/ou acidentais do negócio almejado²⁷⁹.

²⁷⁷ Nas palavras do Ministro Relator: “[...] e é isso o que importa para a solução da questão preliminar de saber se, no caso, houve tratativas ou contrato (independentemente da caracterização deste como contrato preliminar ou definitivo, já que ambos são vinculatórios, ao contrário daqueles) – e é inequívoco que o acórdão recorrido se manifestou pela existência de contrato, e não de tratativas”. Mais adiante: “Como se vê, em síntese, a questão jurídica que se discute nestes autos é esta: se, no curso das negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais, e reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas), ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados irretiráveis, de mera minuta (punctação), sem caráter vinculante do contrato preliminar, e, consequentemente, insuscetível de adjudicação compulsória”. (BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 88. 716, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=182517>. Acesso em: 27 jul. 2025).

²⁷⁸ GAZZONI, Francesco. **Il contratto preliminare**. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 2010, p. 602-603.

²⁷⁹ Em função da riqueza da pesquisa realizada pelo Ministro Moreira Alves, transcreve-se o teor do seu voto nesse particular: “Na Itália, onde a legislação civil e comercial é omissa a esse respeito, os autores divergem de orientação. Pela primeira corrente, manifesta-se SCIALOJA (‘Sull’articolo 37 del Codice di Commercio’, publicado originariamente na Rivista del Diritto Commerciale, 1909, pag. 477, e reproduzido, posteriormente, nos Studi Giuridici, vol. IV, p. 105 *et seq.*) com estas palavras: ‘*Mi toccato di leggere in una recente decisione, che non cito più particolarmente per non colpire il peccatore insieme col peccato, che il contratto si perfeziona quando il conseneo si è fissato sugli os santialia nagotil! Evidentemente in tal modo si sovvertono tutte le noziopi fendehenkall del diritto contrattualo: perchè gli elamenti essenziali del negozio sono’ soltanto quelli senza dei quali un negozio o non può esistere in generale o non appartiene a quella determinata categoria giuridica; mentre per la formazione di un singolo contratto in concreto può avere per le parti valore decisivo uno degli elementi accidentali e l’ammissione o l’esclusTO ne di uno degli elementi naturali*’. Contra essa orientação, levantou-se CARNELUTTI (Formazione progressiva del contratto. **Rivista del Diritto Commor ciale**, v. XIV, 1916 parte seconda, p. 308 *et seq.*: e retomou o assunto em outro artigo Ancora sulla formnsione progressiva del contratto, publicado na meama revista, vol. XV- 1917 -, pag. 339 e segs.),

Para o Ministro Moreira Alves, a formação do contrato preliminar somente se aperfeiçoa com a integralidade do consenso das partes acerca de todos os elementos do negócio definitivo, de modo que acordos parciais durante as tratativas, ainda que irretratáveis por vontade das partes, deverão ser por elas respeitados tão logo o negócio definitivo seja ultimado. O vínculo contratual surge, assim, apenas com a completa convergência de vontades das partes sobre todos os elementos do negócio que se almeja; antes de concluírem todos esses elementos, as partes permanecem no estágio de meras negociações preliminares e, na hipótese de seguirem para a conclusão do negócio, não poderão retroceder em relação aos pontos já ajustados.

No caso concreto, o Ministro Moreira Alves considerou que as partes não teriam celebrado um contrato preliminar acerca da compra e venda de participação societária da Disco porque, embora o preço da operação fosse determinável de acordo com os critérios pactuados, outras questões referentes ao negócio não foram pactuadas, como a idoneidade dos fiadores que garantiriam contratos de locação que seriam firmados no contexto da operação.

assim resumindo sua posição: *'lo ho esaminato i casi, in cui i contraenti si accordano sui punti essenziali dal contratto, riservando ulteriori trattativa sui punti accessori; mt son servito, per esprimere questa situazione, della frase formazione progressiva del contratto, senza voler con ciò punto stabilire una distinzione tra due tipi di contratto, ma solo una distinzione tra due modi della sua formazione. E ho cercato di dimostrare che una volta avvenuto l'accordo sui punti essenziali, la riserva sui punti accessori non impedisce o sospende la formazione del contratto; tutt'al più può farne dipan re la perfezione da una condizione (сoсpoн сива), consistente nel raggiungimento d 'accordo ulteriore sulle condizioni di det taglio' (Angora sulla formazione progressiva del contratto, rivista citada, p 339). Analisando a opinião de CARNALUTTI, CANDIAN (Questioni in toma di formazione del contratti. **Rivista del Diritto Commerciale**, parto prima, vol. XIV - 1916 p. 856 et seq.) acentuou que a reserva sobre os pontos acessórios deveria ter significado inequívoco de subordinação da eficácia do contrato ao acordo sobre tais pontos, o que levou CARNALUTTI a salientar, no segundo dos artigos acima citados (pág. 338), que, para CANDIAN, não bastava uma reserva genérica sobre condições de pomenor, mas era necessário uma reserva específica, *'tale da far presumere la essenzialità, nell'intenzione delle parti, della clausola riservata'*. E entre CARNALUTTI e CANDIAN se estabeleceu, também, esta divergência: para aquele, a reserva de acordo ulterior sobre elementos acidentais não impedia a formação do contrato, mas atuava como condição suspensiva deste, de forma que, não ocorrendo o acordo, o contrato não se tornava eficaz; para este, havendo a reserva específica (o que fazia presumir ser ela essencial para as partes), o contrato não se formava enquanto não se verificasse o acordo com relação aos elementos acidentais, e ainda que as partes tivessem chegado a acordo definitivo sobre os elementos essenciais, esse acordo não constituía contrato preliminar definitivo, mas apenas as obrigava a continuar nas tratativas para alcançar a concordância sobre os elementos acidentais, o que, se afinal, não fosse possível, desvincularia totalmente as partes. [...] Mais recentemente, em 1961, SCOGNAMICLIO (Contratti in generale, n. 25, p. 89 et seq.) se deteve sobre esse tema (*'Ma può avvenire ed è l'ipotesi di maggior rilievo - che la proposta, ancorchè incompleta, sia accettata dal destinatario, concordando le parti sulla opportunità di rinviare ad epoca successiva l'accordo su tut ti gli altri punti non ancora regolati'*), e firmou posição que se enquadra na terceira das correntes a que aludimos atrás: o contrato se forma se falta acordo sobre pontos que não requerem específica disciplina, ou podem ser regulados por meios da integração do conteúdo contratual (normas jurídicas, supletivas, usos, etc.); ao contrário, não constitui, na hipótese em que a falta dessa disciplina não pode ser suprida por tais meios de integração."*

Assim, ao considerar que o contrato preliminar somente se configuraria desde que apontados todos os elementos do negócio almejado e, adicionalmente, considerando-se que algumas questões referentes à operação não foram definitivamente disciplinadas, o Ministro Moreira Alves decidiu que, embora denominado de “contrato preliminar de compra e venda de ações”, o negócio firmado entre as partes “se trata, inequivocamente, de um projeto de contrato ou minuta (instrumento que fixa ‘condições prévias de compra e venda de ações’), em que se estabelecem pontos já acertados, mas em que se expressam outros a ser determinados”.

Acompanharam o voto do Relator o Ministro Décio Miranda – que consignou em sua declaração de voto, que ficaram em aberto estipulações que deveriam ser futuramente complementadas pelas partes, o que desnaturaria o contrato preliminar, na medida em que essas estipulações não poderiam ser supridas por sentença²⁸⁰ – e os Ministros Cordeiro Guerra e Djaci Falcão.

Antes de concluído o julgamento, a sessão foi interrompida em função do pedido de vista apresentado pelo Ministro Leitão de Abreu que, após apreciar o caso, manifestou seu voto no sentido de reconhecer que as partes, de fato, celebraram contrato preliminar, e não mero “protocolo de intenções ou punctação”²⁸¹. Ao final, em razão da inexistência de previsão legal à época acerca do assunto, o Ministro Leitão de Abreu não acolheu o pedido de adjudicação compulsória das ações da Disco porque, “embora o pacto sobre cuja natureza se contende, constitua, a meu ver, um contrato preliminar, neste não se contém todos os elementos do contrato definitivo”²⁸².

²⁸⁰ “Ocorre, porém, que, como bem salientaram os votos vencidos no Tribunal de Justiça, e com abundância de demonstração agora acentuou o eminente Relator, ficaram em aberto cláusulas a serem completadas por novo acordo entre as partes envolvidas. Sem precisar entrar na distinção entre cláusulas essenciais e cláusulas principais da avença, o fato que entre essas cláusulas sobre as quais pendia acordo futuro, havia as relativas à retirada de certos imóveis do acervo vendido; à fixação de um aluguel mínimo, que em qualquer caso seria devido, pelos imóveis que os acionistas vendedores continuariam locando à empresa comercial; além disso, a fórmula a ser estudada para a transferência de certos bens; por fim, uma quarta espécie a depender de acerto, a fiança a ser dada às obrigações dos compradores. E mostrou o eminente Relator que essas cláusulas em aberto não podiam ser supridas por sentença.”

²⁸¹ Nesse sentido, o Ministro Leitão de Abreu apontou que “Por tudo isso, a conclusão a que chego é a de que o documento de fls. 26, em vez de protocolo de intenções ou punctação, constitui, na verdade, vero contrato preliminar, que se tornou bilateralmente obrigatório para as partes que nele intervieram. Por via de consequência, não conheço do recurso no que diz respeito à ação consignatória, que o acórdão recorrido, a meu ver com acerto, julgou improcedente.”

²⁸² Após a declaração de voto do Ministro Leitão de Abreu, o Ministro Relator Moreira Alves apresentou sua confirmação de voto, oportunidade em que apontou que “Não posso, no entanto, deixar de observar que a conclusão de S. Exa., que julga improcedente a ação de consignação em pagamento, por entender que, no caso, há contrato preliminar e não apenas tratativas, e dá pela carência da ação de adjudicação compulsória por não conter o contrato preliminar os requisitos

A despeito do resultado do julgamento e da erudição do voto condutor, Antônio Junqueira de Azevedo apontou que “a decisão suscitou muitas críticas. Estas, contudo, dizem respeito mais à qualificação atribuída ao documento firmado pelas partes (minuta e não contrato preliminar) do que propriamente ao resultado do julgamento”²⁸³. Ainda a respeito do entendimento exarado no voto condutor, Fábio Konder Comparato aponta ser plenamente possível a celebração de contrato preliminar que não discipline todos os elementos do negócio definitivo almejado:

Se as partes quisessem um contrato definitivo, embora de efeitos protraídos no tempo, poderiam perfeitamente recorrer à estipulação da condição suspensiva ou do termo inicial. Se não o fazem, é porque uma relevante razão de ordem prática as guia nesse comportamento. Que razão é essa? Fundamentalmente é a falta de precisão sobre todos os elementos do contrato definitivo. Com efeito, se todos esses elementos, todos já são conhecidos e constituem objeto do acordo das partes, a duplicação negocial é perfeitamente inútil: ou se faz, desde já, o contrato definitivo, ou não se faz contrato algum. Daí por que constitui, segundo me parece, evidente paralogismo a posição dos que sustentam que a obrigatoriedade das promessas de contratar depende de um acordo geral sobre todos os elementos do contrato definitivo; como se a multiplicação de promessas de contratar, nos dias que correm, se originasse de uma maneira repetitiva ou de curioso vício de tartamudez jurídica²⁸⁴.

Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, conforme abordado no capítulo 1, a discussão acerca das diferenças existentes entre os contratos de compra e venda mercantil e civil – que foram tratadas no caso Disco – acabou por se tornar desnecessária. O artigo 462, do referido diploma legal, embora tenha determinado que o contrato preliminar deve ser composto pelos elementos essenciais do negócio definitivo, preservou a sua finalidade prática de permitir o diferimento da definição integral do conteúdo do contrato definitivo para momento posterior²⁸⁵.

necessários para esse fim, encerra, data vênua, contradição inamovível. Com efeito, a carência de adjudicação torna certo que S. Exa. reconhece que o contrato preliminar não pode transmutar-se em contrato definitivo; e, em assim sendo, não pode negar S. Exa. que os dez milhões de cruzeiros, entregues a título de depósito, não se convertam em sinal e início de pagamento, o que só ocorreria se houvesse contrato definitivo. Ora, se por falta de celebração do contrato definitivo, os dez milhões de cruzeiros conservam sua natureza de coisa dada em depósito, como negar-se ao depositário o direito de restituí-los por haver cessado a causa do depósito?”

²⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 255.*

²⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 232-233.

²⁸⁵ Embora tenha disciplinado a questão de maneira mais ampliativa em relação à decisão proferida no caso Disco, o Código Civil de 2002 sofreu críticas por ser considerado ainda restritivo em relação àquilo que a dinâmica do mercado impõe: “Nota-se, porém, que embora esse artigo [462 do cc] tenha

Nesse sentido, Cristiano de Sousa Zanetti apontou que o contrato preliminar deve conter os elementos essenciais do contrato definitivo, uma vez que “veda-se apenas que a reserva de complementação vá tão longe a ponto de versar sobre um elemento essencial do contrato”²⁸⁶. Assim, a despeito das nuances terminológicas observadas na redação do artigo 462, do Código Civil de 2002, e do resultado do caso Disco, observa-se que do contrato preliminar deverão constar todos os elementos essenciais (*essentialia negotii*) do negócio definitivo almejado.

De todo modo, o emblemático caso Disco, embora contextualizado há mais de quatro décadas (sob a égide do Código Civil de 1916 e do Código Comercial), bem ilustra as dificuldades e os desafios de se identificar a existência do vínculo preliminar. Reforçando essa dificuldade, Francesco Gazzoni defende ser equivocada a análise da negociação e do contrato final como um todo único. Como já mencionado, para o referido autor, cada fase deve ser bem identificada, para que não haja confusão sobre as regras legais e as responsabilidades assumidas pelas partes em cada momento da formação do contrato²⁸⁷.

Hodiernamente, ao considerar a evolução legislativa – sobretudo no que toca aos artigos 464²⁸⁸ e 465²⁸⁹ do Código Civil de 2002 – observa-se na prática a necessidade de tratar com especial atenção a execução do contrato preliminar, principalmente na esfera dos contratos empresariais, tema que será tratado no capítulo seguinte desta dissertação. Antes, porém, importa analisar os requisitos de

distinguido os elementos essenciais do negócio jurídico, não qualificou propriamente o contrato preliminar, vez que não o diferenciou, em substância, do contrato definitivo. De fato, nos termos do mencionado art. 462, as partes somente podem celebrar um contrato preliminar quando presentes todas as condições essenciais para assinatura de um contrato definitivo. Ora, ocorre que a razão de se celebrar um contrato preliminar tende a ser, justamente, a de consolidar uma oportunidade comercial mesmo na ausência de todos os elementos necessários a formação do vínculo definitivo. Ao sujeitar a caracterização dos contratos preliminares à presença de todos os elementos essenciais do negócio jurídico em questão, a lei amputa em larga medida o leque de utilidades que os agentes econômicos podem atribuir ao mencionado instituto. A lei de 2002, desse modo, operou uma séria restrição ao âmbito de aplicação do contrato preliminar.” (PELA, Juliana Krueger. O Contrato Preliminar. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano. XLII, n. 130, abr.-jun. / 2003, p. 232).

²⁸⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 27.

²⁸⁷ GAZZONI, Francesco. **II contrato preliminar**. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 2010, p. 601.

²⁸⁸ Art. 464. 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.

²⁸⁹ Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

validade e os fatores de eficácia do contrato preliminar, indispensáveis para que ele produza plenamente todos os efeitos almejados.

3.4.2 Os requisitos de validade:

No que concerne à sua validade formal, o contrato preliminar deverá observar os requisitos previstos no artigo 104²⁹⁰ do Código Civil de 2002. Assim, as partes contratantes devem ser legalmente capazes (inciso I do referido dispositivo legal), e o objeto do contrato preliminar deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável (inciso II do mencionado artigo). Quanto à forma, como menciona Cristiano de Sousa Zanetti, “[s]ua validade, portanto, não está condicionada à observância da exigência eventualmente prevista para o contrato definitivo, ressalvada, evidentemente, a existência de norma específica para o contrato preliminar em questão”²⁹¹.

Para que seja válido, o contrato preliminar deverá ser celebrado por agentes que gozem não apenas de capacidade jurídica genérica, mas também legitimidade para a sua celebração, de modo que a ausência dessa capacidade jurídica no momento da formação do contrato preliminar implicará, inexoravelmente, na sua invalidade e, por consequência, inviabilizará a celebração compulsória de um contrato definitivo válido.

Segundo Fábio P. Alem, não é necessário que, no momento da celebração do contrato preliminar, as partes “tenham capacidade para celebrar, no futuro, o contrato definitivo. Em verdade, nada impede que somente após a celebração do contrato preliminar as partes venham a adquirir a capacidade de celebrar o negócio definitivo”²⁹².

Ainda a título exemplificativo, conforme menciona Cristiano de Sousa Zanetti, é admissível que um cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal em fase de divórcio, celebre contrato preliminar com terceiros a fim de constituir uma sociedade, desde que estabeleça que o contrato definitivo deverá ser firmado em momento posterior à extinção do vínculo matrimonial²⁹³.

²⁹⁰ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁹¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. (coord.) Giovanni Ettore Nanni. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 609.

²⁹² ALEM, Fábio P. **Contrato Preliminar: níveis de eficácia**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 65/66.

²⁹³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 131.

Por fim, no campo da validade, embora mencionado o artigo 462, do Código Civil de 2002, que expressamente disponha sobre a ausência de forma específica para o contrato preliminar, o parágrafo único do artigo 463 do mesmo diploma legal estabelece que “o contrato preliminar será levado ao registro competente”, de modo que poderia induzir, contraditoriamente, à compreensão de que seria esse um dos seus requisitos de validade.

A fim de eliminar dúvida a esse respeito, o Enunciado 30, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada sob a Coordenação-Geral do Ministro Ruy Rosado Aguiar e Coordenação da Comissão de Trabalho de Paulo Távora e Antônio Junqueira de Azevedo, esclarece que “a disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros”²⁹⁴.

3.4.3 Os fatores de eficácia

Como visto, o propósito do contrato preliminar é vincular as partes à celebração do negócio definitivo almejado, sob pena de a parte lesada exigir a sua execução específica, conforme determina o artigo 463, do Código Civil de 2002, segundo o qual, concluído o contrato preliminar – sem que dele conste cláusula de

²⁹⁴ A esse respeito: “Nessa esteira, foi objeto de discussão o conteúdo do parágrafo único do artigo 463 do Código, que dispõe sobre a necessidade de registro do preliminar junto aos registros públicos competentes. Em primeira análise, a redação escolhida pelo legislador não é totalmente clara sobre se a exigência de registro se referia a requisito de validade ou fator de eficácia e, no segundo caso, se seria um fato de eficácia *inter partes* ou em face de terceiros. De fato, analisando o texto do referido parágrafo único isoladamente, o intérprete poderia ser levado a crer que o registro seria um requisito de validade do contrato preliminar, porquanto o dispositivo em comento estipula que o contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente. Todavia, a interpretação da norma jurídica não deve se dar de forma isolada ou literal. No Código Civil português, por exemplo, a questão é menos controvertida porquanto o artigo 413º diz expressamente que da inscrição no registro público competente depende a eficácia real do contrato-promessa. O entendimento é endossado pela doutrina. Já na Itália, o exame da construção histórica demonstra que no sentido da possibilidade/exigência de registro não pode ser outro senão o da eficácia perante terceiros. Até a promulgação da Lei nº 30/1997, que incluiu o novo artigo 2645-bis no *Codice*, não era possível a inscrição do *preliminare* no registro. Tal cenário permitia a ocorrência de situações absolutamente indesejáveis, por exemplo, a possibilidade de um terceiro adquirir o bem prometido a despeito do contrato preliminar anteriormente celebrado. Assim, a possibilidade de registro do contrato preliminar foi introduzida justamente com o fito de proteger os interesses do promissário em face de terceiros estranhos à relação contratual. Na mesma esteira parece ser o racional adotado para fins do nosso Código. As experiências italiana e portuguesa, que admitem o registro do preliminar já há algum tempo, parecem demonstrar que, sob uma perspectiva ampla, o registro do instrumento tem por finalidade precípua conferir-lhe eficácia em face de terceiros.” (PIZA, Guilherme de Toledo. **Contrato preliminar e a boa-fé objetiva**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 66-68).

arrependimento – “qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive”.

Caso referido prazo não seja observado, o artigo 464²⁹⁵ do mesmo diploma legal confere ao interessado a possibilidade de requerer ao Poder Judiciário o suprimento da vontade da parte inadimplente, atribuindo caráter definitivo ao contrato preliminar, ressalvados os casos em que a natureza da obrigação obstar mencionado suprimento de vontade, como se observa, exemplificativamente, nos casos em que a obrigação seja personalíssima²⁹⁶.

Nesse particular, reconhece-se o desafio da coercibilidade do contrato preliminar, sobretudo ao considerar que a prestação nele prevista é precisamente a manifestação de vontade das partes contratantes²⁹⁷. Entretanto, a obrigação de prestar declaração negocial não é naturalmente infungível (como ocorre nas obrigações personalíssimas), de forma que não há óbice à sua substituição²⁹⁸. Embora o julgador não possa se sub-rogar na posição do devedor, é plenamente possível e viável que supra a confirmação da vontade do devedor de celebrar o negócio definitivo por meio de decisão judicial. Desse modo, não se confunde a obrigação personalíssima genuinamente infungível (como a realização de um *show* por determinado cantor), com o suprimento da vontade do devedor.

Para que o contrato preliminar seja eficaz e, dessa maneira, vincule as partes à conclusão do negócio definitivo (ainda que por via de execução para supressão de vontade), devem estar presentes pelo menos três diferentes fatores: (i) a possibilidade

²⁹⁵ Art. 464. 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.

²⁹⁶ Nesse sentido, Orlando Gomes assevera: “Na ausência de cláusula de arrependimento, qualquer das partes pode exigir que a outra cumpra o contrato preliminar, celebrando o negócio definitivo. Para tanto, deverá assinar prazo à contraparte, que será aquele previsto no contrato ou, na ausência deste, prazo razoável estabelecido por quem demandar o cumprimento. Na hipótese de contrato preliminar unilateral, poderá o devedor estipular prazo para que o credor manifeste interesse na execução. Se há recusa de cumprimento, duas soluções podem ser adotadas, conforme o caso. Ou o inadimplente é compelido a executar o contrato especificamente, determinando o juiz que o efeito do pré-contrato se produza, como no caso da promessa irrevogável de compra e venda, ou é condenado ao pagamento da competente indenização dos danos oriundos de sua recusa. Esta solução é inevitável nas promessas que têm como conteúdo um contrato *intuito personae*. A sentença constitutiva mediante a qual se procede à execução coativa em forma específica é a solução que melhor condiz com a natureza do pré-contrato deduzida pela teoria que nele integra o contrato projetado, chamado definitivo.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador: Edvaldo Brito. 26. ed., rev., atual. e aumen. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Forense, p. 165).

²⁹⁷ PRATA, Ana. **O contrato-promessa e seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 51-52.

²⁹⁸ SANCHES, Sidney. **Execução específica**: das obrigações de contratar e prestar declaração de vontade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 49.

física e jurídica do negócio definitivo avençado;(ii) a natureza do negócio, como já visto não é possível a execução específica de obrigações personalíssimas²⁹⁹; e (iii) a inexistência de cláusula de arrependimento.

Conforme ensina Cristiano de Sousa Zanetti, acrescenta-se a esse rol a análise do grau de preliminaridade do contrato preliminar, “visto que a prolação de sentença que faça as vezes do contrato definitivo depende da presença de cláusulas bastantes à definição do regramento que será observado a partir do pronunciamento judicial”³⁰⁰. A esse respeito, Fábio P. Alem aponta que “quanto mais requisitos e elementos do contrato definitivo o contrato preliminar contiver, maior será sua força vinculativa e até mesmo executória, aumentando significativamente sua eficácia”³⁰¹.

Assim, a concretização do contrato preliminar no mundo jurídico depende, como estudado, do preenchimento dos elementos essenciais de existência – aqueles indispensáveis para a identificação do negócio definitivo almejado – dos requisitos de validade, fundamentais para que o contrato preliminar produza efeitos válidos, e dos fatores de eficácia necessários para o contrato preliminar seja exigível. A presença e interação de todas essas figuras poderá viabilizar a execução do contrato preliminar, atribuindo-lhe a segurança jurídica almejada pelas partes, especialmente na esfera dos contratos empresariais.

²⁹⁹ A esse respeito, ainda, Cristiano de Sousa Zanetti pondera que “[n]o mais das vezes, no entanto, não é a natureza da obrigação decorrente do contrato preliminar que interessa ao juízo de admissibilidade da tutela específica. Presente que a sentença não apenas dá por concluído o contrato definitivo, como também determina a sua pronta execução, salta aos olhos a relevância de se considerar os efeitos que decorreriam da voluntária celebração do negócio projetado. Por esse ângulo, não tem lugar, por falta de interesse, a execução específica da obrigação de concluir um contrato definitivo sempre que a parte recalcitrante tenha, por força da lei ou da convenção, o direito de dele se desligar logo após a respectiva celebração. Isso ocorre, por exemplo, se o contrato prever um período experimental durante o qual qualquer das partes possa dar o vínculo por extinto. Da mesma forma, se a parte inadimplente tiver fundamento legal para dar o contrato por resolvido logo após a sua celebração. Como assinala a doutrina portuguesa, da qual foram extraídos ambos os exemplos, sempre que o contratante faltoso puder pôr fim ao contrato prometido logo após a sua conclusão, carece de sentido conceder a tutela específica, pois não haverá meio de proporcionar à parte a fiel satisfação do respectivo interesse.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 138-139).”

³⁰⁰ Ibidem, p. 135.

³⁰¹ ALEM, Fábio P. **Contrato Preliminar: níveis de eficácia**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 132.

4 O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO PRELIMINAR E A SUA EXECUÇÃO

No universo dinâmico dos contratos empresariais, o contrato preliminar figura como instrumento valioso que confere às partes a segurança jurídica e a previsibilidade necessária para a conclusão do negócio definitivo desejado. Contudo, ao predefinir os elementos essenciais do contrato definitivo vinculando as partes quanto a sua formalização, a execução do contrato preliminar que almeje a celebração de contrato empresarial de longa duração (o negócio definitivo) pode ser desafiadora.

Os contratos empresariais por vezes apresentam algum grau de generalidade em suas fases iniciais, de modo que a viabilidade da supressão de vontade da parte inadimplente de um contrato preliminar empresarial – leia-se: aquela que se opõe a cumprir a obrigação de celebrar o negócio definitivo – depende, com grande ênfase, do grau de preliminaridade do contrato preliminar, que deverá ser analisado considerando-se as características próprias do negócio desejado, sobretudo o fato de que não é função jurisdicional negociar os seus termos.

Impõe-se analisar as diversas facetas do inadimplemento do contrato preliminar e os mecanismos jurídicos disponíveis para sua execução forçada, sobretudo na dinâmica dos contratos empresariais, conciliando-se o tratamento do ordenamento jurídico acerca dessa questão e o desejado equilíbrio entre a autonomia da vontade das partes e o indispensável propósito de previsibilidade e segurança jurídica.

4.1 O marco definidor do inadimplemento do contrato preliminar no âmbito do contrato empresarial

Em razão da complexidade das relações jurídicas no âmbito empresarial, torna-se pertinente a análise da delimitação do momento do adimplemento das obrigações estabelecidas nos contratos celebrados, sobretudo no que concerne aos contratos preliminares, cujo adimplemento é caracterizado pela celebração tempestiva do contrato definitivo almejado pelas partes.

A inobservância das disposições pactuadas pelas partes enseja o não cumprimento do contrato, que pode ser analisado sob duas perspectivas. A primeira delas, consistente na mora, caracterizada pelo atraso na satisfação da obrigação sem

que a prestação – ou seja, a celebração do contrato definitivo – perca a sua utilidade para a parte credora; a segunda delas consistente no inadimplemento absoluto, decorrente da inutilidade da prestação em atraso, seja em virtude da impossibilidade do seu cumprimento, seja em razão da perda da sua finalidade.

A análise desses conceitos na esfera dos contratos preliminares é imprescindível para compreender as alternativas jurídicas existentes para o caso do seu inadimplemento.

Conforme dispõe o artigo 463, do Código Civil de 2002, concluído o contrato preliminar, “qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando à outra parte que o efetive”. Dessa forma, o adimplemento do contrato preliminar e sua conseqüente extinção é marcado pela celebração do contrato definitivo almejado pelas partes³⁰², no prazo por elas estabelecido ou assinalado, o qual produzirá seus efeitos a partir de então (*ex nunc*), sem prejuízo de as partes estabelecerem eficácia retroativa, desde que respeitado os direitos de terceiros³⁰³. Esse cumprimento integral e pontual da obrigação representa a satisfação dos interesses das partes com a celebração do contrato preliminar.

Em estudo sobre o tema, Alcides Tomasetti Junior assim asseverou:

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. Autores há, entretanto, que buscam diferenças, com todo cuidado conceitual, adimplemento da obrigação e execução do contrato, restringindo está última ao ‘comportamento idôneo para determinar uma modificação da situação patrimonial e, genericamente, nas relações entre os contraentes, modificação esta pela qual se realiza o programa de eventos futuros constante do contrato’. O adimplemento, por sua vez, é essencialmente meio de extinção, e, pois, de liberação para o devedor; a execução reporta-se à atuação da fonte da obrigação (contrato): ou seja, leva a efeito o contrato’. Portanto, a execução é, antes de mais nada, um ato do contraente; assim como o adimplemento é um momento estrutural da obrigação, a execução é o momento estrutural do contrato, ou, sob outro aspecto, a execução do

³⁰² Luiz Fabiano Corrêa assevera que “[c]umpre-se o contrato preliminar ou pré-contrato com a realização do contrato principal ou definitivo. O pré-contratante que se oferece para concluí-lo só com isso já entrega a sua prestação e se livra da mora. E as novas obrigações geradas pelo contrato principal, ao mesmo tempo em que substituem as do contrato preliminar ou pré-contrato, promovem-lhe a extinção.” (CORRÊA, Luiz Fabiano. **Contratos Preliminares ou Pré-Contratos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 86, v. 735, janeiro de 1997, p. 745).

³⁰³ Nesse mesmo sentido, Fábio P. Alem defende que “[o] cumprimento do contrato preliminar traduz-se na conclusão do contrato definitivo projetado que, em regra, produzirá seus efeitos *ex nunc*, mas que pode, por convenção das partes, dispor de uma eficácia retroativa, desde que, com ela, não sejam afetados direitos de terceiros.” (ALEM, Fábio P. **Contrato Preliminar: níveis de eficácia**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 149-150).

contrato está, para o adimplemento das obrigações, numa relação de meio (um dos possíveis meios) a um fim³⁰⁴.

A inobservância do prazo estabelecido para a formalização do contrato definitivo pode caracterizar a mora da parte inadimplente. Nessa hipótese, a parte interessada poderá buscar a tutela jurisdicional, nos termos do artigo 464, do Código Civil de 2002, para que o Poder Judiciário supra a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, ressalvada a impossibilidade em razão da natureza da obrigação³⁰⁵. Essa medida, contudo, é aplicável apenas enquanto a obrigação ainda for útil e possível ao credor; caso a prestação tenha se tornado inútil ou impossível em razão da natureza da obrigação ou do decurso do tempo, restará configurado o inadimplemento absoluto do contrato preliminar.

Assim, é fundamental identificar com precisão os cenários que impossibilitam a tutela específica do contrato preliminar. A celebração do contrato definitivo só será exigida caso essa prestação seja possível e útil ao credor. Caso o inadimplemento decorra de impossibilidade absoluta – seja ela originária ou superveniente, total ou parcial (mas substancialmente comprometida) – a via da execução específica torna-se inviável. Por outro lado, caso a impossibilidade seja temporária, é possível exigir o cumprimento do contrato preliminar após a sua cessação. Por fim, na hipótese de o credor não ter interesse na prestação, ainda que diante de inadimplemento parcial ou não definitivo, o contrato preliminar poderá ser resolvido com o pagamento de perdas e danos³⁰⁶.

Em síntese, expirado o prazo do contrato preliminar sem o seu cumprimento por uma das partes – de modo a configurar a mora ou, ainda, o inadimplemento absoluto a depender da inutilidade da prestação – a outra poderá optar pela execução específica em juízo ou pela resolução do contrato.

³⁰⁴ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 38.

³⁰⁵ A execução específica do contrato preliminar será tratada com maior profundidade adiante, entretanto, menciona-se desde já que o artigo 464 do Código Civil de 2002 é aplicado em conjunto com o artigo 501 do Código de Processo Civil – segundo o qual “[n]a 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” –, e com o artigo 497 do mesmo diploma legal (que estabelece que “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”).

³⁰⁶ ALMEIDA, Cauê Jorge. **O contrato preliminar: conceito, inadimplemento, interesse e danos ressarcíveis**. Dissertação de Mestrado FGV/SP, Orientador Wanderley Fernandes, 2019, p. 64.

A execução específica, considerando-se o princípio da conservação dos negócios jurídicos, mostra-se pertinente nos casos de mora, em que a vontade da parte inadimplente poderá ser suprida judicialmente para que o contrato preliminar se torne definitivo (conforme artigo 464 do Código Civil de 2002). A resolução do contrato, por sua vez, pode ser associada ao inadimplemento absoluto do contrato preliminar ou à opção do credor que não tem mais interesse na prestação tardia da obrigação³⁰⁷. Nesse caso, restará desconstituído o vínculo contratual, liberando-se as partes da obrigação de celebração do contrato definitivo (conforme artigo 465 do Código Civil de 2002)³⁰⁸. Em ambas as situações, a parte inadimplente poderá ter de indenizar a parte inocente³⁰⁹.

Portanto, em caso de descumprimento do contrato preliminar, a parte lesada terá à sua disposição as vias da execução específica ou do pleito indenizatório. A escolha entre essas opções relaciona-se com a natureza do inadimplemento: caso o inadimplemento seja absoluto, tornando a prestação imprestável ou inviável³¹⁰, a resolução do contrato, cumulado com pedido indenizatório, é a única alternativa possível; descarta-se, nesta hipótese, a execução específica da obrigação.

A título de exemplo, na esfera dos contratos empresariais, caso duas empreiteiras celebrem contrato empresarial por meio do qual se comprometem a constituir consórcio empresarial na hipótese de se sagrarem vencedoras de determinada concorrência privada, caso vençam a disputa, deverão celebrar o

³⁰⁷ Sobre essa questão, Cauê Jorge de Almeida assevera que: “é possível definir que o inadimplemento suficiente a dar margem ao pedido resolução acompanhado das perdas e danos seria: o inadimplemento imputável ao devedor, definitivo por impossibilidade, quando absoluta ou relativa superveniente seja a definitiva ou temporária (quando assemelhada à definitiva), e total ou parcial, desde que sendo parcial, que não mais atenda aos interesses do credor ou que a prestação resultante não signifique o cumprimento substancial da obrigação; ou definitivo pela perda do interesse do credor; não-definitivo por conta de cumprimento defeituoso ou violação positiva do contrato, quando ensejar violação substancial do contrato ou perda de interesse do credor; quando o inadimplemento se dê sobre a obrigação principal ou, caso seja quanto a uma obrigação acessória ou secundária, se este seja de tal monta a ponto de afetar a obrigação principal de forma substancial; e, se o inadimplemento afetar o interesse do credor, sua legítima expectativa, de tal forma que este não puder mais se satisfazer com a prestação” (ALMEIDA, Cauê Jorge. **O contrato preliminar: conceito, inadimplemento, interesse e danos ressarcíveis**. Dissertação de Mestrado FGV/SP, Orientador Wanderley Fernandes, 2019, p. 63).

³⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 198.

³⁰⁹ Nesse sentido, Guilherme de Toledo Piza aponta que “[d]a leitura dos dispositivos acima mencionados, infere-se que o inadimplemento pode levar a diversas consequências, dentre as quais se destaca a execução para cumprimento da obrigação, a resolução do contrato ou a execução pelo equivalente, em qualquer caso com incidência de perdas e danos.” (PIZA, Guilherme de Toledo. **Contrato Preliminar e a boa-fé objetiva**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 189).

³¹⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101.

contrato definitivo de constituição do consórcio empresarial para a exploração da rodovia concedida³¹¹.

Nessa hipótese, se as partes vencerem o certame e uma delas se recusar a celebrar o contrato definitivo para a constituição do consórcio empresarial no prazo estabelecido, a contratação restará inviabilizada. Por consequência, não mais existirá interesse útil da parte credora na celebração do contrato definitivo, uma vez que o objetivo principal não poderá mais ser alcançado por essa via. Assim, o descumprimento do contrato preliminar configura seu inadimplemento absoluto, uma vez que a prestação perdeu sua utilidade essencial para o credor, de modo que será resolvido o contrato preliminar, com todas as consequências decorrentes³¹².

Na esfera dos contratos empresariais, o inadimplemento do contrato preliminar tem particular relevância, uma vez que a efetiva possibilidade de se pleitear a sua execução específica está diretamente relacionada aos contornos e à natureza da avença definitiva almejada que, em sua complexidade e, por vezes, longa duração, é dotada de certa incompletude. Nesse contexto, as práticas de mercado são norte essencial que deverá balizar a identificação da viabilidade ou não de se compelir a formação do contrato definitivo a partir do negócio preliminar.

Dessa maneira, a avaliação da exequibilidade do contrato preliminar empresarial exige a análise detalhada do negócio definitivo desejado, a fim de apurar a substância da operação econômica almejada, considerando-se inclusive as dinâmicas próprias do mercado. Tal escrutínio é crucial para discernir a eficácia real do instrumento e as possibilidades de sua execução específica, sopesando as condições e os desafios inerentes à sua efetivação, bem como os potenciais

³¹¹ GIERSE, Denis Giamondo; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Consórcio de sociedades: estrutura, relevância e aplicações no contexto das operações societárias. **CONTRIBUCIONES A LAS CIENCIAS SOCIALES**, [S. l.], v. 18, n. 5, p. e17649, 2025. DOI: 10.55905/revconv.18n.5-083. Disponível em:

<https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/17649>. Acesso em: 29 dez. 2025.

³¹² Exemplo semelhante é apresentado por Fabio Ulhoa Coelho em sua obra: “Imagine que duas empreiteiras se associem para participar da licitação para a outorga de concessão rodoviária. Se vencerem a disputa, irão celebrar contrato de sociedade para a exploração da rodovia concedida. Não há interesse nenhum em celebrar esse contrato, porém, isenção para o caso de sucesso na concorrência pública. Aquelas empreiteiras não têm, com efeito, nenhum outro negócio que pretendam explorar em sociedade. Não podem, por outro lado postergar as negociações, porque precisam ter segurança relativamente às obrigações que cada uma concorda assumir antes de se habilitar na licitação. Celebram, então, um contrato preliminar de sociedade, cuja execução sujeita-se à condição de obtenção da concessão rodoviária. A condição, aqui, é resolutiva porque importa a resolução do contrato preliminar caso o direito de explorar a rodovia seja outorgado a outro licitante. Mas nada impede a eleição de condição suspensiva pelo contrato preliminar.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 194).

desdobramentos de sua inviabilidade, sempre sob a ótica dos contratos empresariais e da inafastável necessidade de equilibrar autonomia privada com segurança jurídica.

4.2. A eficácia forte e fraca do contrato preliminar e o grau de preliminaridade

A eficácia do contrato preliminar pode ser considerada forte na hipótese em que, devido à inadimplência de uma das partes em celebrar o contrato definitivo, seja possível promover a sua execução específica, o que ocorrerá quando for possível extrair do contrato preliminar o conteúdo do contrato definitivo³¹³. De outro modo, fraca será a eficácia do contrato preliminar nos casos em que não seja possível promover a sua execução específica.

Para Antônio Junqueira de Azevedo, não se confundem os “requisitos” (*rectius* elementos) essenciais para a existência do contrato preliminar, com aqueles necessários e suficientes para a sua execução forçada. A esse respeito:

A expressão “requisitos essenciais” do art. 462 do Código Civil corresponde aos elementos essenciais e às exigências legais sobre eles (os requisitos propriamente). Em se tratando de contrato preliminar de compra e venda, bastará, pois, para a sua existência, validade e eficácia genericamente considerada, que estejam presentes os elementos essenciais da compra e venda e seus requisitos, isto é, o acordo quanto à coisa e quanto ao preço (*res, pretium et consensus*) em perfeita regularidade. Entretanto, para a eficácia forte (a execução específica), isso não basta. A presença dos elementos essenciais típicos do contrato definitivo não faz com que o contrato preliminar se torne automaticamente suscetível de execução direta. A viabilidade dessa execução dependerá da consideração da espécie do contrato preliminar, incluindo as cláusulas que houverem sido estipuladas pelas partes e, na hipótese de previsão de iter integrativo subsequente à conclusão do contrato preliminar, o comportamento sucessivo das partes e de seu eventual acordo quanto aos pontos em aberto³¹⁴.

Dessa maneira, para o autor, em primeiro lugar, verifica-se a existência dos elementos essenciais do contrato definitivo (como o consenso, objeto e preço), além dos seus requisitos de validade (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não vedada em lei). Se tais condições forem

³¹³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 140.

³¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257-258.

satisfeitas, haverá contrato preliminar válido e existente, conforme o artigo 462 do Código Civil de 2002.

Em seguida, analisam-se os elementos acidentais e as circunstâncias relevantes ao caso concreto, o que inclui a vontade das partes e o grau de programação do contrato preliminar, para identificar se sua eficácia é forte ou fraca, definindo-se se o eventual descumprimento do contrato preliminar implicará a sua execução específica ou indenização por perdas e danos.

O contrato preliminar não tem conteúdo fixo porquanto admite diferentes graus de detalhamento do negócio definitivo almejado. Essa gradação depende diretamente do quanto o conteúdo do futuro contrato definitivo é delineado nele, cuja minudência pode ser maior ou menor, conforme a complexidade da operação econômica subjacente e/ou o interesse das partes³¹⁵. Para apurar a possibilidade de execução específica do contrato preliminar, é necessário verificar o seu grau de preliminaridade, identificado conforme a extensão nele disciplinada da programação contratual do negócio definitivo almejado; ou seja, a mera presença dos elementos essenciais típicos do contrato definitivo não faz com que o contrato preliminar seja, por consequência direta, suscetível de execução.

Alcides Tomasetti Junior assevera que a preliminaridade contratual revela a “elasticidade do primeiro contrato relativamente à compreensibilidade, maior ou menor, do conteúdo do segundo, com a consequência de se apresentar, no encadeamento contrato preliminar-contrato definitivo, uma programação variável”³¹⁶. Ainda segundo o autor, a preliminaridade do contrato compreende três níveis de gradação: o contrato preliminar com o termo máximo, médio e mínimo de programação contratual³¹⁷.

No primeiro deles, o conteúdo do contrato definitivo encontra-se plenamente claro e estabelecido no contrato preliminar³¹⁸, motivo pelo qual o contrato definitivo

³¹⁵ A esse respeito, Antônio Menezes Cordeiro reconhece que o contrato preliminar tem por função estabelecer uma regulação parcial dos interesses das partes contratantes, de modo que reconhece a possibilidade de que o contrato preliminar tenha lacunas (CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, v. I, t. II. p. 305).

³¹⁶ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 22.

³¹⁷ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 22-24.

³¹⁸ Também nesse sentido: “Nessa preliminaridade máxima, o contrato preliminar já contém todos os elementos do contrato definitivo [ou, nos termos do atual CC 462, ‘O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado’], não havendo nenhuma indeterminação a ser objeto de futuro entendimento entre as partes na celebração

representa um ato devido³¹⁹. A completude do contrato preliminar não transforma o contrato definitivo em uma repetição desnecessária, ao revés, ratifica a sua importância também como instrumento valioso que permite que as partes atinjam outros objetivos estratégicos, como a postergação do pagamento de tributos ou a contratação de garantias, vinculando-se desde logo sem a necessidade de observarem determinadas formalidades que, por vezes, são indispensáveis para a validade do negócio jurídico definitivo almejado³²⁰.

Os contratos preliminares com termo médio de programação contratual, conforme Cristiano de Sousa Zanetti, são “caracterizados pela presença de previsões secundárias, cuja concretização não depende ou pode facilmente prescindir de declarações inovativas”³²¹; ou seja, os principais pontos negociais já foram estabelecidos pelas partes, e as lacunas remanescentes são de natureza técnica ou objetiva, determináveis por padrões de mercado ou uso, sem necessidade de novas manifestações de vontade que alterem o cerne do negócio.

Nesse contexto, a flexibilidade dos contratos empresariais preliminares se revela estratégica, uma vez que as lacunas decorrentes de uma programação de

do contrato definitivo. Nesse contexto, em não se cogitando de dúvidas acerca da natureza jurídica de contrato preliminar do negócio que porventura tenha sido entabulado entre as partes, tem-se, conseqüentemente, o inequívoco direito ao seu exercício, é dizer, o direito à conclusão do negócio jurídico entabulado preliminarmente entre as partes. Desse modo, se o que se obrigou em contrato preliminar pretende incumpri-lo declaradamente, recusando-se à celebração do contrato definitivo, age contra o próprio acordo firmado (ir contra os próprios atos) em inequívoco *venire contra factum proprium*. Esse *venire* afronta e desrespeita o CC 422, notadamente no que toca à boa-fé, objetiva e subjetiva.” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY Jr., Nelson. **Instituições de Direito Civil das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 2, p. 536).

³¹⁹ A título exemplificativo, Alcides Tomasetti Junior enuncia: “Exemplo que ilustra o grau máximo de fixação antecipada do conteúdo do contrato definitivo dá-se, na espécie já lembrada, em que as partes, por documento particular, prometem outorgar a propriedade integral de um imóvel que lhes pertence em comum, ao possuidor atual, também condômino, recebendo, em contrapartida, deste último, a renúncia de parte ideal de herança que lhe caberia juntamente com os demais figurantes no contrato-promessa. Neste caso, aguarda-se, simplesmente, o término do inventário, devendo então os promitentes outorgar a escritura definitiva do acordo de permuta já delineado em seus extremos. Retoma-se a afortunada explicação que descreve a dupla função do contrato definitivo, enquanto ato devido – negócio jurídico, como relação entre continente e conteúdo (retro, §2, nota 15), pode-se dizer que, nesse exemplo, o continente está cheio. Faltante apenas a outorga da escritura definitiva do contrato de permuta já completo no seu conteúdo (a forma pública, no caso, é unicamente, requisito de validade do contrato – Código Civil, art. 134, caput, e inciso II), essa outorga é mais adimplemento do que conclusão de um novo negócio (34). Estão presentes, na outorga da escritura, o ato devido e a declaração negocial, mas – agora do ponto de vista qualitativo – a função predominante é a do primeiro”. (TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 22-23).

³²⁰ BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 173.

³²¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 141.

termo médio não obstam a sua exequibilidade. Eventuais omissões no contrato preliminar poderão ser preenchidas de forma natural e objetiva com base nas práticas de mercado, pelos usos e costumes comerciais, o que confere maior concretude aos termos incompletos.

De maneira ilustrativa, menciona-se um contrato preliminar para desenvolvimento de *software*, cuja arquitetura principal é definida, mas os detalhes sobre a periodicidade das atualizações de segurança e o suporte técnico são omitidos. Nesse caso exemplificativo, as práticas de mercado poderão nortear a complementação do negócio em eventual execução, desde que as partes não tenham expressamente rejeitado essa possibilidade quando da celebração do contrato preliminar (como será detalhado neste capítulo).

Por fim, os contratos com preliminaridade mínima apresentam maior reserva de complementação, motivo pelo qual a conclusão do contrato definitivo necessita ser integrada por acordos residuais posteriores, voltados a definir determinados elementos cuja importância é aferida casuisticamente³²².

Em transações empresariais de maior porte e complexidade, é comum identificar contratos preliminares com preliminaridade mínima, de modo que sua plena concretização em contrato definitivo depende de processo subsequente de integração de conteúdo, que pode envolver negociações ainda pendentes. Caso essa fase de integração não se concretize ou não chegue a um bom termo, o contrato definitivo poderá ser inviabilizado, a despeito de o contrato preliminar ser válido³²³.

O contrato preliminar pode ter eficácia forte ou fraca a depender do grau de predeterminação programática do contrato definitivo. Caso haja inúmeras cláusulas em aberto, dependentes de acordos posteriores de complementação de conteúdo – sem que haja padrões objetivos para a complementação do negócio definitivo, como se verá – a eficácia será fraca, o que não desnatura o contrato preliminar. Nesse particular, como será analisado adiante, não será possível a execução direta de

³²² Em síntese, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior ensinam que “a preliminaridade do contrato pode ser graduada justamente com base na regulação de conteúdo que ele faz do segundo contrato (contrato definitivo)” (NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY Jr., Nelson. *In: Instituições de Direito Civil das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. p. 535).

³²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. *In: Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 257.

prestar a declaração de vontade, mas a condenação da parte inadimplente ao pagamento de perdas e danos, conforme determina o artigo 465³²⁴ do Código Civil.

A atual compreensão do assunto contrasta significativamente com o entendimento do Poder Judiciário manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1979, ao julgar o caso Disco. Na ocasião, como investigado, a interpretação da compra e venda mercantil, sob a égide do artigo 191 do Código Comercial, era mais rígida, exigindo o consenso sobre todas as condições do negócio. Tal posicionamento, defendido pelo Ministro Relator, Moreira Alves, possivelmente não encontraria respaldo na atualidade, em razão da redação do artigo 462 do Código Civil, que estabelece que o contrato preliminar deverá estabelecer os elementos essenciais do negócio definitivo, mas não necessariamente todas as condições do negócio.

E nem poderia ser diferente a compreensão atual do assunto, pois todos os contratos – inclusive os preliminares – são, por natureza, incompletos. Não se deve perder de vista que a incompletude dos contratos preliminares celebrados na relação empresarial dinâmica pode ter como causa a incompletude natural de determinados contratos empresariais.

A título de exemplo, rememora-se que o contrato híbrido é dotado de incompletude congênita porquanto além de consolidar regras para o presente, estabelece regramentos mínimos para o futuro em uma realidade de colaboração ao propósito almejado pelas partes³²⁵. Considerando-se que a função econômica do contrato é alocar os riscos assumidos pelas partes – o que inclui o risco da sua incompletude – seria de fato lamentável limitar a eficácia do contrato preliminar aos casos em que seu grau de preliminaridade programática fosse máximo³²⁶.

³²⁴ Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

³²⁵ Novamente, menciona-se a lição de Paula A. Forgioni acerca do assunto: “[o]s contratos de colaboração tendem a não prever a disciplina de todos os problemas que podem ser enfrentados pelas partes durante o negócio. Retomando o quanto afirmado em capítulos anteriores, no momento da celebração é impossível deter todas as informações sobre o negócio e sobre seu contexto, inclusive futuro. Podem ser realizadas previsões, cálculos considerando probabilidades, mas jamais haverá o controle do porvir. ‘Real people are not omnisciente nor perfectly far-sighted’. Por isso, muitos contratos, especialmente os complexos, são natural e inexoravelmente incompletos” (FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais, Teoria Geral e Aplicação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 211).

³²⁶ Em manifestação crítica acerca do atual tratamento legislativo do contrato preliminar, Juliana Krueger Pela aponta que “Ora, ocorre que a razão de se celebrar um contrato preliminar tende a ser, justamente, a de consolidar uma oportunidade negocial mesmo na ausência de todos os elementos necessários à formação do vínculo definitivo. Ao sujeitar a caracterização dos contratos preliminares à presença de todos os elementos essenciais do negócio jurídico em questão, a lei amputa em larga medida o leque de utilidades que os agentes econômicos podem atribuir ao mencionado instituto. A lei de 2002, desse modo, operou uma séria restrição ao âmbito de aplicação do contrato preliminar.”

A gradação da preliminaridade contratual e a distinção entre seus requisitos de validade e de exequibilidade específica são fundamentais sobretudo na dinâmica dos contratos empresariais. Em benefício da segurança jurídica e de todas as características do mercado, a complexidade das operações pode exigir uma fase pré-contratual bastante sofisticada; embora seja mais recomendável a celebração de contratos preliminares com alto grau de programação, essa prática nem sempre é possível.

O reconhecimento de que os contratos preliminares com menor grau de programação também apresentam eficácia, não apenas maximiza a utilização desse importante instrumento na esfera empresarial, como também permite que as partes avancem em operações de grande porte e longo prazo, mitigando riscos e construindo o negócio de forma progressiva, sem sacrificar a segurança jurídica e o dinamismo típico do mercado.

4.3. A execução específica ou a sua impossibilidade

Na esfera dos contratos empresariais, diante da complexidade por vezes neles observada e das vicissitudes do mercado, é comum a celebração de contratos preliminares que podem ter como propósito viabilizar a formação gradativa do negócio, ou simplesmente vincular as partes sobre todos os termos do negócio definitivo almejado bem delineados (o que se observa em contratos com alto grau de preliminaridade), de forma a mitigar custos de transação, preservando-se não apenas a autonomia da vontade das partes como também a segurança jurídica.

Em razão de sua importância prática, com a intenção de salvaguardar a operação econômica concebida pelas partes, o contrato preliminar comporta execução específica caso o seu adimplemento não ocorra voluntariamente no prazo estipulado ou assinalado pela outra parte. Com esse propósito, o artigo 464³²⁷, do Código Civil de 2002, admite que o Poder Judiciário supra a vontade da parte inadimplente, obrigando-a a celebrar o contrato definitivo almejado ou, como assevera

(PELA, Juliana Krueger. O Contrato Preliminar. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano. XLII, n. 130, abr.-jun. / 2003, p.232).

³²⁷ Art. 464. 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.

Orlando Gomes, “o juiz proferirá sentença substitutiva da declaração da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar”³²⁸.

Por veicular obrigação de fazer consistente na celebração do contrato definitivo almejado, o contrato preliminar se submete ao disposto no artigo 497, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que “[n]a ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

A esse respeito, Humberto Theodoro Junior esclarece que “[a]o cumprimento forçado, em juízo, da prestação na forma prevista no título da obrigação de fazer ou não fazer, atribui-se o *nomem iuris* de ‘tutela específica’. A execução do equivalente econômico denominou-se ‘tutela substitutiva’”³²⁹.

Do mesmo modo, os artigos 464 e 465³³⁰ do Código Civil de 2002 – que estabelecem a possibilidade de desfazimento do contrato preliminar com o

³²⁸ A lição de Orlando Gomes com relação a esse tema aponta nesse exato sentido: “Se há recusa de cumprimento, duas soluções podem ser adotadas, conforme o caso. Ou o inadimplente é compelido a executar o contrato especificamente, determinando o juiz que o efeito do pré-contrato produza, como no caso da promessa irrevogável de compra e venda, ou é condenado ao pagamento da competente indenização dos danos oriundos de sua recusa. Esta solução é inevitável nas promessas que têm como conteúdo um contrato *intuito personae*. A sentença constitutiva mediante a qual se procede à execução coativa em forma específica é a solução que melhor condiz com a natureza do pré-contrato deduzida pela teoria que nele integra o contrato projetado, chamado definitivo. Estas soluções encontram-se previstas nos arts. 464 e 465 do Código Civil. Se a natureza da obrigação assumida assim o permitir, poderá a parte pleitear judicialmente a execução específica do contrato preliminar. Neste caso, o juiz proferirá sentença substitutiva da declaração da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar. Entretanto, na hipótese de obrigações cuja natureza não possibilite esta solução (como as personalíssimas), ou caso a parte inocente não tenha interesse na execução específica, poderá optar por considerar resolvido o contrato preliminar e pleitear indenização por perdas e danos.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador: Edvaldo Brito. 26. ed. , rev. atual. e aument. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Forense, p. 165).

³²⁹ No que concerne à execução específica de obrigações de fazer, referido autor aponta, ainda, que: “Como ao direito repugna constringer alguém fisicamente a fazer alguma coisa, e como as obrigações de fazer e não fazer dependem sempre de um comportamento pessoal do devedor, regra antiga dispunha que o inadimplemento, na espécie, resolver-se-ia em perdas e danos. Como essa solução era, em muitos casos, injusta e insatisfatória, criou-se a concepção da fungibilidade de certas obrigações de fazer, que seria aplicável sempre que a prestação devida não fosse personalíssima e pudesse ser cumprida a contento mediante ato de terceiro. Assim, a execução da obrigação poderia ser feita de maneira específica, proporcionando ao credor exatamente o resultado ajustado, mesmo sem a colaboração do devedor. A este, afinal, caberia suportar os custos da realização in natura da prestação por obra de outrem.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência . Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II, p. 87)

³³⁰ “Art. 464. 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.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.”

consequente pagamento de perdas e danos pela parte inadimplente, caso seja esse o interesse da parte credora ou caso a natureza da obrigação não permita a execução específica – harmonizam-se plenamente com o artigo 499 do Código de Processo Civil, segundo o qual a obrigação poderá ser convertida em perdas e danos se o autor assim requerer ou “se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”³³¹.

Por fim, o Código de Processo Civil em seu artigo 501 estabelece que “[n]a 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”. Acerca do alcance desse dispositivo legal, Luiz Dellore aponta:

Para algumas situações de direito material, há necessidade de manifestação de vontade das partes para que haja determinado negócio jurídico. Porém, por vezes, uma das partes não emite a declaração de vontade nos moldes necessários. Para essas situações, tem-se a possibilidade de uma obrigação de fazer *suis generis*, prevista no art. 501: se o réu não cumprir a obrigação (e é possível que isso ocorra), a sentença de procedência proferida pelo Poder Judiciário produzirá os ‘efeitos da declaração não emitida’. [...] A melhor forma de exemplificar o alcance do dispositivo em análise é com a adjudicação compulsória. Diante de um contrato de compromisso de compra e venda, o promitente-comprador paga todas as parcelas avençadas. Contudo, no momento de outorgar a escritura, o promissário-vendedor assim não procede. Qual a solução mais adequada para se obter a propriedade? Uma medida judicial que substitua a vontade do vendedor. E, no caso, essa medida é a denominada adjudicação compulsória, prevista no art. 16 do Decreto-lei n.º 58/1937^{332 333}.

A harmonia entre as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil bem demonstra a preocupação do legislador em assegurar a efetividade dos

³³¹ “Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

³³² DELLORE, Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil**, coord. Fernando da Fonseca Garjadoni, Luiz Dellore, André Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 722-723.

³³³ Além do exemplo mencionado por Luiz Dellore no excerto colacionado, menciona-se os exemplos apontados por Tarcísio Teixeira na esfera dos contratos empresariais: “A doutrina, ao falar de execução específica, cita sempre o caso do promitente vendedor de imóvel que se nega a passar a escritura definitiva de propriedade de propriedade, sendo cabível ação de adjudicação compulsória onde a sentença, suprindo a vontade da parte, terá os mesmos efeitos da escritura. Mas, no meio empresarial não é difícil se vislumbrar outras hipóteses, por exemplo, quando uma empresa se compromete, através do contrato preliminar, a vender determinado maquinário (de sua propriedade e posse) a outra empresa e não o faz, não celebrando o contrato definitivo, sendo então passível de execução específica. Também quando um empresário detentor do controle acionário de determinada sociedade se negar a celebrar o contrato definitivo transferindo-o para o promissário comprador, ou no caso de trespasse de estabelecimento empresarial, entre outros.” (TEIXEIRA, Tarcísio. Contrato Preliminar Empresarial. **Revista da Faculdade de Direito**, USP, v. 101, São Paulo, 2006, p. 721).

contratos preliminares. Assim, ao prever tanto a tutela específica desse tipo contratual, como a conversão em perdas e danos (conforme artigos 464 e 465 do Código Civil e artigo 499 do Código de Processo Civil), o ordenamento jurídico brasileiro oferece importantes instrumentos voltados a assegurar o cumprimento da obrigação de contratar ou, na sua impossibilidade, a justa compensação³³⁴.

O suprimento da vontade da parte inadimplente, como defende Guilherme de Toledo Piza, não representa “uma declaração de vontade em si mesma, mas consistirá em decisão que produzirá os mesmos efeitos daquela”³³⁵. Assim, a execução do contrato preliminar não tem como finalidade a obtenção da prestação material ou substancial contida no contrato definitivo, mas a produção dos efeitos jurídicos decorrentes da declaração de vontade que, em cumprimento ao contrato preliminar, deveria ter sido manifestada.

Em razão dos altos valores que circulam costumeiramente em complexas operações empresariais – como se observa, a título ilustrativo, na constituição de *joint ventures*, nas operações de fusão e aquisição societária e na estruturação de parcerias de longo prazo – a segurança jurídica das partes acerca do cumprimento dos contratos por elas celebrados tem importância estratégica e fundamental. Ao

³³⁴ Com relação à execução específica do contrato preliminar, Cauê Jorge Almeida enfatiza que “[a]inda que hoje a questão da execução específica do contrato preliminar seja vista com naturalidade, nem sempre foi assim. Inicialmente, a possibilidade de tal execução era vista como compelindo alguém a realizar algo (no caso, celebrar o contrato definitivo), o que representaria uma violência física ou uma supressão da liberdade da parte inadimplente. No mesmo sentido, Arnoldo Wald constatou que, enquanto na execução da obrigação de dar, busca-se a entrega de uma coisa, na obrigação de fazer se busca a realização de um serviço, uma atividade. Assim, conquanto na obrigação de dar o juiz pode pura e simplesmente ordenar que a coisa seja entregue ao credor, na obrigação de fazer se deve atentar às liberdades individuais da parte devedora, especialmente nos casos em que a obrigação a ser prestada é personalíssima, não podendo ser substituída pela prestação de terceiros. Tendo em vista o fato de que ninguém poderá ser obrigado a fazer algo contra a sua vontade, o inadimplemento de uma obrigação de fazer constantemente era resolvida através da substituição da prestação pelas perdas e danos.”. Mais adiante, o autor arremata que “Assim, surgiu a questão se era ou não possível suprir a declaração de vontade, tornando a parte obrigada à prestação definitiva prevista, uma vez que a emissão da declaração de vontade seria ato realizável apenas pela parte que se obrigou a ele. Contudo, conforme constatou José Carlos Barbosa Moreira, trata-se de um falso problema, pois, apesar de a emissão de declaração de vontade ser de fato personalíssima, ‘o que realmente interessa ao credor é ver-se posto na situação jurídica resultante da emissão da declaração de vontade; é fruir o resultado desta, os efeitos que ela é capaz de surtir no plano do direito’. Ora, o que satisfará ao interesse do credor não é essencialmente a obrigação de declarar, que seria imposta ao devedor, mas sim o resultado que ela traria, e isto pode ser proporcionado pelo juiz sem que haja qualquer violência física, coação ou supressão de liberdade do devedor. Assim, não se trata de condenar o devedor a emitir a declaração de vontade, mas de garantir os mesmos efeitos desta, constituindo o contrato definitivo.” (ALMEIDA, Cauê Jorge. *In O contrato preliminar: conceito, inadimplemento, interesse e danos ressarcíveis*. Dissertação de Mestrado FGV/SP, Orientador Wanderley Fernandes, 2019, p. 64-65)

³³⁵ PIZA, Guilherme de Toledo. **Contrato Preliminar e a boa-fé objetiva**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 165.

viabilizar a execução específica do contrato preliminar, o legislador atendeu, em certa medida, os anseios das partes que dele fazem uso.

Entretanto, a execução do contrato preliminar não é irrestrita, depende da observância de pressupostos fundamentais que também garantam a segurança jurídica e a razoabilidade da intervenção judicial. Assim, para ser executado, o contrato preliminar deverá ser válido e eficaz, além de conter todos os elementos essenciais do contrato definitivo.

A execução específica do contrato preliminar também pressupõe que ele tenha eficácia forte, com grau de preliminaridade suficiente, uma vez que, conforme aponta José Carlos Barbosa Moreira, “ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas apenas fazer desnecessária, por meio da sentença, a declaração de vontade que, incidindo sobre cláusulas e condições já estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo”³³⁶.

Assim, para que seja possível a intervenção judicial para suprir a vontade da parte inadimplente, o contrato preliminar deverá ser suficientemente completo, o que deve ser verificado em cada caso, uma vez que se defende a possibilidade de sua integração com base em critérios próprios da operação econômica almejada, como será visto adiante. Entretanto, caso as lacunas observadas sejam substanciais e exijam nova manifestação de vontade das partes sobre pontos essenciais, a via da execução específica torna-se inviável, restando a via indenizatória.

Por fim, a execução específica também pressupõe o interesse útil do credor na celebração do contrato definitivo. Caso o descumprimento do contrato preliminar tenha configurado um inadimplemento absoluto – tornando a prestação inútil ou inviável para o credor – a execução específica perde seu sentido prático.

Embora a legislação vigente seja clara quanto à possibilidade de execução específica do contrato preliminar, na prática se observa dificuldades de diferentes naturezas, sobretudo na esfera dos contratos empresariais, que contemplam suas especificidades e particularidades.

A primeira delas reside em distinguir concretamente os contratos preliminares dos diversos documentos elaborados durante as etapas do processo negocial os quais não estabelecem obrigação formal de contratar.

³³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da execução em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 233.

Apesar de refletirem a evolução das tratativas, os memorandos de entendimento, as cartas de intenção e as minutas simples não configuram contratos preliminares aptos a suportarem execução específica, justamente por carecerem dos elementos essenciais do contrato definitivo e da intenção deliberada das partes em se vincularem quanto à celebração do contrato definitivo³³⁷. Por esse motivo, inaplicável à essas figuras o disposto nos artigos 462 e seguintes do Código Civil de 2002.

A segunda dificuldade observada na prática decorre dos aspectos contextuais e circunstanciais da relação negocial. Embora muitos instrumentos celebrados entre as partes possam ser denominados como contrato preliminar, a intenção das partes consubstanciada nesses documentos pode denunciar uma ideia diversa. Por outro lado, diversos negócios jurídicos podem ser celebrados com denominações outras que, ao final, podem representar contratos preliminares funcionais.

A esse respeito, de maneira ilustrativa, menciona-se que em grandes sociedades é comum que os sócios celebrem acordos de sócios que podem desempenhar, em determinados aspectos, a função de contrato preliminar. Nos acordos de sócios as partes podem estabelecer muito mais do que a mera convivência societária, como o estabelecimento de regras pré-determinadas para eventos futuros, como a venda de participações, a entrada de novos sócios, a sucessão (em sociedades familiares) etc. Essas disposições contratuais, podem criar determinadas obrigações de fazer consistentes, inclusive na celebração de contratos futuros. Por esse motivo, sob o aspecto funcional, é possível identificar em diversos documentos a natureza de contrato preliminar.

Além disso, o grau de preliminaridade do contrato preliminar e o grau de sua eficácia impactarão decisivamente a possibilidade de se levar a efeito a sua execução.

Ainda que determinado instrumento seja denominado contrato preliminar, sua exigibilidade, sobretudo no que concerne à sua execução específica, pode ser mitigada por questões circunstanciais do processo negocial. Ao analisar o negócio firmado entre as partes, caberá ao Poder Judiciário perquirir se as interações entre as partes superaram as discussões preparatórias e consolidaram-se em verdadeiro

³³⁷ Nesse mesmo sentido, a lição de Alcides Tomasetti Jr.: “muitas vezes se tornam imprecisas as fronteiras ente o contrato preliminar e outras relações jurídicas preparatórias [...] A identificação, em termos precisos, desta base, para se saber se existe, no caso concreto, contrato preliminar, e não, um outro negócio, ou negócio algum, somente se pode apurar na dinâmica dos fatos; aqui, a qualificação in iure do negócio depende estritamente do material específico submetido do diagnóstico do operador jurídico.” (TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 33).

negócio jurídico por meio do qual se comprometeram a levar a cabo, em momento subsequente, o contrato definitivo almejado.

Uma vez reconhecida a existência, validade e eficácia do contrato preliminar, caberá ao Poder Judiciário avaliar o seu grau de eficácia e exequibilidade, considerando a completude do que foi ajustado. Na prática, embora as normas de regência determinem que deverão estar previstos no contrato preliminar todos os elementos essenciais do negócio definitivo almejado, especificamente na dinâmica das relações empresariais há diversas nuances que deverão ser consideradas.

Caso o contexto negocial sofra alterações significativas que inviabilizem a finalidade prática ou a funcionalidade do contrato principal – como ocorre, em caráter exemplificativo, na quebra de confiança entre as partes que buscam, por meio de contrato preliminar, estabelecer futura relação societária – a execução específica pode se tornar ineficaz ou prejudicial, ainda que o contrato preliminar seja perfeito e acabado. A esse respeito, aponta-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao julgar, em 17 de março de 2015, o Recurso Especial 1.192.726-SC, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva³³⁸:

3. Em contrato preliminar destinado a ingresso em quadro de sociedade limitada, a discussão passa pela *affectio societatis*, que constitui elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social. A ausência desse requisito pode tornar inexecutível o fim

³³⁸ Recurso Especial. Ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos. Extensão da obrigação. Interpretação de cláusulas contratuais. Reexame de provas. Súmulas n.ºs 5 e 7/STJ. *Affectio societatis*. Ruptura. Inexequibilidade do contrato social. Obrigação de fazer. Ingresso em sociedade limitada. Determinação judicial. Não cabimento. 1. Em ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos, o acórdão recorrido considerou que as obrigações cumpridas pela recorrida, nos termos do contrato preliminar, autorizavam sua inclusão no quadro societário da empresa da qual são sócios os recorrentes. Assim, determinou a alteração do contrato social a fim de incluí-la como sócia com base nas regras processuais que asseguram a concessão de tutela específica para o cumprimento da obrigação de fazer. 2. No tocante à extensão do cumprimento das obrigações de cada contratante, a demanda foi solucionada pelas instâncias ordinárias com ênfase na interpretação do contrato firmado entre as partes e na sua contextualização com os demais elementos fático-probatórios produzidos na instrução processual. Sob esse prisma, a pretensão recursal esbarra nos rigores contidos nas Súmulas n.ºs 5 e 7/STJ. 3. Em contrato preliminar destinado a ingresso em quadro de sociedade limitada, a discussão passa pela *affectio societatis*, que constitui elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social. A ausência desse requisito pode tornar inexecutível o fim social. Inteligência dos arts. 1.399, inciso III, do Código Civil de 1916 ou 1.034, inciso II, do Código Civil de 2002, conforme o caso. 4. Apresenta-se incabível provimento jurisdicional específico que determine o ingresso compulsório de sócio quando ausente a *affectio societatis*, motivo pelo qual se impõe a reforma do acórdão recorrido para decretar a resolução do contrato, a fim de que se resolva a questão em perdas e danos. 5. Recurso especial provido em parte. Sentença restabelecida. (BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1192726 / SC; Relator(a): Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 17/03/2015; Data de Publicação: 20/03/2015).

social. Inteligência dos arts. 1.399, inciso III, do Código Civil de 1916 ou 1.034, inciso II, do Código Civil de 2002, conforme o caso.

4. Apresenta-se incabível provimento jurisdicional específico que determine o ingresso compulsório de sócio quando ausente a affectio societatis, motivo pelo qual se impõe a reforma do acórdão recorrido para decretar a resolução do contrato, a fim de que se resolva a questão em perdas e danos.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça colacionado no parágrafo anterior bem demonstra que a compreensão do contrato preliminar, nessa hipótese, deverá abranger mais do que a sua literalidade e o seu grau de preliminaridade; deve identificar a função do negócio principal a ele subjacente, observando-se se a execução daquele de fato é possível e eficaz. Caso o Poder Judiciário tivesse determinado a execução específica do contrato, a fim de que as partes celebrassem o contrato definitivo consistente no ingresso de uma das partes no quadro de sócios da sociedade em questão, diante do identificado grau de animosidade entre as partes, certamente os desdobramentos dessa sociedade seriam indesejados.

Para a execução específica do contrato preliminar, a parte deverá identificar a obrigação perseguida (celebração do contrato definitivo) e seus elementos objetivos e subjetivos que, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, são definidos “(a) quanto aos sujeitos ativos e passivos da relação jurídico-material; (b) quanto à natureza de seu objeto; e (c) quanto à identificação e individualização deste, quando for o caso”³³⁹. Além disso, deverá ser demonstrada a exigibilidade da obrigação ou, de outro modo, a inexistência de impedimento jurídico para que o devedor a satisfaça.

Conforme estabelece o artigo 463, do Código Civil de 2002, se o contrato preliminar estabelecer cláusula de arrependimento (contrato preliminar precário³⁴⁰), restará inviabilizada a sua execução específica³⁴¹. O mesmo ocorrerá, conforme ensina Guilherme de Toledo Piza, caso as partes excluam “expressamente a

³³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 138.

³⁴⁰ PRATA, Ana. O contrato-promessa e seu regime civil. Coimbra: Almedina, 1995, p. 96.

³⁴¹ No tocante a essa questão: “Naturalmente, a execução específica não pode ter lugar se a isso se opuser o contrato. Isso ocorre sempre que houver cláusula que confira às partes o direito de se arrepender livremente do pactuado ou mediante o pagamento de indenização. Naturalmente, o arrependimento não pode ter lugar se houver previsão legal que imponha ao estipulado a característica da irretroatividade, como às vezes ocorre no direito brasileiro.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 148).

possibilidade de execução específica, sem, contudo, atribuir a qualquer dos contratantes o direito de arrependimento”³⁴².

A inclusão de cláusulas de arrependimento em contratos preliminares empresariais não representa subversão da tão importante segurança jurídica. Essa disposição contratual, em realidade, alinha-se à funcionalidade do sistema jurídico que reconhece a prerrogativa das partes de moldar suas relações conforme seus interesses econômicos, desde que observados os limites da ordem pública e da boa-fé objetiva.

Assim, ao estabelecerem o direito de arrependimento, as partes afastam os efeitos coercitivos próprios da promessa de contratar e ratificam sua opção de que eventual inadimplemento seja resolvido em perdas e danos, nos termos do artigo 465³⁴³ do Código Civil de 2002. Conforme ensinam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, ao manifestar o direito de arrependimento previsto no contrato preliminar celebrado, restará configurado verdadeiro inadimplemento contratual que, então, sujeitará a parte arrependida ao pagamento de indenização integral dos danos sofridos pela outra parte³⁴⁴.

Para que seja possível a execução específica do contrato preliminar, também é necessário observar a natureza da obrigação que se originará no contrato principal. A parte final do artigo 464, do Código Civil de 2002, dispõe que a vontade da parte inadimplente poderá ser suprida pelo juiz, “salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”. Dessa maneira, as obrigações personalíssimas (como a de realizar um show musical, a título ilustrativo) são exemplos claros de situações em que a execução específica se mostra inviável.

Nessas hipóteses, caberá à parte credora perseguir indenização por perdas e danos. Essa solução se justifica diante da impossibilidade de o Poder Judiciário coagir a parte devedora a executar determinada obrigação de natureza personalíssima. O objetivo do legislador, nesse particular, foi preservar a dignidade e a liberdade do devedor, sem perder de vista a reparação dos interesses do credor.

³⁴² PIZA, Guilherme de Toledo. **Contrato Preliminar e a boa-fé objetiva**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 157.

³⁴³ Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

³⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado: direito das obrigações**, artigos 233 a 420. São Paulo: Atlas, 2008, v. IV, p. 407.

Ao celebrar contratos que envolvam prestações personalíssimas, as partes devem estar cientes de que a sanção sobre eventual inadimplemento terá repercussão meramente na esfera patrimonial da parte inadimplente, uma vez que não será possível a execução específica do contrato preliminar³⁴⁵.

Em conclusão, a previsão legal da execução específica do contrato preliminar reflete a firme intenção do legislador em conferir-lhe robustez e segurança jurídica, características essenciais no dinâmico e complexo ambiente dos negócios empresariais.

A execução dos contratos preliminares depende de um conjunto de pressupostos materiais e processuais que passam pela sua hígida formação, pelo seu grau de eficácia, sem desconsiderar a manutenção do interesse útil do credor. Nesse panorama, a autonomia privada das partes assume papel relevante, que permite que elas estabeleçam mecanismos de não se submeterem à execução específica do contrato preliminar, como acontece com a inserção de cláusula de arrendimento nesse tipo de contrato, como será visto a seguir.

4.3.1 A execução do contrato preliminar empresarial com médio e pequeno grau de programação

Após tratar da eficácia dos contratos preliminares (forte ou fraca) e dos diferentes graus de preliminaridade neles contido, é necessário analisar a possibilidade de execução específica de contratos preliminares empresariais que ostentem grau de programação médio ou reduzido. É fundamental, desde logo, esclarecer que o princípio da intervenção mínima, tão caro aos contratos empresariais e expressamente disposto no parágrafo único³⁴⁶ do artigo 421 do Código Civil de 2002, não se confunde com a vedação à interpretação do contrato e à integração de suas lacunas.

³⁴⁵ Luíza Lourenço Bianchini assevera que “se a obrigação emergente do negócio principal se revelar infungível – isto é, passível de cumprimento apenas pela pessoa do devedor –, a execução específica do contrato preliminar não será possível ao contratante prejudicado com o inadimplemento da promessa, que, assim, deverá ser, desde logo, resolvida em perdas e danos.” (BIANCHINI, Luíza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 29017, p. 203).

³⁴⁶ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Historicamente, como ilustrado pelo Caso Disco, a compra e venda mercantil era frequentemente considerada aperfeiçoada apenas com o ajuste de todos os seus termos. Essa perspectiva tradicional, aliada a interpretação mais restritiva do princípio da intervenção mínima³⁴⁷, poderia sugerir que o Poder Judiciário não deve ser imiscuir na esfera da autonomia privada, especialmente em contratos empresariais com menor grau de programação. Esse subcapítulo se propõe, justamente, a refinar essa compreensão, demonstrando que a justificativa da não intervenção judicial não impede a integração de lacunas quando há elementos objetivos para tal finalidade.

A intervenção judicial para interpretar e integrar lacunas contratuais, com base em critérios objetivos e práticas de mercado, não se confunde com intervenção estatal voltada a reescrever ou negociar os termos contratuais pelas partes. Embora o princípio da intervenção mínima limite o ativismo judicial na criação de novas obrigações ou na alteração da vontade expressa dos contratantes, ele não impede a busca pela efetividade do contrato quando elementos objetivos para a sua complementação estão presentes.

A dificuldade da execução específica de um contrato preliminar com médio ou baixo grau de programação, portanto, não reside na legitimidade da atuação judicial em si, mas na viabilidade de se integrar o que falta sem que o órgão julgador assuma papel negocial.

Contudo, com o objetivo de permitir que o contrato preliminar cumpra a sua função instrumental, especificamente na seara dos contratos empresariais –

³⁴⁷ “Nos contratos empresariais, o princípio da autonomia da vontade é amplo, de modo que os agentes econômicos são livres para contratar e absolutamente conscientes dos riscos que envolvem todos os elementos da contratação. Diante do desenvolvimento da atividade empresarial e da prática reiterada de atos, dentre eles a celebração dos contratos empresariais, o agente econômico tem pleno conhecimento de todos os elementos da contratação e sopesou os riscos com os benefícios da contratação para, profissionalmente, satisfazer os seus interesses pecuniários. Diante disso, presumem-se o equilíbrio das prestações contratadas, a ampla ciência dos contratos sobre os riscos que possam afetar as circunstâncias fáticas em que se baseou o contrato e a experiência do agente econômico. As normas de caráter mitigador da autonomia, como aquelas referentes à onerosidade excessiva, revisão de contratos, função social, ainda que incidentes como a todos os outros contratos, têm seu espectro de incidência reduzido ao caráter excepcional. Não se pode dizer que não se apliquem, mas sua aplicação é supletiva e mais rara em razão do respeito da autonomia ampla das partes. Isso justamente em função da paridade da contratação, simetria informacional, consciência dos riscos contratados e experiência na realização dos contratos em virtude da profissionalidade da atividade, todos presumidos nos contratos empresariais. Corroborar essa constatação a inserção do art. 421, parágrafo único, ao CC. Pelo dispositivo legal, nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Na lição de Renata Ramos, a nova redação do art. 421 ‘será tratada como uma tentativa de superar o paradigma dirigista dominante, ou intervencionista, e assim conferir efetividade à livre-iniciativa em um país insuficientemente capitalizado como o Brasil.’” (WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Contratos Empresariais**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2025, p. 67-68.)

rememorando-se nesta oportunidade a sua congênita e característica incompletude – importa analisar a possibilidade de se levar a efeito a execução específica desta figura contratual quando dotada de reduzido grau de programação. Para tanto, é necessário examinar as práticas de mercado e as regras de integração dos negócios jurídicos, a fim de identificar a viabilidade da execução específica desses contratos preliminares empresariais.

É evidente que nem toda lacuna observada em contrato preliminar empresarial pode ser objeto de integração e complementação, mas essa limitação deriva da ausência de elementos objetivos para tal finalidade – sob o risco de o Poder Judiciário criar um novo contrato –, e não da proibição genérica de interpretação ou complementação que seria erroneamente atribuída ao princípio da intervenção mínima.

De maneira mais taxativa, Fábio P. Alem sustenta que “a execução forçada somente é possível quando há força obrigatória forte ou média-forte no contrato preliminar”³⁴⁸, sob o argumento de que a complementação judicial com fundamento em elementos externos, embora amplamente utilizados no mercado, poderia levar à imposição de negócio não almejado pelas partes. Essa visão não deixa espaço para a execução forçada de contratos preliminares com menor grau de programação justamente por considerar que, ao permitir que o Poder Judiciário complemente um contrato com fundamento em elementos externos, correr-se-ia o risco de impor às partes negócio que não foi por elas almejado.

Esse entendimento mais restritivo acerca do tema, como apontado, tem raízes na tradição jurídica brasileira. A esse respeito, rememore-se novamente o Caso Disco, em que em virtude de negócio jurídico que envolvia a compra e venda de ações, o comprador (Pão de Açúcar) fundamentalmente provocou o Poder Judiciário com o objetivo de obter decisão judicial que lhe adjudicasse as ações, transferindo-as, no livro próprio, para seu nome.

Em primeiro grau, a pretensão do comprador (adjudicação compulsória) foi julgada improcedente, mas em segundo grau se determinou o cumprimento do instrumento celebrado entre as partes, compreendido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro como contrato preliminar. No Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu-se que estaria ausente um dos pressupostos da ação de adjudicação

³⁴⁸ ALEM, Fábio P. **Contrato Preliminar**: níveis de eficácia. São Paulo: Almedina, 2018, p. 159.

compulsória, na medida em que o instrumento em que se fundava a pretensão do comprador não constituiria contrato preliminar por não conter todos os elementos essenciais do contrato.

De outro modo, o negócio jurídico que envolvia a venda e compra de ações – celebrado sob a égide do Código Comercial de 1850 – foi interpretado como não aperfeiçoado por não tratar sobre todos os termos e condições do negócio, ainda que não essenciais para a sua conclusão.

Em sua declaração de voto vencido, o Ministro Leitão Abreu apontou que “embora o pacto sobre cuja natureza se contende, constitua, a meu ver, um contrato preliminar, neste não se contém todos os elementos do contrato definitivo”³⁴⁹. Assim, sob a ótica no voto vencido, o negócio celebrado não compreenderia execução específica porque dele não constariam os detalhes completos do negócio almejado.

Em razão da repercussão do caso, Fabio Konder Comparato criticou a decisão do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que defendeu a exequibilidade do negócio jurídico firmado entre as partes, uma vez que, de um lado, seus pontos essenciais já estariam fixados pelas partes e, de outro lado, os pontos em aberto poderiam ser facilmente determinados pelos padrões objetivos das práticas empresariais. Nesse particular, Comparato defendeu que eventual erro quanto ao preço do negócio poderia ser resolvido por ação *quantum minoris*. Além disso, considerou que o comprador já havia pago parte considerável do preço, de forma a demonstrar inequivocamente a intenção de contratar, sobretudo considerando-se que a função econômica do contrato preliminar seria a de tornar obrigatória a contratação³⁵⁰.

Quase quatro décadas depois do emblemático julgamento do Caso Disco, a questão continua a ser objeto de discussão. Aponta-se, desta feita, o também

³⁴⁹ Após a declaração de voto do Ministro Leitão de Abreu, o Ministro Relator Moreira Alves apresentou sua confirmação de voto, oportunidade em que apontou que “Não posso, no entanto, deixar de observar que a conclusão de S. Exa., que julga improcedente a ação de consignação em pagamento, por entender que, no caso, há contrato preliminar e não apenas tratativas, e dá pela carência da ação de adjudicação compulsória por não conter o contrato preliminar os requisitos necessários para esse fim, encerra, data vênia, contradição inamovível. Com efeito, a carência de adjudicação torna certo que S. Exa. reconhece que o contrato preliminar não pode transmutar-se em contrato definitivo; e, em assim sendo, não pode negar S. Exa. que os dez milhões de cruzeiros, entregues a título de depósito, não se convertam em sinal e início de pagamento, o que só ocorreria se houvesse contrato definitivo. Ora, se por falta de celebração do contrato definitivo, os dez milhões de cruzeiros conservam sua natureza de coisa dada em depósito, como negar-se ao depositário o direito de restituí-los por haver cessado a causa do depósito?”

³⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário. **Revista Forense**, a. 75, v. 266, abr./mai. 1979.

conhecido caso envolvendo a venda das quotas sociais da “Cervejarias Cintra Indústria e Comércio Ltda.” (Cervejarias Cintra) para a “Cervejaria Petrópolis S.A.” (Cervejaria Petrópolis), que teve como origem a “*oferta vinculativa de aquisição*” encaminhada, em 24 de janeiro de 2007, pela segunda à primeira.

Conforme mencionado em parecer jurídico da lavra de Antônio de Junqueira de Azevedo³⁵¹, a proposta de venda da participação societária compreendia o pagamento de US\$ 160 milhões, sendo que US\$ 35 milhões seria pago diretamente ao titular da participação vendida – o Sr. José de Sousa Cintra – US\$ 99 milhões referentes à assunção de dívidas do Sr. Cintra com terceiros, predominantemente instituições financeiras, e uma última parcela de US\$ 26 milhões, que seria retida para a garantia de contingências da Cervejarias Cintra.

Segundo o parecerista, a oferta apresentada não estipulava a data para a celebração do contrato definitivo de compra e venda de quotas, mas previa que o “*Fechamento*” deveria ocorrer no segundo dia útil após a conclusão do processo de determinação dos valores das contingências, que deveria ser encerrado uma semana após a conclusão da *due diligence* que seria realizada pela compradora. Estabeleceu-se, ainda, que a parte que descumprisse a obrigação de consumir a aquisição seria obrigada a indenizar a outra parte no valor de US\$ 25 milhões.

Conforme consta do referido parecer jurídico, o negócio definitivo não foi ultimado porque o Sr. Cintra não concordou com a Cervejaria Petrópolis que intencionava utilizar como veículo da aquisição uma sociedade com sede fora do País. Além disso, o Sr. Cintra apontou que a Cervejaria Petrópolis não logrou êxito na assunção das dívidas, que dependia da anuência dos credores, motivos pelos quais optou por resolver o contrato³⁵².

Ocorre que, como foi amplamente noticiado³⁵³, no mesmo período, a AMBEV se interessou em adquirir a Cervejarias Cintra e concluiu o referido negócio no final

³⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 250-269.

³⁵² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 250-251.

³⁵³ (i) AGÊNCIA ESTADO. **AmBev compra controle da Cintra por US\$ 150 milhões**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/amb-ev-compra-controle-da-cintra-por-us-150-milhoes/?srsltid=AfmBOoo1RmtVApzcv1OVfn1fUkzNjXvPdxVb0AuBUB0btXZD3g4-aG0y>. Acesso em: 7 set. 2025; (ii) O GLOBO. **Ambev confirma compra de fábrica da cervejaria Cintra por US**

do primeiro trimestre de 2007. Pelo que se noticiou, para a aquisição da Cervejarias Cintra, além de assumir o endividamento existente, a AMBEV pagaria o valor de US\$ 150 milhões³⁵⁴. Ao que tudo indica, a proposta da AMBEV, embora posterior à “*oferta vinculativa de aquisição*” encaminhada, em 24 de janeiro de 2007, pela Cervejaria Petrópolis à Cervejarias Cintra, parece mais atrativa, mesmo se o Sr. Cintra tivesse que pagar a multa prefixada de US\$ 25 milhões por não ter concluído o negócio.

A Cervejaria Petrópolis obteve judicialmente medida liminar – posteriormente revogada – que impediu a negociação das quotas da Cervejarias Cintra com terceiros. As partes passaram a discutir a questão em sede de processo arbitral, que tramitou sob sigilo. Nesse contexto que Antônio Junqueira de Azevedo foi contratado pelo Sr. Cintra para analisar a questão e elaborar parecer jurídico que, entre outras coisas, ocupou-se de apreciar se o instrumento jurídico celebrado entre Cervejarias Cintra e Cervejaria Petrópolis comportaria execução específica.

Embora o mencionado parecerista tenha reconhecido que “[a] ‘oferta vinculativa de aquisição’ da totalidade do capital social da Cervejarias Cintra, uma vez aceita pelo Sr. Cintra, consubstanciou-se em contrato preliminar de aquisição de quotas”³⁵⁵, uma vez que “é indubitável que as partes acordaram quanto à coisa (as quotas da Cervejarias Cintra) e quanto ao preço (US\$ 160 milhões), sendo este último determinável nos moldes previstos na cláusula 4 da avença”³⁵⁶, entendeu que esse contrato não comportaria execução específica porque não estabeleceu diversos requisitos que, embora não essenciais para a existência do contrato preliminar, seriam indispensáveis para a sua execução, ou seja, tratar-se-ia de contrato preliminar com grau mínimo de programação.

150 milhões. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/economia/amb-ev-confirma-compra-de-fabricas-da-cervejaria-cintra-por-us-150-milhoes-4206376#:~:text=AmBev%20confirma%20compra%20de%20f%C3%A1bricas,150%20milh%C3%B5es%20%2D%20Jornal%20O%20Globo](https://oglobo.globo.com/economia/amb-ev-confirma-compra-de-fabricas-da-cervejaria-cintra-por-us-150-milhoes-4206376#:~:text=AmBev%20confirma%20compra%20de%20f%C3%A1bricas,150%20milh%C3%B5es%20%2D%20Jornal%20O%20Globo;); (iii) Ambev confirma compra da Cintra e anuncia investimentos de R\$ 5 bilhões. Acesso em: 7 set. 2025.

³⁵⁴ BARBIERI, Cristiane. Tribunal decide que Cintra terá de indenizar Petrópolis. **Folha Uol**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2012200709.htm>. Acesso em: 13 set. 2025.

³⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. *In: Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 252.

³⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. *In: Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 259.

Entre eles, Antônio Junqueira de Azevedo menciona que “permaneceu em aberto o modo pelo qual a compradora assumiria a dívida do vendedor perante a Caixa Geral de Depósitos de Portugal”³⁵⁷, e que “[c]omo toda assunção de dívida, as acima transcritas também deveriam ser negócios trilaterais, havia exigência da presença do credor, do devedor primitivo e do devedor que assumiria o débito”³⁵⁸, de modo que se estaria diante de negócio coligado de compra e venda que demandaria a participação de terceiros, o que inviabilizaria a sua execução específica.

A despeito de não serem esses os únicos pontos mencionados por Antônio Junqueira de Azevedo que inviabilizariam, no seu entendimento, a execução específica do contrato preliminar então firmado, para os fins a que este estudo se destina, far-se-á um recorte analítico com o objetivo de analisar em que medida questões dessa natureza – como os procedimentos necessários para o aperfeiçoamento de assunção de dívida – e outras corriqueiras da prática empresarial, embora não disciplinadas no contrato preliminar, poderiam inviabilizar a sua execução.

Conforme demonstrou-se, a compreensão de que a execução específica de um contrato preliminar exige sua completa e exaustiva programação tem como fundamento, em grande parte, a impossibilidade de que o Poder Judiciário se alce à condição de verdadeiro negociador pelas partes – algo inimaginável, sobretudo, na esfera dos contratos empresariais – de modo a inserir termos e contornos no negócio definitivo que não haviam sido tratados por ocasião do contrato preliminar. Esse entendimento, entretanto, pode ser mitigado justamente em função das particularidades do ambiente empresarial, em que o dinamismo do mercado pode tornar os negócios geneticamente incompletos, propositalmente fluidos (como mencionado no capítulo 1).

Dessa feita, considerando o natural (e por vezes proposital) espectro de incompletude de determinados negócios empresariais, seus elementos não essenciais poderão naturalmente ser preenchidos conforme práticas e parâmetros

³⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. *In: Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 261.

³⁵⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. *In: Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 261.

objetivos do mercado, de modo que é possível defender a execução específica de contratos preliminares empresariais dotados de menor grau de programação. De outro modo, não se discute que a reserva de complementação do contrato preliminar não pode tocar os elementos categoriais do negócio projetado, de modo que decisão judicial voltada a executar o contrato preliminar não pode se sobrepor à manifestação de vontade das partes para determinar o tipo de negócio definitivo celebrado.

Entretanto, o órgão julgador poderá detalhar o conteúdo do negócio definitivo, a depender da disponibilidade de parâmetros e informações que permitam a complementação do conteúdo do contrato definitivo.

Não se ignora que a execução de contratos preliminares com menor grau de programação compreende acomodar a inegável tensão entre a necessidade de dar efetividade a compromissos preliminares – sobretudo no dinâmico ambiente empresarial – e a necessidade de observar o limite da autonomia privada das partes. Essa tensão, entretanto, não pode servir de escusa para a violação do princípio do *favor negotii*, mencionado por António Menezes Cordeiro, ao defender o maior esforço possível, dentro dos limites legais, para que os negócios jurídicos sejam conservados, de modo a admitir a integração do contrato preliminar³⁵⁹.

Ao optarem por formalizar um contrato preliminar, vinculando-se quanto à celebração do negócio definitivo nele indicado, as partes assumem o compromisso de dedicar todos os esforços cabíveis para a concretização do que foi pactuado. Essa conduta é imposta tanto pelas normas que regulam o contrato preliminar como, em análise mais abrangente, pelo princípio da conservação do negócio jurídico. Ainda a esse respeito, Cristiano de Sousa Zanetti enfatiza que o contrato preliminar transcende a mera imposição de negociar o contrato definitivo; sua finalidade é mais profunda na medida em que obriga as partes a concluir efetivamente o contrato definitivo³⁶⁰.

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda ressalta que “poderá haver dificuldades de integração negocial, quando as previsões contidas no conteúdo do preliminar não sejam de molde a fornecer os dados ou elementos suficientes para

³⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, t. II, p. 416.

³⁶⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 146.

essa atividade integradora”³⁶¹. Contudo, não apenas as declarações de vontade imperfeitas, mas também as lacunosas comportam interpretação e, conforme o caso, integração, de modo a viabilizar a sua completa incidência. A respeito da interpretação integrativa e da integração do negócio jurídico, Guilherme de Toledo Piza aponta:³⁶²

Caso, extraída a totalidade do conteúdo da declaração negocial, ainda assim não seja possível identificar solução para determinada situação de fato, há que se recorrer às fontes de regulamentação heterônoma da atuação privada – a saber, a lei, a boa-fé e os usos – de modo a complementar a declaração proferida, a fim de que se verifique o integral conteúdo do negócio jurídico, em seus aspectos explícito e implícito. Para tanto, deve-se levar em consideração normas dispositivas que ajam de forma supletiva, usos verificáveis e aplicáveis à situação em comento, bem como os ditames da boa-fé, cujos contornos foram outrora delimitados neste trabalho. Tal exercício é denominado pela doutrina interpretação integrativa. (...)

A integração não consiste na supressão de lacunas do regramento escrito que poderiam ser preenchidas mediante a perquirição de seus aspectos implícitos, por exemplo, a incidência das regras legais dispositivas no caso de contratos legalmente típicos – tarefa esta reservada à interpretação integrativa –, mas antes à imputação de efeitos adicionais àquela relação jurídica, em função da necessidade de regrar determinada situação do plano fático e com fundamento nas referidas fontes heterônomas de tal regramento. Por fontes heterônomas entendam-se aquelas que não decorrem da autorregulamentação decorrente da vontade pelas partes, mas sim do ordenamento, e, essencialmente, trata-se de normas supletivas contidas no ordenamento positivo, a boa-fé e os usos. Nitschke elenca os seguintes como critérios de colmatação das lacunas que denomina atípicas: práticas (ou usos individuais), usos do tráfico, normas supletivas (quando aplicadas por analogia a contratos de tipicidade mista), boa-fé em sua função integrativa (ou hermenêutica), equidade (se e quando seu uso for contemplado pelas partes em sede de arbitragem) e, por fim, recurso a elementos técnicos quando se tratar de lacunas extrajurídicas (por exemplo, no que se referir a elementos financeiros, contábeis ou de engenharia).

Identificada a existência, validade e eficácia do contrato preliminar, deverá ser analisado o seu grau de programação com o objetivo de apurar a viabilidade de que seja realizada a sua interpretação integrativa ou integração negocial, nos casos em que o contrato preliminar tenha menor grau de preliminaridade – o que compreende aqueles com reserva de complementação ou que dependam de acordos ulteriores, como os necessários para o aperfeiçoamento da assunção de dívida no mencionado caso envolvendo a venda das quotas sociais da Cervejarias Petrópolis.

A esse propósito, Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves consideram que ao espelhar a dinâmica do contrato final

³⁶¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**. Dos Contratos em Geral (arts. 421 a 485). São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 359.

³⁶² PIZA, Guilherme de Toledo. **Contrato Preliminar e a boa-fé objetiva**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 174-176.

concretizado, o contrato preliminar também tem margem considerável de ajustes e complementações, dedicada à manifestação volitiva subsequente dos contratantes, de modo que essas lacunas podem ser preenchidas pela intervenção judicial, atribuindo-se ao contrato preliminar maior eficácia³⁶³.

É indisputável que todo negócio jurídico é dotado de incompletude, uma vez a realidade é infinita³⁶⁴. Assim, a interpretação e a integração que se trata neste momento não toca aquelas típicas de qualquer negócio jurídico, mas aquelas concernentes aos pontos do contrato preliminar em que as partes propositalmente – por impossibilidade momentânea ou por estratégia – deixaram para posterior complementação³⁶⁵.

³⁶³ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa.

Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 467.

³⁶⁴ Considera-se, nesse particular, um interessante paralelo com as lições de Baruch Spinoza, na medida em que para o filósofo a realidade é intrinsecamente infinita, uma vez que Deus (ou a Natureza) possui infinitos atributos, manifestados de infinitos modos, de modo que o universo é tão vasto quanto complexo em suas relações. Dessa maneira, considerando-se que a própria existência é infinita em seus atributos, embora uma relação contratual tente delimitar e regular uma pequena fração da realidade, criando normas a ela aplicáveis, está inserido em cenário invariavelmente inesgotável em suas variáveis. Daí a afirmação da qual se extrai essa nota de rodapé. A respeito da infinitude da realidade: “Por causa de si compreendo aquilo cuja essência envolve a existência, ou seja, aquilo cuja natureza não pode ser concebida senão como existente. Diz-se finita em seu gênero aquela coisa que pode ser limitada por outra da mesma natureza. Por exemplo, diz-se que um corpo é finito porque sempre concebemos um outro maior. Da mesma maneira, um pensamento é limitado por outro pensamento. Mas um corpo não é limitado por um pensamento, nem um pensamento por um corpo. Por substância compreendo aquilo que existe em si mesmo e que por si mesmo é concebido, isto é, aquilo cujo conceito não exige o conceito de outra coisa da qual deva ser formado. Por atributo compreendo aquilo que, de uma substância, o intelecto percebe como constituindo a sua essência. Por modo compreendo as afecções de uma substância, ou seja, aquilo que existe em outra coisa, por meio da qual é também concebido. Por Deus compreendo um ente absolutamente infinito, isto é, uma substância que consiste de infinitos atributos, cada um dos quais exprime uma essência eterna e infinita.” (SPINOZA, Baruch. **Ética**. Tradução Tomaz Tadeu, 2. ed., 16. reimpr. Belo Horizonte: Autêntica, 2025, p. 13-14).

³⁶⁵ Acerca da incompletude do contrato preliminar e da aplicação da análise econômica do direito contratual, Juliana Krueger Pela ensina: “Para uma adequada aplicação dos princípios da análise econômica do direito contratual, principalmente da chamada teoria do inadimplemento eficiente, ao contrato preliminar deve-se, de início, situar tal instituto nas categorias próprias daquelas teorias. Nesse sentido, pode-se afirmar que o contrato preliminar é, por definição, um contrato incompleto, entendido como tal aquele que não prevê especificamente todas as condições ou eventos passíveis de verificação no transcurso da relação contratual (cf. SHAVEL, Steven. **Economic analysis of contract law**. Disponível em www.nber.org/papers/w9696. Acesso em: 15 mai. 2003). Conforme mencionado acima, as partes optam por celebrar um contrato preliminar em vez de um contrato definitivo, justamente porque não podem prever, naquele momento, todas as condições que deverão reger o programa contratual. A impossibilidade de previsão apresenta diversas causas, dentre as quais os elevados custos incorridos com a prospecção de informações e a própria negociação dos detalhes do acordo. Dessa forma, qualificando-se o contrato preliminar como um contrato incompleto, deve-se verificar, de acordo com os princípios e o enfoque da análise econômica do direito contratual, a adequação das medidas previstas na legislação para os casos de inadimplemento do contrato preliminar.” (PELA, Juliana Krueger. O Contrato Preliminar. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Nova Série, ano XLII, n. 130, abr. -jun. 2003, p. 233).

A esse respeito, Alcides Tomasetti Jr. defende que nos casos de preliminaridade mínima, uma vez consolidada a avaliação favorável quanto à concretização do contrato principal, o órgão julgador pode “servir-se de todos os meios, legais e extralegais, desde que eticamente legítimos, para apurar (e não para adivinhar) o conteúdo provável dos negócios jurídicos em aberto”³⁶⁶. Essa prerrogativa do magistrado, que reflete o dever de decidir e evita o *non liquet*, encontra amparo na necessidade de conferir efetividade à vontade das partes e, sobretudo, à função social do contrato e a boa-fé objetiva, conforme disciplinado no Código Civil de 2002.

Para Luíza Lourenço Bianchini, uma vez reconhecida a possibilidade de celebração de negócio jurídico propositalmente incompleto, em que as partes relegam para momento posterior a negociação de determinados aspectos importantes, mas não essenciais para o negócio, “em caso de inadimplemento, o juiz poderá, em regra, completar esses pontos, recorrendo-se, como dito, às regras gerais de interpretação e integração dos negócios jurídicos, bem como ao eventual auxílio de prova pericial”³⁶⁷.

No processo de integração, a prova pericial de fato pode representar importante ferramenta nos casos em que o contrato preliminar não detalhe as especificidades técnicas ou de mercado do negócio almejado. Não é esperado que o órgão julgador disponha de conhecimento especializado acerca da operação econômica desejada pelas partes, de forma que os padrões técnicos e as práticas de mercado poderão ser subsidiados ao órgão julgador por perito técnico.

Evidentemente, caberá ao órgão julgador, ao tomar conhecimento do laudo técnico, decidir se a perícia e os dados existentes são suficientes e objetivos para a integração do negócio. Caso o órgão julgador entenda que as informações de mercado e as provas produzidas não são suficientes para a complementação do negócio, diante da vedação ao *non liquet* restará à parte a via indenizatória.

Alcides Tomasetti Jr. sustenta que o ônus de provar de que maneira o contrato definitivo deveria ser complementado é do autor da demanda, em caso de execução específica do contrato preliminar, de modo que a eventual realização de prova pericial

³⁶⁶ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato** Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 262.

³⁶⁷ BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 216.

deverá ser por ele requerida³⁶⁸. O autor também aponta que o “campo da complementação judicial dos acordos residuais é altamente propício à aplicação das máximas de experiência a que se refere o art. 335 do Código de Processo Civil”^{369 370}.

Com base nesse arcabouço conceitual, em verdadeiro esforço propositivo a fim de viabilizar a execução específica de contrato preliminar com menor grau de programação, Cristiano de Sousa Zanetti sugere³⁷¹, a título exemplificativo e a depender da natureza do contrato definitivo que se pretendeu entabular, a utilização de balizas trazidas pelos Princípios da *Unidroit*³⁷² e o *Draft Common Frame of Reference*³⁷³.

A primeira consideração do referido autor acerca da aplicação dessas balizas na prática toca à impossibilidade de que o exercício de complementação do contrato se proponha a modificar o que as partes disciplinaram ou, então, o aperfeiçoamento da operação econômica almejada. Segundo Cristiano de Sousa Zanetti, isso não

³⁶⁸ “É claro que muita coisa poderá ser resolvida pelas provas produzidas, especialmente periciais. Esse, aliás, é um ônus que deverá inclusive pesar fortemente contra o autor que, na ação do art. 639, deixar de solicitar a respectiva realização no momento oportuno (Código de Processo Civil, art. 282, VI), pois é sabido que apenas em casos mais agudos o magistrado tenderá a exercitar o poder que lhe concede o art. 130 da mesma lei. Com razão, portanto, poderá refugar a dissolução da reserva de complementação quando, podendo o conteúdo do acordo ou dos acordos residuais a ser preenchido pela verificação técnica, o autor negligenciar o protesto pela admissão do exame, vistoria ou avaliação periciais pertinentes ao caso (Código de Processo Civil, art. 420).” (TOMASETTI JR, Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 262).

³⁶⁹ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 262.

³⁷⁰ Embora Alcides Tomasetti Jr. tenha feito menção ao artigo 335 do Código de Processo Civil de 1973 para defender a possibilidade de o órgão julgador se pautar nas máximas de experiência para a complementação dos acordos residuais indicados no contrato preliminar, o atual Código de Processo Civil possui semelhante previsão em seu artigo 375: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

³⁷¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 142-146.

³⁷² Conjunto de regras e princípios de direito comercial internacional criados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit). Os Princípios Unidroit têm natureza de *soft law*, de modo que não possuem força de lei, mas representam verdadeiras balizas práticas para os contratos internacionais. (UNIDROIT.ORG. **Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2016**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Portuguese-bl.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025).

³⁷³ Embora mais amplo do que outros instrumentos de direito internacional, da mesma maneira que os Princípios da Unidroit, o *Draft Common Frame of Reference* é um instrumento de *soft law*, sem força de lei, criado por juristas europeus com o objetivo de consolidar princípios e modelos para o direito privado na União Europeia. Acerca do *Draft Common Frame of Reference*: STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition**. Disponível em: <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025).

impediria a aplicação de regras de complementação de questões sensíveis do contrato³⁷⁴:

De maneira coerente, tanto os Princípios Unidroit quanto o *Draft Common Frame of Reference* contêm regras destinadas a promover a complementação de pontos particularmente sensíveis que as partes possam ter deixado em aberto. Ambos os textos projetados preveem a possibilidade de determinação do preço, mesmo que não haja espaço para calculá-lo de acordo com recurso ao contrato, aos usos ou ao direito dispositivo:

'Art. 5.1.7. Determinação do preço

- (1) Quando o preço não é fixado ou não é determinável pelo contrato, considera-se que as partes, na ausência de qualquer indicação em contrário, tenham feito referência ao preço habitualmente praticado ao tempo da conclusão do contrato, no ramo comercial considerado para tal execução, em circunstâncias análogas. Na falta de tais parâmetros, a um preço razoável'

'Art. II. – 9:104. Determination of price

Where the amount of the price payable under a contract cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages or practices, the price payable is the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price.'

Para ilustrar a aplicação do regramento proposto, os Princípios da Unidroit se referem à definição da remuneração devida em virtude da celebração de contratos de transporte. O primeiro exemplo refere-se a uma sociedade transportadora que é contratada para entregar certo pacote nos Estados Unidos da América, proveniente da França, no menor tempo possível. Nesse caso, a falta da fixação prévia de um valor, prevalecerá a remuneração usualmente cobrada para a execução do serviço. No segundo exemplo, a mesma sociedade é contratada para entregar certo pacote na Antártida, para atender a necessidades urgentes de determinado grupo de exploradores. Nessa hipótese, deve-se fixar um valor razoável, se as partes nada tiverem estipulado a propósito antes da execução do serviço.

Embora Cristiano de Sousa Zanetti reconheça, como já mencionado, que essas normas de *soft law* não são imperativas, fica claro o seu entendimento de que uma vez presentes os elementos categoriais inderrogáveis do negócio almejado e, ainda, existindo dados suficientes para a complementação do contrato preliminar, sua execução específica é possível ainda quando não seja máximo o seu grau de preliminaridade.

Ao voltar-se para o caso envolvendo a compra de quotas do capital social da Cervejarias Cintra, com o recorte fático já mencionado para fins de estudo, observa-se que embora Antônio Junqueira de Azevedo tenha mencionado em seu parecer que

³⁷⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 144-145.

o contrato preliminar celebrado entre as partes não comportaria execução específica porque, entre outros motivos, “permaneceu em aberto o modo pelo qual a compradora assumiria a dívida do vencedor perante a Caixa Geral de Depósitos de Portugal”³⁷⁵, com as informações disponíveis acerca do caso, essa questão não parece ser um impeditivo para a execução específica do contrato.

Para o devido aprofundamento acerca da questão, menciona-se o teor da cláusula contratual suscitada por Antônio Junqueira de Azevedo, em seu parecer, a qual representaria óbice à execução específica do contrato preliminar firmado entre as partes. *In verbis*³⁷⁶:

Em segundo lugar, permaneceu em aberto o modo pelo qual a compradora assumiria a dívida do vendedor perante a Caixa Geral de Depósitos de Portugal, isentando o vendedor de responsabilidade, *verbis*: ‘4. [...] (b) A Dívida Caixa Geral, será integralmente assumida pelo Comprador, devendo o mesmo cumprir com todos os termos exigidos pela CGD, inclusive por meio da emissão de uma garantia bancária de um banco de primeira linha em favor da CGD, que seja aceita por esta instituição, nos exatos termos do modelo que se encontra na forma do Anexo III à presente. Imediatamente após a assinatura desta Oferta Vinculativa e seu aceite pelo Vendedor, o Comprador tomará todas as providências, com a cooperação do Vendedor, para iniciar a assunção da Dívida Caixa Geral, visando a cessão da referida dívida para o Comprador ou uma parte relacionada aceita pela CGD, resultando na quitação total e isenção de qualquer responsabilidade a partir da cessão da dívida, o que deverá ocorrer até o dia do Fechamento, no máximo. Caso, por qualquer razão o Comprador não consiga formalizar a cessão da Dívida Caixa Geral, inclusive por não aceitação da CGD, então o Comprador desde já se obriga a efetivar, no dia do Fechamento, a liquidação total da Dívida junto à CDG’

Pela literalidade da cláusula que disciplinou a questão, com o devido respeito ao entendimento de Antônio Junqueira Azevedo acerca da questão, parece não haver qualquer impeditivo para a execução específica do contrato preliminar com relação a essa disposição contratual. E por diversos motivos.

Em primeiro lugar, porque a cláusula do contrato estabelece que a parte compradora deverá tomar todas as providências necessárias, com o auxílio da vendedora, para levar a cabo a assunção da referida dívida.

Ainda que se considere, como apontado por Antônio Junqueira de Azevedo em seu parecer, que “[c]omo toda assunção de dívida, as acima transcritas também

³⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 261.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 261.

deveriam ser negócios trilaterais, havia exigência da presença do credor, do devedor primitivo e do devedor que assumiria o débito³⁷⁷, a execução específica não restaria inviabilizada pelo simples fato de se tratar de negócio coligado de compra e venda que demandaria a participação de terceiros.

Observa-se da literalidade da disposição contratual que caso o comprador não tivesse êxito em assumir a dívida até o denominado “dia do Fechamento”, deveria liquidá-la totalmente, ou seja, deveria quitar o débito existente com a Caixa Geral de Depósitos de Portugal. Essa disposição contratual, pelo que se observa, tem natureza de cláusula resolutiva³⁷⁸, de modo que, na hipótese de o comprador não levar a efeito a assunção da dívida e não a liquidar até o “dia do Fechamento”, o negócio poderia ser resolvido. Restaria em aberto, ainda, a possibilidade de a parte vendedora exigir o seu cumprimento do negócio, conforme determina o artigo 475³⁷⁹ do Código Civil de 2002.

Em segundo lugar, porque a assunção de dívida pela parte compradora é obrigação extremamente comum no mercado de fusões e aquisições, de modo que existem diversos parâmetros práticos acerca da questão que poderiam ser utilizados para fim de preencher essa aparente lacuna do contrato preliminar.

³⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de execução específica. In: **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 261.

³⁷⁸ “Já a cláusula resolutiva, por outro lado, é a convenção por meio da qual as partes conferem entre si o direito de extinguir a relação obrigacional em caso de inadimplemento absoluto (definitivo), mas, em se tratando da cláusula resolutiva *expressa*, outros eventos disruptivos do programa contratual podem figurar no seu suporte fático de incidência. Diferentemente da condição resolutiva, que se liga a um evento futuro e incerto, a cláusula resolutiva está, pois, intrinsecamente vinculada à figura do inadimplemento, fazendo as vezes de uma espécie de “remédio jurídico” (ou meio de defesa), a ser ministrado em caso de inadimplemento qualificado: se uma parte violar o contrato, a outra poderá dar por desfeito o vínculo, podendo, cumulativamente, pleitear perdas e danos (efeito acidental da resolução), caso consiga comprovar o dano sofrido. A cláusula resolutiva pode apresentar-se de duas formas: expressa, quando pactuada explicitamente no contrato, e tácita, quando decorre da própria lei (implícita em todo contrato sinalagmático). Se o suporte fático de incidência da cláusula resolutiva expressa for muito genérico, relacionando-se ao descumprimento de qualquer obrigação, então estar-se-á diante de uma cláusula resolutiva meramente de estilo. Independentemente da espécie, o fato é que a verificação do inadimplemento absoluto não gera a resolução imediata, cujos efeitos dependerão sempre do exercício do direito formativo extintivo, isto é, da manifestação de vontade do credor em direção à resolução, o que pode ocorrer judicial ou extrajudicialmente, conforme se trate de uma cláusula resolutiva tácita ou expressa.” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Separando alhos de bugalhos: distinções conceituais entre condições resolutivas e cláusulas resolutivas. (AGIRE. **Direito Privado em Ação**, n.º 167, 2025. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire167>. Acesso em 14 set. 2025).

³⁷⁹ 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.

Em terceiro lugar, porque o Código Civil de 2002 disciplina, em seu artigo 299³⁸⁰ e seguintes, o instituto da assunção de dívida, sendo certo que na prática a instituição credora busca invariavelmente a melhor garantia de que o seu crédito será satisfeito. Não há, em tese, maiores dificuldades em se assumir dívidas bancárias desde que sejam apresentadas garantias tão boas ou melhores do que aquelas da devedora primitiva.

Ainda que fosse imprescindível a definição sobre a forma que a assunção da dívida deveria ser materializada para que o contrato preliminar pudesse ser executado (*quod non*), essa questão poderia ser facilmente acomodada pelo órgão julgador lastreado na prática do mercado e na própria disciplina legal, uma vez que se trata de questão corriqueiramente verificada em operações de fusões e aquisições de empresas.

Esse entendimento garante eficácia executiva aos contratos preliminares empresariais que, por sua natureza, apresentam grau de programação menos exaustivo em razão da incompletude característica das relações negociais entabuladas no ambiente empresarial. Como já mencionado, não se defende a possibilidade de o órgão julgador reescrever o contrato ou aperfeiçoar os seus termos, mas preencher as lacunas a partir de parâmetros objetivos e da vontade exarada pelas partes. Para tanto, é crucial a distinção entre os elementos inderrogáveis e aqueles passíveis de integração.

O enquadramento do tema está em consonância com a compreensão de que a incompletude do contrato empresarial não representa invariavelmente vício ou defeito, mas pode decorrer de estratégia empresarial, sobretudo em contratos empresariais de longa duração.

Para ilustrar a relevância dessa discussão menciona-se, a título ilustrativo, exemplo retirado do mercado de compra e venda de energia elétrica. A esse propósito, considere-se uma “proposta firme de fornecimento de energia elétrica” assinada por duas grandes empresas do mercado de energia, na qual restaram estabelecidos o preço, o volume e o prazo de suprimento da energia (até dezembro de 2026).

³⁸⁰ Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava. Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

Referido documento estabeleceu expressamente que a avença tinha natureza de contrato preliminar, extraindo-se dele tanto a obrigação de celebrar o contrato definitivo quanto a obrigação substancial de efetivar a compra e venda de energia. As questões referentes às regras auxiliares, como multas e garantias, seriam disciplinadas no contrato definitivo. A proposta, portanto, constitui obrigação entre as partes para consumir a operação, reconhecendo sua natureza vinculante. Adicionalmente, as partes iniciam a execução do fornecimento de energia antes mesmo da formalização do contrato definitivo, como se a proposta já fosse um acordo final.

Nesse cenário, a empresa fornecedora, após ter cumprido parte da obrigação, vê-se diante da recusa da compradora em formalizar o contrato definitivo, sob a alegação de que a proposta não preencheria os requisitos legais para um contrato preliminar vinculante, ou que termos não negociados inviabilizariam a celebração. A compradora defendeu, ainda, a ausência de prazo contratual expresso, o que tornaria o contrato de prazo indeterminado, passível de rescisão unilateral.

A análise dessa hipotética “proposta firme” sob a ótica dos contratos empresariais com menor grau de programação à luz das classificações dos contratos empresariais, revela força vinculante robusta no caso.

Em primeiro lugar, a própria natureza da operação, que envolve fornecimento de energia de longo prazo, insere-se no espectro dos contratos relacionais e híbridos. Nesses contratos, a colaboração e a confiança mútuas são essenciais, e as partes reconhecem que a relação se estenderá no tempo, com o objetivo de disciplinar questões futuras de maneira programática, ainda que com certa incompletude inicial. A execução antecipada do fornecimento de energia reforça a intenção de vincular-se substancialmente, superando a mera obrigação de negociar.

Em segundo lugar, a presença dos requisitos essenciais do negócio definitivo – coisa (volume de energia), preço e prazo de suprimento – na proposta preliminar é fator determinante. Esses elementos, que configuram os aspectos categoriais do contrato de compra e venda de energia, são suficientes para justificar a execução específica, pois o Poder Judiciário não precisaria “negociar” por elas, mas sim dar efetividade a um acordo já substancialmente formado.

A eventual necessidade de definir regras auxiliares, como penalidades, poderia ser feita com base nos usos e costumes do mercado de energia elétrica e na boa-fé objetiva, elementos externos que atuam como fontes de integração e que

fornecem parâmetros objetivos para o preenchimento dessas lacunas. Essa integração não se confunde com a criação de negócio novo, mas com a complementação de um que já existe em sua essência. A ideia de que a realidade é infinita e que os contratos são naturalmente incompletos, como destacado anteriormente, respalda a flexibilidade para integrar o que não pôde ser exaustivamente previsto.

A alegação de que a ausência de prazo contratual inviabilizaria a execução pode ser encarada sob dois aspectos. O primeiro, no sentido de que conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça tratado neste capítulo³⁸¹, o contrato preliminar deve ser compreendido não apenas quanto ao seu grau de programação, mas também quanto à função do negócio principal a ele subjacente, observando-se se a execução daquele de fato é possível e eficaz. Assim, considerando-se que o contrato não teria prazo determinado e poderia ser denunciado a qualquer momento, a sua execução específica não se mostraria eficaz.

A segunda maneira de analisar essa questão parte da premissa de que em contratos relacionais de longa duração – como observado *in casu* – o prazo de suprimento esperado no setor de energia (em que o planejamento e os investimentos são vultosos) deve, no mínimo, ser suficiente para justificar o investimento feito; trata-se de legítima expectativa de cumprimento que transcende a mera negociação.

³⁸¹ Recurso Especial. Ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos. Extensão da obrigação. Interpretação de cláusulas contratuais. Reexame de provas. Súmulas n.ºs 5 e 7/STJ. *Affectio societatis*. Ruptura. Inexequibilidade do contrato social. Obrigação de fazer. Ingresso em sociedade limitada. Determinação judicial. Não cabimento. 1. Em ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos, o acórdão recorrido considerou que as obrigações cumpridas pela recorrida, nos termos do contrato preliminar, autorizavam sua inclusão no quadro societário da empresa da qual são sócios os recorrentes. Assim, determinou a alteração do contrato social a fim de incluí-la como sócia com base nas regras processuais que asseguram a concessão de tutela específica para o cumprimento da obrigação de fazer. 2. No tocante à extensão do cumprimento das obrigações de cada contratante, a demanda foi solucionada pelas instâncias ordinárias com ênfase na interpretação do contrato firmado entre as partes e na sua contextualização com os demais elementos fático-probatórios produzidos na instrução processual. Sob esse prisma, a pretensão recursal esbarra nos rigores contidos nas Súmulas n.ºs 5 e 7/STJ. 3. Em contrato preliminar destinado a ingresso em quadro de sociedade limitada, a discussão passa pela *affectio societatis*, que constitui elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social. A ausência desse requisito pode tornar inexecutável o fim social. Inteligência dos arts. 1.399, inciso III, do Código Civil de 1916 ou 1.034, inciso II, do Código Civil de 2002, conforme o caso. 4. Apresenta-se incabível provimento jurisdicional específico que determine o ingresso compulsório de sócio quando ausente a *affectio societatis*, motivo pelo qual se impõe a reforma do acórdão recorrido para decretar a resolução do contrato, a fim de que se resolva a questão em perdas e danos. 5. Recurso especial provido em parte. Sentença restabelecida. (BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1192726 / SC; Relator(a): Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 17/03/2015; Data de Publicação: 20/03/2015).

Eventual rescisão unilateral, nesse contexto, seria abusiva e contrária ao princípio da boa-fé, especialmente porque a natureza do negócio e o volume dos investimentos exigiriam prazo compatível para sua recuperação, conforme o artigo 473, parágrafo único³⁸², do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, uma compreensão que se alinha com a perspectiva ora defendido, embora manifestada em voto vencido, já se fazia presente no emblemático julgamento do Caso Disco, conforme apontado por Alcides Tomasetti Jr. ao comentar o voto do então Ministro Leitão Abreu³⁸³:

[n]o polêmico aresto que propiciou boa parte dos raciocínios aduzidos nesta tese, encontra-se, aliás, uma passagem frisante, em que se ressalta o dever do magistrado de preencher os acordos residuais, em face da 'determinabilidade objetiva' de suas cláusulas: 'Sufragando, neste particular, a opinião adotada no aresto recorrido, reporto-me à demonstração, que nele se faz, acerca da determinabilidade das cláusulas, a que se recusa esse característico. Não está em branco, nem é inexistente, por exemplo, a cláusula em que a compradora se obriga a garantir com fiança idônea e capaz todas as obrigações que viesse a assumir para com os acionistas, uma vez que não se deixou ao alvedrio da compradora indicar fiador que bem entendesse, mas quem dispusesse de meios, objetivamente verificáveis, para garantir o credor contra o inadimplemento do devedor. Vale o mesmo em relação à 'forma de direito a ser estudada', pois seria determinável, mediante critério técnico, dentre as formas de direito viáveis, a que melhor se ajustasse ao interesse das partes. Substituir, em prazo determinado, todas as garantias pessoais dos acionistas em favor da Empresa não significa, igualmente, que esse prazo não pudesse ser determinado segundo critério de razoabilidade.'

O entendimento do Ministro Leitão Abreu, que à época do julgamento do caso Disco representou voz dissonante acerca do tema, destacou a possibilidade de que sejam utilizados critérios objetivos e verificáveis para o preenchimento de lacunas existentes no contrato preliminar – desde que os elementos faltantes não sejam categoriais inderrogáveis – a fim de permitir a sua execução específica.

A utilização de normas provenientes de *soft law*, como os Princípios da Unidroit e o *Draft Common Frame of Reference*, embora não imperativas, podem subsidiar o órgão julgador de importantes parâmetros a depender do tipo do negócio jurídico entabulado entre as partes.

³⁸² Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

³⁸³ TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982, p. 263.

Embora não imperativas, essas normas refletem práticas comerciais globais e fornecem balizas racionais para o órgão julgador na especificação de detalhes faltantes, reforçando a ideia de que, havendo elementos, categoriais e dados suficientes, a execução específica de contratos preliminares com menor grau de programação é não apenas possível, mas desejável, em observância ao princípio do *favor negotii*. Para além dessas normas de *soft law*, o órgão julgador poderá se pautar nas práticas do mercado – como apontado no caso relacionado ao suprimento de energia elétrica – que também são consideradas balizas importantes e objetivas para viabilizar a execução específica do contrato preliminar.

A execução específica de contratos preliminares empresariais com grau de programação reduzido depende de leitura que harmonize o princípio da intervenção mínima com a função instrumental do contrato preliminar e as particularidades dos contratos empresariais, especialmente aqueles de caráter relacional e de longa duração.

Portanto, reconhece-se que a incompletude, por vezes proposital, pode ser preenchida pela integração judicial pautada em critérios objetivos, usos de mercado e boa-fé, garantindo que o programa negocial estabelecido pelas partes seja, na medida do possível, efetivamente cumprido, sem que isso implique em uma substituição da vontade dos contratantes, mas em sua complementação conforme os anseios do mercado e a segurança jurídica.

Esta abordagem visa a conferir a máxima efetividade à autonomia privada e à função social do contrato, privilegiando a conservação do negócio jurídico sempre que a sua concretização for compatível com a intenção original das partes e os parâmetros do ambiente empresarial. No entanto, é crucial reiterar que a limitação à execução específica surge quando a incompletude é tamanha que a integração judicial transbordaria os limites da interpretação, convertendo-se em verdadeira criação ou negociação, ou quando os elementos objetivos para tal integração são insuficientes.

Não se deve esquecer, conforme aponta Cristiano de Sousa Zanetti, que “[s]e não houver dados suficientes à complementação, porém, não resta solução outra que não a condenação ao pagamento de perdas e danos”³⁸⁴. Assim, embora a execução específica seja o desfecho primário almejado por essa perspectiva, a impossibilidade

³⁸⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 147.

de sua concretização levará invariavelmente à análise das consequências advindas do inadimplemento.

4.3.2 Conversão em perdas e danos

Conforme analisado, a celebração válida do contrato preliminar confere-lhe natureza jurídica própria, desvinculada das fases meramente negociais, cuja finalidade precípua é a constituição do contrato definitivo. Entretanto, a despeito de a sua execução específica buscar assegurar maior eficácia da promessa de contratar – de salutar importância sobretudo no dinâmico e complexo ambiente dos contratos empresariais –, na prática tal via nem sempre se mostra possível ou até mesmo desejável³⁸⁵. Nesses casos, seja pela inviabilidade prática da tutela específica ou pela vontade do credor desfazer o vínculo, a questão passa a ser analisada sob a ótica das repercussões patrimoniais do não cumprimento do pacto preliminar.

Em não ocorrendo a execução específica do contrato preliminar inadimplido por razão imputável ao devedor, poderá a parte lesada se valer do disposto no artigo 465 do Código Civil de 2002, que estabelece que “[s]e o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos”. A pretensão indenizatória também encontra respaldo no artigo 475 do mesmo diploma legal, segundo o qual “[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”³⁸⁶.

Dessa maneira, conforme aponta Nelson Rosendal, embora a arquitetura do Código Civil de 2002 privilegie o adimplemento da obrigação ajustada, é possível converter a obrigação de celebrar o contrato definitivo em pagamento de perdas e

³⁸⁵ Acerca da impossibilidade de cumprimento do contrato preliminar, Ana Prata aponta que “[p]ara qualificar como definitivamente impossível o cumprimento e lhe aplicar o conseqüente regime, é, em princípio, necessário que se tenha atingido o momento do vencimento da obrigação, verificando-se então a situação jurídica (ou material) de impossibilidade de cumprir. Porém, quando, já antes do vencimento, ocorre a impossibilitação do ulterior cumprimento, parece que não será necessário esperar até o vencimento para que o credor accione os direitos em que esse incumprimento o contitui. A questão pode não aparecer como inteiramente líquida quando o facto impossibilitador seja a celebração com terceiro de um contrato incompatível com o cumprimento da promessa, pois, em tais casos, pode sempre defender-se que o devedor ainda tem possibilidade e oportunidade de recuperar o bem alienado, por exemplo, e, assim, cumprir a sua obrigação”. (PRATA, Ana. **O contrato-promessa e seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 693).

³⁸⁶ Destaca-se, de igual modo, a incidência do artigo 389 do Código Civil de 2002, segundo o qual “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”.

danos³⁸⁷. De igual modo, Cristiano de Sousa Zanetti sustenta que, embora o Código Civil de 2002 deixe clara a prerrogativa da execução específica do contrato preliminar, com objetivo de garantir às partes a segurança esperada com relação ao cumprimento dos seus termos, a compensação por perdas e danos assume função supletiva, que poderá ser invocada nos casos em que a execução direta se mostre inviável ou quando a parte lesada não tiver interesse em sua efetivação³⁸⁸.

De rigor, portanto, a análise da sistemática de ressarcimento decorrente do inadimplemento do contrato preliminar, quando a via da execução específica é afastada.

A conjugação dos artigos 465, 475 e 389 do Código Civil de 2002 estabelece sólida base para a reparação dos danos decorrentes do inadimplemento do contrato preliminar. A dimensão e o alcance da indenização a ser perseguida é delineada pelo artigo 402 do mesmo diploma legal, segundo o qual “[s]alvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. A reparação do dano pode englobar, ao menos em tese, tanto o prejuízo material direto sofrido pela parte lesada (danos emergentes³⁸⁹), como também o benefício econômico que ela deixou de auferir em razão do ato ilícito (lucros cessantes³⁹⁰).

Contudo, mostra-se relevante estabelecer novamente a demarcação entre a responsabilidade extracontratual proveniente da fase pré-contratual e aquela que decorre da violação do contrato preliminar efetivamente celebrado³⁹¹.

³⁸⁷ ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado**, coord. Min. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2012, p. 531.

³⁸⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 152/153.

³⁸⁹ Para Agostinho Alvim: “Com relação ao dano emergente, ponderamos que êle diz respeito não somente à uma diminuição do ativo, como também a um aumento do passivo. Assim, aquele que, em virtude de fato de terceiro, incide em cláusula penal e fica obrigado a pagar, terá sofrido dano emergente, por ver aumentado o seu passivo (cf. VON TUHR, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, pág. 498, texto e nota 44). Este caso deve ser entendido como diminuição potencial do ativo; o dano somente se atualiza, quando a multa tiver sido paga. Antes disso, o terceiro causador do prejuízo, não está obrigado a indenizar (...)”. (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica, 1965, p. 174/175)

³⁹⁰ Sobre os lucros cessantes, Agostinho Alvim assevera que: “Mas lucro cessante não é somente aquele que se estancou, como, p. ex., o que alguém normalmente obtinha, em sua profissão, e não mais poderá obter, em virtude de ato ilícito ou de inexecução de obrigação por parte de outrem. Lucro cessante é isso: mas é também aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes.” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica, 1965, p. 174)

³⁹¹ “Finalmente, não se pode deixar de distinguir entre a responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade pela violação do contrato preliminar. A responsabilidade pré-contratual tem seu fundamento na violação do dever de comportar-se segundo os ditames da boa-fé durante o processo

Como demonstrado, antes da formalização de qualquer contrato, as partes podem realizar sondagens, avaliações preliminares e investigações comerciais sem que esse comportamento enseje qualquer vinculação jurídica. Nesse contexto, é admitido que as partes se afastem do iter negocial e recusem a contratação sem maiores desdobramentos – inclusive de natureza indenizatória. Isso porque, prestigiam-se os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual – que compreende, evidentemente, a liberdade de rejeitar qualquer operação – como mecanismos de assegurar aos agentes econômicos previsibilidade e segurança nas relações comerciais³⁹².

de formação do contrato. Se, durante o processo de negociação do contrato, uma das partes cria na outra parte, por seu comportamento, uma justa expectativa de que o contrato será concluído e, com isso, a leva a efetuar investimentos e incorrer em custos para a contratação, certamente deverá responder pelas perdas e danos pela brusca e injustificada ruptura das negociações. Note-se que nos referimos a um momento anterior à conclusão do contrato e anterior ao estágio da preliminaridade mínima mencionada por Tomasetti. Essa é a chamada responsabilidade pré-contratual, que fica muito bem ilustrada pelo texto constante da petição inicial do processo Bichucher v. Banco do Brasil, reproduzido no relatório do Ministro Relator do Recurso Especial: 'A prática desleal ou de má-fé gera uma fundada crença no espírito das vítimas, pois a suposição ordinária dos homens e mesmo necessária para a correta evolução da vida é que, normalmente, a conduta das pessoas é honesta e confiável'. Nitidamente, como nessa etapa as partes ainda não chegaram a um acordo quanto aos elementos essenciais do contrato definitivo, nem sequer no nível de preliminaridade mínima, a solução para o conflito apenas seria encontrada na indenização pelas perdas e danos. Inimaginável, ao menos de acordo com nossa Constituição e com a organização de nosso sistema econômico, seria a busca por uma tutela específica para a obtenção de um provimento jurisdicional que concluísse a contratação, substituindo a vontade das partes na negociação das condições essenciais do negócio. Dessa forma, a responsabilidade pelos danos causados durante a fase de negociações é resolvida na indenização pelas perdas e danos, na forma do art. 247 do Código Civil. A distinção com a responsabilidade pela violação do contrato preliminar é fundamental, não só pelas consequências (possibilidade de valer-se de uma tutela específica), como também pelo objeto da prova em eventual medida judicial. Tratando-se de responsabilidade pela violação do contrato preliminar, a condição imprescindível é a prova da existência desse contrato preliminar (ainda que verbal) e do atendimento dos requisitos legais (sobretudo os requisitos do art. 462 do Código Civil)." (FERNANDES, Wanderley. OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança de contratar. In: **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Coord. Wanderley Fernandes. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 309/311).

³⁹² A título exemplificativo, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim consignou ao julgar o recurso de apelação n.º 1082814-24.2015.8.26.0100: "Com razão, o contrato preliminar, regulamentado nos arts. 462 e 466 do Código Civil, não se confunde com as '*negociações preliminares*', também chamadas de '*tratativas*' ou '*pontuações*'. As tratativas não dizem respeito a um momento específico da formação dos contratos nem se confunde com o contrato preliminar, mas refere-se a uma fase pré-contratual, ou seja, estudo prévio e recíproco de eventual interesse em celebrar o contrato, inexistindo, aqui, responsabilidade contratual. Poderia, quando muito, aventar a hipótese de responsabilidade extracontratual, decorrência de violação à boa-fé objetiva, o que não é o caso dos autos. Na espécie, muito embora o Apelante tenha pactuado com o Apelado os instrumentos de fls. 18/22 ('*Acordo Nacional de Compra e Fornecimento*') e de fls. 23/24 ('*Contrato de Uso do Centro de Pagamento aos Fornecedores Carrefour Internet*'), não houve a formalização de uma proposta sobre os produtos a serem futuramente fornecidos pelo Apelante, especialmente preço, quantidade, prazos, período de fornecimento etc. É o que se depreende das mensagens trocadas entre o Apelante e o preposto do Apelado de nome '*Gino Antonio*', na qual se vislumbra que havia divergências de preço, quantidade e prazo dos produtos a serem produzidos, conforme fls. 43/45, 48/49, 61/66, 69 e 72/74 e fls. 93/97. Numas das conversas, inclusive, foi informado ao Apelante que estava em curso cotação de preços pela equipe de importação, conforme fls. 96. Tais requisitos (preço, quantidade e prazo)

Essa liberdade, no entanto, encontra o seu limite na observância dos deveres da lealdade e da boa-fé objetiva, que atenuam o caráter absoluto da liberdade de contratar em razão de exigências éticas e da necessidade de equilíbrio de interesses. Esses preceitos impõem o dever de indenizar quando a interrupção das negociações preliminares se dá sem justa causa, uma vez que o estágio pré-contratual impõe a abstenção de causar prejuízos injustificados à contraparte.

Assim, aquele que desperta na contraparte a justa expectativa de conclusão do negócio e, posteriormente, rompe com as tratativas de maneira abrupta e injustificada, deverá responder pelos danos causados, por violar o disposto no artigo 422³⁹³ do Código Civil de 2002. Contudo, essa proteção pressupõe que a parte lesada também tenha cumprido seu dever de diligência, agindo com cautela e avaliando a seriedade e a aptidão do outro negociante, pois a boa-fé exige conduta ativa e recíproca na fase pré-contratual. Nesse sentido³⁹⁴:

Estabelecidos sumariamente esses traços fundamentais, volta-se nossa atenção às consequências jurídicas da interrupção ou cessação das negociações preliminares. Pode-se dizer que, na evolução do problema, tornou-se necessário, por motivos de equidade, superar o dogmatismo absoluto da autonomia da vontade, expressa no postulado da liberdade de contratar. Se é verdade que tal imperativo não justificaria a conversão de meras intenções em declarações afirmativas de vontade, não é menos certo afirmar-se que exigências éticas, amplamente reconhecidas com o correr dos tempos, acabaram por determinar certo grau de responsabilidade reparatória à parte que sem motivo justo interrompe ou faz cessar o estágio das negociações preliminares. Nesse caso, excluída embora, por necessidade natural, a possibilidade de execução específica, afirmou-se gradativamente o princípio indenizatório, capaz de amparar os interesses da parte inocente, eventualmente prejudicada. O centro do problema está precisamente no equilíbrio entre as partes que pretendem contratar, o que significa, em outras palavras, que a parte injustificadamente arrependida poderia infringir, com a recusa em contratar, preceito fundamental do ordenamento positivo e informador de toda a sistemática obrigacional: o princípio que veda a causação de prejuízos à outra parte (*neminem laedere*). A expressão desse princípio se encontra no art. 159 do Código Civil brasileiro de 1916. (...) Durante as negociações preliminares, a confiança recíproca entre as partes é, como ficou visto, uma exigência natural. Mas não se deve inferir, desse

eram necessários à formação de contrato preliminar, conforme muito bem ponderado pelo juízo a quo. Registra-se que o preço, inclusive, é requisito mínimo do contrato de compra e venda, conforme art. 482 do Código Civil. Ressaltam-se também os documentos de fls. 80/85 em que o Apelante cobra explicações sobre as negociações e sobre o aperfeiçoamento do contrato. Tais documentos, pois, revelam tratar-se de negociações preliminares, sem responsabilidade contratual, e não de contrato preliminar, como quer fazer crer o Apelante.” (SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1082814-24.2015.8.26.0100; Relator(a): Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 20/03/2017; Data de Publicação: 20/03/2017).

³⁹³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁹⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **A boa-fé nas negociações preliminares**. Obrigações e contratos: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, v. 4.

dado, que cada parte possa se eximir de todo e qualquer dever de diligência na investigação da seriedade da outra. Sumárias declarações de intenção podem não ser suficientes para a plena concretização da boa-fé dos interessados. Antes, deverão eles, muitas vezes, exigir-se reciprocamente demonstrações de sua respectiva capacidade e aptidão para chegarem à instauração efetiva do vínculo obrigacional. Atitudes estáticas podem denotar até mesmo imprudência na continuação dos entendimentos preparatórios. Para que se caracterize plenamente a boa-fé, a ser futuramente invocada em caso de rescisão das tratativas, um mínimo de diligência será exigível da parte interessada.

A reparação pela ruptura pré-contratual limita-se ao interesse negativo³⁹⁵, que objetiva colocar a parte lesada na situação em que estaria caso as negociações não tivessem sido iniciadas. A esse respeito, a lição de Cristiano de Sousa Zanetti³⁹⁶:

Com efeito, a doutrina italiana reconhece que o interesse negativo tem por função colocar o prejudicado na situação em que estaria caso não tivesse sido vítima do comportamento desleal do outro candidato a contratante. Como anota Rubino, o interesse negativo difere substancialmente do positivo, pois o primeiro protege a fase de formação do contrato e o segundo a de sua conclusão.

A mais recente doutrina italiana ensina que o interesse negativo identifica o dano decorrente da inobservância da boa-fé no período anterior à conclusão do contrato, compreendidos tanto os danos emergentes como os lucros

³⁹⁵ Sobre os interesses negativos, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenthal ensinam que “De um lado se colocam os interesses negativos, tidos como os prejuízos decorrentes da não conclusão do contrato. Cuida-se do ‘dano à confiança’ verificado em decorrência das tratativas frustradas. Os danos emergentes consistem nas despesas efetuadas pelo lesado ao curso das negociações preliminares. Já os lucros cessantes concernem às oportunidades de negócios que a parte perdeu no período e que se envolveu nas tratativas. Deverá ela efetivamente demonstrar as ‘ocasiões frustradas’ por ter acreditado na certeza do êxito das conversações. Cogita-se, ainda, dos ‘interesses positivos’. Seriam as vantagens obtidas pelo negociante lesado se o contrato fosse concluído. Simplificando, consiste em toda a vantagem patrimonial que ele auferiria caso o negócio jurídico alcançasse bom termo. RUDOLF VON JHERING, primeiro formulador da teoria da responsabilidade civil pré-contratual, limitou o dano indenizável na culpa in contrahendo ao que chamou de interesse negativo, cingindo-se a colocar a parte lesada na mesma situação em que se encontrava no momento anterior à estipulação do negócio. O dano a ser ressarcido nesses casos coincide com o interesse que a parte tinha na execução do contrato. Ou seja, a ela não cabe indenização pelo interesse positivo. Daí que a responsabilidade pela ruptura das tratativas somente pode compreender os prejuízos que o contratante sofreu em razão de ter, de boa-fé, confiado na conclusão do contrato. Esses prejuízos se limitam às despesas em que incorreu no desenrolar das tratativas e, eventualmente, na perda de algum outro negócio que tenha desistido em virtude de estar negociando o contrato que posteriormente não veio a se estabelecer. (FARIAS, Cristiano Chaves de. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. In: **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 80). Ainda a esse respeito: “Prejuízo negativo é o que deriva de se ter celebrado um contrato inválido, ou um contrato que veio retroativamente a perder eficácia, de modo que a respectiva indenização tem por escopo colocar o lesado na situação que teria se o contrato não tivesse sido celebrado. A expressão ‘interesse de confiança’, equivalente a interesse negativo’, traduz bem o escopo desta figura, que vem sendo progressivamente posta em relevo na medida em que cresce a atenção à responsabilidade pré-negocial, embora nela não se esgote, por o interesse negativo há de ser encontrado em outras situações, como em demandas resolutorias de contratos sinalagmáticos por incumprimento da outra parte.” (MARTINS-COSTA, Judith.

Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 482).

³⁹⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 154/157.

cessantes. Os danos oriundos da inobservância da boa-fé no rompimento das negociações não se confundem com aqueles decorrentes do descumprimento contratual, na medida em que são protegidos bens jurídicos diferentes, quais sejam, a própria boa-fé, no primeiro caso, e o direito à prestação, no segundo.

(...)

No direito brasileiro, portanto, todos os danos decorrentes da ruptura ilícita das negociações devem ser indenizados. Tais danos, permite-se acrescentar, consistem no interesse negativo, cabendo à tutela ressarcitória, como ensinam os estudiosos do direito italiano, o papel de colocar o candidato a contratante na situação patrimonial que estaria caso não tivesse confiado na conclusão do contrato em decorrência do comportamento da parte, que, mais tarde, retrocede.

Ao contrário do que se verifica nos contratos preliminares inadimplidos, na fase de formação do contrato não há possibilidade de pleitear a conclusão forçada do contrato, ainda que a ruptura das negociações ocorra em estágio avançado das tratativas, de maneira que resta à parte lesada a reparação pelos danos sofridos.

No que concerne aos contratos preliminares, por outro lado, sua inobservância não representa apenas a ruptura de negociações, mas o verdadeiro inadimplemento de obrigação contratual preexistente, de modo que a parte lesada terá à sua disposição rol mais amplo de possibilidades, que incluem – como visto acima – a execução específica do contrato, compelindo o devedor a celebrar o contrato definitivo.

Caso a execução específica não seja possível ou não seja do interesse do credor, converter-se-á em perdas e danos a fim de reparar o interesse positivo³⁹⁷ da parte lesada, de modo a recuperar o benefício econômico esperado em razão do cumprimento do contrato.

Como aponta Judith Martins-Costa, “[a]s perdas e danos constituem concessão de uma indenização em dinheiro, consistente, em linha de princípio, no

³⁹⁷ A esse respeito: “Prejuízo positivo é o que resulta, para o credor, do não cumprimento do contrato. Logo, o interesse positivo, ou ‘interesse de cumprimento’ é o que resultaria, para o credor, do cumprimento exato do contrato. Assim sendo, a indenização do interesse positivo destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse exatamente cumprido, reconduzindo-se aos prejuízos que decorrem do não-cumprimento definitivo do contrato, ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso. Em outras palavras, abrange a cobertura pecuniária dos prejuízos provenientes da inexecução, de modo a colocar-se o credor na situação que estaria se a obrigação tivesse sido cumprida. Se o prejuízo deriva do incumprimento do contrato fácil é perceber que, em linha de princípio, não há indenização pelo ‘interesse positivo’ pela violação de deveres pré-contratuais, uma vez que contrato inexistiu. Com efeito, a objeção a indenizar o interesse positivo, na responsabilidade pré-negocial, está em que seria um contra-senso indenizar pelo cumprimento quando sequer negócio chegou a haver. Assim, como regra, exclui-se da indenização o interesse positivo pelo simples fato de que as perdas e danos não se podem referir ao inadimplemento de um contrato que nunca fora concluído, mas tão somente às perdas que o lesado teve justamente porque o contrato não fora concluído.” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 480-481).

equivalente do prejuízo sofrido em razão do inadimplemento”³⁹⁸. Essa compensação financeira, portanto, visa a recompor a situação patrimonial do credor como se o contrato preliminar tivesse sido integralmente cumprido e o negócio definitivo celebrado, honrando a expectativa legítima de obtenção do benefício econômico almejado.

Na esfera dos contratos empresariais a conversão do contrato preliminar em perdas e danos possui especial complexidade, considerando-se as particularidades de cada negócio e o seu nível de sofisticação. Assim, a identificação dos danos emergentes no contexto empresarial dependerá inexoravelmente de criteriosa análise, uma vez que nem todo o dispêndio que a parte realizou não apenas no curso das tratativas, mas também na preparação do contrato preliminar inadimplido, será automaticamente passível de indenização³⁹⁹.

Dessa maneira, a título ilustrativo, em operações de fusões, aquisições ou alianças estratégicas, apenas os dispêndios específicos e irrecuperáveis para o negócio – é dizer, aqueles incorridos exclusivamente com a expectativa legítima de celebração do contrato definitivo e que não possuem utilidade alternativa – configuram dano emergente propriamente dito.

Com relação aos lucros cessantes, por representarem o ganho que o credor razoavelmente esperava obter, a reparação deve ser antecedida de prova concreta da probabilidade objetiva de sua concretização caso o contrato tivesse sido adimplido

³⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 470.

³⁹⁹ Nesse particular, a lição de Judith Martins-Costa: “Por esse princípio se compreende – como reza antiga fórmula – que todo o dano, mas nada mais que o dano – deve ser indenizado. A fórmula é bastante sintética e não tem valor absoluto: é sintética por indicar que o responsável está obrigado a reparar todo o dano que tenha relação adequada e necessária com o fato principal (art. 403), independentemente da circunstância de o dano ter sido produzido por um obrar culposo, doloso ou mesmo sem culpa, nos casos de imputação objetiva; e não tem valor absoluto seja porque por vezes é possível diminuir a indenização, seja porque já excessiva desproporção entre a culpa do autor do dano e o valor do prejuízo (art. 944, parágrafo único), seja porque verifica-se a tendência ao acolhimento, por via jurisprudencial, do dever de mitigar (*duty to mitigate*) quando o credor não tomou as providências razoáveis para diminuir o prejuízo. De qualquer forma, a fórmula ‘todo dano, mas nada mais do que o dano’ é expressiva para indicar que o lesado não deve nem receber menos nem mais do que efetivamente perdeu, indicando aquilo que é a função precípua da responsabilidade civil, a saber: a reparação dos prejuízos injustamente sofridos, o que afasta das perdas e danos o intuito punitivo que, por vezes, verifica-se na indenização por dano extrapatrimonial. Por isto, afirma Bénabent, na fixação por perdas e danos, o juiz se encontra sempre à frente de uma delicada tarefa: não recair nem numa reparação insuficiente, que não indenizará totalmente a vítima, nem numa reparação excessiva, que atribuirá, mais do que uma compensação pelo dano sofrido, um verdadeiro benefício. O terceiro passo, consistente em examinar as perdas e danos como medida da obrigação de indenizar é, pois, da maior relevância.” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 474).

pela contraparte, o que nem sempre é tarefa simples, principalmente no contexto dos contratos empresariais complexos que, em geral, tem período de maturação até que comecem a performar.

A título exemplificativo, Cauê Jorge de Almeida sustenta os lucros cessantes devem ser lastreados em “fatos precisos que já existem ou existiram, ainda que o prejuízo seja futuro”⁴⁰⁰, bem como em razoabilidade e probabilidade objetivas. Para exemplificar, referido autor analisa o Recurso Especial n.º 1.655.090/MA⁴⁰¹, julgado em 10.04.2017, que envolveu ação rescisória ajuizada pelo Banco Nordeste do Brasil S.A. contra a Mineradora Itamirim Indústria e Comércio Ltda., visando a desconstituição de condenação ao pagamento de lucros cessantes em razão de atrasos, por parte da instituição financeira, na liberação de financiamento destinado a empreendimento da mineradora.

⁴⁰⁰ ALMEIDA, Cauê Jorge. **O contrato preliminar**: conceito, inadimplemento, interesse e danos ressarcíveis. Dissertação de Mestrado FGV/SP, Orientador Wanderley Fernandes, 2019, p. 78.

⁴⁰¹ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. LITERALIDADE DA LEI. VIOLAÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO CIVIL. LUCROS CESSANTES. POSTULADO DA RAZOABILIDADE. ART. 402 E 403 DO CÓDIGO CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Ação rescisória visando à rescisão de acórdão proferido em ação revisional de contrato de mútuo cumulada com pedido de indenização por perdas e danos em decorrência do atraso na liberação de algumas parcelas do financiamento. 2. A ação rescisória fundada em erro de fato pressupõe que a decisão tenha admitido um fato inexistente ou tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, mas, em quaisquer dos casos, é indispensável que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre ele (art. 966, § 1º, do CPC/2015). 3. A violação de literal disposição de lei que autoriza o ajuizamento de ação rescisória é aquela que enseja flagrante transgressão do “direito em tese”. 4. A configuração dos lucros cessantes exige mais do que a simples possibilidade de realização do lucro, requer probabilidade objetiva e circunstâncias concretas de que estes teriam se verificado sem a interferência do evento danoso. 5. Reconhecimento dos lucros cessantes fundado em referências genéricas ao laudo pericial, sem a necessária demonstração da relação de interdependência entre os dados colhidos na perícia e o dano supostamente advindo do atraso no repasse dos recursos financeiros. 6. Hipótese em que as respostas do expert, devidamente transcritas no acórdão recorrido, além da imprecisão resultante da reiterada utilização do adjetivo “provável”, servem apenas para a comprovação de que houve atraso no repasse de algumas parcelas do financiamento, fato sobre o qual não há nenhuma controvérsia, valendo, ainda, para sustentar a mera probabilidade de que essa mora tenha contribuído para o atraso na implantação do empreendimento. 7. Não se pode conceber que o reconhecimento da existência de lucros cessantes no importe de R\$ 1.919.182,23 (um milhão, novecentos e dezenove mil, cento e oitenta e dois reais e vinte e três centavos), em valores de fevereiro de 2002, não esteja apoiado em fundamentos sólidos, notadamente na hipótese em que o empreendimento ainda estava em fase de implantação, ou seja, ainda não havia iniciado seu estágio produtivo. 8. Não pode subsistir a condenação ao pagamento de lucros cessantes baseada em meras conjecturas e sem fundamentação concreta, dada a flagrante ofensa à literalidade dos arts. 93, IX, da CF/1988, 458, II, do CPC/1973 e 402 e 403 do Código Civil. 9. Desde que não seja considerada abusiva, é válida a capitalização dos juros nas cédulas de crédito industrial, mesmo em se tratando de contrato de adesão submetido às normas do Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula nº 93/STJ. 10. Recurso especial provido”. (BRASIL. STJ; REsp 1655090/MA; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 04.04.2017).

Ao examinar a questão, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, ponderou sobre a necessidade de prova concreta acerca da probabilidade objetiva e imediata do ganho frustrado pela mineradora. Constatou, ainda, que tanto a sentença quanto o acórdão rescindendo apresentaram fundamentação genérica, baseada em referências vagas de laudos contábeis, que indicavam apenas a probabilidade de que o atraso na liberação das parcelas pela instituição financeira havia contribuído para o prejuízo da mineradora.

O Ministro Relator criticou a premissa de que o estudo de viabilidade, por si só, poderia garantir o sucesso do empreendimento, uma vez que referido estudo não seria suficiente para afastar a consideração de riscos inerentes à atividade empresarial. Com base nesse entendimento, o Ministro Relator – acompanhado integralmente por toda a Turma Julgadora – concluiu que para a configuração de lucros cessantes é necessário mais do que a mera possibilidade de sua ocorrência, sendo imprescindível análise probabilística objetiva de circunstâncias concretas, pautada na razoabilidade, especialmente para empreendimentos em fase de implementação.

Embora tenha reconhecido a plausibilidade de danos emergentes em razão da necessidade de a mineradora ter contraído empréstimos mais caros em razão da morosidade da instituição financeira, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão unânime, entendeu que não havia motivo para a condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

Esse caso ilustrativo bem demonstra que os lucros cessantes não se apoiam em meras expectativas ou projeções especulativas que não tenham contato com as reais dinâmicas de mercado. Ao transportar esse entendimento para o presente estudo, é possível concluir que na esfera dos contratos empresariais, o credor deverá se municiar de robusto conjunto probatório, que além de estudos de viabilidade, pode incluir a demonstração da série histórica do segmento, a produção de prova pericial, a apresentação de análises comparativas setoriais e outros elementos aptos a demonstrar não o resultado exato, mas a razoável e objetiva perspectiva do lucro que seria auferido caso o contrato definitivo tivesse sido executado⁴⁰².

⁴⁰² Ainda a título ilustrativo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim decidiu: “Frise-se que a ocorrência de lucros cessantes não pode ser presumida, de modo que a indenização exige prova robusta de que os ganhos alegadamente perdidos eram razoavelmente esperados e quantificáveis. Tal demonstração demandaria a apresentação de documentos que comprovassem a regularidade da atividade agrícola, os valores efetivamente auferidos com a comercialização dos produtos, a

O rigor probatório para a condenação da parte inadimplente à indenização por lucros cessantes mostra-se plenamente coerente com o que disciplina o artigo 403 do Código Civil, segundo o qual “[a]inda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”, de forma a assegurar que a indenização se mantenha dentro dos limites de expectativas legitimamente tuteláveis, evitando-se o reconhecimento de lucros hipotéticos ou arbitrários.

O descumprimento do contrato preliminar também poderá ensejar não apenas a frustração do lucro diretamente associado ao negócio definitivo almejado, como também a perda de oportunidades negociais alternativas que foram racionalmente sacrificadas em função da certeza acerca da conclusão do contrato definitivo. Nesses casos, pode-se considerar a aplicação da teoria da perda de uma chance, reconhecida como modalidade de mensuração do dano causado baseada na probabilidade de obtenção de ganho pela parte lesada, e não na certeza do resultado.

A teoria da perda de uma chance volta-se a reparar a perda da possibilidade da parte de obter vantagem que, embora não certa, tinha probabilidade de se materializar⁴⁰³. Conforme aponta Sergio Savi, “a perda de uma chance, desde que seja séria e real, e não ‘somente fluída ou hipotética’, é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, podendo, portanto, gerar direito à indenização”⁴⁰⁴.

Ao contrário dos lucros cessantes que, como visto, exigem comprovação robusta do lucro que seria auferido pela parte, a perda de uma chance se refere à

existência de contratos de fornecimento ou outros elementos que evidenciassem a probabilidade objetiva de obtenção dos lucros alegados. Alternativamente, a comprovação poderia ser feita através de prova testemunhal idônea ou, preferencialmente, mediante prova pericial que demonstrasse, com base em critérios técnicos, a extensão dos prejuízos futuros decorrentes da impossibilidade de utilização da propriedade para fins agrícolas.” (MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível 1.0000.25.190316-7/001; Relator(a): Maria Lúcia Cabral Caruso; Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível; Data da Decisão: 31/07/2025; Data de Publicação: 01/08/2025).

⁴⁰³ “Em apertadíssima síntese: na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesante. As chances devem ser ‘sérias e reais’, como no caso de alguém que ingressa em juízo mas, no curso da lide, o advogado incorre em negligência grave (p.ex., perde o prazo para recorrer), extinguindo, assim, qualquer chance de a ação vir a ser julgada procedente. Neste caso, não se trata de uma mera e subjetiva ‘esperança de vencer a causa’, nem se indeniza o fato de ter perdido a causa: o que se indenizará é, justamente, a chance de o processo vir a ser apreciado por uma instância superior.” (MARTINS-COSTA, Judith.

Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 537-538).

⁴⁰⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85/86.

perda da probabilidade de alcançar tal vantagem⁴⁰⁵. Embora ambas as figuras não se confundam, a utilização da teoria da perda de uma chance a fim de reparar os danos decorrentes do inadimplemento do contrato preliminar, sobretudo no contexto dos contratos empresariais, apresenta-se como temperamento à rigorosa exigência probatória dos lucros cessantes.

A esse respeito, Cauê Jorge de Almeida defende que embora o inadimplemento do contrato preliminar enseje a reparação pela frustração do interesse

⁴⁰⁵ A respeito da distinção entre o lucro cessante e a teoria da perda de uma chance, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: “De acordo com o CC/02, os lucros cessantes representam aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação pelo devedor. Trata-se, portanto, de indenização por danos futuros – e não por eventuais ou hipotéticos, que sequer são indenizáveis. Nessa linha, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, citando Agostinho Alvim, esclarecem que ‘a sua demonstração [dos lucros cessantes autoriza a condenação atual, pois vem a ser a evolução de um fato prejudicial que já devidamente verificado’, e arrematam: ‘basta que seja certo quanto à sua existência futura’ (Curso de Direito Civil: Obrigações, 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 612). Explicam, a propósito, os autores: ‘Anota-se, no tocante aos lucros cessantes, a impossibilidade de reparação de um dano patrimonial meramente hipotético. Ao contrário do que possa parecer em leitura despercebida, o termo razoavelmente (art. 402 do CC) não concerne ao montante que a vítima deixou de auferir, mas a um lucro que ‘provavelmente’ ingressaria no seu patrimônio’. Ao credor ou a vítima incumbe a prova em juízo acerca da existência de um prejuízo futuro e provável. O magistrado abstrairá o ato ilícito a ponto de perceber se, pela linha normal de previsibilidade, a vítima certamente auferiria um acréscimo patrimonial” (Obra citada p. 612-613 – grifou-se). Noutra toada, a perda de uma chance não tem previsão expressa no nosso ordenamento jurídico, tratando-se de instituto originário do direito francês, recepcionado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, e que traz em si a ideia de que o ato ilícito que tolhe de alguém a oportunidade de obter uma situação futura melhor gera o dever de indenizar. Segundo Sergio Cavalieri Filho, em sua clássica obra Programa de Responsabilidade Civil, ‘caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude de uma conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima’ (grifou-se). Nessa linha, afirma o doutrinador que ‘a indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem’ (Programa de Responsabilidade Civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108-109). Novamente, calha a lição de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, para quem, ‘entre o dano certo e o dano hipotético pode existir uma terceira via, com significado e efeitos próprios’, referindo-se à teoria da perda de uma chance (Obra citada p. 615). A partir dessa premissa, concluem: ‘Percebemos imediatamente que a perda de uma chance se diferencia de lucro cessante. No lucro cessante há uma probabilidade objetiva de que o resultado em expectativa aconteceria, se não houvesse dano. Em sentido diverso, na perda de chance, esta expectativa é aleatória, pois havia um grau de probabilidade de obtenção da vantagem (dano final), sendo impossível afirmar que o resultado aconteceria se o fato antijurídico não se concretizasse. Em suma, não há certeza do prejuízo ou do benefício – que é hipotético –, mas, inegavelmente, há certeza da perda da ocasião, da oportunidade dissipada’ (Obra citada p. 615 – grifou-se). Sobre o tema, a 4ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.190.180/RS (julgado em 16/11/2010, DJe de 22/11/2010), considerou a perda de uma chance como ‘algo intermediário entre o dano emergente e os lucros cessantes: ‘A teoria da perda de uma chance (*perte d’une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar a posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro’. Infere-se, pois, que nos lucros cessantes há certeza da vantagem perdida enquanto na perda de uma chance há certeza da probabilidade perdida de se auferir vantagem.” (BRASIL. STJ. REsp 1750233/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em 05/02/2019).

positivo – colocando a parte lesada na situação em que estaria caso o contrato definitivo tivesse sido celebrado –, a dificuldade de mensurar o lucro frustrado em cenários de incerteza justificaria a reparação pela oportunidade perdida. Isso porque, ao firmar o contrato preliminar, as partes se vinculam a uma obrigação de contratar, o que materializa a chance de atingimento de resultado que poderia ser alcançado no contrato final. Essa chance, se séria e real – e não mera especulação – deve ser indenizada em caso de inadimplemento do contrato preliminar⁴⁰⁶.

A indenização decorrente da perda de uma chance não se volta a reparar o resultado que adviria do contrato definitivo, mas a perda da possibilidade real de alcançar tal resultado que não se concretizou (ou não pôde se concretizar) inclusive pelo inadimplemento do contrato preliminar. Por essa razão, a fixação do *quantum debeatur*, nesta hipótese, deverá se basear na probabilidade de sucesso da chance perdida, cujo valor geralmente é inferior àquele que seria apurado a título de lucros cessantes. Isso porque, enquanto estes buscam compensar o ganho efetivamente frustrado, a perda de uma chance indeniza a oportunidade de obter esse ganho, considerando-se o percentual de probabilidade de sua concretização.

Em conclusão, a sistemática de reparação do inadimplemento do contrato preliminar em ambiente empresarial oferece leque de soluções que buscam tutelar a expectativa legítima das partes. Desde a execução específica, que materializa a vontade inicial de contratar, até a conversão em perdas e danos – englobando danos emergentes, lucros cessantes e, complementarmente, a perda de uma chance –, o ordenamento jurídico procura recompor o equilíbrio violado. A escolha do tipo e da extensão da reparação dependerá das particularidades do caso concreto, da natureza do dano, da capacidade probatória da parte lesada e da análise judicial da razoabilidade e objetividade do prejuízo, sempre com o fito de garantir a efetividade do princípio da boa-fé e da segurança jurídica nas relações empresariais.

⁴⁰⁶ ALMEIDA, Cauê Jorge. **O contrato preliminar**: conceito, inadimplemento, interesse e danos ressarcíveis. Dissertação de Mestrado FGV/SP, Orientador Wanderley Fernandes, 2019, p. 102-104.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário contemporâneo dos negócios, marcado por sua dinâmica implacável, a complexidade das operações e a busca incessante por eficiência, exige do Direito compreensão aprofundada dos instrumentos que moldam as relações empresariais. Esta dissertação se propôs a desvendar o papel estratégico do contrato preliminar nesse ambiente, ao questionar a sua eficácia e aplicabilidade diante da inerente incompletude dos contratos empresariais e da necessidade de garantia de segurança jurídica.

O estudo demonstrou que, longe de ser mero formalismo ou etapa secundária, o contrato preliminar se apresenta como mecanismo jurídico autônomo e funcionalmente importante, capaz de equilibrar a autonomia privada com a previsibilidade e a flexibilidade com a vinculação, em processo de formação contratual progressivo e complexo.

Nesta dissertação, observou-se que os contratos empresariais, distintivos em sua essência em relação aos contratos civis e de consumo, são forjados no profissionalismo das partes, na racionalidade econômica e na gestão deliberada de riscos. Nesse contexto, a formação desses contratos transcende a simplicidade da oferta e aceitação, desdobra-se em um processo multifacetado em que a boa-fé objetiva não é apenas um princípio, mas um imperativo para mitigar os riscos da pré-contratação.

Instrumentos como acordos de confidencialidade e memorandos de entendimento sinalizam a busca por pontos de segurança em um mar de incertezas. É nesse ambiente que o contrato preliminar manifesta sua relevância particular, na medida que atua como ponte de vinculação entre a oportunidade de mercado e a segurança jurídica almejada, de modo a permitir que as partes avancem em etapas, mediante otimização dos custos de transação e a possibilidade de postergar a assunção de obrigações definitivas sem abrir mão da coercibilidade.

A questão central sobre a forma que o grau de programação (ou preliminaridade) influencia a eficácia jurídica e a possibilidade de execução específica no ordenamento brasileiro é respondida mediante proposição de uma tutela graduada e racional. Evidenciou-se que, embora o maior detalhamento do contrato preliminar

facilite sua execução específica, a ausência de completude absoluta não o sentencia à ineficácia.

Nesta dissertação, defende-se que mesmo contratos preliminares com menor grau de programação podem e devem ser judicialmente exigidos, desde que haja elementos objetivos suficientes para a integração judicial do negócio, que deve pautar-se em parâmetros de mercado, usos e costumes, e na aplicação da boa-fé; evita-se que o Poder Judiciário atue como novo negociador do contrato, mas como garantidor da legítima expectativa das partes e da força vinculante de suas manifestações de vontade.

O resgate de casos emblemáticos como o Caso Disco e o Caso Cervejarias Cintra serviu para ilustrar a evolução jurisprudencial e doutrinária, que se afasta de visões formalistas em prol da abordagem pragmática.

Assim, demonstrou-se que a falta de detalhamento completo, ou baixo grau de programação, não impede a eficácia jurídica do contrato preliminar empresarial, mas modula as vias de sua exigibilidade. Quando a execução específica é possível e do interesse do credor – e desde que o conteúdo do contrato definitivo seja minimamente determinável, conforme o artigo 464 do Código Civil de 2002 – esta deve ser a solução prestigiada; contudo, quando inviável ou indesejada, a conversão em perdas e danos, à luz do artigo 465 do mesmo diploma legal, surge como mecanismo compensatório, que visa à recomposição do interesse positivo e à previsibilidade no tráfego empresarial, com o temperamento da teoria da perda de uma chance para garantir indenização justa e adequada.

Em suma, defende-se que o contrato preliminar, no âmbito dos contratos empresariais, é instrumento jurídico potente e flexível, essencial para a gestão da progressividade e da incompletude negocial. Sua capacidade de adaptação e a possibilidade de integração judicial consolidam-no como pilar da segurança jurídica em ambiente que clama por agilidade e clareza.

Ao propor interpretação funcional pragmática dos regramentos contratuais, alinhada às realidades do mercado e à autonomia privada dos profissionais, este trabalho busca contribuir para o aprimoramento dos Direitos Civil e Empresarial brasileiros. Reforça-se a ideia do sistema jurídico que não apenas reconhece, mas valoriza a complexidade das relações econômicas, ao oferecer soluções para os desafios inerentes à formação de contratos em cenário em constante evolução, e

pavimenta o caminho para que o Direito adira às necessidades da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA ESTADO. **AmBev compra controle da Cintra por US\$ 150 milhões.** Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/amb-ev-compra-controle-da-cintra-por-us-150-milhoes/?srsltid=AfmBOoo1RMtVApzcv1OVfn1fUkzNJXvPdxVb0AuBUB0btXZD3g4-aG0y>. Acesso em: 7 set. 2025.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan.-mar./ 2011.
- ALEM, Fábio P. **Contrato Preliminar**: níveis de eficácia. São Paulo: Almedina, 2018.
- ALMEIDA, Cauê Jorge. **O contrato preliminar**: conceito, inadimplemento, interesse e danos ressarcíveis. Dissertação de Mestrado FGV/SP, Orientador Wanderley Fernandes, 2019.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica, 1965.
- ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 4, p. 259 – 273, jun. 2011 DTR\2012\1947.
- ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2012.
- ARAI, Rubens Hideo. Formação dos Contratos. *In*: **Teoria Geral dos Contratos**, (coord.) Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Teoria Geral, Relações e Situações Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.
- ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil brasileiro**: do direito das obrigações, Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade de

execução específica. *In*: **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1, p. 250-269.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do Contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 832/2005, p. 115 - 137, fev. / 2005; **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 6, p. 1187 – 1220, jun. / 2011 DTR\2005\167).

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. Atual. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 3, p. 78 – 87, jul. set. 1992. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 2, p. 415 – 423, out. 2011 DTR\1992\184.

BARBIERI, Cristiane. Tribunal decide que Cintra terá de indenizar Petrópolis. **Folha Uol**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2012200709.htm>. Acesso em: 13 set. 2025.

BASSO, Maristela. As Cartas de Intenção ou Contratos de Negociação. **Revista dos Tribunais**, v. 769, p. 28 – 47, nov. 1999 DTR\1999\525.

BATISTA, Alexandre Jamal. **A causa do contrato e sua funcionalidade**. Tese de Doutorado: PUC-SP 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BIANCHINI, Luiza Lourenço. **Contrato Preliminar, conteúdo mínimo e execução**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **Contratos de longa duração, a extinção da relação contratual por justa causa**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2024.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. O acordo de não divulgação (NDA) e a questão do rompimento das negociações. **Revista de Direito Privado**, v. 51, p. 333 – 375, jul. set. 2012, DTR\2012\450521.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRASIL STF. 2ª Turma, Recurso Extraordinário 88.716, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 11.09.1979.

BRASIL. CJF. **Enunciado 50**. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/50>. Acesso em: 22 mar. 2025.

BRASIL. CJF. **Enunciado 671**. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/671>. Acesso em: 11 mai. 2025.

BRASIL. CJF. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 58, de 10 de dezembro de 193**. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em: 21 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm . Acesso em: 22 mar. 2025.

BRASIL. Senado Federal. Emenda nº. ____ (à MPV nº. 881, de 2019). Disponível em:
<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7947784&disposition=inline>. Acesso em: 22 mar. 2025.

BRASIL. STF. 2ª Turma, Recurso Extraordinário 88.716, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 11.09.1979.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 88. 716, Rio de Janeiro. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=182517>. Acesso em: 27 jul. 2025.

BRASIL. STJ. Agravo Interno Nos Embargos de Declaração no Recurso Especial AgInt nos EDcl no REsp 1616584 / DF; Relator(a): Benedito Gonçalves; Órgão Julgador: 1ª Turma; Data da Decisão: 27/06/2017; Data de Publicação: 30/08/2017.

BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1192726 / SC; Relator(a): Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 17/03/2015; Data de Publicação: 20/03/2015).

BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1641868 / SP; Relator(a): Moura Ribeiro; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 05/06/2018; Data de Publicação: 06/09/2018.

BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1817425 / RS; Relator(a): Paulo de Tarso Sanseverino; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 03/08/2021; Data de Publicação: 16/08/2021.

BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 1867551 / RJ; Relator(a): Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 05/10/2021; Data de Publicação: 13/10/2021.

BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 936741 / GO; Relator(a): Antônio Carlos Ferreira; Órgão Julgador: 4ª Turma; Data da Decisão: 03/11/2011; Data de Publicação: 08/03/2012.

BRASIL. STJ. REsp 1580446/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 25/03/2021.

BRASIL. STJ. Sentença Estrangeira Contestada SEC 1 / EX; Relator(a): Maria Thereza de Assis Moura; Órgão Julgador: Corte Especial; Data da Decisão: 19/10/2011; Data de Publicação: 01/02/2012.

BRASIL. STJ. REsp 1750233/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 05/02/2019.

BRASIL. STJ; REsp 1655090/MA; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª. Turma, julgado em 04.04.2017.

BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2001756-88.2015.8.26.0000; Relator(a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 25/03/2015; Data de Publicação: 08/04/2015.

BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2112376-94.2020.8.26.0000; Relator(a): Itamar Gaino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 26/08/2020; Data de Publicação: 26/08/2020.

BRASIL. TJSP. Apelação Cível 0027389-80.1998.8.26.0114; Relator(a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 04/02/2014; Data de Publicação: 06/02/2014.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos Mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, ano 2001.

CARNALUTTI, CANDIAN (Questioni in toma di formazione del contratti. **Rivista del Diritto Commerciale**, parto prina, v. XIV – 1916.

CARNELUTTI (Formazione progressiva del contratto. **Rivista del Diritto Commerciale**, v. XIV, 1916, parte seconda.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4. t. II.

CASELLA, Paulo Borba. Negociação e formação de contratos internacionais -- em direito francês e inglês. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 84, n. 84-85, p. 124–171, 1990.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. / 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa, 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial: obrigações e contratos empresariais**. Vários autores. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 5. E-book.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário. **Revista Forense**, a. 75, v. 266, abr./mai. 1979.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, v. I, t. II.

CORRÊA, Luiz Fabiano. **Contratos Preliminares ou Pré-Contratos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 86, v. 735, janeiro de 1997.

COSTA, Marília Siqueira da. Da Negociação Preliminar à não contratação: a necessidade de proteção de legítimas expectativas. **Revista de Direito Privado**, v. 96, p. 77 – 109, dez. 2018DTR\2018\21280.

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

DELLORE, Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil**, coord. Fernando da Fonseca Garjadoni, Luiz Dellore, André Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DEWEY, John. Logical Method and Law. **The Philosophical Review**, v. 33, n. 6, nov. 1924, p. 560-572/ **Cornell Law Review**, v. 10, n. 1, dez./1924. Tradução (sem revisão) Prof. Dr. Cassiano Terra Rodrigues.

DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2002.

DISTRITO FEDERAL. TJDF; Sem informação 0725297-61.2021.8.07.0001; Relator(a): Jose Firmo Reis Soub; Órgão Julgador: 8ª Turma Cível; Data da Decisão: 21/03/2023; Data de Publicação: 29/03/2023.

EICK, Fernando Gemelli. Redes Contratuais no Direito brasileiro. **Coleção IDIP**. Coimbra: Almedina, 2022.

ENGISCH, La idea de concreción em ell derecho y em la ciência jurídica actuales, cit., p. 359 a 361 e 417, nota 194.

Enunciado 26 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (Ibidem).

FAGANELLO, Tiago. **Contratos Empresariais de Longa Duração e Incompletude Contratual**. Dissertação de Mestrado: PUC-RS 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. In: **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Wanderley. Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. **RDM**, São Paulo, RT, v. 80, n. 76, out.-dez 1990.

FERNANDES, Wanderley. O processo de Formação do Contrato". In: **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. (Coord.) Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Wanderley. OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança de contratar. In: **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Coord. Wanderley Fernandes. São Paulo, Saraiva, 2009.

FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. 3.

FORGIONI, Paula A. **Contrato de Distribuição**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais, Teoria Geral e Aplicação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: Da mercancia ao mercado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 132) (SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1027041-62.2013.8.26.0100; Relator(a): Maurício Pessoa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 11/12/2017; Data de Publicação: 24/01/2018.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAGLIARDI, Rafael Villar. Contratos preliminares. *In*: Lotufo, Renan; Nanni, Giovanni Ettore (coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Quindicesima edizione. Pádua: Cedam, 1985.

GALVANO, Renato Rodrigues Costa. **A boa-fé objetiva no âmbito dos contratos relacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

GAZZONI, Francesco. **Il contratto preliminare**. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 2010.

GIERSE, Denis Giamondo. MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. *In* Identificação, abrangência e prática quanto ao Princípio da Boa-fé no Direito Civil. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, ano 10, v. 1, ed. 7, p. 96-126, jul./ 2025.

GIERSE, Denis Giamondo; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Consórcio de sociedades: estrutura, relevância e aplicações no contexto das operações societárias. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, [S. l.], v. 18, n. 5, p. e17649, 2025. DOI: 10.55905/revconv.18n.5-083. Disponível em: <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/17649>. Acesso em 14 set. 2025.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev. atual. e aumen. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador: Edvaldo Brito. São Paulo: Forense.

GONÇALVES NETO; Alfredo de Assis. **Direito de Empresa, comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos Relacionais. *In*: **Teoria Geral dos Contratos**, (coord.) Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Separando alhos de bugalhos: distinções conceituais entre condições resolutivas e cláusulas resolutivas. (AGIRE. **Direito Privado em Ação**, n.º 167, 2025. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire167>. Acesso em 14 set. 2025.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **A boa-fé nas negociações preliminares.** Obrigações e contratos: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, v. 4.

JABUR, Gilberto Haddad. Classificação dos Contratos. In: **Teoria Geral dos Contratos** (coord.) Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011.

LARENZ, Karl. Derecho Civil: Parte General. **Editorial Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas**, 1978.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas.** São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais.** Série GVLaw (coord.) Wanderley Fernandes. fls. 64/65. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MACNEIL, Ian R. Relational Contract. What we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, 1985.

MACNEIL, Ian R. **O novo contrato social:** uma análise das relações contratuais modernas. Tradução Alvamar Lamparelli. Ed. Campus Jurídico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica Comentários** (coord.) Judith Martins-Costa e Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke. São Paulo: Almedina, 2022.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: RT, 2009.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial.** 37. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil.** São Paulo: Forense, 2003, v. V, t. I.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II.

MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de Construção. 'Contratos-Aliança'. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar. Parecer. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, p. 315 – 351, out./dez. 2014 DTR\2014\19838.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 883, ano 98, p. 9-56, mai. 2009.

MESSINEO, Francesco. **Dottrina Generale dei Contratto**. Terza edizione ampliata. Milano: Giuffrè, 1948.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível 1.0000.25.190316-7/001; Relator(a): Maria Lúcia Cabral Caruso; Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível; Data da Decisão: 31/07/2025; Data de Publicação: 01/08/2025.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**. Dos Contratos em Geral (arts. 421 a 485). São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. t. XIII, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, parte geral. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1966.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da execução em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do tema**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. **Declaração tácita e comportamento concludente do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

MOUZAS, Stafenos. FURMSTON, Michael. From Contract to Umbrella Agreement. **The Cambridge Law Journal**, v. 67, n. 1, mar. 2008, p. 37-50. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25166374>. Acesso em: 11 mar. 2025.

NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NANNI, Giovanni Ettore. Memorando de Entendimentos não vinculante: não ocorrência de perda de chance. Inexistência de violação de obrigação de confidencialidade (parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo** RDCC, (coord.) Otávio Luiz Rodrigues Júnior, n. 7, v. 24, jul. set. 2020, Revista dos Tribunais.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY Jr., Nelson. **Instituições de Direito Civil das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 2.

O GLOBO. **Ambev confirma compra de fábrica da cervejaria Cintra por US 150 milhões**. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/economia/ambev-confirma-compra-de-fabricas-da-cervejaria-cintra-por-us-150-milhoes-4206376#:~:text=AmBev%20confirma%20compra%20de%20f%C3%A1bricas,150%20mil%C3%B5es%20%2D%20Jornal%20O%20Globo](https://oglobo.globo.com/economia/ambev-confirma-compra-de-fabricas-da-cervejaria-cintra-por-us-150-milhoes-4206376#:~:text=AmBev%20confirma%20compra%20de%20f%C3%A1bricas,150%20mil%C3%B5es%20%2D%20Jornal%20O%20Globo;); (iii) Ambev confirma compra da Cintra e anuncia investimentos de R\$ 5 bilhões. Acesso em: 7 set. 2025.

PELA, Juliana Krueger. O Contrato Preliminar. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano XLII, n. 130, abr.-jun. / 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 14. ed., rev., atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PIVA, Luciano Jordan. Contratos Preliminares e Contratos Definitivos. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Nova Série, ano LVI, n. 172-173, ago. 2016/jul. 2017.

PIZA, Guilherme de Toledo. **Contrato preliminar e a boa-fé objetiva**. São Paulo: Almedina, 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XIII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais; atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. XXXVIII.

PRATA, Ana. **O contrato-promessa e seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 1995.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <https://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm> Acesso em: 9 fev. 2025.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Due In Altum**, Caderno de Direito, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2009.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade de contratar. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado**, coord. Min. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2012.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

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

SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento 0217635-30.2011.8.26.0000; Relator(a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 11/10/2011; Data de Publicação: 13/10/2011.

SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento 2188663-40.2016.8.26.0000; Relator(a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 07/12/2016; Data de Publicação: 09/12/2016.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 0029259-10.2005.8.26.0602; Relator(a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 15/05/2017; Data de Publicação: 17/05/2017.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 0039202-45.2004.8.26.0001; Relator(a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 04/10/2017; Data de Publicação: 05/10/2017.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1003952-26.2018.8.26.0038; Relator(a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 12/04/2023; Data de Publicação: 13/04/2023.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1082814-24.2015.8.26.0100; Relator(a): Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 20/03/2017; Data de Publicação: 20/03/2017.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1033293-87.2019.8.26.0224; Relator(a): Airton Pinheiro de Castro; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 04/03/2021; Data de Publicação: 04/03/2021.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 1112337-13.2017.8.26.0100; Relator(a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 25/10/2022; Data de Publicação: 26/10/2022.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 9194709-04.2008.8.26.0000; Relator(a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 23/04/2013; Data de Publicação: 24/04/2013.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível 9275193-06.2008.8.26.0000; Relator(a): Orlando Pistoiresi; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 30/06/2010; Data de Publicação: 30/06/2010.

SÃO PAULO. TJSP; Apelação Cível 1098088-86.2019.8.26.0100; Relator(a): J.b. Paula Lima; Órgão Julgador: 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 04/12/2024; Data de Publicação: 05/12/2024.

SÃO PAULO: TJSP. Agravo de Instrumento 2012233-58.2024.8.26.0000; Relator(a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data da Decisão: 06/07/2024; Data de Publicação: 06/07/2024.

SÃO PAULO: TJSP; Apelação Cível 1001910-58.2018.8.26.0602; Relator(a): Henrique Rodriguero Clavasio; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 18/12/2020; Data de Publicação: 18/12/2020.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85/86.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e dever de renegociar**. 2. ed. 2ª. tir. rev. e atual. diante das Leis n. 13.874/2019 (Liberdade Econômica) e 14.010/2020 (RJET). São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

SCIALOJA. 'Sull'articolo 37 del Codice di Comercio', publicado originariamente na **Rivista del Diritto Commerciale**, 1909.

SHAVEL, Steven. **Economic analysis of contract law**. Disponível em www.nber.org/papers/w9696. Acesso em: 15 mai. 2003.

SPINOZA, Baruch. **Ética**. Tradução Tomaz Tadeu, 2. ed., 16. reimpr. Belo Horizonte: Autêntica, 2025.

STUDY GROUPO ON A EUROPEAN CIVIL CODE. **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law** - Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition. Disponível em: <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025.

SZTAJN, Rachel; COASE, Ronald. A importância de perguntar. **Revista de Direito Empresarial**, v. 1, jan. 2014.

TAMBURRINO, Giuseppe. **I vincolo unilaterale nella formazione progressiva del contratto**. Milão: Giuffrè, 1954.

TEIXEIRA, Tarcisio. Contrato Preliminar Empresarial. **Revista da Faculdade de Direito**, USP, v. 101, São Paulo, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: direito das obrigações, artigos 233 a 420. São Paulo: Atlas, 2008, v. IV.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência . Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II.

THEORYHUB. **Transaction Cost Economics**. Disponível em: <https://open.ncl.ac.uk/academic-theories/22/transaction-cost-economics/>. Acesso em: 5 ago. 2025.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil**: Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. RODRIGUES, Marcelo Borges. Os conflitos nas joint ventures e a arbitragem - Premissas conceituais: elementos essenciais das joint ventures. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano. 6, n. 21, 2009.

TIOLE, Jean. **Bounded Rationality and Incomplete Contracts**. TSE-Fr, 2007. Disponível em:

<http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/boundedrationality.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2025.

TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do Contrato Preliminar**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1982.

UNIDROIT.ORG. Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Portuguese-bl.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025.

VENKATESAN, Ravi. Strategic sourcing: to make or not to make. **Harvard Business Review**, v. 70, n. 6, p. 98-107, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WAISBERG, Ivo. **Direito de Preferência para a aquisição de ações**. Conceito, Natureza Jurídica e Interpretação. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Contratos Empresariais**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2025.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Tratado de Direito Empresarial I**, Teoria Geral da Empresa. Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: RT, 2016.

WILLIAMSON, Oliver E. The Transaction cost economics project. **The theory and practice of the governance of contractual relations**. Ed. Edward Elgar Pub, 2013. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2778934>. Acesso em: 5 ago. 2025.

ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **O contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco**. São Paulo, Atlas, 2015.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. (coord.) Giovanni Ettore Nanni. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

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