

PABLO STOLZE GAGLIANO
RODOLFO PAMPLONA FILHO

Novo
Curso de
DIREITO
CIVIL

CONTRATOS: TEORIA GERAL

volume
IV
tomo 1

7ª edição

 Editora
Saraiva

NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL — V. IV, T. 1

Pablo Stolze Gagliano
Rodolfo Pamplona Filho

- 1ª edição — dez. 2004
- 1ª edição, 2ª tiragem — abr. 2005
- 1ª edição, 3ª tiragem — jan. 2006
- 1ª edição, 4ª tiragem — fev. 2006
- 2ª edição — jul. 2006
- 3ª edição — jul. 2007
- 4ª edição — jan. 2008
- 5ª edição — dez. 2008
- 5ª edição, 2ª tiragem — jul. 2009
- 6ª edição — jan. 2010
- 7ª edição — jan. 2011

PABLO STOLZE GAGLIANO

Juiz de Direito na Bahia. Professor de Direito Civil da UFBA — Universidade Federal da Bahia, da Escola da Magistratura do Estado da Bahia e do curso de pós-graduação da Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor Convidado da Rádio Justiça do Supremo Tribunal Federal. Mestre em Direito Civil pela PUC/SP — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

RODOLFO PAMPLONA FILHO

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da UNIFACS — Universidade Salvador. Professor Adjunto da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA — Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Novo Curso de DIREITO CIVIL

Volume IV — Contratos

Tomo 1 — Teoria Geral

(Abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002)

7ª edição

2011

 **Editora
Saraiva**

Rua Henrique Schaumann, 270, Carqueia César — São Paulo — SP
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SAC/UR: 0800 055 7608

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/ROKAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro

Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agrícola Bórea, 23 — Brotas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURUR (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 255/257 — Centro

Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurur

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacaracanga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Tracço 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Allan Passão, 449 — Logosóbio

Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPA

Travessa Apinagés, 186 — Barista Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Comendador do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-6284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 — Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártico, 92 — Barra Funda

Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

ISBN 978-85-02-04333-6 obra completa

ISBN 978-85-02-10827-1 volume IV, tomo I

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Camara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Cagliari, Pablo Stolze

Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo
1: teoria geral / Pablo Stolze Cagliari, Rodolfo Pamplona
Filho. — 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

(Abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002).

1. Contratos (Direito civil) 2. Direito civil - Legislação
- Brasil I. Pamplona Filho, Rodolfo. II. Título.

10-13051

CDU 347 (81) (094.4)

Índices para catálogo sistemático:

- | | |
|-------------------------------|------------------|
| 1. Código Civil: 1916: Brasil | 347 (81) (094.4) |
| 2. Código Civil: 2002: Brasil | 347 (81) (094.4) |

Diretor editorial Antonio Luz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Cunha

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editora Manuella Santos de Castro

Assistente de produção editorial Cláudia Boraschi Mano

Preparação de originais Liana Gonika Brito Catenacci

Arte e diagramação Cristiana Aparecida Aguiar de Freitas

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gargali

Olivia Yumi Duarte

Sandra Garcia Cortês

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoca

Carla Cristina Marques

Capa Studio BSS

Produção gráfica Marli Rampini

Impressão Yangraf Gráfica e Editora

Acabamento Yangraf Gráfica e Editora

Data de fechamento da edição: 30-11-2010

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida
por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da
Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na
Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Dedicamos esta obra

Ao nosso Senhor Jesus Cristo, pela esperança e misericórdia, que se renovam a cada manhã, mesmo em tempos conturbados;

A André Barreto Cabussu (*in memoriam*) e a todos os membros de uma das turmas mais maravilhosas e agradáveis com que convivemos em nosso magistério;

Aos amados amigos e parceiros que conquistamos nos diversos rincões do País, na busca de uma nova perspectiva do Direito; e

Aos formandos em Direito da Universidade Salvador — UNIFACS (2003 e 2004), pela nossa sucessiva eleição como patrono de suas turmas.



Índice

<i>Agradecimentos</i>	15
<i>Sociedade e Direito, o equilíbrio vital de opostos</i>	17
<i>Prefácio à Primeira Edição</i>	21
<i>Apresentação da Primeira Edição</i>	23
<i>Nota dos Autores à Sexta Edição</i>	27
<i>Nota dos Autores à Quinta Edição</i>	29
<i>Nota dos Autores à Terceira Edição</i>	31
<i>Nota dos Autores à Segunda Edição</i>	33
<i>Nota dos Autores à Primeira Edição</i>	35

Capítulo I Introdução à Disciplina Jurídica dos Contratos

1. Importância do estudo dos contratos	37
2. Concepção histórica do contrato: do início dos tempos ao contrato de adesão.....	38
3. Os contratos no Código Civil de 2002	44

Capítulo II Visão Estrutural do Contrato

1. Noções introdutórias.....	47
2. Conceito de contrato	47
2.1. A perspectiva civil-constitucional do contrato: uma (re)conceituação?	48
3. Natureza jurídica do contrato.....	51
4. Planos de existência, validade e eficácia aplicáveis ao contrato	53
4.1. Elementos constitutivos do contrato (plano de existência do negócio jurídico).....	54
4.2. Pressupostos de validade do contrato (plano da validade do negócio jurídico).....	56
4.3. Fatores eficáciais do contrato (plano de eficácia do negócio jurídico)	58

5. Distinções terminológicas relevantes.....	58
6. Forma e prova do contrato.....	61

Capítulo III Principiologia do Direito Contratual

1. Introdução.....	63
2. Breve revista ao princípio da dignidade da pessoa humana.....	64
3. Princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo.....	69
4. Princípio da força obrigatória do contrato.....	74
5. Princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato.....	76

Capítulo IV Função Social do Contrato e Equivalência Material

1. Princípios sociais dos contratos: mudança de mentalidade jurídica ...	79
2. Função social do contrato.....	81
2.1. Buscando uma delimitação conceitual.....	82
2.2. A função social do contrato no Código Civil de 1916: análise da omissão legislativa.....	86
2.3. Função social do contrato no Código de 2002: análise do art. 421.....	89
2.4. A função social do contrato e os defeitos do negócio jurídico...	92
3. Princípio da equivalência material.....	95

Capítulo V Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual

1. A boa-fé como um princípio jurídico.....	99
2. Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.....	100
3. Compreendendo o princípio da boa-fé objetiva.....	102
4. Funções da boa-fé objetiva.....	105
4.1. Função interpretativa e de colmatação.....	105
4.2. Função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção.....	106
4.2.1. Deveres de lealdade e confiança recíprocas.....	107
4.2.2. Dever de assistência.....	108
4.2.3. Dever de informação.....	109

4.2.4. Dever de sigilo ou confidencialidade.....	112
4.3. Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos.....	112
5. A boa-fé objetiva e o art. 422 do Código Civil brasileiro.....	113
6. Desdobramentos da boa-fé objetiva.....	117
6.1. <i>Venire contra factum proprium</i>	118
6.2. <i>Supressio</i>	120
6.3. <i>Surrectio</i>	122
6.4. <i>Tu quoque</i>	122
6.5. <i>Exceptio doli</i>	122
6.6. Inalegabilidade das nulidades formais.....	123
6.7. Desequilíbrio no exercício jurídico.....	124
6.8. Cláusula de <i>Stoppel</i>	124

Capítulo VI Formação dos Contratos

1. Noções básicas.....	127
2. Fase de pontuação (negociações preliminares).....	128
3. Proposta de contratar.....	130
3.1. Prazo de validade da proposta.....	132
3.2. A oferta ao público.....	134
3.3. Consequências jurídicas da morte do proponente.....	136
4. A aceitação.....	136
5. Formação dos contratos entre ausentes.....	138
6. A proposta no Código de Defesa do Consumidor.....	140
7. Lugar da formação do contrato.....	141

Capítulo VII Das Estipulações Contratuais em Relação a Terceiros

1. Introdução.....	145
2. Estipulação em favor de terceiro.....	145
2.1. Efeitos.....	147
3. Promessa de fato de terceiro.....	148
3.1. Natureza jurídica.....	149
3.2. Exclusão de responsabilidade: uma novidade do Código Civil de 2002.....	149
4. Contrato com pessoa a declarar.....	150

4.1. Distinção para a cessão de contrato.....	151
---	-----

Capítulo VIII Classificação dos Contratos

1. O recurso pedagógico da classificação	153
2. Classificação dos contratos no Direito Romano	154
3. Contratos considerados em si mesmos	155
3.1. Quanto à natureza da obrigação	156
3.1.1. Contratos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.....	156
3.1.2. Contratos onerosos ou gratuitos.....	159
3.1.3. Contratos comutativos ou aleatórios.....	161
3.1.4. Contratos paritários ou por adesão.....	165
3.1.5. Contratos evolutivos.....	168
3.2. Classificação dos contratos quanto à disciplina jurídica.....	169
3.3. Classificação dos contratos quanto à forma.....	170
3.3.1. Solenes ou não solenes.....	171
3.3.2. Consensuais ou reais	172
3.4. Classificação dos contratos quanto à designação.....	173
3.5. Classificação dos contratos quanto à pessoa do contratante	173
3.5.1. Pessoais ou impessoais.....	174
3.5.2. Individuais ou coletivos	175
3.5.3. O autocontrato.....	177
3.6. Classificação dos contratos quanto ao tempo de sua execução...	178
3.7. Classificação dos contratos quanto à disciplina legal específica ..	180
3.8. Classificação pelo motivo determinante do negócio.....	180
3.9. Classificação pela função econômica.....	180
4. Classificação dos contratos reciprocamente considerados.....	182
4.1. Classificação quanto à relação de dependência.....	182
4.2. Classificação quanto à definitividade	183

Capítulo IX Contrato Preliminar

1. Considerações iniciais.....	185
2. Conceito e institutos similares.....	186
3. Natureza jurídica.....	187
4. Classificação.....	188
5. Tutela específica.....	191

6. Considerações sobre o contrato preliminar de doação	197
--	-----

Capítulo X Contratos Atípicos

1. Introdução	201
2. Contratos típicos e atípicos.....	202
2.1. Distinção dos contratos nominados e inominados.....	204
2.2. Classificação dos contratos atípicos.....	205
2.3. Disciplina jurídica dos contratos atípicos.....	206
3. Os contratos atípicos no novo Código Civil brasileiro	209
4. União de contratos ou contratos coligados	210

Capítulo XI Interpretação dos Contratos

1. Compreendendo a atividade interpretativa.....	213
2. A opção brasileira de não estabelecimento de regras estanques de interpretação.....	214
3. Regras de interpretação no Direito Civil brasileiro	215
3.1. Regra de caráter subjetivo	215
3.2. Regras de caráter objetivo	217
3.3. Convivência e adequação das regras de interpretação: a hermenêutica principiológica constitucional.....	218
4. A interpretação de contratos de adesão	219
5. Interpretação dos contratos em microsistemas jurídicos	221
5.1. A interpretação do contrato de trabalho	222
5.2. A interpretação do contrato de consumo.....	224

Capítulo XII Vícios Redibitórios

1. Introdução	227
2. Conceito e características	227
3. Fundamento da garantia contra os vícios redibitórios.....	228
4. Vícios redibitórios x erro como vício de consentimento.....	230
5. Consequências jurídicas da verificação de vícios redibitórios	231
6. Prazo para a propositura das ações edilícias.....	233
7. Vícios redibitórios e o Código de Defesa do Consumidor	238

Capítulo XIII

Evicção

1. Noções conceituais.....	243
2. Fundamentos jurídicos.....	244
3. Requisitos.....	245
3.1. Aquisição de um bem.....	245
3.1.1. Contratos onerosos.....	245
3.1.2. Aquisição em hasta pública.....	246
3.2. Perda da posse ou da propriedade.....	249
3.3. Prolação de sentença judicial ou execução de ato administrativo.....	250
4. Direitos do evicto.....	251
5. Espécies de evicção: total e parcial.....	252
6. Evicção e autonomia da vontade — A cláusula de não evicção.....	254
7. Evicção e benfeitorias.....	256
8. Evicção e denúncia da lide.....	257
8.1. Análise da obrigatoriedade ou não da denúncia da lide.....	257
8.2. Consequências jurídicas da denúncia da lide.....	262
8.3. Visão esquemática.....	264

Capítulo XIV

Extinção do Contrato

1. Considerações metodológicas.....	267
2. Classificação das formas de extinção do contrato (noções terminológicas).....	268
3. Extinção natural do contrato.....	270
3.1. Cumprimento do contrato ou exaustão do seu objeto.....	270
3.2. Verificação de fatores eficazes.....	271
3.2.1. Vencimento do termo.....	271
3.2.2. Implemento de condição resolutiva.....	272
3.2.3. Frustração da condição suspensiva.....	273
4. Causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato.....	273
4.1. Nulidade ou anulabilidade.....	273
4.2. Redibição.....	274
4.3. Direito de arrependimento.....	275
5. Causas supervenientes à formação do contrato.....	276
5.1. Resilição.....	276
5.1.1. Bilateral (Distrato).....	277

a) Forma.....	277
b) Quitação	278
5.1.2. Unilateral.....	279
a) Limitação temporal.....	280
b) Formas especiais	282
b.1) Revogação.....	282
b.2) Renúncia.....	283
b.3) Resgate.....	284
5.2. Resolução	285
5.2.1. Algumas palavras sobre a voluntariedade da inexecução....	286
5.2.2. Cláusula resolutória (expressa ou tácita).....	286
5.3. Rescisão.....	292
5.4. Morte do contratante.....	295
5.5. Caso fortuito ou força maior.....	297

Capítulo XV

Exceção de Contrato Não Cumprido

1. Considerações iniciais.....	299
2. Conceito e natureza jurídica	299
3. Elementos caracterizadores.....	301
4. Escorço histórico.....	303
5. Restrição á aplicação do instituto	304
6. Garantia de cumprimento.....	304
7. A exceção do contrato não cumprido e a Administração Pública....	305

Capítulo XVI

Teoria da Imprevisão e Resolução por Onerosidade Excessiva

1. Introdução	309
2. Concepção histórica da teoria da imprevisão.....	309
3. Compreendendo a distinção entre teoria da imprevisão, cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e resolução por onerosidade excessiva	312
4. Elementos para aplicabilidade da teoria da imprevisão	314
5. Teoria da imprevisão x lesão.....	316
6. Teoria da imprevisão x inadimplemento fortuito (caso fortuito ou força maior).....	317

7. A teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor	319
8. A teoria da imprevisão no Código Civil de 2002	321
8.1. Aplicabilidade do instituto	321
8.2. Revisibilidade do contrato.....	322
8.3. Aplicação da teoria nos contratos unilaterais.....	325
8.4. Restrição contratual à aplicação da teoria.....	325

Capítulo XVII

Inadimplemento e Responsabilidade Civil Contratual

1. Importância do tema	327
2. Regras positivadas sobre inadimplemento contratual.....	328
3. Responsabilidade civil contratual.....	329
3.1. Rememorando as diferenças entre responsabilidade civil aquiliana e contratual	330
3.2. Algumas palavras sobre a cláusula penal.....	332
4. Responsabilidade civil pré-contratual.....	332
4.1. Recusa de contratar.....	333
4.2. Quebra das negociações preliminares	334
5. Responsabilidade civil pós-contratual	337

Capítulo XVIII

O Direito Intertemporal e os Contratos

1. A importância do Direito Intertemporal em matéria de contratos.....	339
2. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: breves noções.....	340
3. Da regra básica de Direito Intertemporal em matéria de contratos.....	342
4. Conflitos na aplicação das normas contratuais em face do CC-02.....	345
4.1. Da (in)constitucionalidade do art. 2.035 do Código Civil.....	346
4.2. Entendendo o art. 2.035 do Código Civil.....	347

Capítulo XIX

Introdução aos Contratos em Espécie

1. Contratos em espécie.....	353
2. A proposta do próximo tomo.....	353
<i>Referências</i>	355

Agradecimentos

Dentre os nossos inúmeros defeitos, certamente não se incluirá a ingratidão.

Por isso, como em outras oportunidades, fazemos questão de registrar os nomes de diversos amigos que compartilharam conosco a caminhada de elaboração deste volume ou revisão dos anteriores.

Obrigado, Pinho, Virgínia e Lourdes (nossos pais), Emília, Marina e Rodolfo Pamplona (esposa e filhos), Fred, Camila e Ricardo (irmãos de sangue e coração) e Scooby (o irmão canino mais conhecido do mundo jurídico brasileiro), a minha Nina (esposa), Prof. Geraldo Vilaça (nosso maior colaborador de Jurisprudência, quase um “coautor” virtual da obra), Oliveros Guanais Filho, Willis Santiago Guerra Filho (nosso grande filósofo), Sílvio de Salvo Venosa (amigo de sempre), a querida amiga Giselda Hironaka, Francisco Cahali, Nelson Luiz Pinto, Alice Lotufo, Fernanda, ao professor e amigo Ronaldo Andrade, Francisco Fontenele e a equipe JusPodivm (pelo exemplo de profissionalismo e seriedade), à grande amiga Meire Queiroz e à décima oitava turma de Direito 2004 da UNOESTE (nas pessoas de Djalma, Elizete e Cristiane), ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (pela confiança depositada) e ao Tribunal Regional do Trabalho, Camilo Colani, Fernanda Ivo Pires, Edivaldo Boaventura, I. J. Calmon de Passos, Fredie Didier Júnior, Aloisio Cristovam dos Santos Júnior, Davi “Personal Trainer”, Tatiana de Almeida Granja (nossa consultora de Direito e Informática), Helena Argolo, Álvaro Maia, Sebastião Martins Lopes e Maria Aparecida Falcão, Ronaldo Torres e Lucinha, a todos os membros e colaboradores das Comissões Organizadoras dos Seminários Jurídicos “Justiça e Comunidade” (Teixeira de Freitas e Eunápolis) e “V Seminário Sul Baiano de Direito” (Porto Seguro), Roberto Figueiredo, Eugênio Kruschewsky, Walber Carneiro, Rômulo Moreira, Rejane, Márcio Soares Berclaz (PR), Andréa Rios (AL), Amanda Madureira, Caroline Prazeres e Jailton Fonseca de Souza (o carinhoso trio civilista de São Luís/MA), Sérgio Matos (nosso amigo e colaborador voluntário de Aracaju/SE), José Cairo Júnior, Mirian Lima Batista, Janaina Scofield, Gamil Föppel el Hireche, André Luiz Batista Neves, Saulo José Casali Bahia, Celso Castro, Durval Carneiro Neto, Fernanda Lórdelo, Cláudio Rolim, Juan Marcello (RJ), à galera da “Treblebes Reloaded” (Cedric, Manga, Iuri, Jorge e Júnior, pelo maravilhoso “revival”), aos servidores das comarcas de Amélia Rodrigues, Teixeira de Freitas, Eunápolis, Ilhéus e Salvador, aos amados amigos do IEI (notadamente Eduardo, Flávia, Joseph, Camilinha e Mila), pela mais bonita solenidade de que participamos em nossas vidas, Úrsula e Aline (FTC/Itabuna), Gustavo Pereira da Silva Couto, Ricardo Didier, Thiago Borges (amigo e coordenador do Curso de Direito da

UNYAHNA — BA), Soraya Thronicke (Campo Grande/MS), Marcos Avallone (MT), Polyana Stulzer (Vitória/ES), Min. Walmyr Oliveira da Costa (TST), Wilson Carlos de Campos Filho (ESUD CAMPO GRANDE/MS), Lisiane Irineu (Uberaba/MG), Hélio Nascimento, Antônio Adonias Aguiar Bastos, Salominho Resedá, Luciano Figueiredo, Talita Moreira Lima, Ana Paula Didier, Lilian Castelani, Stefan Dudovitz (que nos fez redescobrir o fascínio do idioma alemão), Antomiel (NTC/RJ), Patrícia Fratelli (São Paulo), André Porto (Campinas/SP), Zen Evolution (Floripa), Teresinha Pitombeira e Maria do Socorro Veloso (da Fundação Des. Francisco Gomes, do amigo Raulino, em Teresina/PI), às colegas magistradas trabalhistas Benedita Guerra (PI), Kaline Lewintel (CE) e Alessandra Freitas (MG), Elaine Machado Pessoa (Belo Horizonte), Cíntia Pimenta (Ribeirão Preto/SP), Rosinha (NTC/RJ), Gabriela Resques (Belém/PA), Daniela Rosário (Professora do LFG), Camilo Matos Cavalcante de Souza, aos gerentes regionais da Saraiva e livreiros, por todo o apoio na divulgação do nosso trabalho, e a todos os demais amigos que, embora não mencionados, torceram por nosso sucesso.

Sociedade e Direito, o Equilíbrio Vital de Opostos

Sociedade e Direito são criações essencialmente humanas que se completam por serem, paradoxalmente, opostas.

De fato, o homem criou a Sociedade, impelido ao gregarismo pela necessidade instintiva de se defender de um universo primitivo e hostil à sua espécie. A partir daí, milênios de paciente e incessante evolução, calcada no único e singelo método de substituir o instinto pela razão, levaram-no ao supremo triunfo de dominar aquele universo que o ameaçara e de fazer ecoar por todos os recônditos o grito de sua orgulhosa proclamação como rei da natureza.

No próprio momento, porém, da afirmação triunfal, uma fria angústia lhe invadiu a alma com a certeza de que, dali por diante, sua grande luta seria para defender-se de si mesmo.

Foi então que ele criou o Direito.

Esta é a síntese da ideia de que Sociedade e Direito, provindos de uma só gênese, o gênio humano, têm por destino opor-se e completar-se. Enquanto aquela ilustra o impeto gerador do poder pela inteligência, ignorando limites, que o poder não tolera, este ilustra um freio à volúpia da geração sem controles, que fatalmente levará ao suicídio da espécie.

Em outra ilustração possível, o Direito está para o arrebatamento das mudanças sociais como a brida para o galope do corcel. Não trata de impedi-lo, apenas procura ordenar a progressão dos avanços, a fim de garantir a harmonia dos resultados.

Por isso, Sociedade e Direito atuam como valores intercomplementares. o Direito a permitir à Sociedade que exercite seu irrequieto talento de mudar a criação, a Sociedade a consentir que o Direito exercite a serena prudência de modelar as mudanças, contendo com a comedida resistência dos diques o arrojado de um caudal que, liberado de peias, arrastará, devastando, tudo que se opuser à sua energia cega.

Enfim, mudar e modelar, verbos de conjugação tão próxima e intenções tão distantes, encontram-se para dar o ponto de equilíbrio desses opostos do espírito humano.

Essas pequenas reflexões sobre o papel do Direito em face da Sociedade nos levam naturalmente a identificar a figura do jurista, agente responsável pela formação da doutrina e pela interpretação das normas destinadas a modelar, moderando, a conduta humana determinada pelas mudanças

sociais, com a do homem amadurecido no corpo e na mente e encanecido no incansável remoer do pensamento que faz da ciência jurídica uma arte de ruína intelectual. E essa identificação assume foros de inevitável, por aplicação da lei das probabilidades, quando o observador tem diante de si uma obra de natureza tão eminentemente sedimentar, quanto um Código, elaborado, ainda por cima, num momento histórico em que a mutabilidade característica da atividade social se aproxima perigosamente da fronteira extrema do paroxismo.

Dai, não pode ficar sem registro nossa surpresa quando, solicitados a examinar e externar algumas modestas impressões sobre este volume IV de comentários ao novo Código Civil brasileiro, subordinado ao desprezioso título de “Curso”, deparamos com dois juristas extremamente jovens, que víramos ainda outro dia deixar os umbrais da Faculdade, a assumir a árdua responsabilidade de prepará-lo, como fração de um tratado bem maior, planejado para oito volumes.

Admira-nos a galhardia com que, no texto lido, os autores enfrentam as “coisas novas” assimiladas pela doutrina e normas do Direito Civil, sugeridas, nesta abertura de milênio, pelos radicais câmbios estruturais herdados da Sociedade já longínqua do século XIX, retratada pelos moldes encarquilhados do Código de 1916, no coração autêntico do conservadorismo jurídico que sempre foi o *jus gentium* romano, apesar da histórica remodelação napoleônica.

Mencionamos a galhardia de postura dos comentadores graças ao modo como demonstram ter sabido balancear a naturalidade com que aceitam as inovações, no campo dos contratos, projeção instrumental dos negócios jurídicos, a exemplo da promessa de fato de terceiro, da regulação específica da corretagem, do transporte de pessoas e coisas e da agência e distribuição, que se juntam a outros modelos, tradicionais, sem exigir uma completa subversão institucional, com o destemor de criticar a timidez de algumas mudanças ou o equívoco de se ter deixado escapar o ensejo de se preencherem certas lacunas evidentes da legislação anterior.

Já notáramos esses mesmos atributos na leitura dos três volumes anteriormente editados, versando a matéria contida nos Livros I a III da Parte Geral, e no Livro I da Parte Especial da Lei. E do que notamos, como uma constante, nasce a conclusão de, até aqui, estarmos diante da obra de maior fôlego no gênero “comentários à Lei”, entre as muitas, também meritórias, inspiradas por sua promulgação, em 2002.

Soma-se a esses aspectos o sólido embasamento doutrinário e de direito comparado que é o lastro de cada comentário.

Nossa conclusão derradeira resume outra observação: cremos firmemente estar sendo superado o tempo em que o conceito de jurista só era aceito para os Carnelutti, Ripert e Windscheid, que pintaram a história do seu estudo

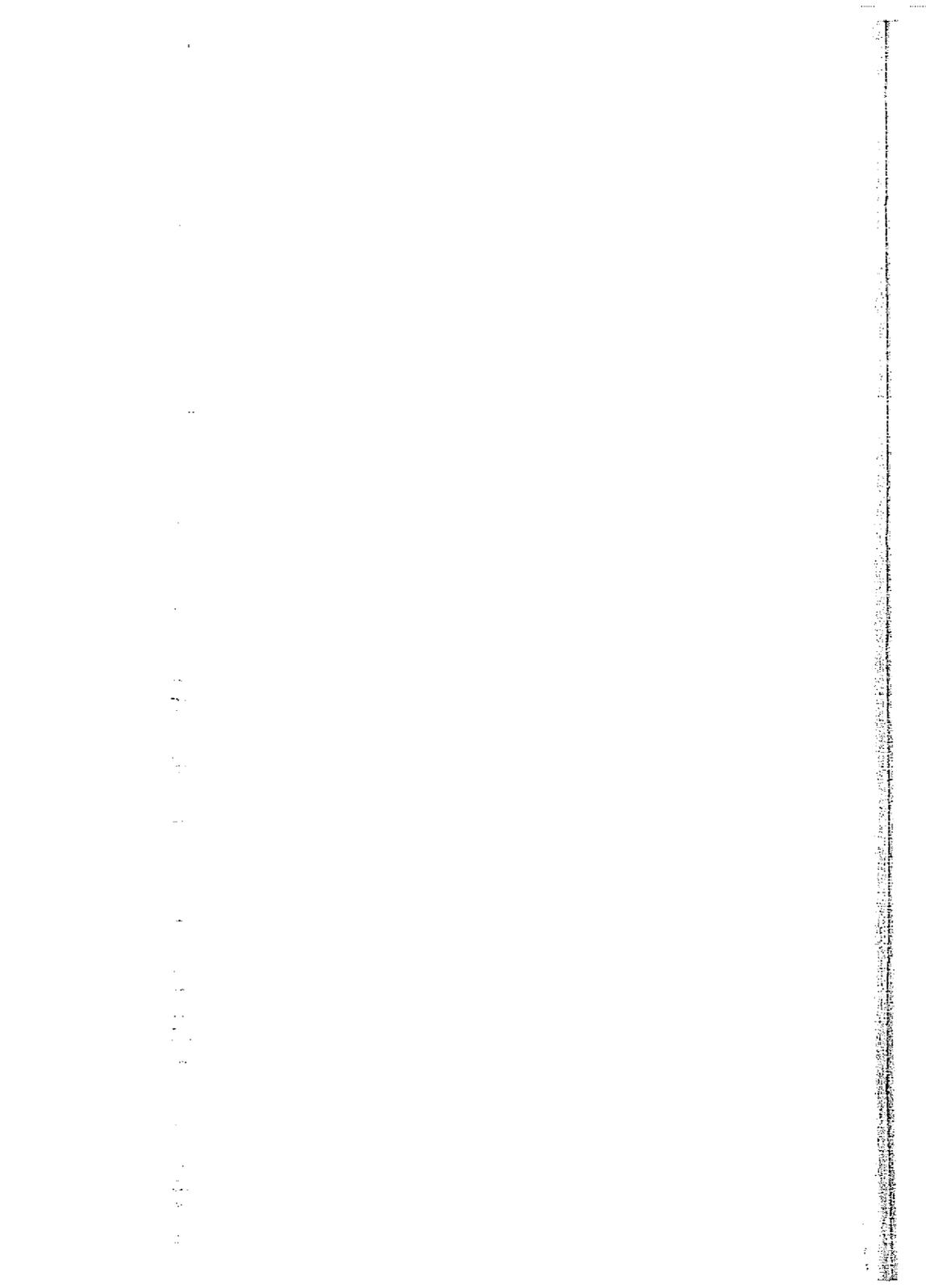
como um fruto, que salientamos, da associação do domínio profundo da ciência jurídica com os cabelos brancos e a segurança intelectual, somente proporcionados pelo impiedoso ocaso da vida.

Hoje, não é mais assim. Há juristas jovens, que infundem igual confiança e respeito, parecendo-nos até que a modernidade tecnológica operou o milagre da simbiose entre a juvenildade física e a maturidade espiritual. Pablo Stolze e Pamplona Filho estão aí para não nos deixar mentir.

Isso nos dá muito alento porque, contas feitas, na hora de ser pedido o aval para as mudanças sociais, os moços é que terão energia ideal para dá-lo ou não, no futuro. E, pelo que vemos, eles se estão capacitando a fazê-lo desde o presente, sem esperar que a vida os envelheça como pretexto de amadurecerem.

Salvador, setembro de 2004.

José Augusto Rodrigues Pinto
Da Academia Nacional de Direito
do Trabalho e Academia de Letras
Jurídicas da Bahia.



Prefácio à Primeira Edição

Agradecemos a Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, jovens e valorosos juristas, a honra concedida para prefaciarmos esta obra, continuando seus trabalhos de qualidade, que vieram a lume com o novo Código.

Os autores, hábeis no manejo da escrita, ordenando suas ideias de modo claro, objetivo e didático, apresentam-nos as bases técnico-jurídicas de uma *Teoria Geral dos Contratos*, abordando: introdução à disciplina jurídica dos contratos; visão estrutural do contrato; principiologia do direito contratual; função social do contrato e equivalência material; boa-fé objetiva em matéria contratual; formação dos contratos; das estipulações contratuais em relação a terceiros; classificação dos contratos; contrato preliminar; contratos atípicos; interpretação dos contratos; vícios redibitórios; evicção; extinção do contrato; exceção de contrato não cumprido; teoria da imprevisão e resolução por onerosidade excessiva; inadimplemento e responsabilidade civil contratual; o direito intertemporal e os contratos; e introdução aos contratos em espécie.

Um simples golpe de vista no índice e um rápido folhear desta obra revelam ao leitor, pela forma de estruturação do raciocínio, a sua seriedade e profundidade. Trata-se de um estudo abrangente que aborda, com especificidade, temas da “Teoria Geral dos Contratos” da mais alta relevância, tendo como parâmetros os princípios que delineiam seu conteúdo e sua fisionomia teórico-prática, principalmente pelo realce dado à função social dos contratos e à tormentosa questão do direito intertemporal engendrada pelo art. 2.035, parágrafo único, do novel Código Civil brasileiro.

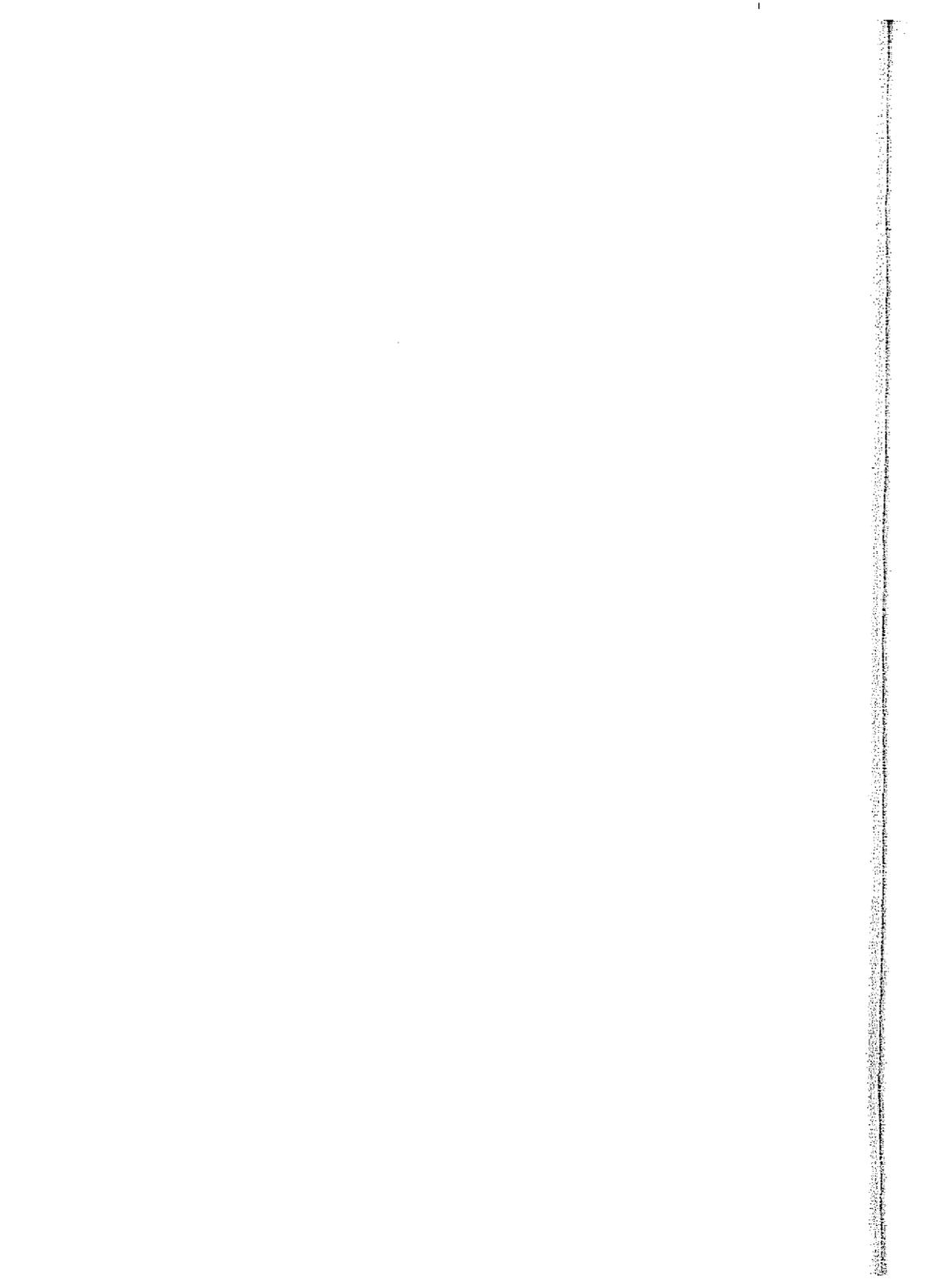
A leitura da obra reflete, ainda, a experiência dos autores como magistrados e a visão renovadora que, lastreada na melhor bibliografia, espraia-se por um vasto temário, ressaltando a sensibilidade científico-jurídica de seus elaboradores.

Trata-se de obra notável e de um valioso instrumento de trabalho aos operadores do direito civil. Por isso, é com enorme satisfação que a apresentamos ao grande público.

São Paulo, 5 de agosto de 2004

Maria Helena Diniz

Professora Titular de Direito Civil da PUCSP.
Professora de Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e
Direito Civil Comparado dos Cursos de Pós-Graduação
em Direito da PUCSP.



Apresentação da Primeira Edição

Este volume dá sequência a uma obra vitoriosa, bem acolhida pelo público leitor, especialmente pelos alunos dos cursos jurídicos do País, com grande repercussão no meio profissional. É propositadamente didática, com intuito declaradamente pragmático, com largas incursões na doutrina jurídica atual e na jurisprudência de ponta.

Os autores, mercê da inteligência e do espírito investigativo com que se destacam, demonstram a competência da nova geração de civilistas brasileiros, promovendo interlocução salutar entre a doutrina que se consolidou nas décadas de aplicação do Código Civil de 1916, do apogeu ao declínio, e as correntes de renovação do direito privado, notadamente dos estudos em torno da constitucionalização do direito civil.

Os manuais marcam a história do direito do País e refletem os valores de cada época, às vezes denunciando a crise e a mudança de paradigmas. Antes da codificação, ao longo do século XIX, vimos o despontar das construções doutrinárias que procuravam ordenar a dispersão do direito civil, com intuito muito mais sistematizador do que didático, como se lê na obra imorredoura do genial Teixeira de Freitas, baiano como nossos autores. O advento do Código de 1916 fez desabrochar os manuais da geração anterior e contemporânea da Primeira Guerra Mundial, difundindo os valores oitocentistas do liberalismo jurídico, do individualismo proprietário, do sujeito de direito abstrato, da igualdade formal, como se lê na obra do codificador Clóvis Beviláqua. Os manuais de direito civil surgidos após a Segunda Guerra Mundial refletem o ocaso do individualismo jurídico, as demandas de justiça social e a inserção da Ordem Econômica e Social nas Constituições, como se lê na obra de outro grande baiano, Orlando Gomes. A clivagem Constituição/Código Civil perdeu consistência nas últimas décadas do século XX, fazendo eclodir o interesse dos civilistas pela interlocução entre direito público e direito privado e a sua descrença na função prestante das grandes codificações.

Os microsistemas jurídicos (a exemplo do direito do consumidor, o direito da criança e do adolescente, o direito autoral, o direito do inquilinato, o direito ambiental), com sua peculiar interdisciplinaridade, demonstram mais dinamismo e aptidão para adaptação às mudanças sociais. O surgimento de um novo Código Civil, para o Brasil, contrariando essa linha de tendência, obriga os civilistas à vigilância contra duas tentações reducionistas: uma, a de confundir direito civil com Código Civil; outra, a de isolar o direito civil, dispensando o diálogo de fontes normativas, nomeadamente a interlocução com as regras e princípios constitucionais. O direito civil é muito mais do que as matérias codificadas; é um sistema jurídico complexo que não se reduz ao

sistema legal. Por seu turno, a Constituição Federal permanece como centro unificador do direito civil, pois dela promanam as normas fundamentais reguladoras das relações privadas, conformando e articulando os vários estatutos legais, inclusive o Código Civil, como legítima depositária e guardiã dos superiores valores da sociedade. De tais tentações escaparam os autores desta obra, neste e nos volumes que já foram publicados.

Estão certos Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona em atribuir destaque à teoria geral dos contratos, merecendo tomo específico em volume próprio, em seu *Novo Curso de Direito Civil*. Sua importância cresceu em decorrência da unificação, no mesmo diploma legal, dos contratos civis e mercantis, além da necessidade de referência comum aos contratos em geral e aos contratos de consumo. Do mesmo modo, a teoria geral há de oferecer elementos de conexão entre os contratos paritários e os contratos de adesão a condições gerais. O esforço de construção doutrinária é redobrado, pois o Código Civil de 2002, cuja redação e modelo originários datam do final dos anos 60, não cuidou de estabelecer uma base legal comum aos contratos de consumo e apenas refere o contrato de adesão em dois artigos genéricos (423 e 424). Ora, na atualidade, a imensa maioria dos contratos são celebrados entre fornecedores de produtos e serviços e consumidores, cuja legislação de defesa é especial e, portanto, preferencial. Por outro lado, as condições gerais dos contratos, caracterizadas por generalidade, predisposição, inalterabilidade e abstração, desafiam a teoria clássica do contrato, fundada em manifestações de vontades livres e iguais.

No mundo atual, é impensável a utilização dos contratos massificados sem recurso às condições gerais dos contratos, que funcionam como verdadeiros códigos privados, de que se valem as empresas multinacionais e as pequenas empresas, na relação com os demais contratantes. Cogite-se, por exemplo, dos contratos de planos de saúde, dos contratos bancários, dos contratos com fornecedores de serviços, que se contam aos milhares e até aos milhões com o mesmo predisponente. É impossível a contratação individualizada, segundo o esquema de oferta e aceitação, que o novo Código mantém inalterado, reproduzindo quase literalmente os enunciados do Código de 1916, destinados à formação dos contratos. A tarefa de sistematização doutrinária é imprescindível, ante a falta de menção a esse grande ausente. E não se diga que é situação excepcional, que não mereceria acolhida no Código Civil, por duas razões: primeira, as condições gerais dos contratos regulam a quase totalidade das atividades negociais de relevância (nos Estados Unidos, chegam a 99% dos contratos celebrados, de acordo com W. D. Slawson¹), sobrando pouco espaço

¹ Cf. meu livro *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 14.

para os contratos negociados; segunda, pela orientação que os Códigos Civis dos países de nosso trato cultural vêm adotando, no sentido de trazerem para si a regulação básica das condições gerais dos contratos. O Código Civil italiano de 1942 foi um dos primeiros a disciplinar as condições gerais (arts. 1.341, 1.342 e 1.370), distinguindo as válidas das não válidas, muito antes da eclosão da legislação de defesa do consumidor. Conscientes de que há condições gerais dos contratos dentro e fora das relações de consumo, os países europeus adotaram diretivas que têm conduzido a modificações dos Códigos Civis, além da legislação especial. A Lei de Modernização do Direito das Obrigações, da Alemanha, de 2002, incorporou ao Código Civil (BGB, arts. 305 e s.) a legislação de 1976 (AGB-Gesetz) com as modificações determinadas pelas diretivas da União Europeia. Na América Latina, já em 1984, o Código Civil peruano tinha regulado as condições gerais dos contratos (arts. 1.392 a 1.401).

Louve-se a preocupação dos autores com os princípios contratuais, tanto os individualistas quanto os sociais, aos quais dedicaram os quatro primeiros capítulos. Com efeito, os princípios são mais dúcteis às mudanças porque revelam as opções axiológicas de cada época, pela mediação concretizadora do intérprete. Constituem, por outro lado, o ponto de partida da tarefa hermenêutica dos contratos, não simplesmente como interpretação integrativa, mas como normas cogentes, que não podem ser afastadas pela autonomia privada. Sua positivação empresta-lhes força muito maior do que os deveres acessórios ou anexos, referidos pela doutrina, com destaque para Karl Larenz e o notável civilista brasileiro Clóvis do Couto e Silva.

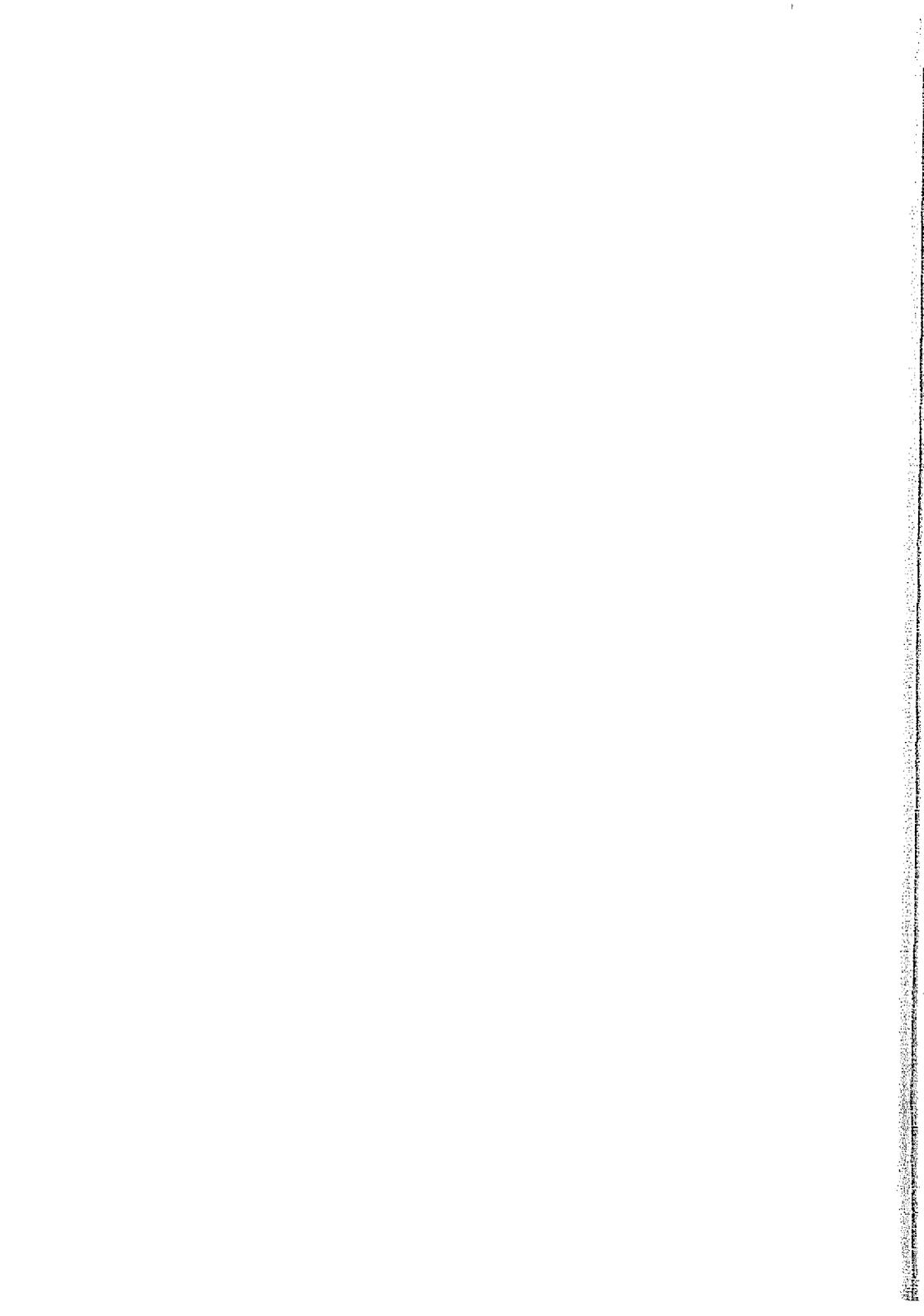
A distribuição do restante das matérias, nesta obra, contempla o que de novo trouxe o Código Civil de 2002, nos arts. 421 a 480, em especial o contrato preliminar, os efeitos em relação a terceiros (promessa de fato de terceiro, contrato com pessoa a declarar), a onerosidade excessiva. Mas não se limitam ao texto legal, pois discorrem sobre o direito intertemporal, a responsabilidade pós e pré-contratual, a interpretação dos contratos.

Enfim, uma notável contribuição para o estudo e a aplicação do direito civil, que vive, na virada do milênio, um animador ressurgimento.

Paulo Luiz Netto Lôbo

Doutor em Direito Civil pela USP.

Professor de Direito Civil na UFAL e nos
Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito
na UFPE e UnB.



Nota dos Autores à Sexta Edição

O último ano que vivemos foi repleto de grandes emoções.

Com efeito, se iniciamos a redação do volume VII (“Direito de Família”), desta coleção, com o ânimo de completar, o mais rápido possível, a nossa obra, também tivemos imensos outros desafios que nos tomaram, sobremaneira, todo o tempo livre.

Do ponto de vista profissional, reorganizamos nossas agendas, permitindo estabelecer novos contatos com queridos novos amigos em todos os rincões deste Brasil continental.

Realizamos cursos fora do Estado e do País, buscando abrir, ainda mais, os horizontes, o que tem sido uma experiência enriquecedora, inclusive para este livro.

Se problemas pessoais, notadamente de saúde na família, também nos atacaram, sentimos, por outro lado, um forte intercâmbio de energias, com as maravilhosas correntes de oração, pensamento positivo e solidariedade, que nos fizeram, quase literalmente, “renascer das cinzas”.

É com este espírito renovado que temos a honra e o prazer de apresentar ao nosso fiel público leitor as novas edições do nosso *Novo Curso de Direito Civil*, a saber, a 12.^a edição do volume I (“Parte Geral”), 11.^a edição do volume II (“Obrigações”), 8.^a edição do volume III (“Responsabilidade Civil”), 6.^a edição do volume IV, tomo 1 (“Teoria Geral dos Contratos”) e 3.^a edição do volume IV, tomo 2 (“Contratos em Espécie”).

Esperamos, em Cristo, terminar o novo rebento desta profícua parceria ainda no ano em curso.

E, mais uma vez, aproveitamos a oportunidade para agradecer.

Agradecer o carinho com que somos recebidos em todos os lugares em que palestramos ou ministramos aulas.

Agradecer o apoio em todos os momentos, alegres ou difíceis, por que passamos recentemente.

Agradecer, sempre, a interação mantida com os leitores, seja no contato pessoal nas salas de aula, corredores ou congressos, seja pela imensa quantidade de mensagens eletrônicas recebidas diariamente.

Como afirmamos anteriormente, de forma pública, este compartilhar de ideias acaba transformando nossos leitores em “coautores virtuais” da obra, motivo pelo qual sempre temos ampliado o rol de agradecimentos de cada

edição de todos os volumes, inserindo os nomes daqueles que trouxeram contribuições para o lapidar da obra.

Receba, você, amigo leitor, o nosso sincero e carinhoso abraço!

Salvador, julho de 2009.

Pablo Stolze Gagliano <contato@pablostolze.com.br>

Rodolfo Pamplona Filho <rpamplonafilho@uol.com.br>

Visite os sites: www.pablostolze.com.br e www.unifacs.br/revistajuridica

Nota dos Autores à Quinta Edição

É com enorme prazer que apresentamos, ao nosso público leitor, a quinta edição do volume IV (“Contratos”), Tomo 1 (“Teoria Geral”), do nosso *Novo curso de direito civil*.

Trata-se de uma edição com substanciais acréscimos na parte referente à boa-fé objetiva, tendo sido inseridos diversos novos subtópicos para a demonstração dos desdobramentos desse importante princípio.

Este trabalho, inclusive, foi realizado em paralelo à redação do volume VII (“Direito de Família”), que pretendemos lançar junto com esta edição e com a nova fornada de todos os demais volumes já lançados da obra.

Agradecemos, mais uma vez, a constante interação que estamos mantendo com os leitores, seja no contato pessoal nas salas de aula, corredores ou congressos, seja pela imensa quantidade de mensagens eletrônicas recebidas diariamente, o que muito nos alegra.

Temos afirmado publicamente que este compartilhar de ideias acaba transformando nossos leitores em “coautores virtuais” da obra, motivo pelo qual sempre temos ampliado o rol de agradecimentos de cada edição de todos os volumes, inserindo os nomes daqueles que trouxeram contribuições para o lapidar da obra.

A este maravilhoso sentimento de construção coletiva de um texto, dedicamos esta nova edição, com a sincera promessa de continuar lutando pela constante evolução de nossa obra.

Um abraço!

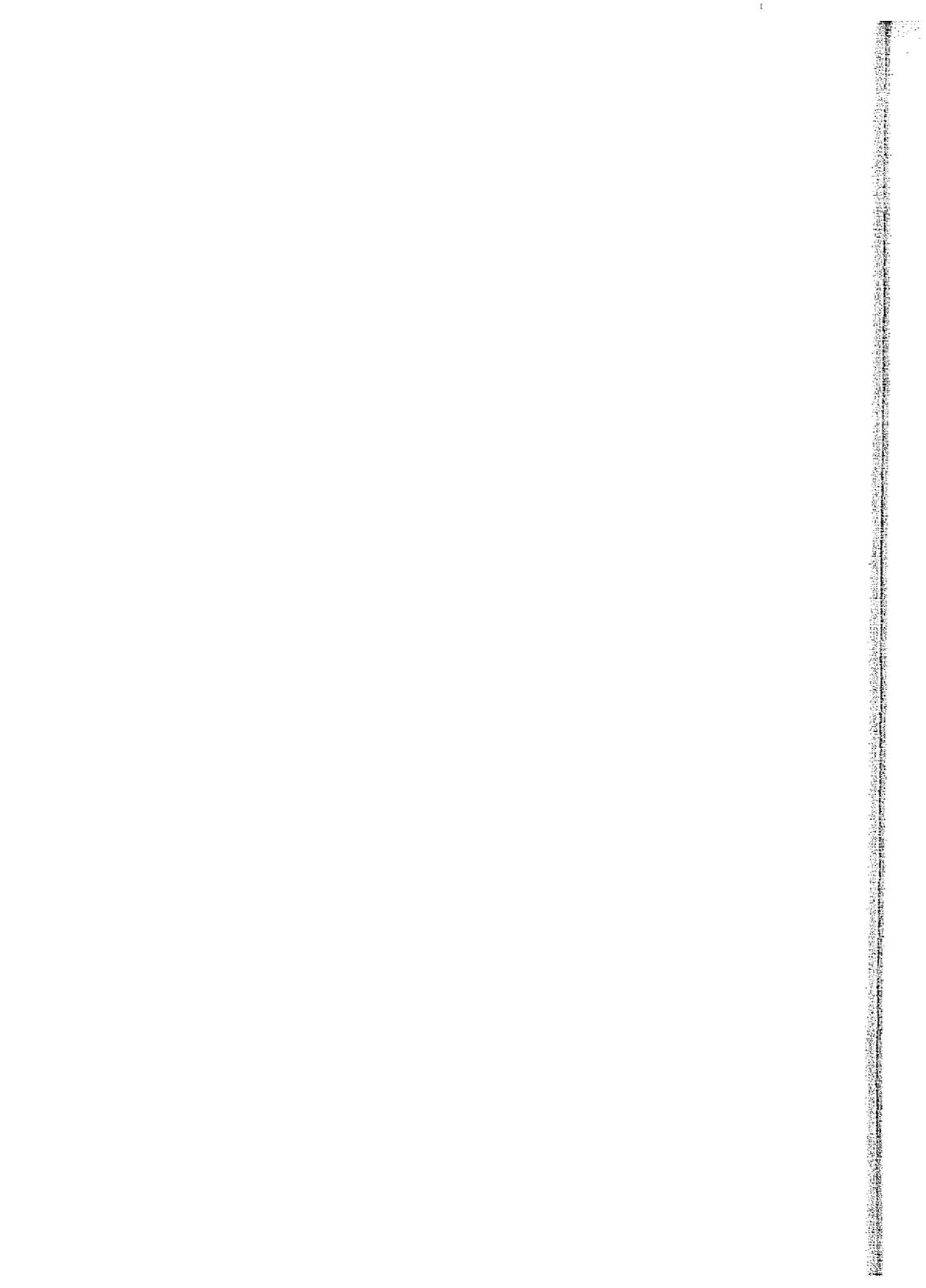
Fiquem com Deus!

Salvador, agosto de 2008.

Pablo Stolze Gagliano <contato@pablostolze.com.br>

Rodolfo Pamplona Filho <rpamplonafilho@uol.com.br>

Visite os sites: <www.pablostolze.com.br> e <www.unifacs.br/revistajuridica>



Nota dos Autores à Terceira Edição

É com grande satisfação que trazemos a lume uma nova edição do volume IV (“Contratos”), tomo I (“Teoria geral”), do nosso *Novo curso de direito civil*.

Mantendo o compromisso com o público leitor, revisamos tópicos, tanto do ponto de vista de esclarecimento de posicionamentos quanto de aperfeiçoamento redacional.

Este trabalho foi, inclusive, facilitado pela circunstância de que, finalmente, estamos ultimando o segundo tomo deste volume, dedicado aos “Contratos em Espécie”, com ênfase nas figuras contratuais codificadas.

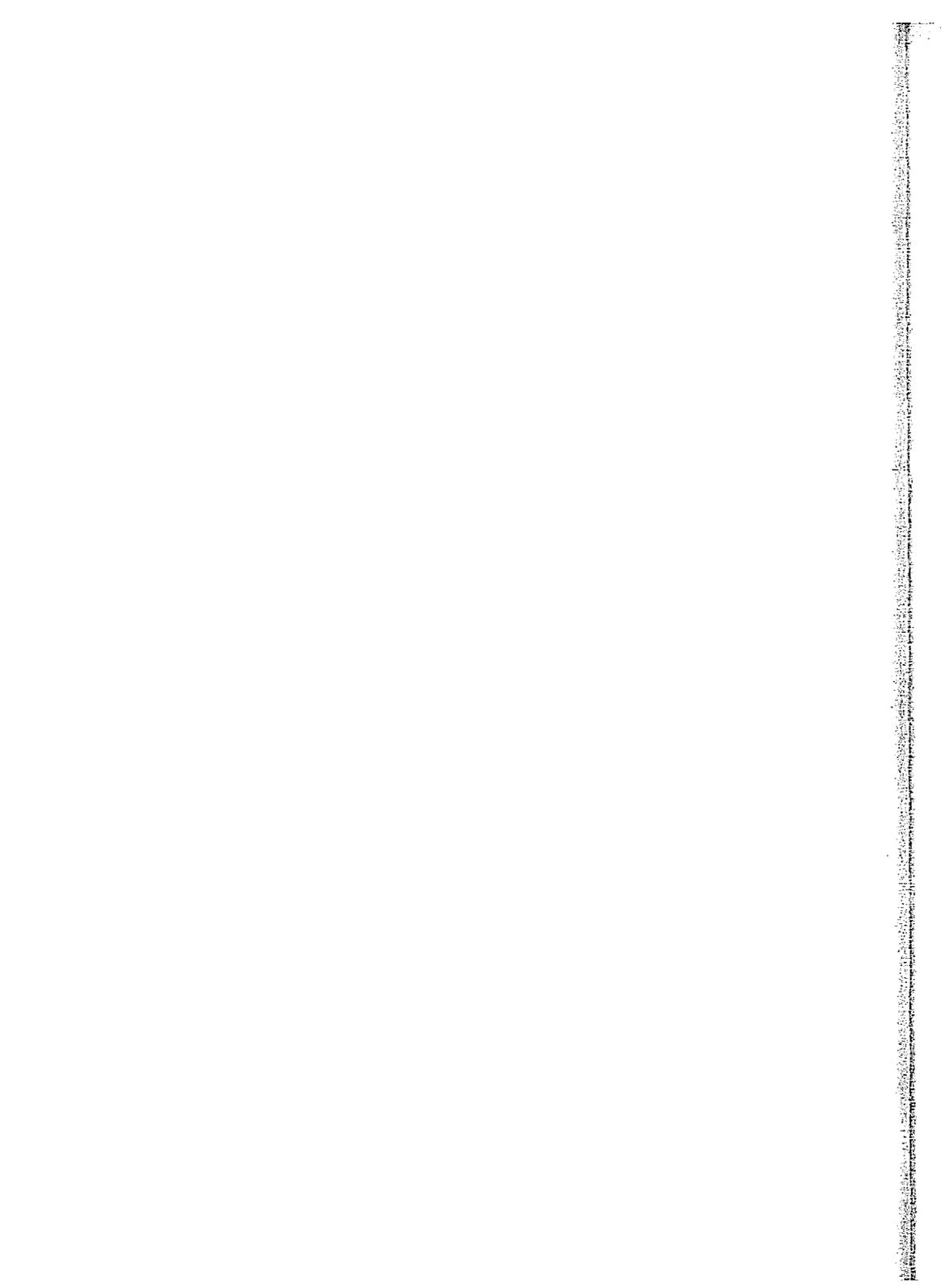
Agradecemos, mais uma vez, a constante interação que estamos mantendo com os leitores, seja no contato pessoal nas salas de aula, corredores ou congressos; seja pela imensa quantidade de mensagens eletrônicas recebidas diariamente, o que muito nos alegra.

A este sentimento de construção coletiva de um texto, dedicamos esta nova edição, com a sincera promessa de continuar lutando pelo constante aperfeiçoamento de nossa obra.

Salvador, fevereiro de 2007.

Pablo Stolze Gagliano <pablostoize@terra.com.br>
Rodolfo Pamplona Filho <rpamplonafilho@uol.com.br>

Visite os *sites*: <www.pablostoize.com.br> e <www.unifacs.br/revistajuridica>



Nota dos Autores à Segunda Edição

Com muita felicidade, nosso volume dedicado ao estudo da Teoria Geral dos Contratos, lançado no ano passado, chega à sua segunda edição.

Nesta nova publicação, aperfeiçoamos alguns capítulos, inserindo novos posicionamentos, fruto de discussões fecundas travadas com nossos leitores e professores de Direito Civil de todo o País.

Como dizem, *livro a gente não acaba de escrever nunca*, e a nossa meta será sempre aprimorar o nosso texto, para torná-lo mais e mais crítico e atual.

E, para tanto, contamos sempre com a valiosa colaboração do nosso amigo leitor.

Um fraternal abraço!

Salvador, Bahia, em 19 de março de 2006.

Pablo Stolze Gagliano <pablostolze@terra.com.br>

Rodolfo Pamplona Filho <rpamplonafilho@uol.com.br>

Nota dos Autores à Primeira Edição

O presente volume é o resultado, mais uma vez, de um esforço hercúleo para conseguir honrar a fidelidade de todos aqueles que nos têm prestigiado.

De fato, o ano de 2004 nos reservou uma separação física no contato pessoal diuturno, com a mudança de Pablo, licenciado da sua função judicante (a qual se dedicava com todas as forças), para São Paulo, onde passou a ter o saudável convívio com novos amigos da Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica, bem como a remoção de Rodolfo, como Juiz Titular de Vara do Trabalho, da comarca de Teixeira de Freitas para Eunápolis.

Essas mudanças terminaram por turbar um pouco o ritmo de trabalho na redação deste quarto volume da obra, o que, por si só, já explicaria o atraso de seu lançamento (pelo menos, se comparado com a velocidade com que os três volumes anteriores foram publicados).

Todavia, uma outra dificuldade se somou: a proposta original do quarto volume era esgotar todo o complexo estudo das relações jurídicas contratuais, passando desde a elaboração de uma teoria geral até a análise minudente de cada uma das formas contratuais típicas (nominadas ou inominadas) e atípicas.

Tratava-se de uma proposta ousada: condensar em um único volume matérias que são normalmente enfrentadas em tratados, mas usando sempre a linguagem simples e direta, com muitos exemplos, que tem agradado aos nossos leitores.

A tarefa, porém, se mostrou inconveniente: o livro, proposto para um único volume, já tinha, só no seu projeto, mais de 40 (quarenta) capítulos, extrapolando consideravelmente o número de páginas razoável para um livro eminentemente didático, destinado à graduação, pós-graduação e concursos públicos.

Algo precisava ser feito, sob pena de desvirtuamento da proposta original dos autores!

De repente, fez-se a luz!

A resposta encontrada foi destrinchar a obra em dois tomos, sem perda do sentido eminentemente pragmático, com informações atualizadas de jurisprudência e aprofundamento doutrinário suficiente para agradar o público leitor.

Esta cisão, porém, não poderia ser feita exatamente no meio, como se a obra fosse um sanduíche que pudesse ser dividido ao gosto do consumidor.

Um critério metodológico se impôs: a teoria geral dos contratos no primeiro tomo e a análise minuciosa dos contratos em espécie no segundo, dando prioridade aos contratos expressamente previstos no texto do novo Código Civil brasileiro, atendendo, dessa forma, a mais moderna divisão didática da matéria nos cursos de graduação em Direito.

De fato, é humanamente impossível ministrar, com seriedade e completude, toda a matéria dos contratos em um único semestre letivo, sendo recomendável, para uma compreensão abrangente do tema, o aprofundamento inicial na parte geral da sua disciplina para, somente após vencida tal etapa, conhecer as peculiaridades de cada uma das formas contratuais.

A ousadia, porém, persiste. O que se propugna, neste primeiro tomo, é a análise minuciosa de cada um dos elementos da teoria geral dos contratos, permitindo ser aplicada indistintamente a qualquer relação jurídica contratual, seja a disciplinada genericamente no Código Civil, seja a tratada especificamente em um microsistema jurídico, de qualquer natureza (civil, comercial, trabalhista ou consumerista).

Este é o desafio!

Jesus permita que este arroubo de impetuosidade doutrinária tenha a mesma acolhida de seus “irmãos mais velhos” perante os nossos fiéis amigos leitores, lutando sempre pela construção de um novo Direito Civil brasileiro.

Salvador, setembro de 2004.

Pablo Stolze Gagliano <pablostolze@terra.com.br>
Rodolfo Pamplona Filho <rpamplonafilho@uol.com.br>

Consulte os *sites* www.pablostolze.com.br e
www.unifacs.br/revistajuridica

Capítulo I

Introdução à Disciplina Jurídica dos Contratos

Sunário: 1. Importância do estudo dos contratos. 2. Concepção histórica do contrato: do início dos tempos ao contrato de adesão. 3. Os contratos no Código Civil de 2002.

1. IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DOS CONTRATOS

Passaremos a enfrentar, neste volume, a figura jurídica mais importante de todo o Direito Civil.

Costumamos afirmar, em nossas aulas, que o contrato está para o civilista, assim como o crime está para o penalista.

Trata-se, em verdade, da espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, consistindo, sem sombra de dúvidas, na força motriz das engrenagens socioeconômicas do mundo.

Desde os primórdios da civilização, quando abandonamos o estágio da barbárie, experimentando certo progresso espiritual e material, o contrato passou a servir, enquanto instrumento por excelência de circulação de riquezas, como a justa medida dos interesses contrapostos.

Ao invés de utilizar a violência para perseguir os seus fins, o homem passou a recorrer às formas de contratação, objetivando imprimir estabilidade às relações jurídicas que pactuava, segundo, é claro, os seus próprios propósitos.

Com habitual maestria, ARNOLDO WALD assevera que “poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escala de valores tão distintas quanto às que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista”¹.

E, de fato, é natural que assim o fosse.

¹ Arnoldo Wald. O Contrato: Passado, Presente e Futuro. *Revista Cidadania e Justiça*: 1.º Semestre de 2000, Rio de Janeiro: Publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros, p. 43.

Uma vez que o contrato dinamiza a circulação dos bens e riquezas em uma dada sociedade, fica fácil concluir que, em último plano, o *direito de propriedade* encontra, neste instituto, um instrumento efetivo de sua concretização².

Ora, partindo-se da premissa de que a propriedade é um direito complexo, que congrega as faculdades de *usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar a coisa*, é forçoso convir que, por meio da celebração do contrato, o proprietário possa exercer um desses poderes reais, a saber: *o de disposição*.

Dessa forma, os bens jurídicos circulam, enquanto a propriedade se manifesta, segundo as vicissitudes da sociedade que lhe dá ambiência e conforme os interesses econômicos envolvidos.

Claro está, portanto, que em uma sociedade neoliberal, que encara a propriedade sob um enfoque exclusivista, o contrato passa a ter uma conformação mais individual e concêntrica do que em uma sociedade socialista, em que o fenômeno estatizante culmina por interferir nos negócios contratuais.

Por isso, podemos afirmar que o matiz ideológico do contrato é pintado segundo a época e a conjuntura social em que ele é celebrado, razão por que ARNOLDO WALD conclui que nenhum instituto jurídico é socialmente tão adaptável.

Vamos mais além.

Em nosso sentir, o estudo das formas contratuais de um povo é um dos elementos para a sua própria identificação sociológica.

Mas, afinal, posto o problema sob o prisma *histórico e sociológico*, quando o contrato surgiu?

2. CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO: DO INÍCIO DOS TEMPOS AO CONTRATO DE ADESÃO

Não podemos fixar, ao longo da história, uma data específica de surgimento do contrato.

Conforme vimos acima, na medida em que a sua ocorrência confunde-se com a própria evolução moral da humanidade, a determinação de uma data ou de um período predefinido seria pura formulação de alquimia jurídica, sem validade científica.

O que podemos tentar, sim, é buscar um período em que a sua *sistematização jurídica* se tornou mais nítida, mais detectável pelo estudioso do direito ou pelo investigador da história.

² Nesse sentido, Messineo, *Il Contratto in Genere*, Milano: Giuffrè, 1973, tomo primo, apud Humberto Theodoro Jr., *O Contrato e Seus Principios*, Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 13.

No Direito Romano, atribui-se a GAIO a catalogação das fontes das obrigações, dentre as quais se incluía o *contrato* como uma delas, consoante já anotamos:

“Deve-se ao jurisconsulto GAIO o trabalho de sistematização das fontes das obrigações, desenvolvidas posteriormente nas Institutas de Justiniano, que seriam distribuídas em quatro categorias de causas eficientes:

- a) o contrato — compreendendo as convenções, as avenças firmadas entre duas partes;
- b) o quase contrato — tratava-se de situações jurídicas assemelhadas aos contratos, atos humanos lícitos equiparáveis aos contratos, como a gestão de negócios;
- c) o delito — consistente no ilícito dolosamente cometido, causador de prejuízo para outrem;
- d) o quase delito — consistente nos ilícitos em que o agente atuou culposamente, por meio de comportamento carregado de negligência, imprudência ou imperícia”³ (grifamos).

Todavia, foi na época clássica que se começou a introduzir efetivamente o elemento do *acordo contratual* no conceito de *contractus*, assim se alcançando o conceito técnico e mais estrito de contrato, como “contrato obrigacional”⁴.

Nesse diapasão, poderíamos imaginar que fora em Roma que se deu o surgimento do negócio jurídico contratual.

Mas não foi.

O fato de o Direito Romano ter sido a *principal fonte histórica* dos sistemas jurídicos ocidentais não significa que todos os institutos hodiernamente conhecidos tenham sido forjados, pela primeira vez na história da humanidade, em seus cadinhos de normas.

Aliás, esse é um ponto que devemos ter o cuidado de realçar, pois, em geral, a doutrina costuma iniciar a investigação histórica de um instituto em Roma, muito embora o berço da civilização houvesse sido forjado na Grécia, Estado que não prescindia de uma ordem jurídica.

Mil vezes não.

Aliás, o próprio ORLANDO GOMES, magistral civilista baiano, citando BONFANTE, lembra que “não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria que hoje se denomina contrato”.

³ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Obrigações*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, v. II, p. 25.

⁴ Max Kaser, *Direito Privado Romano (Römisches Privatrecht)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 225.

Em verdade, arremata o ilustre autor, a moderna concepção de contrato, tal qual nós o concebemos hoje, consistente “em um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem”, somente se esclarece à luz da ideologia individualista típica do regime capitalista de produção⁵.

Diríamos, portanto, sem pretendermos estabelecer um preciso período de surgimento do fenômeno contratual — o que nunca faríamos sob pena de incorrerem em indesejável presunção intelectual — que cada sociedade, juridicamente produtora, cada Escola doutrinária — desde os canonistas, passando pelos positivistas e jusnaturalistas — contribuíram, ao seu modo, para o aperfeiçoamento do conceito jurídico do contrato e de suas figuras típicas.

Mas, sem dúvida, contribuição inegável seria dada pelo movimento iluminista francês, o qual, segundo uma escancarada vocação antropocêntrica, firmara a *vontade racional do homem* como o centro do universo, determinando, assim, uma supervalorização da força normativa do contrato — levada às suas últimas consequências pela consagração fervorosa do *pacta sunt servanda*.

A elevação da autonomia privada à categoria de dogma, calcada na mencionada visão antropocêntrica e patrimonialista⁶, refletiu-se amplamente em toda a concepção dos contratos até o final do século XIX e início do seguinte.

Essa tendência individualista, entretanto, acabaria por gerar sérios desequilíbrios sociais, somente contornados pelo dirigismo contratual do século XX, reflexo dos movimentos sociais desencadeados na Europa Ocidental, e que *relocariam o homem na sociedade*, retirando-o do pedestal a que ascendera, após a derrocada do Antigo Regime, quando pretendeu assumir o lugar de Deus.

Aliás, o nosso caro leitor verificará uma nítida característica desta obra: toda investigação que fizermos acerca do fenômeno contratual terá o *homem*

⁵ Orlando Gomes, *Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6.

⁶ “Há, desde logo, que observar que sujeito jurídico, propriedade e autonomia privada não são concertos universais: eles pertencem ao domínio das relações entre proprietários. A atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade negocial, encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade: reivindicando a posse, ou afastando ‘judicialmente’ as turbações na posse do bem, a pessoa a quem esse bem foi atribuído surge como capaz de realizar actos produtores de efeitos jurídicos. Mas porque só a ela foi repartida-atribuída a posse de certa terra, só ela pode praticar esses actos que à terra respeitam e que produzem efeitos jurídicos.

Quando a pessoa passa a poder dispor do bem — e não apenas a ter o poder de o usar e assegurar a sua utilização produtiva — então ela afirma-se exclusiva titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, já não só como meio de transmissão do próprio bem” (Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra: Almedina, 1982, p. 7).

como o centro das nossas atenções, sem olvidarmos da finalidade *essencialmente patrimonial* que se persegue quando da elaboração de um contrato. Em outras palavras, o nosso estudo terá sempre como bússola o superior *princípio da dignidade da pessoa humana*, limitador da livre iniciativa e da liberdade econômica, juntamente com outros dogmas de natureza constitucional.

Nesse sentido, pertinente é a observação de MÁRIO LÚCIO QUINTÃO SOARES e LUCAS ABREU BARROSO:

“Uma das projeções da livre iniciativa e a liberdade de participação na economia, corroborando o capitalismo enquanto modelo econômico adotado, que traz consigo todas as mazelas e formas de exclusão que lhe são inerentes, mas que deverá, antes de tudo, respeitar os valores sociais do trabalho, juntamente com a livre iniciativa na posição de fundamento do Estado e preceito da ordem econômica, visando compatibilizar o regime de produção escolhido (capital, lucro), a dignidade da pessoa humana e a dimensão econômico-produtiva da cidadania”⁷

Nesse contexto, devemos concluir que, sem sombra de dúvidas, o contrato sofreu sensível transformação ao longo do século XX, havendo experimentado um *inegável processo de solidarização social*, adaptando-se à sociedade de massa que se formava.

Com absoluta propriedade, LEONARDO MATTIETO observa, nesse particular, que:

“Nas palavras emblemáticas de Ripert, ‘o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser’. A noção de liberdade contratual havia sido construída como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía a vontade o papel de criar direitos e obrigações. A força obrigatória do contrato era imposta como corolário da noção de direito subjetivo, do poder conferido ao credor sobre o devedor. Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder, o direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos contratantes, com exclusividade, a autodeterminação da *lex inter partes*, que sofre a intervenção do legislador e pode submeter-se à revisão pelo juiz”⁸.

Com isso, temos que, especialmente nos últimos cinquenta anos, com o incremento da atividade industrial, o avanço tecnológico e o aquecimento dos

⁷ Mário Lúcio Quintão Soares e Lucas Abreu Barroso, Os Princípios Informadores do Novo Código Civil e os Princípios Constitucionais Fundamentais: Lineamentos de um Conflito Hermenêutico no Ordenamento Jurídico Brasileiro, *Revista Brasileira de Direito Privado*, n. 14, p. 53, abr./jun. 2003.

⁸ Leonardo Mattiето, O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos, in *Problemas de Direito Civil Constitucional*, coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 175.

mercados de consumo, o *princípio da igualdade formal entre as partes contratantes* — baluarte da teoria clássica contratual e que sempre serviu de lastro à regra (até então absoluta) do *pacta sunt servanda* — começou a enfraquecer, descortinando falhas no sistema social, e, sobretudo, afigurando-se, em muitos casos, como uma regra flagrantemente injusta.

No dizer de nosso querido amigo PAULO ROBERTO NALIN, culto Professor no Paraná:

“O homem contratante acabou, no final do século passado e início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja, a da despersonalização das relações contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento, em larga escala, do que se produzia nas recém-criadas indústrias”⁹.

De fato, nos dias que correm, em que a massificação das relações contratuais subverteu radicalmente a balança econômica do contrato, a avença não é mais pactuada sempre entre iguais, mas converteu-se, na grande maioria dos casos, em um negócio jurídico *standardizado*, documentado em um simples formulário, em que a uma parte (mais fraca) incumbe aderir ou não à vontade da outra (mais forte), sem possibilidade de discussão do seu conteúdo.

Bem-vindo à modernidade!

O princípio da igualdade formal, até então considerado absoluto, converteu-se em princípio da hipocrisia!

Contratos de cartões de crédito, de fornecimento de água e luz, de telefonia fixa ou celular, de empréstimo, de seguro, de transporte aéreo, terrestre ou marítimo, de financiamento habitacional, de alienação fiduciária, de consórcio, de *leasing*, de franquias, de locação em *shopping center*, de concessão de serviços públicos, de serviços via internet, de TV a cabo, enfim, as mais importantes figuras contratuais são pactuadas, hoje, sob a forma de *contrato de adesão*, modalidade contratual forjada no início do século XX, e cuja especial característica consistiria exatamente no fato de apenas uma das partes ditar o seu conteúdo, redigindo as suas cláusulas, impondo-se a outra, portanto, aceitar ou não a proposta que lhe fora apresentada.

Coincidência ou não, essa “faculdade de aderência”, reservatório último da liberdade negocial e que resguarda, em última trincheira, a característica da “bilateralidade negocial”, coloca o aderente em situação pouco confortável, visto que, regra geral, a parte adversa, criadora da moldura contratual, detém, quase sempre, avassalador poder econômico ou o monopólio de um serviço considerado essencial.

⁹ Paulo Nalin, *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno — Em Busca de Sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Pensamento Jurídico, Curitiba: Juruá, 2002, v. II, p. 109.

Realçando esse nítido sufocamento da vontade, GEORGES RIPERT, ao analisar o contrato de adesão, é peremptório:

“Que há de contratual neste ato jurídico? É na realidade a expressão de uma autoridade privada. O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar. O aderente entra neste círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe isso: tu quiseste. A não ser que não viaje, que não faça um seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar”¹⁰.

Mas, por outro lado, devemos reconhecer que, a despeito de sua suscetibilidade às expansões do poder econômico, o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior *princípio da função social*, e pactuado em atenção ao *mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana*, é um *instrumento de contratação socialmente necessário e economicamente útil*, considerando-se o imenso número de pessoas que pactuam, dia a dia, repetidamente, negócios da mesma natureza, com diversas empresas ou com o próprio Poder Público.

Com maestria, o mesmo RIPERT prefecciona no mesmo sentido:

“Não se trata, é claro, dum desfavor lançado em bloco sobre todos os contratos de adesão, pelo contrário, a generalidade, a permanência, a rigidez que se descobre nestes contratos são as mais seguras garantias da sua utilidade...
(...)”

A vontade que se afirma e atrai a si outras vontades representa um poder econômico indispensável à vida de um país”.

E arremata: “São os abusos deste poder econômico que é necessário impedir”¹¹ (grifamos).

Vemos, portanto, que a nocividade desta figura contratual está muito mais ligada ao *abuso desta técnica de contratação* do que propriamente à sua dinâmica de elaboração, que, como visto, tornou-se necessária em uma sociedade massificada como a nossa, sem prejuízo, porém, da coexistência, *em menor escala*, de situações fáticas em que a *igualdade material das partes* impõe o reconhecimento da aplicação de preceitos disciplinadores tradicionais da autonomia privada.

De fato, a mesma sociedade, que contrata em massa e exige respostas imediatas e praticamente padronizadas para demandas repetidas, não pode

¹⁰ Georges Ripert, *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, Campinas: Bookseller, 2000, p. 112-113.

¹¹ Georges Ripert, *ob. cit.*, p. 116.

desprezar o ser humano, enquanto indivíduo, com liberdade e consciência, que busca a forma adequada e segura para o cumprimento de sua livre e consciente vontade.

Conjugar esses dois interesses, que aparentemente se chocam de forma diametral, é um dos grandes desafios do civilista da modernidade.

No decorrer desta obra, ainda teremos a oportunidade de voltar a esse estudo¹², cabendo-nos, por ora, apenas apresentar a evolução conceptual do contrato nessa sociedade plural, para o fim de introduzirmos o nosso leitor nesta fantástica disciplina.

3. OS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como arremate desse capítulo, é preciso passar em revista, dada a sua importância, a normatização codificada dos contratos.

O Código Civil de 2002 os disciplinou da seguinte forma:

a) Título V — Dos Contratos em Geral, subdividido em dois Capítulos (Capítulo I — “Das Disposições Gerais” — e Capítulo II — “Da Extinção do Contrato”). Tais capítulos são ainda estruturados em Seções, que versam sobre aspectos gerais da matéria contratual;

b) Título VI — Das Várias Espécies de Contratos, subdividido em vinte capítulos, compartimentados em várias outras Seções, cuidando dos Contratos em Espécie.

Nota-se, no estudo dessa disciplina, que o codificador inovou, ao tratar de temas não regulados pelo Código anterior, a exemplo do *contrato preliminar, do contrato com pessoa a declarar, da resolução por onerosidade excessiva (aplicação da teoria da imprevisão), da venda com reserva de domínio, da venda sobre documentos e do contrato estimatório*.

Além disso, disciplinou contratos novos, como a *comissão, a agência/distribuição, a corretagem e o contrato de transporte*, deixando de fazer referência a alguns outros institutos, como, por exemplo, a cláusula comissória na compra e venda (art. 1.163 do CC-16).

Perdeu-se, todavia, a oportunidade de se regular, pondo fim a infundáveis dúvidas, algumas importantes modalidades contratuais já de uso corrente, como o *leasing, o franchising, o factoring, o consórcio, os contratos bancários e os contratos eletrônicos*.

Apesar dessas omissões, entretanto, devemos reconhecer que, especialmente no âmbito da teoria geral, o trabalho do codificador, *na seara contratual*, foi

¹² Confirmam-se os tópicos próprios nos Capítulos VIII (“Classificação dos Contratos”) e XI (“Interpretação dos Contratos”) deste tomo.

bem desempenhado, sobretudo por haver realçado a necessidade de imprimir *sociabilidade* à noção de contrato.

Nesse sentido, fazemos nossas as palavras do culto RUY ROSADO DE AGUIAR IR. que, comentando ainda o Projeto de Código Civil, já asseverava:

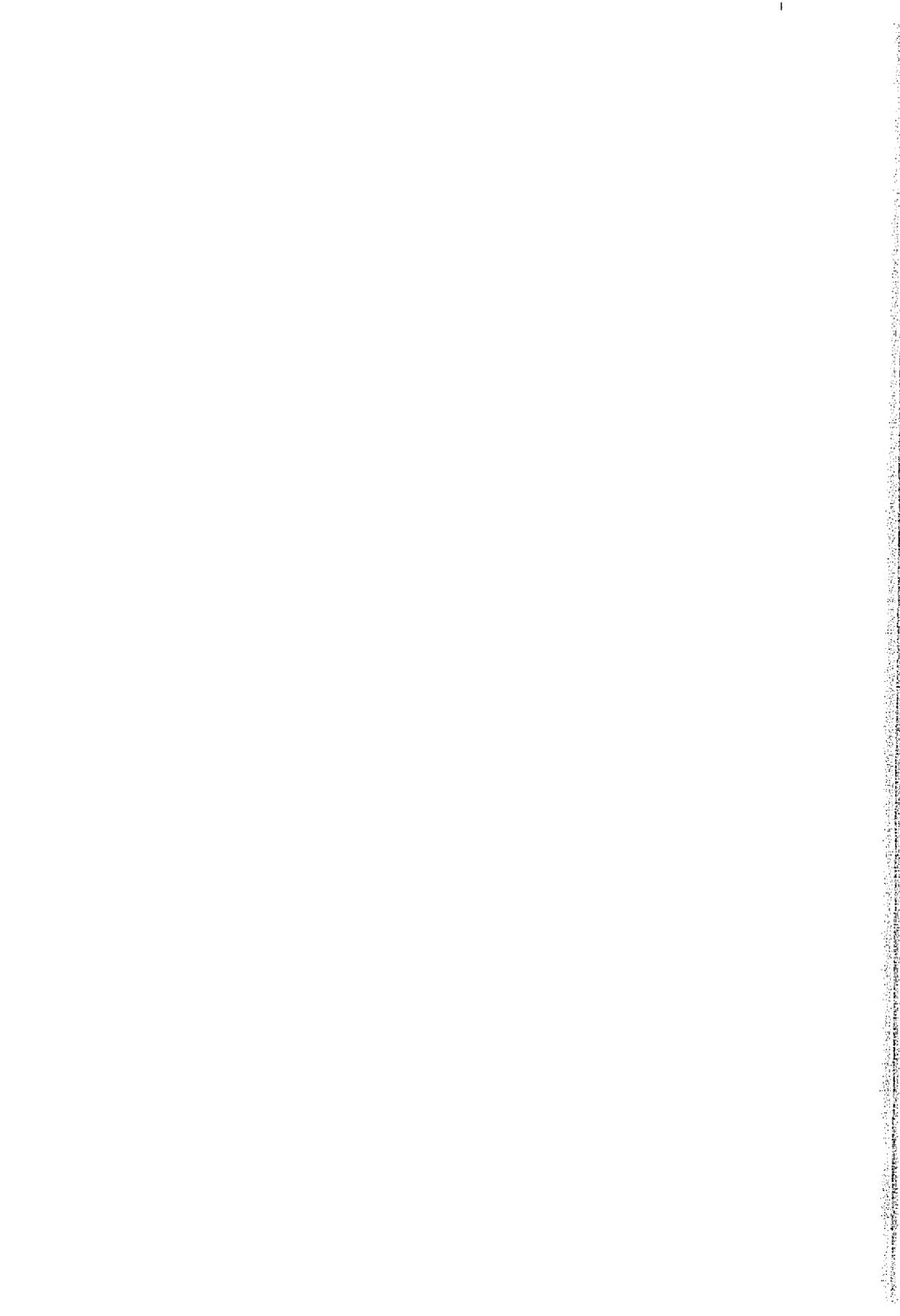
"... aplaudo o Projeto no que representa de inovador na visão geral do contrato como um ato que deve atingir finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes, da ordem pública. Para o juiz civil forneceu os instrumentos necessários para a realização da justiça material. Aplaudo-o também no que tem de apuro técnico. Apenas observo que, nesse propósito de atender aqueles princípios gerais antes enunciados, ao elaborar as normas de conduta, deixou de lhes dar plena aplicação — ou lhes deu em extensão aquém da possível e desejada. De qualquer forma, na Teoria Geral do Direito e na matéria obrigacional, constitui um avanço do qual não podemos mais retroceder"¹³.

A nossa tarefa, pois, é extrair sempre e sempre das normas codificadas a interpretação constitucional juridicamente possível e socialmente mais útil.

É também a nossa missão ao longo dessa obra, e do próximo tomo, dedicado exclusivamente aos contratos em espécie.

E você, leitor amigo, está convidado a nos acompanhar.

¹³ Ruy Rosado de Aguiar Ir., *Projeto de Código Civil — As Obrigações e os Contratos*, disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo6.htm>.



Capítulo II

Visão Estrutural do Contrato

Sumário: 1. Noções introdutórias. 2. Conceito de contrato. 2.1. A perspectiva civil-constitucional do contrato: uma (re)conceituação?. 3. Natureza jurídica do contrato. 4. Planos de existência, validade e eficácia aplicáveis ao contrato. 4.1. Elementos constitutivos do contrato (plano de existência do negócio jurídico). 4.2. Pressupostos de validade do contrato (plano da validade do negócio jurídico). 4.3. Fatores eficazes do contrato (plano de eficácia do negócio jurídico). 5. Distinções terminológicas relevantes. 6. Forma e prova do contrato.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Após traçar, no capítulo anterior, um panorama geral da disciplina jurídica dos contratos, faz-se mister, neste momento, apresentar uma visão estrutural deste importante instituto jurídico.

Por visão estrutural compreenda-se não somente a enunciação de um conceito, para fins didáticos, mas também a compreensão de sua natureza jurídica e dos elementos constitutivos e de validade do contrato.

2. CONCEITO DE CONTRATO

Conceituar não é tarefa fácil.

Aliás, apresentar um conceito é missão das mais intrincadas na doutrina, uma vez que aquele que se arrisca a realizá-la poderá pecar por presunção, por imaginar que a sua definição criada é a mais perfeita de todas ou simplesmente uma verdade jurídica absoluta; ou por omissão, acreditando que a enunciação simples demais seja a mais didática, quando, em verdade, não passa de uma concepção simplória.

Sem pretender incorrer nesses erros, entendemos que o contrato é *um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.*

Não se poderá falar em contrato, de fato, sem que se tenha por sua pedra de toque a *manifestação de vontade.*

Sem “*querer humano*”, pois, não há negócio jurídico.

E, não havendo negócio, não há contrato.

Ocorre que toda essa manifestação de vontade deverá fazer-se acompanhar pela necessária responsabilidade na atuação do contratante, derivada do respeito a normas superiores de convivência, com assento na própria Constituição da República¹.

2.1. A perspectiva civil-constitucional do contrato: uma (re)conceituação?

Em uma perspectiva civil-constitucional, devemos ter em conta que o contrato, espécie mais importante de negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico.

Não podemos, dessa forma, considerá-lo como um instrumento de *opressão*, mas sim de *realização*.

Lamentavelmente, não é raro um dos contraentes pretender utilizá-lo como açoite, visando a subjugar a parte economicamente mais fraca, em franco desrespeito à sua *função social*.

Íssso mesmo: *todo contrato deve observar a uma função social*.

Ora, se nós já constatamos que este negócio jurídico serve como inegável veículo de manifestação do direito de propriedade, e este último fora, na Carta Magna de 1988, devidamente socializado, por consequência, o contrato também acabaria por sofrer o mesmo processo.

Nesse diapasão, com sabedoria, JOÃO HORA NETO preleciona:

“Em verdade, se é certo que a Carta Magna de 1988, de forma explícita, condiciona que a livre-iniciativa deve ser exercida em consonância com o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), e, uma vez entendida que a propriedade representa o segmento estático da atividade econômica, não é desarrazoado entender que o contrato, enquanto segmento dinâmico, implicitamente também está afetado pela cláusula da função social da propriedade, pois o contrato é um instrumento poderoso da circulação da riqueza, ou melhor, da própria propriedade”².

¹ Sobre essa interferência da principiologia constitucional no Direito Contratual, remetemos o leitor aos Capítulos III (“Principiologia do Direito Contratual”), IV (“Função Social do Contrato e Equivalência Material”) e V (“Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual”) deste tomo, pois o estudo dos princípios é tão importante que não se pode limitar a tópicos ou a um único capítulo.

² João Hora Neto, O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002, *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 44, abr./jun. 2002.

Mas esse fenômeno — de socialização de institutos jurídicos de Direito Privado — não é novo.

O próprio CLÓVIS BEVILÁQUA, ao tratar da matéria, ainda que sob um enfoque de cunho historicista, já ressaltava esse aspecto, em sua clássica obra *Direito das Obrigações*, consoante deflui da análise deste interessante trecho:

“Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negocio por elle regulado. Ninguem dirá que seja o contracto o único factor da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e o mais forte, mas impossivel será desconhecer que também lhe cabe essa nobre função socializadora. Vêde uma creança em tenra idade. Appetece um objecto, com que outra se diverte; seu primeiro impulso e arrebatá-lo, num impeto de insoffrido egoismo, das mãos frágeis, que o detêm. A experiência, porém, pouco e pouco, lhe ensina que encontrará resistência, sempre que assim proceder. Seu proceder vae amoldando-se às circumstancias e, em vez de apoderar-se à força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, esgotados os meios brandos, passará, então, a violência, ou aos gritos, último recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, se não o contivessem os freios do direito, da religião, da opinião pública, de todas as disciplinas sociaes empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a fera, que cada homem traz dentro de si”¹ (*sic*).

A dimensão da *socialização do contrato*, entretanto, tema que será ainda versado em capítulo específico², não se limita à ideia de “harmonização de interesses contrapostos”.

Não só neste aspecto centra-se a denominada função social.

Em nosso sentir, na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu-nos a um *repensar da função social da propriedade*, toda a ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana.

Em um Estado verdadeiramente democrático de direito, o contrato somente atenderá à sua função social no momento em que, *sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada*:

1) respeitar a *dignidade da pessoa humana* — traduzida sobretudo nos direitos e garantias fundamentais;

¹ Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, Campinas: RED Livros, 2000, p. 211.

² Cf. o Capítulo IV (“Função Social do Contrato e Equivalência Material”) deste tomo e volume.

2) admitir a *relativização do princípio da igualdade das partes contratantes* — somente aplicável aos *contratos verdadeiramente paritários*, que atualmente são minoria;

3) consagrar uma *cláusula implícita de boa-fé objetiva* — insita em todo contrato bilateral, e impositiva dos deveres anexos de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade e informação;

4) respeitar *o meio ambiente*;

5) respeitar *o valor social do trabalho*.

Enfim, todas essas circunstâncias, reunidas, moldam o princípio da *função social do contrato*, assentado no art. 421 do Código Civil, a ser estudado brevemente.

Mas há um importante aspecto que deve ser ressaltado: *o reconhecimento deste princípio não significa negação da autonomia privada e da livre-iniciativa*.

Pelo contrário.

Significa sua *reeducação*.

Nesse sentido, com maestria, escreve NELSON NERY JR.:

“A função social do contrato não se contrapõe à autonomia privada, mas com ela se coaduna e se compatibiliza. À conclusão semelhante se chegou na ‘Jornada de Direito Civil’, como se pode verificar: Jornada 23: ‘A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana’⁵.”

Portanto, à vista do exposto, poderíamos, sem prejuízo da definição supra apresentada, e já sob uma perspectiva mais estrutural, reconceituarmos o contrato, genericamente, como sendo *um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrentes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social*.

Esse conceito será desenvolvido em outros pontos de nossa obra, embora o nosso caro leitor já possa perceber que não se poderá apresentar uma definição de contrato desatrelada de sua concepção ética e social.

Firmado, portanto, o nosso conceito, a natureza jurídica do contrato se mostra evidente.

⁵ Nelson Nery Jr., *Contratos no Código Civil*, in *Estudo em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*, coordenadores: Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho, São Paulo: LTr, 2003, p. 421.

3. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO

O contrato, como já dito, é espécie de *negócio jurídico*⁶

Segundo ORLANDO GOMES, para os adeptos da *corrente voluntarista*, “o negócio jurídico é a mencionada declaração de vontade dirigida a provocação de determinados efeitos jurídicos, ou, na definição do Código da Saxônia, a ação da vontade, que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica”⁷

A corrente voluntarista, como se sabe, é dominante no Direito brasileiro, consoante se depreende da leitura do art. 85 do CC-16, refletindo-se no art. 112 do NCC, com pequena modificação terminológica decorrente da doutrina de EDUARDO ESPÍNOLA.

Comparem-se as normas:

CC-16: “Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

NCC: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

É bom que se diga, todavia, que críticas contundentes são dirigidas à corrente voluntarista.

Afirma-se não ser verdadeira a premissa de que o declarante sempre *manifesta a sua vontade dirigida a um determinado fim querido e previamente conhecido*.

Na hipótese de conversão substancial (medida sanatória do ato nulo ou anulável⁸), por exemplo, as partes celebram um determinado negócio jurídico *inválido*, mas que, por força do *princípio da conservação*, poderá ser convertido em outra categoria de negócio, *se contiver os pressupostos de validade deste último* (um contrato de compra e venda de imóvel, nulo por inobservância da forma pública, por exemplo, pode-se *converter* em uma promessa de compra e venda, que admite instrumento particular). Note-se que, nesse caso, não se pode afirmar que o negócio resultante da conversão foi desejado e pretendido, e, ainda assim, não se nega a sua natureza negocial (JUNQUEIRA DE AZEVEDO)⁹.

⁶ Para o aprofundamento deste tópico, conferir o nosso *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*, v. I, 4. ed., p. 317 e s., com ampla referência bibliográfica.

⁷ Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 280.

⁸ Sobre o tema, confira-se o tópico 6 (“Conversão do negócio jurídico”) do Capítulo XIV (“Invalidade do Negócio Jurídico”) do v. I (“Parte Geral”) desta obra.

⁹ Vale conferir a excelente obra do Prof. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico — Existência, Validade e Eficácia*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 4 e s.

BRINZ e THON foram os primeiros a tentar explicar a natureza do *negócio jurídico* sob o prisma *objetivista*, contrapondo-se aos voluntaristas.

Nessa perspectiva, o negócio jurídico “seria antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, que propriamente um ato de vontade”¹⁰. Em outras palavras: para os objetivistas, o negócio jurídico, expressão máxima da autonomia da vontade, teria conteúdo normativo, consistindo em “um poder privado de autocriar um ordenamento jurídico próprio”.

Nesse contexto, o duelo doutrinário agravou-se entre os partidários da *teoria da vontade (Willenstheorie)* e da *teoria da declaração (Erklärungstheorie)*. Para os primeiros, o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a *vontade real*, de forma que a sua *declaração* seria simplesmente a causa imediata do efeito perseguido (se não houver correspondência entre a vontade real e a declaração emitida, prevalece a intenção) — SAVIGNY, WINDSCHEID, DERNBURG, UNGER, OERTMANN, ENNECCERUS. Os adeptos da segunda teoria — que, em essência, não se afasta tanto da corrente voluntarista tradicional — negam à intenção “o caráter de vontade propriamente dita, sustentando que o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a declaração” — (ZITTELMAN).

Em verdade, a divergência doutrinária não é de raiz profunda.

Carece de significado prático a incessante tarefa de se responder se prevalece a *vontade interna* ou a *vontade declarada*.

Se o negócio jurídico, enquanto manifestação humana destinada a produzir fins tutelados por lei, é fruto de um processo cognitivo que se inicia com a *solicitação do mundo exterior, passando pela fase de deliberação e formação da vontade*, culminando, ao final, com a *declaração da vontade*, parece que não há negar-se o fato de que a *vontade interna* e a *vontade declarada* são *faces da mesma moeda*.

Aliás, adverte ROBERTO DE RUGGIERO que “a vontade deve ser manifestada, não tendo valor para o direito objetivo a que, posto que legitimamente formada, se não exteriorizou. Somente com a sua manifestação, o agente pode provocar a desejada reação jurídica e esta exteriorização, que torna visível a vontade e lhe dá existência objetiva, é o que nós chamamos declaração ou manifestação, sendo indiferente que se faça com palavras, gestos ou até com o simples silêncio”¹¹.

Feitas essas observações, pode-se conceituar, finalmente, agora sob o *critério estrutural*, e à luz da lição do magistral Professor JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o negócio jurídico como sendo “todo fato jurídico consistente em de-

¹⁰ Antônio Junqueira de Azevedo, *ibidem*.

¹¹ Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, Campinas: Bookseller, 1999, p. 316.

claração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”¹²

Em linguagem mais simples, posto não menos jurídica, seria a *manifestação de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.*

A esse conceito, pois, *perfeitamente se subsume a noção de contrato.*

Entretanto, uma vez que o contrato é espécie do gênero “negócio”, é forçoso convir que algum aspecto o particulariza dos outros negócios jurídicos.

Esse aspecto, sem sombra de dúvidas, consiste na *convergência das manifestações de vontades contrapostas*, formadora do denominado *consentimento*.

Discorrendo a respeito do tema, ORLANDO GOMES pondera, com habitual maestria:

“Emprega-se em duas acepções a palavra consentimento, ora como acordo de vontades, para exprimir a formação bilateral do negócio jurídico contratual, ora como sinônimo da declaração de vontade de cada parte do contrato. Admitida nesta última acepção, fala-se em mútuo consentimento, expressão considerada redundante, porque em um dos termos — consentimento — está contida a ideia que o outro — mútuo — exprime.

No exame dos elementos constitutivos do contrato, o consentimento apresenta-se como requisito típico, conquanto exigido, igualmente, na formação dos outros negócios jurídicos bilaterais. No contrato, porém, singulariza-se pela circunstância de que as vontades que o formam correspondem a interesses contrapostos”¹³.

O consentimento ou consenso, portanto, é o núcleo do negócio jurídico contratual, formado a partir das vontades emitidas pelas partes declarantes.

Sem essa manifestação de vontade e, conseqüentemente, o consentimento, o negócio jurídico será considerado *inexistente*.

4. PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA APLICÁVEIS AO CONTRATO¹⁴

Embora esta seja uma matéria já trabalhada minuciosamente, como dito em volume anterior, parece-nos relevante abrir um tópico específico sobre os planos do contrato, enquanto negócio jurídico.

¹² Antônio Junqueira de Azevedo, ob. cit., p. 16.

¹³ Orlando Gomes, ob. cit., p. 48.

¹⁴ Cf. o excelente e indispensável Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico — Existência, Validade e Eficácia*, 3. ed., Saraiva: São Paulo, 2000, e o nosso *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*, já citado.

Isso porque, embora os *links* com os outros volumes de nossa obra sejam necessários, faz-se mister garantir ao leitor que este presente volume se sustente autonomamente.

É claro, porém, que tudo que já foi desenvolvido como plano de existência, validade e eficácia do negócio é perfeita e diretamente aplicável aos contratos, por ser esta uma espécie do gênero principal, o que, desde já, fica explicitado.

No presente tópico, portanto, cuidaremos de dar apenas uma visão geral da matéria, desdobrando-a adiante, quando cuidaremos de analisar, separadamente, os pressupostos de existência, validade e eficácia do contrato.

Conforme já tivemos oportunidade de anotar, em nossa obra dedicada à Parte Geral, ao analisarmos o *negócio jurídico* (gênero do qual o contrato é espécie), para apreender sistematicamente o tema — e não simplesmente reproduzir regras positivadas — faz-se mister analisá-lo sob os três planos¹⁵ em que pode ser visualizado:

a) Existência — um negócio jurídico não surge do nada, exigindo-se, para que seja considerado como tal, o atendimento a certos requisitos mínimos.

b) Validade — o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos, o que exige o atendimento de determinados pressupostos legais.

c) Eficácia — ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, ou seja, perfeito para o sistema que o concebeu, isto não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por elementos acidentais da declaração.

Esses três planos, portanto, servem para a análise minuciosa e científica do contrato, uma vez que permite a dissecação dos seus elementos de constituição, os pressupostos de validade e os fatores que eventualmente inferem na sua eficácia jurídica.

Vamos a eles.

4.1. Elementos constitutivos do contrato (plano de existência do negócio jurídico)

Para um negócio jurídico — e, conseqüentemente, um contrato — existir, quatro elementos se fazem necessários, de maneira simultânea.

O primeiro deles, considerado a essência do negócio jurídico, é a *manifestação de vontade*. Como dissemos, sem *querer humano*, não há negócio jurídico e, não havendo negócio, não há que se falar em contrato.

¹⁵ Deve-se a Pontes de Miranda o desenvolvimento deste esquema teórico.

Não se discute, neste momento, se a manifestação da vontade se confunde com a intenção propriamente dita de seu declarante, pois isso, como veremos, está no campo da validade da manifestação.

O que é imprescindível, para se entender existente um negócio jurídico, é justamente que tenha ocorrido uma declaração de vontade, faticamente aferível, e que decorra de um processo mental de cognição.

Nos insuperáveis ensinamentos de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

“A declaração, uma vez feita, desprende-se do *iter volitivo*; adquire autonomia, como a obra se solta de seu autor. É da declaração, e não da vontade, que surgem os efeitos. Tanto é assim que, mesmo quando uma das partes, em um contrato, muda de ideia, persistem os efeitos deste. Como diz TARDE: ‘No momento em que se diz que minha vontade me obriga, esta vontade já não existe; ela se tornou estranha a mim, de modo tal que é exatamente como se eu recebesse uma ordem de outra pessoa.’

Ou, ainda, como afirma BETTI, com bons exemplos e muita clareza: ‘Inversamente, o dogma em causa torna difícil justificar como possa vigorar uma ‘vontade’ sem estar sustentada e animada por uma pessoa viva e capaz; é o que acontece no testamento e pode acontecer no caso de incapacidade, que seja posterior à emissão da declaração (com a proposta), mas que surja antes que o negócio (contrato) esteja concluído (arts. 1.239 e 1.330 do CC italiano), ou antes que ele entre em vigor (se subordinando a uma condição). Na verdade, a vontade, como fato psicológico interno, já se determinou anteriormente: ela se exaure, como já dissemos, com a declaração ou com o comportamento, e neles permanece absorvida. Já, pelo contrário, o preceito de autonomia privada surge pela primeira vez como entidade duradoura, externa e desligada da pessoa do autor. O preceito opera para o futuro, vivendo vida própria, independente da vontade, que lhe deu o ser, e, talvez, até mesmo, se lhe contrapondo. Segue-se daí que, se a vontade, como fato psíquico, é alguma coisa que se confunde com a pessoa e não é concebível separada dela, o preceito do negócio é, por sua natureza normativa e não psicológica, alguma coisa de separado da pessoa, a ponto de se contrapor a ela (mesmo nos negócios unilaterais) e de a vincular”¹⁶.

Compreendida a autonomia da declaração da vontade, em relação à vontade propriamente dita, bem como ao seu emissor, neste último aspecto reside o segundo elemento existencial: a presença de um *agente*, para manifestar tal vontade.

Com efeito, a vontade contratual não se manifesta sozinha, sendo necessária a presença de sujeitos para declará-la.

E o que se declara?

¹⁶ Antônio Junqueira de Azevedo, ob. cit., p. 83-4.

Iustamente o *objeto* do contrato, que consiste na prestação da relação obrigacional estabelecida, valendo destacar que tal objeto pode ser direto/imediato ou indireto/mediato, à medida que se materialize, respectivamente, na atividade a ser desenvolvida (prestação de dar, fazer ou não fazer) ou no bem da vida posto em circulação.

E, por fim, no contrato, essa *manifestação de vontade* do agente, para a realização desse *objeto*, precisa de uma *forma* para se exteriorizar.

Não se trata, aqui, de discutir a adequação, mas sim apenas a existência de uma exteriorização, de maneira a se compreender que o contrato realmente existiu no campo concreto, não se limitando a uma mera elucubração de um sujeito. Trata-se, pois, do veículo de condução da vontade: forma oral, escrita, mimica etc.

Presentes estes quatro elementos, podemos afirmar, sem a menor sombra pálida de dúvida, que o contrato, como negócio jurídico, existe no campo da realidade fática.

Todavia, se ele pode — e deve — produzir efeitos é um outro campo de análise.

Trata-se do plano de validade, a ser abordado no próximo subtópico.

4.2. Pressupostos de validade do contrato (plano da validade do negócio jurídico)

Existente um contrato, é preciso verificar se o mesmo pode ser considerado válido.

Neste campo, até para uma compreensão sistematizada e didática da matéria, costumamos ensinar que os pressupostos de validade nada mais são do que os próprios elementos de existência *adjetivados*.

De fato, embora a concreta *manifestação de vontade* seja suficiente, neste tópico, para reconhecer a existência de um contrato, a sua validade está condicionada a que esta vontade seja emanada de *maneira livre e de boa-fé*.

Nesse campo, desponta o estudo dos vícios de consentimento e da boa-fé objetiva, para o qual remetemos o leitor¹⁷.

No mesmo sentido, o *agente* precisa ter *capacidade* para manifestar sua vontade por meio de um contrato.

Esta capacidade não é somente a capacidade genérica, como medida da personalidade, mas também a específica para protagonizar determinado contrato, que denominamos *legitimidade*.

¹⁷ Confirmam-se os Capítulos XIII (“Defeitos do Negócio Jurídico”) do v. I da presente obra e V (“Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual”) deste tomo.

Nesse último caso, embora as partes possam gozar de plena capacidade, estarão impedidas circunstancialmente de praticar ato específico, por relevantes razões sociais e de ordem pública.

A consequência da violação de um desses impedimentos é a *nulidade do negócio que se realizou*, por violação a expressa disposição de lei.

O *objeto* do contrato, por sua vez, deve ser *idôneo*, assim considerado aquele *lícito* (ou seja, não proibido pelo Direito e pela Moral), *possível* (jurídica e fisicamente) e *determinado* ou *determinável* (com os elementos mínimos de individualização que lhe permitam caracterizá-lo).

Registre-se, inclusive, que, no campo da licitude do objeto, o art. 426 do vigente Código Civil (art. 1.089 do CC-16) estabelece expressamente:

“Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Por fim, a *forma* do contrato deve ser a adequada, entendida esta como a *prescrita* ou *não defesa em lei*.

Não se confunda a forma, *enquanto elemento existencial do negócio*, com a *adequação da forma, pressuposto de validade*, de que ora se trata.

Sob o prisma do *Plano de Existência*, a *forma*, entendida como o meio de exteriorização da vontade, é elemento constitutivo ou pressuposto existencial do ato, uma vez que a sua supressão impede a formação ou o surgimento do próprio negócio. Sem uma *forma de exteriorização* (escrita, oral, mímica), o intento negocial fica encerrado na mente do agente, e não interessa ao direito.

Diferente é a hipótese de a lei estabelecer *um determinado tipo de forma* para que o contrato tenha validade.

Neste caso, desrespeitado o mandamento legal, o negócio jurídico (o contrato) existirá, mas será fulminado de nulidade, por ser reputado inválido.

Daremos um exemplo: *o humilde camponês, por meio de um contrato de compra e venda, adquire algumas glebas de terra do seu vizinho, e, insciente de que a aquisição da propriedade imobiliária exige a lavratura da compra e venda em escritura pública devidamente registrada (forma prescrita em lei), aceita, apenas, a documentação do ato em simples recibo firmado pela parte adversa.*

Em tal hipótese, dúvida não há quanto à existência do negócio, não obstante, sob o prisma legal, seja inválido (nulo), por não haver respeitado a forma prescrita em lei (escritura pública registrada), *ex vi* do disposto no art. 108 c/c o art. 166 do novo Código Civil¹⁸.

¹⁸ NCC: “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”, (No CC-16, art. 134, II.)

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

4.3. Fatores eficaciais do contrato (plano de eficácia do negócio jurídico)

Finalmente, para que recapitulemos integralmente a aplicação dos Planos do Negócio Jurídico aos contratos, é necessário tecer considerações sobre a possibilidade de previsão de fatores eficaciais em uma relação jurídica contratual.

De fato, existente e válido um negócio jurídico, o ordinário e habitual é que passe a produzir efeitos imediatamente.

Todavia, em certos contratos, é possível, eventualmente, inserirem-se elementos acidentais que limitam a produção imediata de efeitos ou fazem cessá-los, se ocorridos determinados fatos preestabelecidos.

Esses três elementos acidentais são os seguintes:

a) **Termo** — evento futuro e certo, que protraí o começo da produção de efeitos (termo inicial) ou faz cessá-los (termo final).

b) **Condição** — evento futuro e incerto que, se ocorrente, poderá dar início à produção de efeitos (condição suspensiva) ou fazer cessá-los (condição resolutiva).

c) **Modo/Encargo** — determinação acessória acidental de negócios jurídicos gratuitos, que impõe ao beneficiário da liberalidade um ônus a ser cumprido, em prol de uma liberalidade maior.

5. DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS RELEVANTES

Ainda neste capítulo, cumpre-nos estabelecer importantes distinções terminológicas, tendo em vista o apuro técnico e científico que se pretende em nossa obra.

A primeira delas é a diagnose diferencial entre *contrato* e *instrumento contratual*.

Preferimos utilizar a palavra *contrato* para nos referirmos ao negócio jurídico formado pela convergência de vontades contrapostas (consentimento).

I — celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II — for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III — o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV — não revestir a forma prescrita em lei;

V — for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI — tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII — a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção."

(No CC-16, art. 145, III.)

O *instrumento contratual*, por sua vez, consiste na *documentação* do negócio. É a sua expressão escrita, composta por cláusulas contratuais, e, por vezes, por um ou mais anexos.

Com habitual erudição, ORLANDO GOMES lembra-nos de que o instrumento de qualquer contrato compõe-se de duas partes¹⁹:

- a) preâmbulo;
- b) contexto.

O preâmbulo é sua parte introdutória. Contém a qualificação das partes, a descrição do objeto, e, por vezes, anunciam-se as razões ou justificativas do contrato.

O contexto, por sua vez, compõe-se das disposições do contrato, ou seja, das cláusulas contratuais, quando se tratar de contrato escrito. A esse respeito, o citado civilista, com precisão, observa:

“Nos contratos por instrumento público, o tabelião, em livro próprio, recolhe o ditado pelos contratantes, ou copia a minuta que lhe apresentem. Não há limitação para o número de cláusulas nem ordem a ser obrigatoriamente seguida, mas convém não avolumar o texto com cláusulas ociosas ou com a inútil reprodução de textos legais, e, bem assim, que se procure dar ordenação lógica ao conjunto orgânico das proposições, usando os termos com propriedade e precisão técnica”²⁰.

Muito importante, aliás, observarmos que, hodiernamente, com o assustador aumento das demandas judiciais, a denominada *advocacia preventiva*, ou seja, o assessoramento jurídico prévio ao eventual litígio, ganha mais força e, nessa nova ordem, cresce a importância do apuro técnico na feitura de um contrato.

Um contrato bem redigido pode evitar futuras pugnâncias judiciais.

Salientamos, entretanto, que, segundo a nossa ordem civil-constitucional, contrato bem redigido não significa apenas aquele firmado segundo os pressupostos de validade estampados na lei.

O seu apuro fica a depender, também, do respeito à *função social da propriedade e do contrato* e, especialmente, da *cláusula de boa-fé objetiva*, compreensiva de uma regra ética juridicamente exigível, que impõe às partes lealdade e confiança recíprocas.

Lícito e legítimo, portanto, será apenas o contrato que respeitar não apenas as regras técnicas de validade, mas, sobretudo, as normas principiológicas que conduzem à necessária observância de um conteúdo ético e social indisponível.

¹⁹ Orlando Gomes, ob. cit., p. 17.

²⁰ Orlando Gomes, *ibidem*.

Nessa linha, veremos, posteriormente, que a violação dessas regras poderá desembocar na responsabilidade civil do infrator.

Outra diferenciação que se nos afigura relevante deve ser feita entre as noções de *contrato* e *convenção*.

Comentando essa distinção no Direito argentino, GUILLERMO BORDA, com costumeira erudição, pontifica:

“El contrato es un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales; convención, en cambio, se refiere a todo acuerdo de voluntades sea o no de carácter patrimonial, como puede ser, por ejemplo, el acuerdo sobre el régimen de visitas a los hijos, convenido por sus padres divorciados. Es decir, convención sería el género, contrato la especie.

Otras leyes y autores no distinguen entre contrato y convención jurídica, pues ambos comprenderían todo tipo de acuerdo, tenga o no un objeto patrimonial. *Nuestro Código se inclina por formular la distinción antes señalada, pues el artículo 1.169 establece que la prestación objeto de un contrato debe ser susceptible de apreciación pecuniaria*²¹.

Afastando-se, pois, da noção genérica de convenção, o *contrato* ganha autonomia, e, no dizer de RUGGIERO, “torna-se um esquema genérico, uma categoria abstrata, na qual predomina o elemento do consenso, e que é capaz de traçar as mais diversas figuras que possam ser criadas pela vontade das partes”²².

Nessa linha de raciocínio, concluímos que a expressão “convenção”, mais genérica, servirá para caracterizar acordos de vontade em geral; ao passo que denominamos “contrato” o negócio jurídico derivado de uma convergência de vontades, que se conjugam formando o consentimento.

Não há que se confundir, ainda, o contrato com os “pactos”, visto que, em nosso sistema, esta última terminologia é utilizada para designar alguns negócios acessórios como o “pacto de retrovenda”, o “pacto nupcial” etc.²³.

Na prática forense, entretanto, essas denominações, a que estamos tão habituados, muitas vezes se confundem, sem que esta identificação, em nosso sentir, traduza-se em erro grosseiro.

²¹ Guillermo Borda, *Manual de Contractos*, 19. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 7.

²² Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, Campinas: Bookseller, 1999, v. III, p. 299.

²³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. III, p. 4.

6. FORMA E PROVA DO CONTRATO

Fruto da autonomia da vontade, com as compreensíveis e justificáveis restrições impostas pelas normas cogentes e de ordem pública, a forma do contrato é, essencialmente, livre.

Aliás, o *princípio da liberdade da forma* é regente de todo o nosso sistema regulador do negócio jurídico.

Em geral, portanto, os negócios têm forma livre.

Assim, a caneta que o colega empresta ao outro na sala (contrato de comodato), o ônibus que o cidadão toma, parando-o com um simples gesto (contrato de transporte), o seguro que pactuamos até mesmo por telefone (contrato de seguro), o CD que trocamos com um amigo (contrato de troca), o anel de compromisso que compramos para a nossa namorada (contrato de compra e venda), e até mesmo o romântico gesto de presentear-la com esse “mimo”, em um jantar à luz de velas, é claro, traduz um negócio jurídico contratual (contrato de doação).

Veja-se, portanto, como estamos cercados, unidos, intrinsecamente ligados, a um emaranhado de relações contratuais, sendo que a esmagadora maioria delas não deve observar necessariamente *forma prescrita em lei*.

A regra geral, como dissemos, é a liberdade da forma.

No direito positivo brasileiro, por expressa determinação legal, consagrou-se o princípio da *liberdade da forma*²⁴:

“Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei a exigir expressamente”²⁵.

Observa-se, com isso, que os negócios jurídicos, como regra geral, podem ser realizados de acordo com a conveniência da forma preferida pelas partes.

Tal orientação, aliás, é a nota característica das sociedades contemporâneas, segundo já anotava, brilhantemente, CLÓVIS BEVILÁQUA:

“É princípio aceito pelo direito moderno que as declarações de vontade não estão sujeitas a uma forma especial, senão quando a lei expressamente a estabelece. É até um dos resultados da evolução jurídica, assinalado pela história e pela filosofia, a decadência do formalismo, em correspondência com o revigorecimento da energia jurídica imanente nos atos realizados pelos particulares, a expansão da autonomia da vontade e a conseqüente abstenção do

²⁴ Cf. volume I, Capítulo XII, item 2.4, desta obra.

²⁵ No CC-16, com praticamente a mesma redação, o art. 129: “A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82)”.

Estado que se acantoa, de preferência, na sua função de superintendente, pronto a intervir, quando é necessário restabelecer coativamente o equilíbrio de interesses”²⁶

Note-se, ainda, que, por força do *princípio da liberdade da forma*, os negócios formais ou solenes não são a regra em nosso Direito.

Em tais casos, quando a norma legal impõe determinado revestimento para o ato, traduzido em uma forma especial ou em uma indispensável solemnidade, diz-se que o negócio é *ad solemnitatem*. É o caso do *testamento* (negócio jurídico unilateral), para o qual a lei impõe determinada forma (pública, cerrada ou particular), não reconhecendo liberdade ao testador para elaborá-lo de acordo com a sua vontade. Também servem de exemplo *os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis acima do valor consignado em lei*, uma vez que a forma pública é indispensável para a validade do ato, consoante acima se demonstrou (art. 108 do CC).

Ao lado dos negócios *ad solemnitatem*, figura outra importante categoria: a dos negócios *ad probationem*.

Nesses, apesar de a forma não preponderar sobre o fundo, por não ser essencial, deverá, outrossim, ser observada, para efeito de *prova do ato jurídico*.

Assim, a prova escrita é necessária, para efeito probatório, quando o valor do contrato exceder o décuplo do maior salário mínimo vigente no País, ao tempo em que foi celebrado, nos termos do art. 401 do CPC, que transcrevemos, *in verbis*:

“Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.

O novo Código Civil alberga regra similar em seu art. 227:

“Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito”

Portanto, retornando à premissa inicial, a regra geral da *liberdade da forma do contrato* só deverá ser excepcionada quando a lei expressamente o determinar.

Aliás, é bom que assim o seja, por vivermos em uma sociedade extremamente dinâmica e mutável, que nos exige sempre respostas rápidas e cada vez menos burocráticas.

²⁶ Clóvis Beviláqua, ob. cit., p. 317.

Capítulo III

Principiologia do Direito Contratual

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve revista ao princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo. 4. Princípio da força obrigatória do contrato. 5. Princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato.

1. INTRODUÇÃO

No presente capítulo, iniciaremos a tarefa de enfrentar os princípios norteadores do Direito Contratual.

Por princípio, entendam-se os ditames superiores, fundantes e simultaneamente informadores do conjunto de regras do Direito Positivo. Pairam, pois, por sobre toda a legislação, dando-lhe *significado legitimador e validade jurídica*.

A respeito deles, discorre, com a maestria que lhe é peculiar, o jusfilósofo WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, em indispensável obra:

“Princípios, por sua vez, encontram-se em um nível superior de abstração, sendo igual e hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma ‘pirâmide normativa’ (Stufenbau), e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu ‘raio de abrangência’”¹

Dada a importância, pois, deste tema, preferimos destacá-los em capítulo próprio, uma vez que, se cotejarmos a doutrina clássica com a moderna abordagem constitucional da matéria, constataremos, de imediato, sensível mudança no colorido jurídico dos princípios contratuais.

Na medida em que nos desapegamos de uma tendência excessivamente patrimonial, fechada e egoística do Direito Civil, passando a reconhecer uma justa prevalência da *pessoa humana* em lugar dos *bens materiais*, é natural que a concepção teórica do sistema de princípios informadores do Direito Contratual experimentasse mudança.

¹ Willis Santiago Guerra Filho, *A Filosofia do Direito — Aplicada ao Direito Processual e a Teoria da Constituição*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 92.

E essa alteração no trato ideológico do Direito Civil fora muito bem sentida pelo gênio de LUIZ EDSON FACHIN:

“Da eliminação e das fronteiras arquitetadas pelo sistema privado clássico abre-se o Direito Civil contemporâneo.

Do estagio de direitos absolutos, individualistas e perpétuos, migra para a sua conformação contemporânea, o modelo de família num reconhecimento plural de entidades familiares, do contrato e da propriedade funcionalizados, mudanças que repercutem nos direitos e deveres que os diversos sujeitos apresentam”²

Perceberemos, portanto, na enumeração dos princípios que seguem abaixo, que alguns clássicos foram mantidos, posto hajam sido objeto de releitura, e, ainda, outros foram acrescentados, por entendermos necessários para a completude do conjunto.

Temos, portanto:

- a) o princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo;
- b) o princípio da força obrigatória do contrato;
- c) o princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato;
- d) o princípio da função social do contrato;
- e) o princípio da boa-fé objetiva;
- f) o princípio da equivalência material.

Parando por sobre todos eles, dando-lhes dimensão constitucional, está o *princípio da dignidade da pessoa humana*, que jamais poderá ser esquecido, pois, indiscutivelmente, servirá de medida para toda a investigação que fizermos a respeito de cada um dos princípios contratuais acima elencados.

Registramos, finalmente, que os princípios da *função social do contrato* e da *boa-fé objetiva* serão apreciados em capítulos autônomos, dada a importância de que gozam no conjunto apresentado, sendo que o princípio da equivalência material, por ser decorrente da função social reconhecida, será com ela desenvolvido.

2. BREVE REVISTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não menos bela do que importante é a dimensão social e jurídica do *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Em vão, aliás, será a tarefa de tentar o nosso leitor apreender o seu alcance na obra dos dicionaristas, que, em geral, dão-lhe conotação restrita e

² Luiz Edson Fachin, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 328.

essencialmente aristocrática: “Dignidade, s.f. (lat. *Dignitatem*). Qualidade de quem ou daquilo que é digno; cargo honorífico; nobreza; decoro; autoridade moral; respeitabilidade”³.

Ademais, por se tratar de cláusula geral, de natureza principiológica⁴, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos em dizer que a noção jurídica de *dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade*.

Mais do que garantir a simples *sobrevivência*, este princípio assegura o *direito de se viver plenamente*, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização desta finalidade.

Nessa mesma linha, e com absoluta precisão, ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, discorrendo a respeito de tão importante tema, acentua:

“O princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante a sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele o é também do direito público. Indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre ambos: o vértice do Estado de Direito.

O seu reconhecimento, enquanto direito fundamental, leva a necessidade de requestionamento de uma série de dogmas civilísticos, em especial aqueles que constituem seu núcleo central: a autonomia, os bens, o património, a pessoa e a propriedade”⁵.

Vê-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana culmina por descortinar a nova vocação do Direito Privado, qual seja, a de redireccionar o alcance de suas normas para a proteção da pessoa, sem prejuízo dos mecanismos reguladores da proteção ao património.

Conforme lembram CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e PABLO STOLZE GAGLIANO, a sua dimensão é especialmente ampla, com assento, inclusive, na jurisprudência de outros Estados do mundo:

“Veja-se, nesse diapasão, importante precedente do Tribunal Constitucional de Portugal, asseverando que ‘a ideia de dignidade da pessoa humana,

³ *Grande Dicionário Enciclopédico Rideel*, org. por H. Maia de Oliveira, São Paulo: Rideel, 1978, v. 4, p. 889.

⁴ Veremos, linhas adiante, que não há diferença irremediável entre um *princípio* e uma *cláusula geral*.

⁵ Alexandre dos Santos Cunha, *Dignidade de Pessoa Humana: O Conceito Fundamental do Direito Civil*, in *A Reconstrução do Direito Privado*, org. por Judith Martins-Costa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

no seu conteúdo concreto — nas exigências em que se desmultiplica — não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se historicamente' (Acórdão 90-105-2, de 29.3.90, rel. Bravo Serra)"⁶

Traduz-se, pois, em uma diretriz de inegável *solidarismo social*, imprescindível à implantação efetiva do Estado Democrático de Direito.

Não é por outro motivo, aliás, que a Constituição da República, em seu art. 1.º, III, dispõe:

"Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III — a dignidade da pessoa humana".

A sua magnitude constitucional, portanto, denota o seu conteúdo essencialmente político, transcendente, pois, de qualquer tentativa de contenção pelo Direito Público ou Privado.

Nessa linha de raciocínio é o pensamento do culto professor da UERJ, GUSTAVO TEPEDINO:

"Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento"⁷.

Nesse diapasão, tomando-se em contato os reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana no plano infraconstitucional, verificamos a necessidade da efetiva proteção aos *direitos da personalidade*, atualmente disciplinados pelos arts. 11 a 21 do Código Civil.

Essa tutela, portanto, afigura-se indispensável para que o comando constitucional de "promoção da pessoa humana", para utilizarmos a precisa definição de TEPEDINO, tenha plena aplicabilidade.

⁶ Cristiano Chaves de Farias e Pablo Stolze Gagliano, *A Testemunha de Jeová e a Possibilidade de Recusa a Tratamento com Transfusão de Sangue*, artigo conjunto, ainda inédito.

⁷ Gustavo Tepedino, *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XXV.

Sobre os direitos da personalidade, aliás, já tivemos oportunidade de escrever que são *aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais*⁸.

O reconhecimento jurídico formal dos direitos da personalidade é relativamente recente, sendo, inclusive, sintomático que somente agora venham a ser consagrados no Código Civil brasileiro⁹.

Alguns dos direitos da personalidade, porém, se examinados em relação ao Estado (e não em relação aos outros indivíduos), ingressam no campo das *liberdades públicas*, consagradas pelo Direito Constitucional.

Distinguem-se as duas noções, normalmente, quanto ao plano e ao conteúdo.

No primeiro caso, tem-se que os direitos da personalidade situam-se acima do direito positivo, sendo considerados, em nosso entendimento, inerentes ao homem, devendo o Estado, por meio das normas positivas, apenas reconhecê-los e protegê-los.

Todavia, mesmo que tal reconhecimento não ocorra, esses direitos continuariam existindo, em função de seu caráter transcendente da natureza humana, ao contrário das chamadas *liberdades públicas*, que dependem necessariamente da positivação para assim serem consideradas.

No que diz respeito ao conteúdo, a diferença é uma consequência do parâmetro anterior, pois o surgimento de novas liberdades públicas, pertencentes a categorias transindividuais (econômicas e sociais, por exemplo), não se coaduna com o caráter individual dos direitos da personalidade.

O reconhecimento de tais direitos, portanto, liga-se umbilicalmente com a consagração constitucional do *princípio da dignidade da pessoa humana*, e, conseqüentemente, acaba por se refletir no campo do Direito Contratual.

Não se concebe mais, portanto, nesse diapasão, que o tratamento dispensado ao contratante subjugue o respeito que se deve ter em face da pessoa humana.

Valores tais como a vida, a imagem, a privacidade, a integridade física etc. não podem ser desconsiderados a pretexto de se exigir determinada prestação.

⁸ Cf. volume I, Cap. V, desta obra.

⁹ A imprecisão doutrinária a respeito da teoria dos direitos da personalidade, cujo reconhecimento pleno só se deu recentemente, é apontado pelo saudoso jurista WALTER MORAES: "A doutrina dos direitos da personalidade, cheia ainda de imprecisões, contradições e perplexidades, continua a não dispensar o arrimo retórico para suprir o seu déficit de clareza e coerência" (Concepção Tomista de Pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade, *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 188, jul./set. 2000).

Com isso, entretanto, não queremos dizer que, pactuada uma avença, o contrato não deva ser cumprido e que o princípio da autonomia privada e da livre-iniciativa foram desprezados.

Não é isso.

O que estamos a dizer é que, ao se exigir o cumprimento forçado de uma prestação inadimplida, o credor não pode pretender lançar mão de mecanismos atentatórios à dignidade da pessoa humana, senão quando a própria Constituição expressamente admitir o sacrifício de um valor individual tendo em vista fins superiores¹⁰.

E a prevalência do ditame constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana, em face de quaisquer outros princípios, de natureza econômica ou não, é resultado da aplicação do *princípio da proporcionalidade*, que tem nitida função regulatória em nosso sistema jurídico.

E para que tenhamos a exata noção do alcance deste último princípio, perfeitamente aplicável à seara contratual, vejamos as ponderações do ilustrado Professor da PUCSP, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, maior autoridade brasileira no assunto:

“Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, consignados em direitos coletivos e difusos, igualmente respeitando os direitos individuais fundamentais, faz-se necessária não só a existência de normas para pautar essa atividade que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para ponderar até que ponto vai-se dar preferência ao todo ou às partes (princípio da proporcionalidade), o que também não pode ir além de certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim”¹¹

E esse mesmo princípio, em nosso sentir, fará prevalecer a dignidade da pessoa humana, quando da eventual colidência com outros ditames de envergadura moral, axiológica e jurídica menor, segundo as circunstâncias do caso concreto.

Nessa linha de intelecção, e apenas a título de ilustração, consideramos absurda a possibilidade de o credor (instituição financeira), em um *contrato de alienação fiduciária em garantia*, e visando a satisfazer o seu crédito, poder pleitear a *prisão civil do devedor/fiduciante*, uma vez que tal prerrogativa, além de ferir o equilíbrio do próprio sistema jurídico — visto que, em geral, os demais credores não dispõem desse instrumento de coerção (princípio da

¹⁰ E o caso da prisão civil nos alimentos, que se ampara na necessidade de se tutelar o alimentando, na sua expectativa de vida digna.

¹¹ Willis Santiago Guerra Filho, *A Filosofia do Direito*, cit., p. 87.

igualdade) —, viola ainda, claramente, o *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*.

Sobre esse tormentoso tema, aliás, já anotamos que:

“Dessa forma, não sendo o bem encontrado, a ação de busca e apreensão — prevista pelo DL n. 911/69, e que tem por base o contrato de alienação fiduciária — converter-se-ia em ação de depósito — a qual tem por fundamento um contrato de depósito — apenas para permitir a prisão civil do devedor.

Argumentam, os defensores da lei, que a alienação fiduciária compreenderia também uma prestação típica de depósito, imposta ao devedor, que deve guardar e conservar aquilo que não lhe pertence.

Cuidou-se de equiparar, ainda que formalmente, o devedor (fiduciante) ao credor (fiduciário), com o escopo de viabilizar a sua prisão civil, em caso de descumprimento da sua obrigação.

A prisão civil seria da pessoa física ou natural, podendo recair no representante da pessoa jurídica, segundo farta jurisprudência.

A melhor doutrina, junto a qual nos filiamos, criticou este entendimento, uma vez que o devedor não seria um mero depositário. Afinal, ele utiliza a coisa como verdadeiro proprietário, não tendo, simplesmente, obrigação de conservá-la e restituí-la. Ademais o depositário não pode, senão quando expressamente autorizado, usar a coisa, nos termos do art. 640, CC-02 (art. 1.275, CC-16), o que não é exigido do devedor/fiduciante, que a comprou exatamente para dela gozar e fruir”¹²

Em nosso sentir, a prisão civil do devedor na alienação fiduciária é um exemplo de flagrante atentado ao princípio sob análise, traduzindo-se em uma reminiscência de um Direito Civil arcaico e pouco isonômico, servil aos interesses de determinadas categorias.

Nesse diapasão, concluímos que qualquer investigação ou análise que fizermos a partir de agora, a respeito do Direito Contratual, deverá pautar-se também neste superior princípio (da proporcionalidade), informativo de todo o nosso ordenamento civil-constitucional.

3. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE OU DO CONSENSUALISMO

Não se pode falar em contrato sem autonomia da vontade.

Mesmo em um sistema como o nosso, que toma por *princípio maior a função social do contrato*, este não poderá, obviamente, ser distendido a ponto

¹² Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Obrigações*, cit., v. II, p. 336.

de neutralizar a livre-iniciativa das partes, consoante bem advertiu o insuperável Professor ARRUDA ALVIM:

“Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato”¹³.

E, conforme já anotamos linhas acima, mesmo tendo por vetor a sua *função social*, o contrato é um fenômeno eminentemente voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre-iniciativa.

ARNOLDO WALD, nesse particular, lembra-nos que

“a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização”¹⁴.

Essa liberdade de contratar, por sua vez, manifesta-se no plano pessoal, ou seja, na liberdade de *escolher a pessoa com a qual contratar*.

Nota-se, com isso, que, com o advento do liberalismo, mormente após a propagação das ideias iluministas, esse importante princípio ganhou ainda mais visibilidade.

A autonomia da vontade, nessa linha, vista no plano da bilateralidade do contrato, pode ser expressa pelo denominado *consensualismo*¹⁵: o encontro das vontades livres e contrapostas faz surgir o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico contratual.

Vale lembrar, inclusive, que, tal princípio, predominante no século XIX e no primeiro quartel do século XX, sofreria pesado golpe com os movimentos sociais, os quais, entretanto, não teriam o condão de aniquilá-lo.

¹³ L. Manoel de Arruda Alvim Netto, *A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil*, texto gentilmente cedido, por via eletrônica a Pablo Stolze Gagliano, em 29-6-2004, publicado na *RT*, v. 815, e na *Revista Forense*, n. 371.

¹⁴ Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 162.

¹⁵ Autores há, como o grande mestre baiano Orlando Gomes, que fazem a distinção entre o princípio da autonomia da vontade e o princípio do consensualismo (*Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22-36). Para efeitos didáticos, porém, acreditamos ser mais útil, na modernidade, o reconhecimento pragmático de sua sinonímia, sob a ideia geral da liberdade de contratar.

Aliás, “nem mesmo os mais exacerbados regimes socialistas, como o soviético, conseguiram abolir o contrato”¹⁶. Isso porque, se nós prescindirmos da noção de vontade, conseqüentemente estaremos negando a própria existência real do contrato.

Contrato sem vontade não é contrato.

Pode ser tudo. Até tirania. Menos contrato.

Mesmo sabendo que em algumas modalidades contratuais, a exemplo daquelas pactuadas sob a forma de adesão, o âmbito de atuação da vontade é sobremaneira diminuído, não podemos negar a sua ocorrência, pois, ainda assim, o aderente tem a liberdade de contratar ou não¹⁷.

Claro está, entretanto, que, no curso do século XX, com o incremento tecnológico e a eclosão de guerras e revoluções que redesenhariam a arquitetura geopolítica do mundo, o *individualismo liberal* cederia lugar para o *intervencionismo do Estado*, que passaria a se imiscuir mais e mais na atividade econômica, abandonando o vetusto dogma francês do *laissez-faire*.

Com isso, o reflexo dessa ingerência estatal se fez sentir nos sistemas jurídicos por meio do denominado “dirigismo contratual”.

No dizer do culto WALD:

“As ideias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o Direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do Direito do Trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor”¹⁸.

As leis civis, portanto, pouco a pouco, deixariam de ser meramente abstencionistas, passando a intervir na seara das relações negociais, coibindo abusos e reequilibrando a balança contratual por meio da previsão de instrumentos ou mecanismos jurídicos em favor do hipossuficiente econômico (inversão do ônus da prova, responsabilidade civil objetiva, desconsideração da pessoa jurídica, teoria da imprevisão etc.).

E uma nítida demonstração desse fenômeno, no Brasil, como visto, foi a aprovação do nosso Código de Defesa do Consumidor — Lei n. 8.078, de 1990.

¹⁶ René David, citado por Humberto Theodoro Jr., *O Contrato e Seus Princípios*, Rio de Janeiro: Aide, p. 13.

¹⁷ Difícil imaginar que alguém possa, voluntariamente, querer ficar sem água ou luz, por exemplo, mas, mesmo em tais casos, em que o objeto do contrato é um serviço essencial, não se pode concluir, em nosso sentir, que a contratação é imposta ou coativa.

¹⁸ Arnaldo Wald, *O Contrato: Passado, Presente e Futuro*, artigo jurídico citado, p. 44.

Nota-se, por conseguinte, de todo o exposto, que a autonomia da vontade e o consensualismo permanecem como base da noção de contrato, *embora limitados e condicionados por normas de ordem pública em benefício do bem-estar comum*.

FERNANDO NORONHA, que prefere utilizar a expressão "autonomia privada" em substituição à "autonomia de vontade", demonstra, em sua obra, como o valor desta última tem sofrido restrições de outros princípios igualmente indispensáveis à efetivação da justiça contratual:

"Foi a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual — os quais, aliás, nunca deixaram de estar latentes em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificialmente acrescentado ao princípio da (velha) autonomia da vontade"¹⁹

Nesse diapasão, podemos afirmar que a limitação da manifestação de vontade dos contratantes, imposta por normas de ordem pública (dirigismo contratual), tornou-se necessária, para que a liberdade volitiva, sem contenção, não se convertesse em abuso.

LUIS DÍEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN afirmam, com propriedade, que a *autonomia privada* deve sofrer os seguintes condicionamentos²⁰:

a) da Lei — a lei, manifestação maior do poder estatal, interfere no âmbito da autonomia privada, posto sem aniquilá-la, para salvaguardar o bem geral;

b) da Moral — trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa;

c) da Ordem Pública — também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia.

Todas essas limitações não significam, como se disse, aniquilação da autonomia privada, pois, sem esta, as relações de direito privado se estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso.

Apenas, como visto acima, vive-se um momento histórico marcado por disputas geopolíticas e imprevisão econômica, no qual o *individualismo selvagem* cedeu lugar para o *solidarismo social*, característico de uma sociedade

¹⁹ Fernando Noronha, *O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais (Autonomia Privada, Boa-Fé, Justiça Contratual)*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 122.

²⁰ Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, apud Joelma Ticianelli, Limites Objetivos e Subjetivos do Negócio Jurídico na Constituição Federal de 1988, in *Direito Civil Constitucional — Caderno 1*, org. por Renan Lotufo, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 41. Ver também o nosso volume I, Parte Geral, citado, Cap. X.

globalizada, que exige o reconhecimento de normas limitativas do avanço da autonomia privada, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

“Tal passagem, contudo, não se deu sem dor e perda”, pontifica EDUARDO TAKEMI KATAOKA, “muitos autores chegaram a proclamar a morte, o declínio e o fim do Direito. Efetivamente, aquele ‘beio’ Direito de segurança, conceitos fechados e igualdade formal morreu, declinou, acabou. Um novo Direito surge, como aparece todos os anos uma nova safra dos grandes vinhos do passado, cabendo a nós degustar ambos. É preciso encarar o novo com otimismo e não com a nostalgia do passado irremediavelmente perdido”²¹.

Em síntese, temos que, como corolário da liberdade individual no campo negocial, a liberdade contratual foi erigida realmente ao patamar de princípio, mas que, por sua vez, não pode ser interpretado de forma absoluta.

Assim, envolvem-se, nessa ideia de liberdade contratual e suas limitações por preceitos de ordem pública, três modalidades distintas que podem ser didaticamente compreendidas da seguinte forma:

a) a própria liberdade de contratar: em regra, ninguém pode ser forçado a celebrar um negócio jurídico, pois isso importaria em um vício de consentimento a macular a validade da avença. Numa evidente flexibilização de tal regra (o que já mostra que nenhum princípio pode ser encarado seriamente como uma verdade absoluta para toda e qualquer situação, mas sim somente como uma verdade socialmente aceita, enquanto socialmente aceita), o direito positivo consagrou algumas situações de contratação obrigatória, como, por exemplo, em determinadas modalidades securitárias;

b) a mencionada liberdade de com quem contratar: aqui, também, se visualiza uma ressalva, quando se verifica, por exemplo, a ocorrência de um monopólio na prestação de serviços, o que, por outro lado, também é hodiernamente combatido por normas de Direito Econômico, na busca da realização da livre concorrência, princípio constitucional insculpido no art. 170, IV, da Carta de 1988;

c) a liberdade de estabelecimento do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar. Da mesma forma, constata-se facilmente uma limitação de tal modalidade no fenômeno do dirigismo contratual, sendo o contrato individual de emprego o exemplo mais evidente disso, uma vez que seu conteúdo mínimo é todo estabelecido, no sistema brasileiro, por normas constitucionais (art. 7.º da CF/88) e infraconstitucionais (CLT e legislação complementar).

²¹ Eduardo Takemi Kataoka, Declínio do Individualismo e Propriedade, in Gustavo Tepedino, *Problemas de Direito Civil Constitucional*, p. 459.

4. PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO

O princípio da força obrigatória, denominado classicamente *pacta sunt servanda*, traduz a natural cogência que deve emanar do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social.

De nada valeria o negócio, se o acordo firmado entre os contraentes não tivesse força obrigatória.

Seria mero protocolo de intenções, sem validade jurídica.

Segundo ORLANDO GOMES, "o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários a sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos"

E arremata o ilustre civilista baiano: "Essa força obrigatória, atribuída pela lei aos contratos, é a pedra angular da segurança do comércio jurídico"²².

Nada temos contra esse princípio.

Pelo contrário.

Sem o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica, em franco prejuízo à segurança das relações negociais.

Apenas defendemos, firmemente, que esse princípio não pode ser levado às suas últimas consequências.

Em outras palavras, não admitimos que se empreste ao *pacta sunt servanda* caráter absoluto.

Enquanto predominaram as ideias liberais e individualistas do século XIX, era natural e até compreensível que, partindo-se da ideia (posteriormente reputada como equivocada) de que as partes são formalmente iguais, a vontade que delas emanasse poderia traduzir-se em *lei imutável*.

Todavia, esse princípio da força obrigatória, manifestado especialmente na imodificabilidade ou intangibilidade dos termos do contrato, tornou-se um nefasto instrumento de opressão econômica.

As mudanças por que passou a humanidade no decorrer do século XX, alimentadas por um inimaginável esforço bélico, acentuariam as desigualdades sociais, facilitando a opressão do fraco pelo forte.

Com isso, consoante anotamos no Capítulo I, as leis perderiam o seu caráter de neutralidade, passando a interferir na atividade econômica e comercial.

Nesse contexto, não poderia o princípio sob análise subsistir incólume.

²² Orlando Gomes, ob. cit., p. 36.

Em uma época como a atual, em que os contratos paritários cedem lugar aos contratos de adesão, o *pacta sunt servanda* ganhou um matiz mais discreto, temperado por mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual, a exemplo da teoria da imprevisão²³.

Aliás, a teoria da imprevisão, construída a partir da revivescência da vetusta cláusula *rebus sic stantibus* do direito canônico, é invocada quando um acontecimento superveniente e imprevisível torna excessivamente onerosa a prestação imposta a uma das partes, em face da outra que, em geral, se enriquece à sua custa ilícitamente.

Interessa observar que o enriquecimento da parte contrária à que se onera não é elemento indispensável para a ocorrência da teoria, visto que situações há, nas quais a própria parte credora também resta prejudicada pela superveniência do acontecimento imprevisível.

Nesse sentido, OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, citando respeitável doutrina:

"Como afirma RUI ROSADO DE AGUIAR JUNIOR:

'é possível que o fato futuro se abata sobre o devedor sem que daí decorra maior vantagem para o credor, e nem por isso deixa de existir a onerosidade excessiva que justifica a extinção ou a modificação do contrato por iniciativa do devedor'.

REGINA BEATRIZ PAPA DOS SANTOS também adverte sobre a impropriedade de se associar ambas as exigências:

'Alguns autores acreditam que deve ocorrer também o enriquecimento indevido para a outra parte, favorecida pelo desequilíbrio contratual, do que se ousa discordar, pois, casos há em que a onerosidade excessiva para uma das partes não implica em lucro excessivo para a outra, mas, sim, até em algum prejuízo, por sofrer também as consequências da alteração das circunstâncias e, além disso, a finalidade principal da imprevisão é socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual e não punir a parte que se enriquecerá com esse desequilíbrio'²⁴.

Em outras palavras, por meio da teoria da imprevisão — que, *sob nova roupagem*, pode também ser denominada teoria da onerosidade excessiva — quer-se evitar o empobrecimento injustificado da parte contratante.

Nessa linha, uma vez configurados os pressupostos da teoria, a parte lesada poderá ingressar em juízo pleiteando a *revisão* ou a *resolução do contrato*.

²³ Sobre essa teoria discorreremos pormenorizadamente, inclusive com remissão a legislação consumerista, no Capítulo XVI ("Teoria da Imprevisão e Resolução por Onerosidade Excessiva") deste tomo, para o qual remetemos o leitor.

²⁴ Otávio Luiz Rodrigues Junior, *Revisão Judicial dos Contratos*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 125.

Nota-se, assim, dessa simples análise, que a teoria em questão mitiga ou relativiza o princípio da força obrigatória, na medida em que este só deverá incidir plenamente quando, por razão de justiça, as condições econômicas da execução do contrato forem similares às do tempo de sua celebração.

Mudanças bruscas, portanto, durante a execução, e que impliquem injusta alteração na base econômica do contrato, poderão justificar a revisão de sua balança econômico-financeira.

Com isso, podemos facilmente perceber como o *pacta sunt servanda*, nos dias que correm, tornou-se visivelmente menos rígido, da mesma forma como vislumbramos no princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo.

5. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE SUBJETIVA DOS EFEITOS DO CONTRATO

Regra geral, os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, razão por que se pode afirmar que a sua oponibilidade não é absoluta ou *erga omnes*, mas, tão somente, *relativa*.

Como negócio jurídico, em que há a manifestação espontânea da vontade para assumir livremente obrigações, as disposições do contrato, *a priori*, somente interessam às partes, não dizendo respeito a terceiros estranhos à relação jurídica obrigacional.

Assim, o contrato celebrado entre Caio e Tício não pode, em princípio, afetar Florisvaldo.

Todavia, existem figuras jurídicas que podem excepcionar esta regra.

É o caso, por exemplo, da *estipulação em favor de terceiro e do contrato com pessoa a declarar*.

Por meio da primeira previsão, uma parte convencionou com o devedor que este deverá realizar determinada prestação em benefício de outrem, alheio à relação jurídica obrigacional original.

Na mesma linha, o *contrato com pessoa a declarar* é uma figura contratual consagrada expressamente pelo novo Código Civil, consistindo, em verdade, em uma promessa de prestação de fato de terceiro, que também titularizará os direitos e obrigações decorrentes do negócio, caso aceite a indicação realizada.

Para fins didáticos, trataremos dessas duas figuras em um capítulo próprio, dado o seu elemento comum ser de estipulações contratuais relacionadas a terceiros²⁵.

²⁵ Confira-se o Capítulo VII ("Das Estipulações Contratuais em Relação a Terceiros") deste tomo.

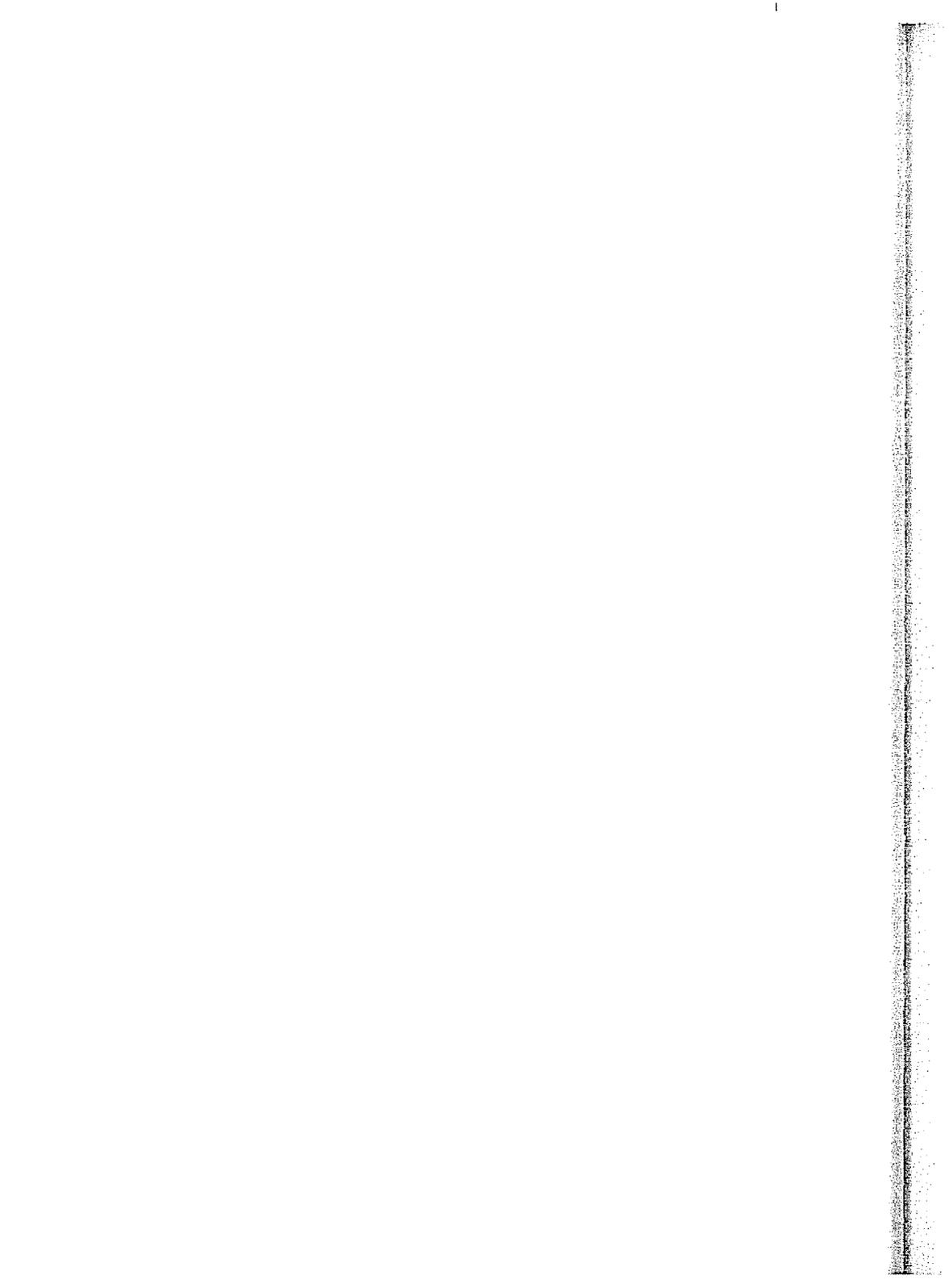
O que é importante destacar, porém, como arremate deste capítulo, e que, como todos os demais princípios tradicionais aqui descritos, também se verifica, na modernidade, sem trocadilho, a “relativização do princípio da relatividade subjetiva”, quando se constata, por exemplo, a violação de regras de ordem pública e interesse social, como no caso da declaração de nulidade de cláusula contratual abusiva, em atuação judicial do Ministério Público, na defesa dos consumidores (CDC, art. 51, § 4.º).

Como visto, tudo aquilo que, outrora, era tido como princípio do Direito Privado, referente a contratos, tem se flexibilizado em função de outros interesses, não necessariamente limitados às partes contratantes, o que nos parece uma consequência evidente do macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como daquilo que PAULO LUIZ NETTO LÔBO chama de “princípios sociais dos contratos”²⁶

Feitas tais considerações, passaremos a estudar, nos próximos capítulos, justamente tais princípios sociais, a saber, os *princípios da função social do contrato, da equivalência material e da boa-fé objetiva*.

Vamos então.

²⁶ “Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios individuais do contrato, a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu triplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo” (“Princípios Contratuais”, in Paulo Luiz Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Júnior (coordenadores), *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*, Recife: Ed. Nossa Livraria, 2003, p. 14).



Capítulo IV

Função Social do Contrato e Equivalência Material

Sumário: 1. Princípios sociais dos contratos: mudança de mentalidade jurídica. 2. Função social do contrato. 2.1. Buscando uma delimitação conceitual. 2.2. A função social do contrato no Código Civil de 1916: análise da omissão legislativa. 2.3. Função social do contrato no Código de 2002: análise do art. 421. 2.4. A função social do contrato e os defeitos do negócio jurídico. 3. Princípio da equivalência material.

1. PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS: MUDANÇA DE MENTALIDADE JURÍDICA

Cuidamos de destacar, em capítulos próprios, os *princípios da função social do contrato, da equivalência material e da boa-fé objetiva*, dada a importância que eles mesmos assumiram no sistema principiológico do Direito Contratual contemporâneo.

De fato, a grande contribuição da doutrina civil moderna foi trazer para a teoria clássica do direito contratual determinados princípios e conceitos, que, posto não possam ser considerados novos, estavam esquecidos pelo civilista.

Como se pode notar, trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa.

Aliás, de nada adianta concebermos um contrato com acentuado potencial econômico ou financeiro, se, em contrapartida, nos depararmos com um impacto negativo ou desvalioso no campo social.

Imagine-se, por exemplo, o contrato para a construção de uma obra de vulto, ou, até mesmo, a instalação de uma indústria.

Tal negócio não pode ser avaliado apenas sob o prisma formal dos seus pressupostos de validade — agente capaz, objeto lícito, forma prescrita em lei etc.

E os seus reflexos ambientais?

E os seus reflexos trabalhistas?

E os seus reflexos sociais?

E os seus reflexos morais (no âmbito dos direitos da personalidade)?

O contrato, portanto, para poder ser chancelado pelo Poder Judiciário deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica.

Com isso, queremos dizer que o fenômeno da *socialização do contrato (função social)* e o reconhecimento da *boa-fé objetiva* são mais do que simples parâmetros interpretativos, traduzindo, sobretudo, normas jurídicas (princípios) de conteúdo indeterminado e natureza cogente, que devem ser observadas pelas partes no contrato que celebrarem.

Destaque-se, entretanto, importante aspecto do tema objeto deste capítulo: entendemos que a *boa-fé objetiva* e a *função social do contrato* traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), sem prejuízo de podermos também admitir a sua *força principiológica*, que já encontrava assento na própria Constituição Federal.

E, enquanto cláusulas gerais, lembremo-nos da precisa advertência de JUDITH MARTINS-COSTA, indispensável antes de mergulharmos na profundidade desses apaixonantes temas:

“Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipológicas sociais, dos usos e costumes. Não se trata — é importante marcar desde logo esse ponto — de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais ensina a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via de jurisprudência”¹.

¹ Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299. Cumpre-nos registrar que esta ilustrada autora, após mencionar a existência de controvérsia doutrinária, traça diferença entre *cláusula geral* e *princípio jurídico* (p. 315 e s.), e, também, entre *cláusula geral* e *conceitos indeterminados* (p. 324 e s.). Não perfilhamos, *data venia*, tal entendimento, por não reconhecermos a exis-

Feitas tais considerações, passemos à minuciosa análise da matéria, destacando que, neste capítulo, trataremos dos princípios da função social do contrato e da equivalência material dos contratantes, reservando o próximo capítulo para o estudo da boa-fé objetiva.

2. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A socialização da ideia de contrato não é ideia nova.

A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a *função social do contrato* ganhou contornos mais específicos.

Registre-se, nesse ponto, a arguta observação da magistral GISELDA HIRONAKA a respeito da intelecção da palavra "social"

"Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta ideia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada 'doutrina da função social'"¹.

Já vimos, em capítulo anterior², que o contrato é figura que acompanha as mudanças de matizes da propriedade, experimentando inegável interferência deste direito.

Ora, ao constatar-mos o inafastável conteúdo político da propriedade, erigida à condição de direito fundamental na Carta da República³, é forçoso convir que as modificações no seu trato ideológico refletir-se-iam na seara contratual.

tência de suficiente substrato diferencial, mormente na perspectiva dogmática, entre esses conceitos. Ademais, não haveria também, em nosso sentir, reflexo de tal diferenciação no plano eficaz. Por tais razões, utilizamos as referidas expressões no mesmo sentido.

¹ Giselda Maria F. Novaes Hironaka, *Direito Civil — Estudos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 105.

² Cf. Capítulo I ("Introdução à Disciplina Jurídica dos Contratos").

³ Constituição Federal de 1988: "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII — e garantido o direito de propriedade;

XXIII — a propriedade atenderá a sua função social;

A partir do momento em que se começou a perceber que a propriedade somente mereceria tutela se atendesse a uma determinada finalidade social, abandonou-se o antigo modelo *oitocentista* de concepção desse direito, que cederia lugar a uma doutrina mais afinada aos anseios da sociedade atual.

Com isso, *socializando-se a noção de propriedade*, o contrato, naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno, ainda que o reconhecimento legal dessa alteração no seu trato ideológico não se houvesse dado de forma imediata.

2.1. Buscando uma delimitação conceitual

Devemos, de logo, ressaltar que a *função social do contrato* traduz conceito sobremaneira aberto e indeterminado, impossível de se delimitar *aprioristicamente*.

HUMBERTO THEODORO JR., citando o competente professor curitibano PAULO NALIN, na busca por delimitar as suas bases de intelecção, lembra-nos, com acerto, que a função social manifestar-se-ia em dois níveis⁵:

a) *intrinseco* — o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;

b) *extrinseco* — o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado.

De fato, é perfeitamente adequada a sistematização e o trato ideológico da função social do contrato, segundo a doutrina de NALIN⁶.

Sem pretendermos exaurir esforços na hercúlea tarefa de definir a função social do contrato, ela poderá, por outro lado, ser *delimitada* no espaço jurídico de atuação em que se projeta.

XXIV — a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV — no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI — a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

⁵ Humberto Theodoro Jr., *O Contrato e Sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

⁶ Confira-se sua excelente obra: Paulo Roberto Nalin, *Do Contrato: Conceito Pós-moderno — Em Busca de Sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*, Curitiba: Iurua, 2001.

Em um primeiro plano, a socialização da ideia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais.

Nesse sentido, repercute necessariamente no trato ético e leal que deve ser observado pelos contratantes, em respeito à cláusula de boa-fé objetiva, a ser estudada no próximo capítulo.

E nessa perspectiva temos que a relação contratual deverá compreender os *deveres jurídicos gerais* e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou não fazer), bem como deverão ser levados em conta os *deveres anexos ou colaterais* que derivam desse esforço socializante.

Com isso, obrigações até então esquecidas pelo individualismo cego da concepção clássica de contrato ressurgem gloriosamente, a exemplo dos *deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade* etc. E todo esse sistema é, sem sombra de dúvidas, informado pelo princípio maior de *proteção da dignidade da pessoa humana*.

Em um segundo plano, o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social.

Isso mesmo: desenvolvimento social.

Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo com que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana.

Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado.

Por isso, ao concebermos a figura do contrato — quer seja o firmado entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública — não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência.

Consoante inferimos linhas acima, como chancelar como válido, por exemplo, um negócio que, posto atenda aos seus pressupostos formais de validade, despreze leis ambientais ou pretenda fraudar leis trabalhistas?

Na mesma linha, não se pode admitir contratos que violem a livre concorrência, as leis de mercado ou os postulados de defesa do consumidor, sob o pretexto de se estar incentivando a livre-iniciativa.

Nessa mesma linha de intelecção, é o pensamento de EDUARDO SENS SANTOS:

“... o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social — uma função pela sociedade — quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja

respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade — em suma, que o contrato seja socialmente justo”⁷

Com isso, repita-se, não se está pretendendo aniquilar os princípios da *autonomia da vontade* (ou *autonomia privada*) ou do *pacta sunt servanda*, mas, apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes.

Como já diziam os antigos, em conhecido ditado, “*nem tanto ao mar, nem tanto à terra*”, ou seja, não pode ser considerado justo o modelo de contrato que só contemple a manifestação de vontade da parte declarante, seguindo diretriz tipicamente liberal, impondo-se, outrossim, a observância dos limites traçados pela própria ordem social, a fim de que a perseguição dos interesses das partes contratantes não esbarre em valores constitucionais superiores, condensados sinteticamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para nós, a *função social do contrato* é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precioso efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.

E essa socialização traduz, em nosso sentir, um importante marco na história do Direito, uma vez que, com ela, abandonaríamos de vez o modelo clássico-individualista típico do século XIX.

“A autonomia da vontade”, pontifica JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, “marca registrada da teoria contratual do século XIX, gera ou é gerada por uma concepção de direito como expressão de faculdades individuais, entre elas a vontade de um soberano, e à noção de poder como capacidade de imposição da própria vontade, vontade que obriga”⁸

Essa correção de rumos, portanto, humaniza a ideia de contrato, rendendo ensejo a que seja banido de vez de nosso sistema o péssimo hábito de se encarar o contrato como uma *rede de caça*, em que o forte subjuga o fraco, utilizando, sobretudo, a técnica covarde da imposição de *cláusulas leoninas*⁹.

⁷ Eduardo Sens Santos, O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato, in *Revista Brasileira de Direito Privado*, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, p. 29.

⁸ José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História — Lições Introdutórias*, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 400.

⁹ Exemplo de lei que traduz essa nova mentalidade socializante é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990).

De tudo o que dissemos até aqui, já se pode verificar que o Direito Contratual brasileiro passou, mormente após a edição de nossa Constituição de 1988, por um inegável processo de socialização, ou, por que não dizer, de “democratização jurídica”.

Em verdade, garantias constitucionais, tais como as que impõem o respeito à função social da propriedade, ao direito do consumidor, à proteção do meio ambiente, às leis trabalhistas, à proteção da ordem econômica e da liberdade de concorrência, todas elas, conectadas ao princípio de *proteção à dignidade da pessoa humana*, remetem-nos à ideia de que tais conquistas, sob nenhuma hipótese ou argumento, poderão, posteriormente, virem a ser minimizadas ou neutralizadas por nenhuma lei posterior.

Nessa mesma linha, a socialização do contrato, devidamente amparada no sistema constitucional e consagrada expressamente pelo art. 421 do Código Civil, não poderia, em nosso entender, sofrer ulterior constrição ou violência por parte de outra lei ordinária, sob pena de flagrante *mconstitucionalidade*.

A essa conclusão chegamos, uma vez que, ao ferir esse princípio, os direitos e as garantias acima mencionados também restariam vulnerados.

Nesse passo, lembramo-nos do que o magistrat J. J. GOMES CANOTILHO denominou *princípio da vedação ao retrocesso ou do não retrocesso social*:

“Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”.

E mais adiante arremata:

“O reconhecimento desta proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alcançadas”¹⁰.

Embora concebido, segundo esse trecho do pensamento do ilustre constitucionalista, para ser aplicado sobretudo em defesa dos direitos sociais, nada impede que transplantemos o *princípio do não retrocesso social* para o âmbito do direito contratual, uma vez que, segundo a perspectiva constitucional pela qual estudamos esse último, a violação da função social do contrato traduzir-se-ia, sem dúvida, em inegável retrocesso em nossa nova ordem jurídica.

¹⁰ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 322-3.

2.2. A função social do contrato no Código Civil de 1916: análise da omissão legislativa

Não por simples razão histórica, o Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato e da propriedade.

Quando da elaboração do seu projeto (1899) — fruto do empenho de CLÓVIS BEVILÁQUA, com inegável influência do esforço dos juristas que o antecederam, com destaque para TELXEIRA DE FREITAS — vivia-se em uma sociedade de economia rudimentar, pós-escravocrata, e recém-ingressa na República¹¹.

Todos esses fatores, agregados ao poderio reacionário e à força política dos senhores de terra, apontavam no sentido oposto ao da socialização da propriedade e, por consequência, do contrato.

Com isso, acentuou-se uma nítida vocação materialista do Código de 1916, pouco afeito aos valores essenciais da pessoa humana, e imbuído cegamente do firme propósito de tutelar o *crédito* e a *propriedade*, mantendo ainda, a todo o custo, a *estabilidade da família casamentária*, pouco importando a dignidade do devedor ou o reconhecimento do filho bastardo.

Embora não possamos negar a sua grandeza técnica, sem cometermos grave injustiça, o fato é que o codificador de 1916 absorveu, demasiadamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então.

Aliás, se fizermos uma detida análise do pensamento filosófico do grande BEVILÁQUA, elaborador do projeto do Código de 1916, poderemos detectar nítida *vocação positivista*, com acentuados matizes de *materialismo existencial*: “Resta, pois, por exclusão, a necessidade de acreditarmos numa causa externa para as nossas sensações. E esta causa, se ainda fugirmos à providência, ao espírito soberano (governing spirit), de Berkeley, há de ser forçosamente *a matéria*”¹² (grifamos).

¹¹ Sobre a história da codificação brasileira, confira-se o Capítulo II (“A Codificação do Direito Civil”) do v. I (“Parte Geral”) desta obra.

¹² Clóvis Beviláqua, *Filosofia Geral*, São Paulo: EDUSP-Grijalbo, p. 112. Em pesquisa preparatória de exposição oral no Curso de Mestrado da PUCSP, na disciplina Filosofia do Direito, dirigida pelo culto Professor Dr. Willis Santiago Guerra Filho, Pablo Stolze Gagliano realizou estudo do pensamento filosófico do grande Clóvis Beviláqua, observando, em sua doutrina positivista, acentuados traços cientificistas, senão darwinianos, com inequívoca aversão à metafísica. Alguns trechos do livro estudado merecem referência, como este em que afirma (injustificadamente, em nosso sentir) que nosso povo, pelas próprias condições étnicas, climáticas, geográficas e econômicas, é vocacionado à moleza e à inaptidão científica: “As condições étnicas fazem com que nós só possamos valer alguma coisa pela pujança de nossa lírica; as condições econômicas mal nos permitem esse respiradouro. Consequência — nulidade científica (p. 36)”. E adiante, comentando a necessidade de se valorizar a investigação científica,

E foi somente a partir do primeiro quarto do século XX, como já vimos, que o Estado Liberal cederia lugar ao Estado Social, refletindo-se esse processo político na ordem jurídica mundial.

No Brasil, entretanto, após vivermos os negros anos da ditadura, esse reflexo só viria a ser sentido mais tarde, com o processo político de redemocratização e a implantação efetiva, no plano constitucional, do Estado de Direito.

Isso mesmo.

Por incrível que possa parecer, a nossa legislação contratual — e civil em geral — somente se aperfeiçoou, alinhando-se aos sistemas mais avançados do mundo ocidental, após a entrada em vigor da atual Constituição Republicana. Com ela, valores de elevação da pessoa humana, além de princípios norteadores de um planejamento econômico sustentado, fariam com que a nossa legislação ordinária, sob muitos aspectos obsoleta, viesse a ser repensada e reconstruída.

Comprovando esse fato, veja o nosso amigo leitor quantas leis — reputadas avançadas — foram editadas após a Magna Carta de 1988: o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), as Leis de Proteção à Ordem Econômica (Leis n. 8.137/90, 8.176/91 e 8.884/94, entre outras), a Lei Punitiva de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98), a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), a Lei do Bem de Família (Lei n. 8.009/90) etc.

Tudo isso a demonstrar a veracidade do que dissemos: a abertura do nosso horizonte ideológico na perspectiva civil deu-se, efetivamente, após a Constituição de 1988.

Entretanto, um ponto deve ser ressaltado.

Se, em nossa sociedade, a *cultura que diz respeito à Constituição* fosse mais valorizada e incentivada, talvez não precisássemos de tantas leis, medidas provisórias, decretos ou regulamentos, os quais, muitas vezes, explicitam simplesmente o *óbvio*.

E o óbvio é aquilo que já estava na Magna Carta, embora a miopia intelectual dos aplicadores do direito — alimentada muitas vezes por poderosas forças políticas ou econômicas — negasse a reconhecer.

advertir: “e não é pequeno serviço esse, para um povo a que o clima prodigalizou indolência e moleza (p. 42)”. Finalmente, antes que o nosso leitor decepcione-se de vez com o renomado autor, observamos que o mesmo não perdeu de vez a esperança em nossa força, quando profetiza: “Alicerce para uma grande nação nós possuímos, vê-se, o que nos falta, é energia no povo para arredar de seu caminho os homens que tudo sacrificam a seus interesses pessoais, e ao governo perspicácia para compreender as necessidades do país e seus elementos de vida (p. 33)”.

Vivemos, no Brasil, em larga escala — e aqui tomaremos de empréstimo uma expressão amplamente difundida entre os penalistas¹³ — um verdadeiro *Direito Civil Simbólico*.

Para cada questão que se afigure relevante, o Estado apressa-se em aprovar uma lei ou — pior — uma medida provisória, para, simplesmente, “arrefecer” os ânimos sociais acerca de determinada matéria, quando, em verdade, se tivéssemos cuidado de aplicar com *efetividade* a nossa Carta Constitucional, tal preocupação legislante restaria desnecessária.

E um exemplo do que dissemos é a própria entrada em vigor do novo Código Civil.

Sem minimizarmos o alto quilate intelectual da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de Código Civil — coordenada pelo culto MIGUEL REALE —, o fato é que, dentro da tendência *descentralizadora* do Direito Civil mundial, mais razoável seria esperar do legislador que cuidasse de modernizar setorialmente o nosso sistema — como tem sido feito na seara processual —, valendo-se dos denominados *microssistemas jurídicos*, em vez de editar todo um código — imenso, diga-se de passagem — cuja formação se deu nos negros anos da ditadura.

Os *microssistemas ou estatutos jurídicos*, por sua vez, mais dinâmicos e funcionais, viabilizariam melhor o debate social das normas, sendo de adaptação mais fácil aos preceitos constitucionais.

Mas, uma vez que o novo Código Civil tornou-se realidade, incumbe-nos, sem perdermos a nossa consciência crítica, extrair da análise de suas normas a interpretação constitucional mais justa possível.

Passado o período da *crítica a oportunidade do código*, passemos à sua *interpretação crítica*, seguindo sempre a diretriz superior da nossa Carta Constitucional.

¹³ Sobre o tema, há farta doutrina nacional e estrangeira. Para um aprofundamento, sugerimos a leitura dos excelentes trabalhos do penalista baiano Paulo de Souza Queiroz (*Direito Penal — Introdução Crítica*, São Paulo: Saraiva, 2001, e *Funções do Direito Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001), além das obras essenciais: Nils Christie, *A Indústria do Controle do Crime*, Rio de Janeiro: Forense, 1998; Raul Eugênio Zaffaroni, *Em Busca das Penas Perdidas*, Rio de Janeiro: Revan, 1991; Janaina Conceição Paschoal, *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; Leonardo Sica, *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; Nilo Batista, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 1990; Louk Hulsmans, *Penas Perdidas — O Sistema Penal em Questão*, 2. ed., Rio de Janeiro: Luam, 1997; Gamil Föppel El Hireche, *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*, Rio de Janeiro: Forense, 2004; Odone Sanguiné, “Função Simbólica da Pena”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Aequitas-Editorial Notícias, 1995; e Alessandro Baratta, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Revan, 1982.

E é nesse contexto que iremos estudar, a seguir, o tratamento dispensado pelo Código de 2002 à função social do contrato.

2.3. Função social do contrato no Código de 2002: análise do art. 421

GUILLERMO BORDA, com acerto, assevera que "*La experiencia social ha puesto de manifiesto que no es posible dejar librados ciertos contratos al libre juego de la voluntad de las partes sin perturbar la pacífica convivencia social*"¹⁴.

Nesse contexto, já vimos, durante o decorrer de todo esse capítulo, que a socialização da propriedade culminou por se refletir na seara contratual, fazendo com que o legislador deixasse de conceber o contrato apenas como um instrumento de manifestação privada de vontade, para tomá-lo como elemento socialmente agregador.

A respeito do fundamento constitucional desse princípio, cuja ressonância, sem dúvida, reverbera no *dogma maior do respeito à dignidade da pessoa humana*, PAULO NALIN, citando o culto JUNQUEIRA, complementa:

"Mas a construção do pensamento da função social do contrato envolto aos efeitos que o negócio produz na coletividade já encontra espaço na prática judiciária. Conforme parecer civil de lavra de Junqueira de AZEVEDO, é exatamente esta a noção que se extrai da leitura do multicitado artigo 170, *caput*, da Constituição da República, sendo preceito destinado a que os contratos se estabeleçam em uma 'ordem social harmônica'"¹⁵.

De fato, os princípios vetores de uma ordem econômica sustentada e equilibrada, em que haja respeito ao direito do consumidor, ao meio ambiente e, como já observamos, à própria função social da propriedade, todos eles, reunidos e interligados, dão sustentação constitucional à *função social do contrato*.

Nesse diapasão, o novo Código Civil, abrindo o capítulo dedicado à teoria geral dos contratos, consagrou esse importante preceito, nos seguintes termos:

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"

A interpretação desse dispositivo nos leva a conclusões interessantes.

Ao mencionar que a liberdade de contratar será exercida *em razão* e *nos limites* da função social do contrato, o legislador estabeleceu, de uma só vez, um critério *finalístico ou teleológico* e outro critério *limitativo* para a caracterização desse princípio.

¹⁴ Guillermo Borda, ob. cit., p. 16.

¹⁵ Paulo Nalin, ob. cit., p. 221.

Sob o primeiro enfoque, toda a atividade negocial, fruto da autonomia da vontade, encontra a sua razão de ser, o seu escopo existencial, na sua *função social*. Trata-se, nesse particular, de referência desnecessária, uma vez que não deveria o legislador assumir o papel da doutrina, para tentar apontar “razão ou justificativa” desse ou daquele princípio ou instituto, tarefa desnecessária e perigosa, pois poderá restringir indevidamente as construções pretorianas. Talvez, por esse motivo, o Projeto de Reforma do Código Civil (PL n. 6.960/2002 — atual n. 276/2007), caso aprovado, pretenda alterar o presente artigo para suprimir a expressão “em razão”, mantendo o restante da norma.

Já sob o segundo aspecto, temos que essa liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores de dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável. Nesse ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social.

O banimento das cláusulas leoninas não se deve dar apenas no âmbito trabalhista ou do consumidor, mas sim em todo e qualquer contrato, civil ou empresarial, entre partes economicamente iguais ou não¹⁶.

Assim deve ser a nova doutrina contratualista, segundo uma perspectiva civil constitucional.

Imagine-se, por exemplo, que se tenha pactuado um contrato de *engineering* (para a instalação de uma fábrica). Mesmo que o negócio pactuado seja formalmente perfeito (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei etc.), se a legislação ambiental ou de segurança no trabalho, por exemplo, houver sido violada, tal avença não haverá respeitado a sua função social, não devendo ser cancelada pelo Poder Judiciário. Na mesma linha, se se pretendeu instalar a indústria para fim de lavagem de dinheiro.

Claro está que, em caso de dano, poderá o prejudicado intentar ação indenizatória, sem que descartemos a hipótese de se poder atacar até mesmo a sua validade, pois, se a infringência ao superior princípio houver derivado de

¹⁶ “BANCOS. juros. Juros de inadimplência. Um bilhão e duzentos milhões de reais pelo financiamento de 90.000 dólares. Não ofende a lei, antes lhe dá adequada interpretação, o acórdão que manda aplicar, para depois de lançado o débito em créditos em liquidação, as taxas constantes da tabela do Tribunal para a liquidação judicial, e assim reduzir para R\$ 355.209,00 a dívida do financiamento de US\$ 90.000,00, pelo qual o Banespa estava cobrando, em 1998, a quantia de R\$ 1.282.973.258,00 (um bilhão, duzentos e oitenta e dois milhões, novecentos e setenta e três mil, duzentos e cinquenta e oito reais). Honorários em favor do advogado dos embargantes fixados com equidade. Primeiro recurso do Banco, não conhecido; conhecido e provido em parte o segundo” (STJ, REsp 494.377/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 10-6-2003, DJ, 8-3-2004, p. 260).

fraude à lei, hipótese bastante factível, nada impede que se obtenha judicialmente a nulidade do próprio contrato.

Nesse sentido, estabelece o art. 166 do Código Civil:

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I — celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II — for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III — o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV — não revestir a forma prescrita em lei;

V — for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI — *tiver por objetivo fraudar lei imperativa*;

VII — a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Vê-se, portanto, que tal regra possibilita, inclusive, que ganhe novos contornos até mesmo a legitimidade para requerer judicialmente a invalidação, pois o próprio Ministério Público poderá, desde que o interesse público assim o justifique, pretender a nulidade do contrato, nos termos acima apontados, como já lhe era reconhecido quanto às relações de consumo¹⁷, facultando-se-lhe, inclusive, lançar mão da *disregard doctrine* (*doutrina da desconsideração da pessoa jurídica*), consagrada pelo art. 50 do Código Civil¹⁸, para efeito de concretização do comando sentencial.

¹⁷ “Ação civil pública. Contrato de abertura de crédito (cheque especial). Relação de consumo. Pretensão de decretar-se a nulidade de determinadas cláusulas tidas como abusivas. Interesses ou direitos coletivos. Legitimação do Ministério Público. O contrato bancário de abertura de crédito (cheque especial) submete-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de ação que visa à proteção de interesses coletivos e apenas de modo secundário e consequencial, a defesa de interesses individuais homogêneos, ressaí clara a legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n. 2640-RJ” (STJ, REsp 292.636/RJ; REsp (2000/0132618-0), DJ, 16-9-2002, p. 190, RSTJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 11-6-2002, 4.ª Turma).

¹⁸ Como nosso livro também é pensado para os prezados amigos concursandos de todo o País, registramos que, no XIX Concurso Público para o Cargo de Procurador da República, realizado em 2003, foi exigida, na prova subjetiva, justamente esta nova visão do contrato, inclusive com citação doutrinária de alto quilate, sendo apresentada uma questão com o seguinte teor: “O contrato que tem o modelo liberal como seu paradigma, cujo princípio máximo é a autonomia da vontade, reflete, na verdade, um momento histórico que não corresponde mais a realidade atual. Essa concepção tradicional do contrato, que tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, formando lei entre as partes, sobrepondo-se à própria lei, bem como a visão do

Discorrendo a respeito desse importante princípio, ARNOLDO WALD notou que:

"A atribuição de uma função social ao contrato é decisão oportuna ao legislador que, em tese, não altera o respectivo regime jurídico, pois já se repelia o abuso de direito, com base na interpretação do art. 160 do CC/1916 e na norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5.º, XXIII), conceituando-a amplamente, ou seja, no sentido de abranger todos os bens, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos contratos. Assim, em termos gerais, pode-se considerar que o novo Código explicitou uma norma constitucional, ratificando o entendimento implícito da legislação anterior e da construção jurisprudencial"¹⁹.

Diante dessa lúcida colocação, observamos apenas que, ao consagrar expressamente esse princípio, o legislador trouxe mais segurança à atividade jurisprudencial, considerando-se que muitos juizes recalitravam em reconhecer norma que não estivesse estampada no corpo da lei codificada.

2.4. A função social do contrato e os defeitos do negócio jurídico

Nessa mesma linha de intelecção, entremostrando ainda mais a nítida preocupação *socializante* do novo Código, cuidou-se ainda de se disciplinar dois outros defeitos do negócio jurídico, intimamente conectados à ideia de solidarismo social: a lesão e o estado de perigo²⁰, e que também têm reflexo na seara contratual.

De fato, ao prever essas duas espécies de vício, pretendeu-se amparar um dos contratantes da esperteza ou ganância do outro, resguardando-se, assim, o propósito maior de se impedir, a todo custo, o abuso de direito²¹.

Pode-se conceituar a *lesão* como sendo o *prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face*

Estado ausente, apenas garantidor das regras do jogo, estipuladas pela vontade dos contratantes, já há muito vem tendo seus pilares contestados e secundados pela nova realidade social que se impõe. Dessa forma o contrato se transforma para se adequar as exigências da nova realidade..." (Alinne Arquete Leite Novais, in *Problemas de Direito Civil Constitucional*, p. 17, Org. Gustavo Tepedino, ed. Renovar) (disserte sobre) A nova teoria contratual: seus principais paradigmas e diferenças com relação a concepção tradicional de contrato".

¹⁹ Arnaldo Wald, O Novo Código Civil e o Solidarismo Contratual, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, p. 35, jul./set. 2003, ano 6.

²⁰ Nesse mesmo sentido, o culto Wald, *ibidem*, p. 36.

²¹ Sobre esse tema, conferir os tópicos 2.4 ("Lesão") e 2.5 ("Estado de perigo") do Capítulo XIII do v. I ("Parte Geral") desta obra.

do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou levandade de um dos declarantes.

Traduz, muitas vezes, o abuso do poder econômico de uma das partes, em detrimento da outra, hipossuficiente na relação jurídica.

Trata-se de uma figura jurídica com raiz no Direito Romano²², que fez história no Brasil, ontem e hoje.

Na época da imigração italiana, por exemplo, muitos coronéis induziam os lavradores a comprar mantimentos nos armazéns da própria fazenda, a preços e juros absurdos, exorbitantes. Além de atuarem de má-fé, o contrato não guardava equilíbrio econômico entre as prestações, caracterizando velada forma de extorsão.

Os anos se passaram, mas algumas práticas abusivas persistiram, com novas tonalidades e matizes.

Hoje, não mais os coronéis de outrora, mas grandes indústrias, empresas e instituições financeiras, muitas delas formando cartéis, lançam no mercado produtos e serviços, alguns de primeira necessidade, os quais são adquiridos por consumidores de todas as idades, sem que possam discutir os termos do negócio que celebram, os juros que são estipulados e as garantias que se lhes exigem.

Vivemos a era da contratação em massa, em que o contrato de adesão é o maior veículo de circulação de riquezas, e, paradoxalmente, o mais eficaz instrumento de opressão econômica que o Direito Contratual já criou.

Todo este processo, agravado pela eclosão das duas grandes guerras mundiais, e, posteriormente, pela própria globalização, levou o Estado a intervir na economia, editando leis que combatessem a usura, a eliminação da concorrência e a própria lesão nos contratos.

O primeiro diploma brasileiro a tratar da lesão, ainda que sob o aspecto criminal, foi a Lei n. 1.521, de 26-12-1951 (Lei de Economia Popular), que, em seu art. 4.º, previa:

"Art. 4.º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

(...)

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou levandade de outra parte, lucro patrimonial que

²² Destacava-se a importância da *lesão enorme (laesio enormis)* no Direito Romano. Para a caracterização do vício, bastava que, em um contrato de compra e venda, a desproporção entre as prestações fosse superior a metade do preço justo. A sua fonte histórica, segundo os romanistas, seria o Código de Justiniano.

exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros”.

A despeito de se tratar de norma penal, a doutrina firmou entendimento no sentido de que o comportamento ilícito do agente também repercutiria na seara cível, autorizando a invalidação do contrato.

Quase quarenta anos mais tarde, a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), combatendo a lesão nos contratos de consumo, em seu art. 6.º, V, elencou como direito do consumidor: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”, e, mais adiante, em seu art. 39, V, capitulou como prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Além disso, no art. 51, IV, considerou nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, complementando, em seu § 1.º, que se presume exagerada a vantagem que “III — se mostre excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do caso”.

Note-se que, na sistemática do CDC, a recusa de modificação dos termos do contrato determinará, não a simples anulação, mas a *nulidade absoluta e de pleno direito da cláusula contratual considerada abusiva*, por se reconhecer violação a superiores princípios de ordem pública.

O Código de 1916, a despeito da importância da matéria, não cuidou de indicar, entre os defeitos do negócio jurídico, a lesão.

O novo Código Civil, contornando a omissão, previu, em seu art. 157, que:

“Art. 157. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”

Analisando ainda o art. 157, pode-se concluir ter havido uma verdadeira mudança axiológica do novo Código Civil, prevendo este vício de consentimento como uma verdadeira limitação à autonomia individual da vontade, não mais admitindo o chamado “negócio da china”, uma vez que não se aceitará mais passivamente a ocorrência de negócios jurídicos com prestações manifestamente desproporcionais.

Deu-se, pois, nesse particular, atenção à *função social dos negócios jurídicos em geral, especialmente do contrato*.

Já o *estado de perigo*, também consagrado pelo novo Código Civil, é um defeito do negócio jurídico que guarda características comuns com o *estado de necessidade*, causa de exclusão de ilicitude no Direito Penal²³

Configura-se quando o agente, diante de situação de perigo conhecido pela outra parte, emite declaração de vontade para salvaguardar direito seu, ou de pessoa próxima, assumindo obrigação excessivamente onerosa.

Identifica-se, no caso, uma especial hipótese de *inexigibilidade de conduta diversa*, ante a iminência de dano por que passa o agente, a quem não resta outra alternativa senão praticar o ato.

Nesse sentido, o art. 156 do novo Código Civil:

"Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias".

Pode-se, portanto, concluir, com acerto, que a disciplina desses dois novos defeitos, ensejadores da anulabilidade do contrato celebrado, afina-se com a moderna principiologia do direito contratual, que está não apenas voltado à manifestação volitiva em si, mas, sobretudo, à própria repercussão social do negócio jurídico maculado.

3. PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL

Desenvolvido pelo culto professor e amigo PAULO LUIZ NETTO LÔBO,

²³ CP: "Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I — em estado de necessidade;

II — em legítima defesa;

III — em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1.º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2.º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços".

“o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas”²⁴.

Entretanto, diferentemente do mencionado autor, preferimos, por razões didáticas e metodológicas, tratar desse princípio como um *subproduto normativo* do princípio maior, senão axial, da *função social do contrato*, visto que, sem dúvida, no campo de abrangência deste último encontra-se subsumido.

Em verdade, tal princípio pode ser considerado um desdobramento da manifestação intrínseca da função social do contrato e da boa-fé objetiva, na consideração, pelo julgador, do desequilíbrio recíproco real entre os poderes contratuais ou da desproporcionalidade concreta de direitos e deveres²⁵, o que, outrora, seria inadmissível.

Nessa linha, como ensina o grande mestre alagoano, apresentador deste tomo:

“O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo

²⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo, *Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002, disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>. Acesso em 7 de dezembro de 2003.

²⁵ “Compra e venda. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do C. Comercial). Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 256.456/SP; REsp (2000/0039981-7), DJ, 7-5-2001, p. 147; JBCC, v. 191, p. 234, RDR, v. 20, p. 400, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22-3-2001, 4.ª Turma).

considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude das circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes”²⁶.

De fato, somente se poderá atingir o tão almejado solidarismo social, em fina sintonia com a *proteção da dignidade da pessoa humana*, se o contrato buscar, de fato, o equilíbrio entre as prestações das partes pactuantes, evitando-se, assim, o abuso do poder econômico e a tirania — já anacrônica — do vetusto *pacta sunt servanda*.

Assim, institutos jurídicos, tais como a *lesão e o estado de perigo*, já referidos, bem como a admissibilidade da *teoria da imprevisão*²⁷, a ser trabalhada em capítulo próprio²⁸, visam, afinal, resguardar essa equivalência material²⁹, e, em último plano, a própria função social do contrato.

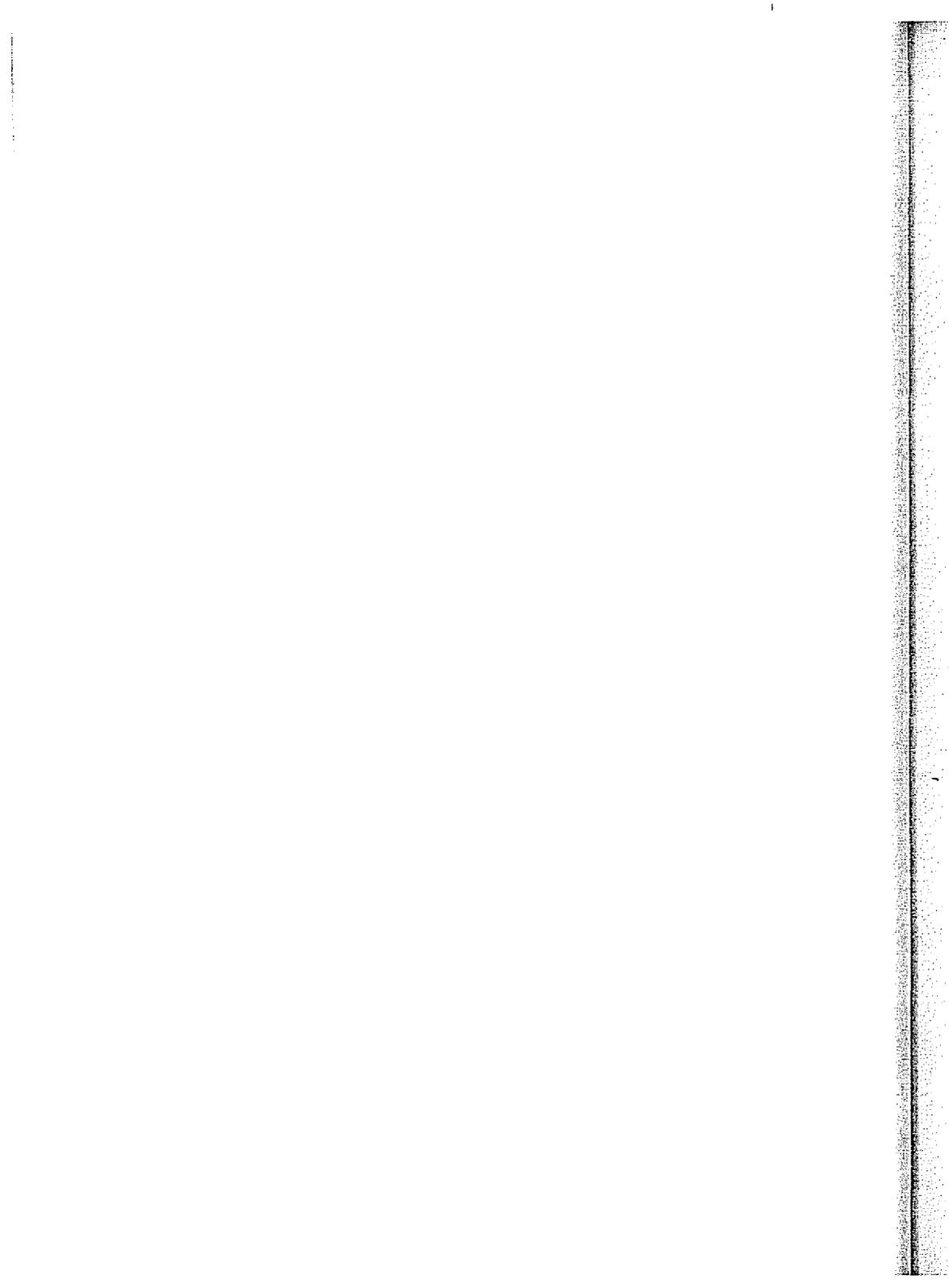
Enfrentemos, no próximo capítulo, o tema da boa-fé objetiva em matéria contratual.

²⁶ Paulo Luiz Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Júnior (coords.), *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*, Recife: Ed. Nossa Livraria, 2003, p. 18-9.

²⁷ “Apelação cível. Medida cautelar. Ação revisional. Teoria da imprevisão. Desequilíbrio contratual. 1) A lide versa sobre a desvalorização do real frente ao dólar e se refere aos contratos de compra e venda com reserva de domínio. 2) O excesso de onerosidade do contrato por conta da utilização do dólar como indexador caracteriza conduta de lesa-cidadania, promovendo o enriquecimento sem causa do credor e o simultâneo empobrecimento sem causa do devedor. 3) Considerando-se a onerosidade excessiva e o flagrante desequilíbrio contratual, os encargos decorrentes da abrupta elevação da taxa do dólar devem ser divididos entre apelante e apelado. 4) Aplicação da Teoria da Imprevisão e da melhor jurisprudência a respeito. 5) Provimento parcial do recurso da ré” (TJRS, 2005.001.36479 — Ap. Cív., Des. José Carlos Paes, j. 14-2-2006, 14.ª Câm. Cív.).

²⁸ Confira-se o Capítulo XVI (“Teoria da Imprevisão e Resolução por Onerosidade Excessiva”).

²⁹ Para um aprofundamento da matéria, recomendamos a leitura da excelente dissertação de mestrado de Camila Lemos Azi, “*O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil*”, defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia.



Capítulo V

Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual

Sumário: 1. A boa-fé como um princípio jurídico. 2. Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. 3. Compreendendo o princípio da boa-fé objetiva. 4. Funções da boa-fé objetiva. 4.1. Função interpretativa e de colmatação. 4.2. Função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção. 4.2.1. Deveres de lealdade e confiança recíprocas. 4.2.2. Dever de assistência. 4.2.3. Dever de informação. 4.2.4. Dever de sigilo ou confidencialidade. 4.3. Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos. 5. A boa-fé objetiva e o art. 422 do Código Civil brasileiro. 6. Desdobramentos da boa-fé objetiva. 6.1. *Venire contra factum proprium*. 6.2. *Supressio*. 6.3. *Surrectio*. 6.4. *Tu quoque*. 6.5. *Exceptio doli*. 6.6. Inalegabilidade das nulidades formais. 6.7. Desequilíbrio no exercício jurídico. 6.8. Cláusula de *Stoppel*.

1. A BOA-FÉ COMO UM PRINCÍPIO JURÍDICO

A noção de boa-fé (*bona fides*), ao que consta, foi cunhada primeiramente no Direito Romano, embora a conotação que lhe foi dada pelos juristas alemães, receptores da cultura romanista, não fosse exatamente a mesma¹

Em Roma, partindo-se de uma acentuada amplitude semântica, pode-se afirmar que: “A *fides* seria antes um conceito ético do que propriamente uma expressão jurídica da técnica. Sua ‘juridicização’ só iria ocorrer com o incremento do comércio e o desenvolvimento do *jus gentium*, *complexo jurídico aplicável a romanos e a estrangeiros*”²

Já no Direito Alemão, a noção de boa-fé traduzia-se na fórmula do *Treu und Glauben* (lealdade e confiança), regra objetiva, que deveria ser observada nas relações jurídicas em geral.

A esse respeito, pontifica JUDITH MARTINS-COSTA:

“A fórmula *Treu und Glauben* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que a marcaram no direito romano: ao invés de denotar a ideia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da *fides romana*, a cultura

¹ Nesse sentido, Max Kaser, *Direito Privado Romano (Römisches Privatrecht)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 154, item 3.

² Bruno Lewicki, *Panorama da Boa-fé Objetiva*, in *Problemas de Direito Civil Constitucional*, coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 58.

germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (*Treu ou Treue*) e crença (*Glauben ou Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados”³.

Não nos surpreende, aliás, o desenvolvimento teórico e dogmático deste instituto ter-se dado entre os germânicos.

Por se tratar de conceito demasiadamente aberto, que exige do jurista acentuada carga de abstração, a língua alemã, sem dúvida, dado o seu alto grau de precisão semântica, facilita a concretização linguística dos mais profundos pensamentos jurídicos. Não por outra razão, aliás, os maiores filósofos da modernidade⁴ e psicanalistas exprimiam as suas ideias também nessa língua.

Também o direito canônico enfrentaria o tema, em termos semelhantes aos do direito alemão, *embora introduzisse um poderoso polo de significados: a boa-fé é vista como ausência de pecado, ou seja, como estado contraposto à má-fé*⁵.

Feito esse breve apanhado histórico, já podemos observar que a *boa-fé* é, antes de tudo, *uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz juridico*. Vale dizer, *a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente*.

Contextualizando esse importante princípio em nossa ordem constitucional, PAULO ROBERTO NALIN pondera, com inteligência:

“... tendo o homem como centro necessário das atenções, oportuno de indagar da possibilidade de localização da *boa-fé* enquanto princípio geral do Direito, no sistema constitucional, assim como os demais princípios então ditos fundamentais inclusos na Carta, como o da dignidade do ser humano, a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade privada, a livre manifestação do pensamento, a intimidade e vida privada etc.”⁶

2. BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA

Antes, porém, de aprofundarmos os contornos deste importantíssimo princípio, faz-se necessário que estabeleçamos uma diagnose diferencial entre a *boa-fé objetiva* e a *boa-fé subjetiva*.

Esta última, de todos conhecida por estar visivelmente presente no Código Civil de 1916, consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo

³ Judith Martins-Costa, *A Boa-fé no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124.

⁴ Frisamos a expressão “da modernidade”, pois, em nosso sentir, o maior de todos os filósofos, sem a menor sombra de dúvida, foi grego e viveu na Antiguidade: Sócrates.

⁵ Judith Martins-Costa, *ibidem*, p. 129.

⁶ Paulo Roberto Nalin, *Ética e Boa-fé no Adimplemento Contratual* (coord. Luiz Edson Fachin), Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 188.

ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina.

Em geral, esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como ocorre na hipótese do *possuidor de boa-fé* que desconhece o vício que macula a sua posse. Nesse caso, o próprio legislador, em vários dispositivos, cuida de ampará-lo, não fazendo o mesmo, outrossim, quanto ao possuidor de *mã-fé* (arts. 1.214, 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.220, 1.242, do CC).

Distingue-se, portanto, da *boa-fé objetiva*, a qual, tendo natureza de princípio jurídico — delineado em um conceito jurídico indeterminado —, consiste em uma verdadeira *regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica*.

A respeito da diferença entre ambas, vale conferir a culta preleção de GISELDA HIRONAKA:

“A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da *boa-fé objetiva* nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da *boa-fé objetiva*, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por *boa-fé*, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral).

Por força desta simbiose — fato e virtude — a *boa-fé* se apresenta como a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ao mesmo tempo que se revela como o amor ou o respeito à verdade. Contudo, observe-se, através da lição encantadora de André Comte-Sponville, que a *boa-fé* não pode valer como certeza, sequer como verdade, já que ela exclui a mentira, não o erro⁷

O homem de *boa-fé* tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a *boa-fé* é uma *fé*, no duplo sentido do termo. Vale dizer, é uma crença ao mesmo tempo que é uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. É também o que se chama de sinceridade, ou veracidade, ou franqueza, e o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, da *mã-fé*⁸

Esta é a interessante visão da *boa-fé* pela sua angulação subjetiva; contudo, enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, a *princípiologia* deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de *boa-fé*, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa

⁷ André Comte-Sponville, *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, Martins Fontes, 1999, citado por Régis Fichtner Pereira, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, Renovar, 2001.

⁸ Idem, *ibidem*.

expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard*.

Em todas as fases contratuais deve estar presente o princípio vigilante do aperfeiçoamento do contrato, não apenas em seu patamar de existência, senão também em seus planos de validade e de eficácia. Quer dizer: a boa-fé deve se consagrar nas negociações que antecedem a conclusão do negócio, na sua execução, na produção continuada de seus efeitos, na sua conclusão e na sua interpretação. Deve prolongar-se até mesmo para depois de concluído o negócio contratual, se necessário⁹.

Nessa mesma linha, BRUNO LEWICKI pontifica que a concepção de boa-fé (subjetiva), "ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informam o nosso Código Civil, é insuficiente perante as novas exigências criadas pela sociedade moderna. Para além de uma análise de uma possível má-fé subjetiva no agir, investigação eivada de dificuldades e incertezas, faz-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio, que pode ser resumido no seguinte questionamento: de que maneira agiria o *bonus pater familiae*, ao deparar-se com a situação em apreço? Quais seriam as suas expectativas e as suas atitudes, tendo em vista a valoração jurídica, histórica e cultural do seu tempo e de sua comunidade?"¹⁰.

A resposta a essas últimas indagações, portanto, encontra-se na definição da *boa-fé objetiva*, que, conforme já vimos, consiste em uma imprescindível regra de comportamento, umbilicalmente ligada à *eticidade* que se espera seja observada em nossa ordem social.

3. COMPREENDENDO O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Assim, em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si a *lealdade e o respeito* que se esperam do *homem comum*.

Com isso, queremos dizer que, livrando-nos das amarras excessivamente tecnicistas da teoria clássica, cabe-nos fazer uma releitura da estrutura obrigacional, revista à luz dessa construção ética, para chegarmos à inafastável con-

⁹ Giselda M. F. N. Hironaka, Conferência de encerramento proferida em 21-9-2001, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP — Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI (SC), em 25-10-2002, palestra gentilmente cedida a Pablo Stolze Gagliano.

¹⁰ Bruno Lewicki, *ob. cit.*, p. 56. Refere-se o autor aqui ao Código de 1916.

clusão de que o contrato não se esgota apenas na *obrigação principal de dar, fazer ou não fazer*.

Ladeando, pois, esse dever jurídico principal, a boa-fé objetiva impõe também a observância de *deveres jurídicos anexos ou de proteção*, não menos relevantes, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, confiança, informação etc.¹¹.

Tais deveres — é importante registrar — são impostos tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, pois referem-se, em verdade, à exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força da boa-fé contratual.

Assim, passaríamos a ter o seguinte esquema:

CONTRATO VÁLIDO (FONTE PRIMORDIAL DE OBRIGAÇÕES)	RELAÇÃO OBRIGACIONAL:
	a) dever jurídico principal: prestação de DAR, FAZER ou NÃO FAZER; b) deveres jurídicos anexos ou satelitários (decorrentes da BOA-FÉ OBJETIVA): lealdade e confiança, assistência, informação, confidencialidade ou sigilo etc.

¹¹ "Apelação cível. Ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos. Responsabilidade pré-contratual. Teoria da culpa 'in contrahendo'. Cessão de cotas sociais. Inexistência de contrato. Conduta da ré compatível com a boa-fé objetiva. Induvidosa a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade pré-contratual ou culpa 'in contrahendo', daquela parte que rompe imotivadamente relação jurídica notadamente existente, embora ainda não consubstanciada em contrato escrito. Tal possibilidade repousa na tutela da confiança que o contratante lesado depositou no vínculo, bem como no fato do outro contratante não ter agido de acordo com a boa-fé objetiva, ou seja, desconsiderando a pessoa do 'alter' e renegando deveres anexos ao contrato propriamente dito, como o dever de informação, de lealdade, de honestidade, de diligência — verdadeiros preceitos éticos que devem reger não apenas as relações negociais, mas a vida em sociedade. Na casuística apresentada, embora existentes negócios entre as partes, não restou provado nos autos ter a apelada despertado na recorrente a expectativa quanto a compra de suas cotas sociais. Outrossim, a conduta empreendida pela COTRITUI demonstra ter estudado com apuro a viabilidade e oportunidade da compra da empresa recorrente que, indubiosamente, estava a passar por dificuldades financeiras, mandando, inclusive, fazer auditoria na mesma. Logo, não tem a apelada responsabilidade pré-contratual, uma vez que, 'in casu', não restou comprovada a existência de pré-contrato, bem assim sua conduta não afronta a boa-fé objetiva. Apelo improvido" (TIRS, Ap. Cív. 599418266, rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. 20-12-2000, 2.ª Câmara Especial Cível).

Uma ressalva, entretanto, há de ser feita.

Ao consignarmos a boa-fé objetiva como fundamento desses deveres de proteção, concebemos esse "fundamento" sob o prisma de sua função *normatizadora* de tais direitos.

A boa-fé objetiva, pois, é o princípio ou norma reguladora desses deveres, cuja enumeração não pode ser considerada taxativa¹².

Com isso, quer-se dizer que não se poderia, obviamente, na investigação da causa genética de tais deveres anexos, prescindir dos *atos materiais* de que são originados (as negociações preliminares, o contrato, o fim do negócio etc.).

Nesse sentido, é o pensamento do culto MENEZES CORDEIRO, em obra clássica sobre o tema: "A boa-fé apenas normatiza certos factos que, estes sim, são fonte: mantenha-se o paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial: a sua fonte reside não na norma que mande respeitar os negócios, mas no próprio negócio em si".

E mais adiante complementa, com maestria:

"O Direito obriga, então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, emergem da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam — deveres de lealdade — nem cair ou falsear a actividade intelectual exter-

¹² "Entre os deveres com tais características encontram-se, *exemplificativamente*: a) os *deveres de cuidado, providência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*; o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os *deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o *dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os *deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, v. g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os *deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociação preliminares, pagamento, por parte do devedor etc." (Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 439).

na que informa a convivência humana — deveres de informação. Embora as estrutura e teleologia básicas sejam as mesmas, adivinha-se a presença de concretizações diversas, consoante os fatos que lhes *deem origem*¹³.

4. FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Nesse diapasão, cumpre-nos observar ainda que a doutrina destaca as seguintes funções da boa-fé objetiva:

- a) função interpretativa e de colmatação;
- b) função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção;
- c) função delimitadora do exercício de direitos subjetivos¹⁴.

Vamos compreender cada uma dessas funções nos próximos subtópicos.

4.1. Função interpretativa e de colmatação

A função interpretativa é, de todas, a mais conhecida por nossa doutrina.

O aplicador do direito tem, na *boa-fé objetiva*, um referencial hermenêutico dos mais seguros, para que possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil.

Guarda, pois, essa função, íntima conexão com a diretriz consagrada na regra de ouro do art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

E essa base legal interpretativa encontra-se no art. 113 do Código Civil:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

Comentando esse dispositivo, pondera MIGUEL REALE que “em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema”.

E mais adiante acrescenta: “Com razão, o supratranscrito art. 113 dá preferência aos negócios jurídicos para fixar as diretrizes hermenêuticas da *eticidade e da socialidade*”¹⁵.

¹³ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa-fé Objetiva no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 646.

¹⁴ Nesse ponto, confira-se a excelente dissertação da Juíza de Direito (Tribunal de Justiça da Bahia) Andréa Paula Matos R. de Miranda, apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, citando farta bibliografia, especialmente Menezes Cordeiro, p. 94 (inédita).

¹⁵ Miguel Reale, *Estudos Preliminares do Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 75-7.

Na mesma linha, a boa-fé serve ainda como suporte de colmatação para orientar o magistrado em caso de integração de lacunas.

A esse respeito, pontifica o magistral CLÓVIS DO COUTO E SILVA: "... o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, da perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé"¹⁶.

Também HUMBERTO THEODORO JR. salienta essa função:

"Nos tempos atuais, prevalece o princípio de que 'todos os contratos são de boa-fé', já que não existem mais, no direito civil, formas sacramentais para a declaração de vontade nos negócios jurídicos patrimoniais, mesmo quando a lei considera um contrato como solene. O intérprete, portanto, em todo e qualquer contrato, tem de se preocupar mais com o 'espírito' das convenções do que com sua 'letra'"¹⁷.

4.2. Função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção

Mas a boa-fé objetiva tem também a importante função criadora de *deveres anexos ou de proteção*.

Consoante vimos acima, esta função criadora não dispensa a convergência de um acontecimento que dê causa a tais deveres. Vale repisar, a boa-fé objetiva atua como fundamento normativo, e não propriamente fático, desses deveres.

Por óbvio não poderíamos, nessa linha de intelecção, pretender esgotar todos esses deveres, uma vez que a sua enumeração não é exaustiva. Apenas a título de ilustração, citem-se os deveres mais conhecidos:

- a) lealdade e confiança recíprocas;
- b) assistência;
- c) informação;
- d) sigilo ou confidencialidade.

Todos eles, sem dúvida, derivados da força normativa criadora da boa-fé objetiva.

São, em verdade, "deveres invisíveis", ainda que juridicamente existentes.

Compreendamos e exemplifiquemos esses deveres, reiterando, mais uma vez, que este rol não é taxativo.

¹⁶ Clóvis V. do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 33-4.

¹⁷ Humberto Theodoro Jr., *O Contrato e Seus Princípios*, Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 38.

4.2.1. Deveres de lealdade e confiança recíprocas

Quando se fala em deveres de lealdade e confiança recíprocas, costuma-se denominá-los deveres anexos gerais de uma relação contratual.

Isso porque lealdade nada mais é do que a fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade.

Ora, se isso não estiver implícito em qualquer relação jurídica, não se sabe o que poderia estar.

A ideia de lealdade infere o estabelecimento de relações calcadas na transparência e enunciação da verdade, com a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada¹⁸, bem como sem omissões dolosas — o que se relaciona também com o dever anexo de informação — para que seja firmado um elo de segurança jurídica calcada na confiança das partes que pretendem contratar, com a explicitação, a mais clara possível, dos direitos e deveres de cada um¹⁹.

Confiança, nesse sentido de crença na probidade moral de outrem, é algo, portanto, que não se outorga por decreto, mas, sim, que se conquista justamente pela prática de uma conduta leal ou se pressupõe em uma sociedade que se pretende reconhecer como civilizada²⁰.

¹⁸ "Ação revisional de contrato. Contrato de mútuo. I. É inviável a revisão de contrato extinto. Incidência da novação (art. 999, I, do anterior Código Civil, ou art. 360, I, do atual diploma). II. Obtenção do mútuo e ajuizamento da ação revisional. Pagamento de apenas uma das doze prestações do contrato. Ademais, o autor não demonstrou a intenção sequer de efetuar o depósito judicial das prestações no valor que entende correto, sem os encargos alegadamente abusivos. III. Lide temerária. Infringência aos princípios da lealdade, de probidade e da boa-fé, que devem nortear as relações contratuais de consumo. O princípio da boa-fé é exigido tanto do consumidor quanto do fornecedor (art. 4.º, III, do Código de Defesa do Consumidor). Apelação desprovida" (TIRS, Ap. Civ. 70008063398, rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard, j. 28-4-2004, 11.ª Câmara Cível).

¹⁹ "CRT. Aquisição de ações. Ação proposta por acionistas que pretendem diferença de ações a que teriam direito. Ocorrência de coisa julgada material. Negócios realizados mediante contratos de participação financeira, conforme portaria n. 1361/76 e na portaria 86/91. Caracterizada a inexistência da lealdade contratual no contrato original. Necessidade de preservação do princípio da boa-fé ante a inexistência de cláusula prevendo a correção do capital integralizado. Diferença deferida com base em índices oficiais e no IGP-M. Inexistência de prejuízo no contrato firmado sob a égide da portaria 86/91. Apelo provido parcialmente. Unânime" (TIRS, Ap. Civ. 70006912810, rel. Des. Rubem Duarte, j. 9-6-2004, 20.ª Câmara Cível).

²⁰ "Processual civil. Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Condomínio. Área comum. Utilização. Exclusividade. Circunstâncias concretas. Uso prolongado. Autorização dos condôminos. Condições físicas de acesso. Expectativa dos proprietários.

Como ensina PAIS DE VASCONCELOS, “a confiança depositada pelas pessoas merece tutela jurídica. Quando uma pessoa actua ou celebra certo acto, negócio ou contracto, tendo confiado na atitude, na sinceridade, ou nas promessas de outrem, ou confiando na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolventes, o Direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança”²¹

E, ressalvando a sua importância, preceitua o insuperável MENEZES CORDEIRO que

“na sua falta, qualquer sociedade se esboroa. Em termos interpessoais, a confiança instalada coloca os protagonistas a mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável. Seguidamente, todos os investimentos, sejam eles económicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações. Por fim, a confiança e a sua tutela correspondem a aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança é, desde logo, uma pessoa violentada na sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um código ético imediato”²².

4.2.2. *Dever de assistência*

O dever de assistência, também conhecido como dever de cooperação, se refere à concepção de que, se o contrato é feito para ser cumprido, aos contratantes cabe colaborar para o correto adimplemento da sua prestação principal, em toda a sua extensão.

A esse dever se liga, pela negativa, consequentemente, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor, ou o recebimento do crédito, pelo sujeito ativo da relação obrigacional²³.

Princípio da boa-fé objetiva. O Recurso Especial carece de prequestionamento quando a questão federal suscitada não foi debatida no acórdão recorrido. Diante das circunstâncias concretas dos autos, nos quais os proprietários de duas unidades condominiais fazem uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de 30 anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local, e estavam autorizados por Assembleia condominial, tal situação deve ser mantida, por aplicação do princípio da boa-fé objetiva” (STJ, REsp 356821/RJ; REsp (2001/0132110-4), DJ, 5-8-2002, p. 334, RSTJ, 159/366, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23-4-2002, 3.ª Turma).

²¹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 63.

²² Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 188.

²³ “Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da

No ensinamento de PAULO ROBERTO NALIN:

"O dever de cooperação, de outra forma, se reporta à obrigação de se facilitar o cumprimento obrigacional, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé. A cooperação é encarada, no mais, em um duplo sentido, apesar de sua natural tendência de favorecimento ao devedor, exigindo de ambos os contratantes uma postura de solidariedade"²⁴

4.2.3. Dever de informação

Vejamos o dever de informação.

Trata-se de uma imposição moral e jurídica a obrigação de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio e, bem assim, do bem jurídico, que é seu objeto²⁵, por ser imperativo de lealdade entre os contraentes²⁶.

última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 272.739/MG, REsp (2000/0082405-4), DJ, 2-4-2001, p. 299, JBCC, 200/126, RSTJ, 150/398, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1.º-3-2001, 4.ª Turma).

²⁴ Paulo Roberto Nalin, *Ética e Boa-fé no Adimplemento Contratual*, in *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, coord. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 198.

²⁵ "Recurso especial. Processual civil. Instituição bancária. Exibição de documentos. Custo de localização e reprodução dos documentos. Ônus do pagamento. O dever de informação e, por conseguinte, o de exibir a documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória. Não pode ser objeto de recusa nem de condicionantes, face ao princípio da boa-fé objetiva. Se pode o cliente a qualquer tempo requerer da instituição financeira prestação de contas, pode postular a exibição dos extratos de suas contas correntes, bem como as contas gráficas dos empréstimos efetuados, sem ter que adiantar para tanto os custos dessa operação" (STJ, REsp 330.261/SC, REsp (2001/0080819-0), DJ, 8-4-2002, p. 212, JBCC, 200/116, RSTJ, 154/350, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 6-12-2001, 3.ª Turma).

²⁶ "Responsabilidade civil. Resilição unilateral de contrato de cheque especial. Ausência de prévia informação ao correntista. Dever de indenizar, conquanto tenha o cliente dado causa ao emitir cheques acima do limite estabelecido. Dano moral. Critério para sua fixação. Falha no serviço do banco ao deixar de comunicar ao correntista do cancelamento do limite do cheque especial, não lhe oferecendo oportunidade para eventual sustação dos cheques que se encontravam em circulação. Fato ensejador de

Discorrendo sobre o tema, no campo do Direito do Consumidor, adverte o culto Professor da Faculdade de Direito de Buenos Aires CARLOS GHERSI, realçando os seus campos de aplicação:

*"La información aparece cumpliendo una función de transcendencia, así en la toma de decisiones (aspecto psicológico); en la conveniencia o utilidad de los precios y o sus financiamientos (aspectos económicos); la cobertura o satisfacción de una necesidad (aspecto antropológico); la defensa o tutela del consumidor (aspecto jurídico) etc., sin embargo no podemos afirmar o fundamentar con firmeza y convicción que socialmente esto sea satisfactorio"*²⁷

Mas devemos registrar que este referido dever anexo também é exigível nos contratos civis em geral, e não apenas nos negócios celebrados no âmbito do Direito do Consumidor.

Vamos, pois, a um exemplo, a fim de aclarar a sua noção.

Imagine-se que BOMFIM fosse até uma determinada concessionária adquirir um veículo. Lá chegando, é recebido por um simpático gerente que o convence das qualidades do veículo que tanto deseja. Em dado momento do diálogo, o pretense comprador indaga a respeito da revenda do automóvel, ao que é imediatamente interrompido pelo vendedor: *"Este veículo é facilmente revendido. A depreciação é mínima"*. O negócio então é fechado. Três meses depois, entretanto, BOMFIM é surpreendido com a notícia de que o seu carro havia saído de linha, razão pela qual sofreu desvalorização de 50%.

Em tal caso, duas situações podem ocorrer.

Caso o gerente já *soubesse do fim da produção do veículo*, a sua omissão dolosa poderia gerar a anulação do contrato, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado, a teor do art. 147 do Código Civil. Neste caso, a quebra do *dever ético de informação*, em nítida violação à boa-fé objetiva, mesmo na fase de elaboração do negócio, repercutiria no âmbito de validade do contrato pactuado. Até porque nada impede que se reconheça a *sobrevivência dos deveres de proteção*, ainda que o acordo apresente-se *viciado ou a relação que ele institui venha a ser mais tarde destruída por ato de vontade das partes*²⁸.

dano moral, pois que atingiu a honra do correntista. Registro negativo nos cadastros do SERASA. Inobservância da regra contida no artigo 43, § 2.º, do CDC, que determina a comunicação, por escrito, ao consumidor, da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo. Recurso do autor, em parte, provido. Improvido o do banco" (TJRS, Ap. Cív. 70002976298, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 13-12-2001, 5.ª Câmara Cível).

²⁷ Carlos Ghersi, *Derecho e Información*, *Revista de Direito Privado*, n. 14, abr./jun. 2003, cit., p. 55.

²⁸ É o pensamento de Manuel A. Carneiro da Frada, citando Canaris, in *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra: Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, p. 96.

Se, por outro lado, o gerente não sabia que o veículo sairia de linha, não se poderá falar em silêncio intencional, caracterizador da omissão dolosa prevista no art. 147 do Código Civil. Mas, ainda assim, embora houvesse sido celebrado contrato aparentemente perfeito (agente capaz, objeto lícito, forma adequada etc.), constata-se também violação ao *dever anexo de informação*, derivado da *boa-fé objetiva*, uma vez que, para a configuração da quebra desse princípio, não se exige a configuração específica de dolo ou culpa. Ademais, era obrigação da própria empresa revendedora, atuante no mercado de consumo, dispor de todas as informações a respeito dos bens que comercializa.

Portanto, concluímos que, nesta segunda situação, a quebra de qualquer dos deveres de proteção poderá dispensar a investigação do móvel psicológico que orientou o agente (dolo ou culpa), por se tratar, no caso, de *responsabilidade civil objetiva*. A intenção do agente somente interessará investigar no caso antes mencionado de omissão dolosa, anterior à execução do contrato.

Nesse sentido, é o pensamento de ANDRÉA PAULA DE MIRANDA:

“O princípio da boa-fé aparece frequentemente relacionado à culpa. É verdade que, quando da violação das regras de conduta estabelecidas pela boa-fé resultam danos, a culpa intervém em seu papel normal. As regras decorrentes da boa-fé, entretanto, têm aplicação mais ampla, uma vez que não exigem um pressuposto fático precisamente tipificado em que se insere a culpa”²⁹.

E para que não parem dúvidas, o seletto grupo de juristas que se reuniu em Brasília, no ano passado, para firmar posições a respeito do novo Código Civil, aprovou, por maioria, o Enunciado 24, com o seguinte teor:

“Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”³⁰.

Vemos, portanto, que poderá haver responsabilidade civil por quebra de boa-fé objetiva, independentemente de culpa.

Aliás, essa tendência de objetivação do direito civil — anunciando a decadência da “era da culpa” — é perceptível, não apenas na seara contratual, mas, inclusive, no próprio Direito de Família, em cujo seio ganha contornos cada vez mais nítidos a linha de pensamento que sufraga o fim da discussão da culpa nas demandas relativas à separação e ao divórcio, tema a ser tratado em volume específico desta obra.

²⁹ Andrea Paula Matos R. de Miranda, ob. cit., p. 162.

³⁰ Para a consulta de todos os Enunciados das Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal, confirmam-se o site do Conselho da Justiça Federal <www.cjf.gov.br>, bem como o nosso <www.novodireitocivil.com.br>.

4.2.4. Dever de sigilo ou confidencialidade

Figuremos aqui também um exemplo, para o seu adequado entendimento.

Em um determinado contrato firmado entre as empresas OLIVEIRA e TIGÓ, para fornecimento de ração de pássaros, não se consignou cláusula no sentido de que as partes contratantes não poderiam, durante a vigência do contrato, ou mesmo após, divulgar dados ou informações uma da outra. Ora, ainda que não haja estipulação nesse sentido, é forçoso convir que a boa-fé objetiva impõe que se observe o *dever de sigilo ou confidencialidade* entre ambas.

É imperativo lógico da lealdade que deve ser observada entre as contratantes, resguardando direito da personalidade.

4.3. Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos

Finalmente, temos ainda a função *delimitadora do exercício de direitos subjetivos*.

Por meio da boa-fé objetiva, visa-se a evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Aliás, no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a “tirania dos direitos”.

Por isso, de uma vez por todas, não se pode mais reconhecer legitimidade ou se dar espaço às denominadas “cláusulas leoninas ou abusivas” (algumas são tão terríveis que a denominamos jocosamente, em nossas aulas, “zoológicas”...), quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral.

É o exemplo do dispositivo contratual que preveja a *impossibilidade* de se aplicarem as normas da teoria da imprevisão (da onerosidade excessiva) em benefício da parte prejudicada. Em tal caso, temos convicção de que essa previsão, além de iníqua, viola a função social do contrato e a boa-fé objetiva, por ser negavelmente abusiva.

Cabe, portanto, à boa-fé, também essa função delimitadora.

Referindo-se a essa função, CRISTOPH FABIAN adverte que aí “se encontra o problema do abuso de direito. Todo o direito é delimitado pela boa-fé. Fora ou contra a boa-fé não existe nenhum direito subjetivo. Tais interesses jurídicos não merecem proteção. O exemplo mais significativo para a limitação de direitos pela boa-fé é o art. 51 do CDC”³¹.

O próprio Código Civil, aliás, na parte dedicada aos ATOS ILÍCITOS, faz referência a esse *efeito de contenção*, reconhecido à boa-fé objetiva:

³¹ Cristoph Fabian, *O Dever de Informar no Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 62.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, *pela boa-fé ou pelos bons costumes*”³² (grifamos).

5. A BOA-FÉ OBJETIVA E O ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Finalmente, após passarmos em revista os artigos que dão sustentação ao sistema da boa-fé objetiva do novo Código Civil, especialmente o art. 113, chegamos ao ponto em que devemos analisar aquele que reputamos o mais importante desses dispositivos.

Importante, não no sentido de haver uma hierarquia entre as normas legais consagradas no novo Código.

Não é isso.

Mas no sentido de que se trata de um dispositivo que, intimamente unido à diretriz legal impositiva da *função social do contrato* (art. 421), cuida, expressamente, da boa-fé objetiva como *princípio de direito*.

Trata-se do art. 422:

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

Note-se que o legislador tratou a observância dos princípios de probidade e boa-fé como verdadeira *obrigação* dos contratantes.

Falhou, entretanto, ao prever que a boa-fé somente seria observável *quando da conclusão e durante a execução do contrato*.

Não é bem assim.

Deverá esse princípio — que veio delineado no Código como cláusula geral — incidir mesmo antes e após a execução do contrato, isto é, *nas fases pré e pós-contratual*.

Isso mesmo.

Mesmo na fase das tratativas preliminares, das primeiras negociações, da redação da minuta — a denominada fase de *puntução* — a boa-fé deve-se fazer sentir. A quebra, portanto, dos deveres éticos de proteção poderá

³² Comentando esse dispositivo, já anotamos que: “analisando o art. 187 do CC-02, conclui-se não ser imprescindível, pois, para o reconhecimento da teoria do abuso de direito, que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro, bastando, segundo a dicção legal, que exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social, *pela boa-fé ou pelos bons costumes*” (Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 467).

culminar, mesmo antes da celebração da avença, na responsabilidade civil do infrator.

Por isso, embora imperfeita a atual redação legal, não hesitamos em afirmar que, com base no macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva deve ser observada também nas mencionadas fases anteriores e posteriores à celebração e cumprimento da avença.

Pensar em sentido contrário seria defender, em última análise, que o sistema positivo brasileiro admitiria, em tais fases, a prática de condutas desleais, somente sancionando-as na fase contratual, o que nos parece um absurdo!

Discorrendo a respeito, ainda na época da tramitação do Projeto do Código Civil, vejamos o que escreveu JUNQUEIRA DE AZEVEDO, em excelente artigo sobre o tema, demonstrando que, independentemente da sua positivação expressa, tal princípio não deve ser desprezado³³:

“... o art. 421 se limita ao período que vai da conclusão do contrato até a sua execução. Sempre digo que o contrato é um certo processo em que há um começo, prosseguimento, meio e fim. Temos fases contratuais — fase pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual. Uma das possíveis aplicações da boa-fé é aquela que se faz na fase pré-contratual, fase essa em que temos as negociações preliminares, as tratativas. É um campo propício para o comportamento de boa-fé, no qual ainda não há contrato e podem-se exigir aqueles deveres que uma pessoa deve ter como correção de comportamento em relação ao outro.

Cito um caso entre a Cica e plantadores de tomate, no Rio Grande do Sul, no qual, em pelo menos 4 acórdãos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que a Companhia Cica havia criado expectativas nos possíveis contratantes — pequenos agricultores —, ao distribuir sementes para que plantassem tomates e, depois, errou ao se recusar a comprar a safra dos tomates. Houve, então, prejuízo dos pequenos agricultores, baseado na confiança despertada antes do contrato, fase pré-contratual. Logo, o caso do art. 421 deveria também falar em responsabilidade pré-contratual ou extensão do comportamento de boa-fé na fase pré-contratual.

Faço um parêntese para exemplificar, transformando em hipótese o que li nos jornais de hoje sobre o caso da Ford com o Governador do Rio Grande do Sul. A Ford, durante os dois anos em que teria procurado montar a sua indústria, certamente teve muitos gastos e, de repente, o negócio não teria sido efetivado. O problema da responsabilidade pré-contratual é justamente esse, qual seja, o dos gastos que se fazem antes do contrato e quando há a ruptura. Se essa hipótese da Ford for pré-contratual — no caso, suponho ter ha-

³³ Antônio Junqueira de Azevedo, *Projeto do Código Civil — O Princípio da Boa-fé nos Contratos*, artigo disponível no site do Conselho da Justiça Federal: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>> acessado em 30-7-2004.

vido algum contrato anterior — mas se não houvesse, e se fosse apenas um problema de negociações, antes de qualquer efetivação do negócio, haveria dois pressupostos da responsabilidade pré-contratual: a confiança na realização do futuro negócio e o investimento na confiança. Faltariam, talvez, outros dois pressupostos: o de poder atribuir uma justificação à confiança que alguém teve e, em segundo lugar, o de que essa confiança tenha sido causada pela outra parte. Assim, poderíamos duvidar se o Governador chegou a criar essa confiança e, portanto, provocou a despesa da indústria; e, ainda, se a indústria não confiou demais e assim por diante. São problemas em aberto, mas de qualquer maneira, o meu primeiro ponto sobre a responsabilidade pré-contratual é que há uma omissão do Projeto de Código Civil, no artigo em causa”.

E ainda, sobre a quebra da boa-fé objetiva, na fase pós-contratual, complementa o ilustre professor da Universidade de São Paulo:

“Isso também é assunto que a doutrina tem tratado — a chamada ‘responsabilidade pós-contratual’ ou *post pactum finitum*. Darei três exemplos para comprovação de que, após o contrato encerrado, ainda há possibilidade de exigir boa-fé dos contratantes:

1. O proprietário de um imóvel vendeu-o e o comprador o adquiriu por este ter uma bela vista sobre um vale muito grande, construindo ali uma bela residência, que valia seis vezes o valor do terreno. A verdade é que o vendedor gabou a vista e aí fez a transferência do imóvel para o comprador — negócio acabado. Depois, o ex-proprietário, o vendedor foi à prefeitura municipal, verificou que não havia a possibilidade de construir um prédio em frente, mas adquiriu o prédio em frente ao que tinha vendido e conseguiu na prefeitura a alteração do plano diretor da cidade, permitindo ali uma construção. Quer dizer, ele construiu um prédio que tapava a vista do próprio terreno que havia vendido ao outro — esse não era ato literalmente ilícito. Ele primeiramente vendeu, cumpriu a sua parte. Depois, comprou outro terreno, foi à prefeitura, mudou o plano, e aí construiu. A única solução para o caso e aplicar a regra da boa-fé. Ele faltou com a lealdade no contrato que já estava acabado. É, portanto, *post pactum finitum*.

2. Uma dona de *boutique* encomendou a uma confecção de roupas 120 casacos de pele. A confecção fez os casacos, vendeu-os e os entregou para essa dona da *boutique*. Aí, liquidado esse contrato, a mesma confecção fez mais 120 casacos de pele idênticos e vendeu-os para a dona da *boutique* vizinha. Há, também, evidentemente, deslealdade e *post pactum finitum*.

3. Um indivíduo queria montar um hotel e procurou o melhor e mais barato carpete para colocar no seu empreendimento. Conseguiu uma fornecedora que disse ter o preço melhor, mas que não fazia a colocação. Ele pediu, então, à vendedora a informação de quem poderia colocar o carpete. A firma vendedora indicou o nome de uma pessoa que já tinha alguma prática na colocação do carpete, mas não disse que o carpete que estava

fornecendo para esse empresário era de um tipo diferente. O colocador do carpete pôs uma cola inadequada e, semanas depois, todo o carpete estava estragado. A vendedora dizia: cumpri a minha parte no contrato, entreguei, recebi o preço, o carpete era esse, fiz favor indicando um colocador. Segundo a regra da boa-fé, ela não agiu com diligência, porque, no mínimo, deveria tê-lo alertado — uma espécie de dever de informar e de cuidar depois de o contrato ter terminado — a propósito do novo tipo de carpete. Há responsabilidade pós-contratual.

Portanto, o art. 421 está insuficiente, pois só fala em conclusão — o momento em que se faz o contrato — e execução. Não fala nada do que está para depois, nem falava do que estava antes. Finalmente, ainda a propósito das insuficiências, o artigo fala apenas em execução, no momento final, e muitas vezes o caso na verdade não chega a ser de execução, mesmo que dilatemos a expressão em português "execução"³⁴.

Em conclusão, verificamos que os deveres anexos ou de proteção geram efeitos que subsistirão à própria vigência do contrato em si, caracterizando aquilo que a doutrina convencionou chamar de "*pós-eficácia das obrigações*"

"Insere-se a pós-eficácia das obrigações no âmbito da função integrativa da boa-fé objetiva como um dever lateral de lealdade", pontifica MAURICIO JORGE MOTA. "Os deveres laterais de conduta inerentes à boa-fé são deveres funcionalizados ao fim do contrato, e, como tal, surgem e se superam no desenvolvimento da situação contratual como uma totalidade, autonomizando-se em relação ao dever de prestação principal para assegurarem o correto implemento do escopo do contrato. Assim, podem subsistir deveres pós-eficazes ao término do adimplemento do contrato, no interesse da correta consecução deste"³⁵.

Exemplificando essa subsistência dos deveres anexos, mesmo após a execução do contrato, como desdobramento de eficácia da boa-fé objetiva, transcrevemos ainda as sábias palavras de COUTO E SILVA:

"Entre os deveres que permanecem, mesmo depois de extinta a relação principal, pode ser mencionado o dever do sócio que se retira de uma sociedade, que tem, em consequência, extinto seu vínculo jurídico, de evitar prejudicar com a sua atividade o funcionamento da sociedade de que participou, revelando circunstância que só podia conhecer em razão de sua qualidade de sócio. Outro exemplo é o dever de empregado que, nessa qualidade, tomou conhecimento de alguma circunstância relevante, como um segredo de fabri-

³⁴ Antônio Junqueira de Azevedo, artigo citado.

³⁵ Mauricio Jorge Pereira da Mota, *A Pós-Eficácia das Obrigações*, in *Problemas de Direito Civil Constitucional*, cit., p. 238.

cação, de não levá-lo ao conhecimento, por exemplo, de uma firma concorrente, mesmo após ter sido despedido”³⁶

Nota-se, à luz desses ensinamentos, que, uma vez reconhecida a pré e pós-eficácia dos deveres anexos derivados da boa-fé, o que expressamente propugnamos, o art. 422, sob comento, é indubitavelmente deficiente, por circunscrever-se ao período de vigência contratual.

Por essa razão, caso o Projeto n. 6.960, de 2002 (atual n. 276/2007) converta-se em lei, esse dispositivo será alterado, para se proceder à necessária retificação em seu texto normativo, que passará a figurar nos seguintes termos:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

Assim esperamos que a lei seja devidamente modificada.

6. DESDOBRAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

Compreendida a noção da boa-fé objetiva em matéria contratual, a sua aplicação pragmática gera importantes efeitos, nos mais diferentes campos.

Tais repercussões práticas podem ser sistematizadas em algumas locuções de uso corrente no dia a dia das lides forenses, consistentes em figuras parcelares, expressão que deve ser entendida como argumentações usuais para decisões com fundamentação tópica.

Como bem observa LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO:

“A boa-fé, segundo a insuperável classificação feita por Menezes Cordeiro ao tratar do exercício inadmissível das posições jurídicas, apresentaria oito figuras parcelares, ou seja, tipos de argumentos recorrentes com vistas a sua aplicação tópica. Entre eles estariam o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli*, desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*, a inalegabilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a *suppressio* e a *surrectio*. Sendo figuras parcelares de uma cláusula geral e não noções próprias de uma definição conceitual, é preciso desde já salientar que, em sua aplicação, não é necessário que todos os pressupostos estejam presentes, havendo a possibilidade de se julgar, não em termos de tudo ou nada, mas em termos de um mais e de um menos. Do mesmo modo, determinada situação jurídica pode ser reconduzida a mais de uma das figuras parcelares da boa-fé, porque estas gozam de certa

³⁶ Clóvis V. do Couto e Silva, ob. cit., p. 119. Exemplo também citado por Mauricio Jorge Mota, no trabalho citado, p. 203.

plasticidade. Todas, entretanto, resultam da incidência do CC 422, em matéria de contratos e de direito das obrigações. São tipos em torno dos quais é possível agrupar os casos que tratem do tema da boa-fé objetiva. Como tipos, permitem esta qualificação móvel³⁷

Tais figuras parcelares, também chamadas de “função reativa”³⁸ ou de subprincípios da boa-fé objetiva, consistem em verdadeiros desdobramentos da boa-fé objetiva, de relevantíssima utilização, independentemente da denominação utilizada³⁹.

Assim, ousando ressystematizar, para meros efeitos didáticos no nosso sistema normativo, a classificação do grande professor português, apresentamos, a seguir, aqueles que consideramos os principais efeitos do desdobramento do princípio da boa-fé objetiva⁴⁰.

6.1. *Venire contra factum proprium*

A primeira repercussão pragmática da aplicação do princípio da boa-fé objetiva reside na consagração da vedação do comportamento contraditório.

Na tradução literal, *venire contra factum proprium* significa vir contra um fato próprio. Ou seja, não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta.

³⁷ Luciano de Camargo Penteadó, *Figuras Parcelares da Boa-Fé Objetiva e Venire contra Factum Proprium*, disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc, acessado em 20 jul. 2008.

³⁸ “A função reativa é a utilização da boa-fé objetiva como exceção, ou seja como defesa, em caso de ataque do outro contratante. Trata-se da possibilidade de defesa que a boa-fé objetiva possibilita em caso de ação judicial injustamente proposta por um dos contratantes” (Jose Fernando Simão, *A Boa-Fé e o Novo Código Civil — Parte III*, disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm, acessado em 20 jul. 2008).

³⁹ “Apenas o teu nome é meu inimigo. Tu és tu mesmo, não um *Montéquio*. O que é *Montéquio*? Não é nem mão, nem pé, nem braço, nem rosto — Oh, sê qualquer outro nome! — pertencentes a um homem. O que há num nome? Isso que nós chamamos rosa, por qualquer outra palavra, cheiraria tão doce. Então *Romeu*, não fosse ele chamado *Romeu*, reteria essa cara perfeição, que ele possui sem tal título. *Romeu*, joga fora teu nome e, por teu nome — que não é parte de ti —, toma todo o meu ser” — “Tomo-te em tua palavra. Chama-me somente de amor e serei novamente batizado. De agora em diante, jamais serei *Romeu*” (William Shakespeare, *Romeu e Julieta*, Ato II — Cena II, grifos nossos).

⁴⁰ Logicamente que também está abrangido neste estudo, dada a sua íntima conexão com a cláusula geral da eticidade, o princípio da confiança nas relações jurídicas.

Parte-se da premissa de que os contratantes, por consequência lógica da confiança depositada, devem agir de forma coerente⁴¹, segundo a expectativa gerada por seus comportamentos⁴².

Alguns exemplos permitem esclarecer a ideia.

⁴¹ "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. LOCAÇÃO. IMÓVEL LOCADO PELO NU-PROPRIETÁRIO. BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE DO LOCADOR PARA EXECUTAR OS ALUGUÉIS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Na espécie, não se aplicam os Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a decisão agravada, ao decidir a matéria, não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o quadro fático dos autos, pois cingiu-se a analisar a legitimidade do nu-proprietário para executar débitos relativos a contrato de locação de imóvel objeto de usufruto. 2. Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, cuja seriedade o outro pactuante confiou. 3. Celebrado contrato de locação de imóvel objeto de usufruto, fere a boa-fé objetiva a atitude da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de dois anos, alega que o locador, por ser o nu-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos alugueis não adimplidos. 4. Agravo regimental improvido" (STJ, 6.ª T., AgRg 610.607/MG, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 25-6-2009, *DJe*, 17-8-2009).

⁴² "Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento" (STJ, 4.ª T., REsp 141879/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17-3-1998, *DJU*, 22-6-1998, p. 90).

"PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO. JUNTADA. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. SIGILO TELEFÔNICO. REGISTRO DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. USO AUTORIZADO COMO PROVA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO PARA JUNTADA DE DOCUMENTO PESSOAL. ATOS POSTERIORES. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". SEGREDO DE JUSTIÇA. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESES. ROL EXEMPLIFICATIVO. DEFESA DA INTIMIDADE. POSSIBILIDADE. — A juntada de documento contendo o registro de ligações telefônicas de uma das partes, autorizada por essa e com a finalidade de fazer prova de fato contrário alegado por essa, não enseja quebra de sigilo telefônico nem violação do direito à privacidade, sendo ato lícito nos termos do art. 72, § 1.º, da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações). — Parte que autoriza a juntada, pela parte contrária, de documento contendo informações pessoais suas, não pode depois ingressar com ação pedindo indenização, alegando violação do direito à privacidade pelo fato da juntada do documento. Doutrina dos atos próprios. — O rol das hipóteses de segredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o segredo quando houver a necessidade de defesa da intimidade. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 3.ª T., REsp 605687/AM, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2-6-2005, *DJU*, 20-6-2005, p. 273).

O primeiro reside no art. 973, CC-02 (sem equivalente no CC-16), em que se estabelece que a “pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraidas”. Ou seja, embora impedido de exercer a atividade, se o faz, gera a expectativa, nos contratantes, do cumprimento do pactuado, não podendo o indivíduo invocar a sua própria torpeza para se desvencilhar das obrigações celebradas.

Outro exemplo reside no art. 330, CC-02 (também sem equivalente no CC-16), em que o credor, que aceitou, durante a execução de pacto de trato sucessivo, o pagamento em lugar diverso do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato, para alegar descumprimento. A ideia, inclusive, pode ser desdobrada para o tempo do cumprimento do contrato, em que a tolerância habitual de determinado atraso, sem oposição, impede a cobrança de sanção pela mora do período.

Mais um exemplo pode ser encontrado no art. 175, CC-02 (art. 151, CC-16), explicitando que o contratante que, voluntariamente, iniciou a execução do negócio jurídico anulável, não pode mais invocar essa nulidade. Isso porque o cumprimento voluntário do negócio anulável importa, na dicção legal, em extinção de todas as ações ou exceções de que dispusesse o devedor, uma vez que esse livremente pratica o pactuado, não podendo surpreender a outra parte com a alteração de seu comportamento⁴³.

6.2. *Supressio*

A expressão *supressio* também é um importante desdobramento da boa-fé objetiva.

Decorrente da expressão alemã *Verwirkung*⁴⁴, consiste na perda (supressão) de um direito pela falta de seu exercício por razoável lapso temporal.

Trata-se de instituto distinto da prescrição, que se refere à perda da própria pretensão. Na figura da *supressio*, o que há é, metaforicamente, um “silêncio ensurdecedor”, ou seja, um comportamento omissivo tal, para o exercício de um direito, que o movimentar-se posterior soa incompatível com as legítimas expectativas até então geradas.

⁴³ Na área trabalhista, vale destacar o interessantíssimo voto divergente do Ministro Walmir Oliveira da Costa, que prevaleceu, sustentando a aplicabilidade da vedação do comportamento contraditório também em sede de negociação coletiva do trabalho, entendendo “que a extinção do processo, sem resolução de mérito, por ausência do pressuposto processual do comum acordo, só viria a premiar o comportamento contraditório da suscitada, em face de sua prévia concordância com a quase totalidade da proposta da Federação suscitante com vistas à celebração de acordo coletivo de trabalho e de sua injusta recusa em que a Justiça do Trabalho julgue o presente dissídio coletivo” (Proc. TST-DC 203059/2008-000-00-00.3).

⁴⁴ Em português: perda.

Assim, na tutela da confiança, um direito não exercido durante determinado período, por conta desta inatividade, perderia sua eficácia, não podendo mais ser exercitado. Nessa linha, à luz do princípio da boa-fé, o comportamento de um dos sujeitos geraria no outro a convicção de que o direito não seria mais exigido.

O exemplo tradicional de *supressio* é o uso de área comum por condômino em regime de exclusividade por período de tempo considerável, que implica a supressão da pretensão de cobrança de aluguel pelo período de uso.

Embora evidentemente próximo, há diferença da *supressio* para a prescrição, pois, enquanto esta subordina a pretensão apenas pela fluência do prazo, aquela depende da constatação de que o comportamento da parte não era mais aceitável, segundo o princípio da boa-fé⁴⁵.

Da mesma forma, há evidente proximidade da *supressio* e do *venire contra factum proprium*, não sendo desarrazoado vislumbrá-los em uma relação de gênero (*venire*) e espécie (*supressio*). Todavia, vale destacar que a *supressio* se refere exclusivamente a um comportamento omissivo, ou seja, à não atuação da parte gerando a ineficácia do direito correspondente.

⁴⁵ "ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE MÚTUO FIRMADO PELO USUÁRIO E A CONCESSIONÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CLÁUSULA CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO. 'SUPRESSIO'. 1. A 'supressio' constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (i) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (ii) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro. 2. Não caracteriza conduta contrária à boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição de quantia emprestada depois de transcorridos mais de quinze anos se tal não gera desvantagem desproporcional ao devedor em relação ao benefício do credor. Hipótese em que o mútuo não só permitiu a expansão da rede pública de concessionário de serviço público de energia elétrica como também a exploração econômica do serviço mediante a cobrança da tarifa, sendo que esta, a par da contraprestação, engloba a amortização dos bens reversíveis. Ausente, portanto, desequilíbrio entre o valor atualizado a ser restituído e o benefício fruído pelo apelado durante todo este tempo, não há falar em paralisação do direito subjetivo. 3. Conquanto tenha o contrato de mútuo firmado entre o usuário e o concessionário do serviço público de energia elétrica para custeio das despesas a cargo desta de implantação do fornecimento estabelecido que a quantia seria restituída sem correção monetária, tem direito o usuário de receber o montante atualizado pena de arcar com os encargos que devem ser suportados pela concessionária e para cuja prestação é remunerado na forma do contrato de concessão. Recurso provido por ato do relator. Art. 557 do CPC. Precedente do STJ (TJRS, 2.^a Câmara Cível, Apelação Cível 70001911684, j. 4-12-2000, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza).

6.3. *Surrectio*

Costumamos afirmar, em sala de aula, que a *surrectio* é o outro lado da moeda da *supressio*.

Com efeito, se, na figura da *supressio*, vislumbra-se a perda de um direito pela sua não atuação evidente, o instituto da *surrectio* se configura no surgimento de um direito exigível, como decorrência lógica do comportamento de uma das partes.

O já mencionado art. 330, CC-02 (sem equivalente no CC-16) pode ser considerado um didático exemplo. De fato, se o credor aceitou, durante a execução do contrato, que o pagamento se desse em lugar diverso do convencionado, há tanto uma *supressio* do direito do credor de exigir o cumprimento do contrato, quanto uma *surrectio* do devedor de exigir que o contrato seja, agora, cumprido no novo lugar tolerado.

6.4. *Tu quoque*

Tu quoque, Brutus, fili mi!

A célebre frase, historicamente atribuída a Júlio César, pela constatação da traição de seu filho Brutus, dá nome também a um dos mais comuns desdobramentos do princípio da boa-fé objetiva.

A aplicação do *tu quoque* se constata em situações em que se verifica um comportamento que, rompendo com a valor da confiança, *surpreende* uma das partes da relação negocial, colocando-a em situação de injusta desvantagem.

Um bom exemplo é a previsão do art. 180, CC-02 (art. 155, CC-16), que estabelece que o “menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”.

Outro bom exemplo desse desdobramento do princípio da boa-fé objetiva reside no instituto do *exceptio non adimpleti contractus*. Se a parte não executou a sua prestação no contrato sinalagmático, não poderá exigir da outra parte a contraprestação⁴⁶.

6.5. *Exceptio doli*

A “exceção dolosa”, conhecida como *exceptio doli*, consiste em um desdobramento da boa-fé objetiva, que visa a sancionar condutas em que o exercício do direito tenha sido realizado com o intuito, não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária.

⁴⁶ Confira-se o Capítulo XV (“Exceção de Contrato Não Cumprido”) deste tomo.

Uma aplicação deste desdobramento é o brocardo *agit qui petit quod statim redditurus est*, em que se verifica uma sanção à parte que age com o interesse de molestar a parte contrária e, portanto, pleiteando aquilo que deve ser restituído.

É o exemplo, no direito positivo brasileiro, do art. 940, CC-02 (art. 1.531, CC-16), que preceitua que aquele “que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

Outro exemplo de aplicação é a figura do assédio processual, consistente na utilização dos instrumentos processuais para simplesmente não cumprir a determinação judicial.

Trata-se, nas palavras da magistrada MYLENE PEREIRA RAMOS, de situação processual de “procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária” (63.^a Vara do Trabalho de São Paulo, Processo 02784200406302004).

Vale registrar, ainda, que a doutrina esmiúça a *exceptio doli em exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*.

Nesse ponto, observa LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO:

“A *exceptio doli specialis* nada mais seria do que uma particularização da *exceptio doli generalis* referida a atos de caráter negocial e a atos dele decorrentes, quando o primeiro houvesse sido obtido com dolo. Assim, a *generalis*, como o próprio nome diz, é gênero e a outra espécie. A diferença específica encontra-se nos casos em que a fonte da que dimana o possível direito é um negócio jurídico e não qualquer outra fonte. O caráter excessivamente geral das duas figuras acaba por tornar sua aplicação perigosa em termos de segurança jurídica, valor que parece preservado pelas figuras anteriormente consideradas, na medida em que tem pressupostos concretos de verificação”⁴⁷.

6.6. Inalegabilidade das nulidades formais

A inalegabilidade das nulidades formais é a aplicação da regra de que ninguém se deve valer da própria torpeza, como desdobramento do princípio da boa-fé objetiva.

⁴⁷ Luciano de Camargo Penteado, Figuras Parcelares da Boa-Fé Objetiva e *Venire contra Factum Proprium*, disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosoc/Luciano_venire.doc, acessado em 20 jul. 2008.

Consiste também em uma aplicação específica do *venire contra factum proprium*, vedando o comportamento contraditório em matéria de nulidade.

Trata-se de um princípio amplamente abarcado na legislação brasileira, notadamente no campo processual, valendo lembrar, por exemplo, as regras do art. 243, do Código de Processo Civil⁴⁸ e do art. 796, *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁹.

6.7. Desequilíbrio no exercício jurídico

A menção ao desequilíbrio no exercício jurídico é nada mais, nada menos, do que o reconhecimento da função delimitadora do exercício de direitos subjetivos, exercida pela boa-fé objetiva⁵⁰.

Com efeito, o exercício desproporcional e, por isso, abusivo de direitos caracteriza um ato ilícito que não pode ser tolerado pelo ordenamento jurídico⁵¹.

6.8. Cláusula de *Stoppel*

Finalmente, como último desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, vale registrar a figura conhecida como "Cláusula de *Stoppel*".

Trata-se de uma expressão típica do direito internacional, em que se busca preservar a boa-fé e, com isso, a segurança das relações jurídicas neste importante campo.

Consiste, em síntese, na vedação do comportamento contraditório no plano do Direito Internacional.

Um exemplo pode ser vislumbrado no recente imbróglio entre Brasil e Bolívia, no caso da exploração de petróleo pela Petrobrás, em que houve quebra do pactuado, mesmo tendo sido autorizada a realização de vultosos investimentos: a Bolívia criou a legítima expectativa no Governo Brasileiro, por meio da Petrobrás, para investir naquele País, e, em seguida, baixou ato contrário ao esperado, rompendo a norma ética que se traduz na Cláusula de *Stoppel*.

⁴⁸ "Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa".

⁴⁹ "Art. 796 — A nulidade não será pronunciada:

(...)

b) quando arguida por quem lhe tiver dado causa."

⁵⁰ Sobre o tema, confira-se o subtópico 4.3 ("Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos") do Tópico 4 ("Funções da boa-fé objetiva") do presente capítulo.

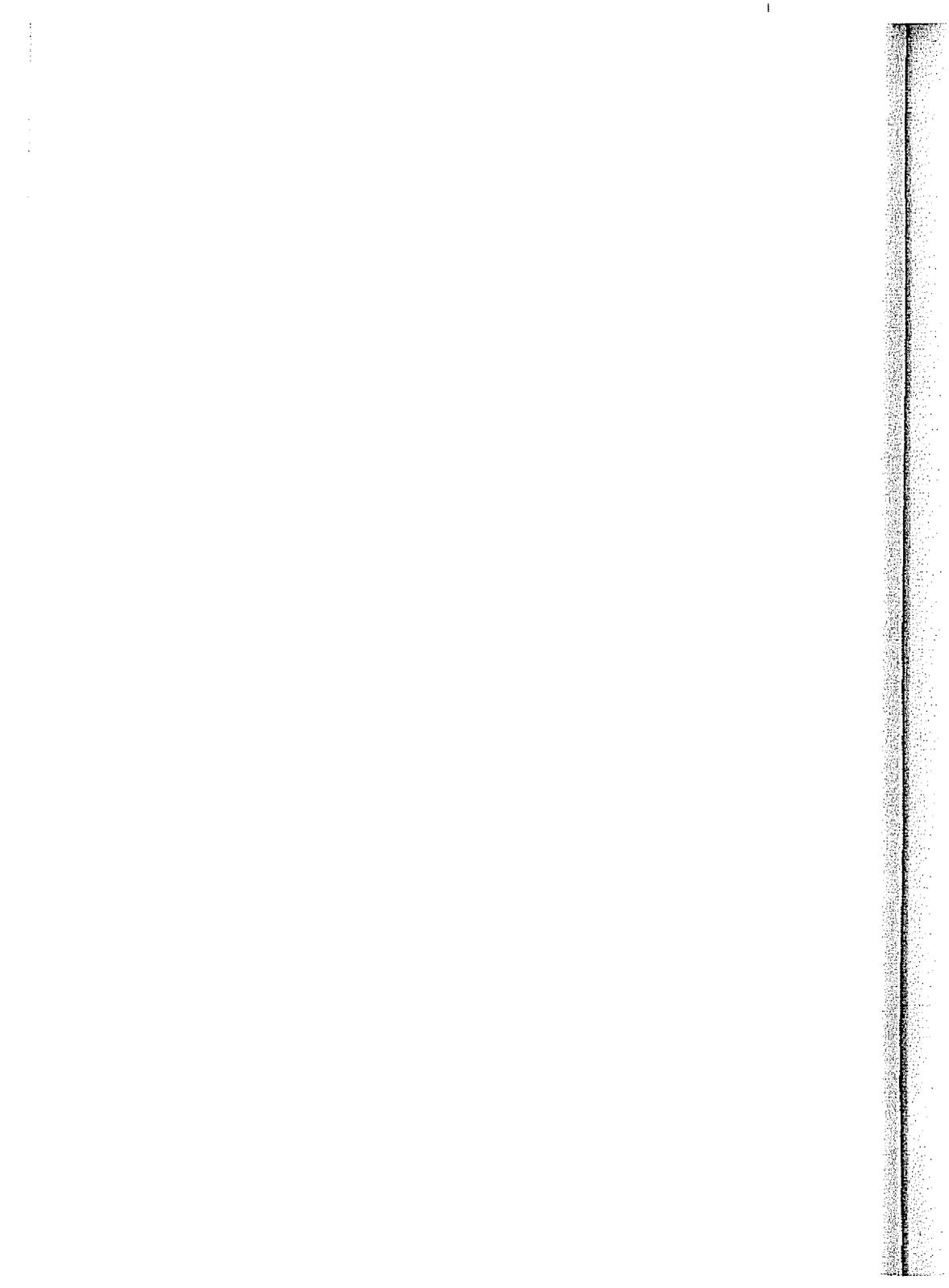
⁵¹ Sobre o abuso de direito, confira-se o tópico 4 ("O abuso de direito") do Capítulo XVII ("Ato Ilícito") do volume I ("Parte Geral") desta coleção.

Na observação de RODRIGO MURAD DO PRADO:

“No caso das Atividades Militares na Nicarágua o *stoppel* foi arguido pelos Estados Unidos, tendo a Corte rejeitado este argumento, lembrando que não basta que um Estado tenha aceitado de uma maneira clara e constante um regime jurídico ou um princípio, tornando-se ainda mais necessário que o seu comportamento tenha levado a um outro ou outros Estados, fundamentados nesta atitude, a modificar a sua posição em seu prejuízo ou a sofrer um prejuízo”⁵².

Configura-se, portanto, como uma aplicação pragmática da boa-fé objetiva em relações internacionais, desde que a situação de prejuízo por quebra da confiança seja, como visto, de possível constatação.

⁵² Rodrigo Murad do Prado, A Jurisdição Internacional, os Novos Endereços Jurisdicionais, o Direito Processual Civil Internacional e as Cortes Internacionais de Justiça, disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=4753>, acessado em 20 jul. 2008.



Capítulo VI

Formação dos Contratos

Sumário: 1. Noções básicas. 2. Fase de pontuação (negociações preliminares). 3. Proposta de contratar. 3.1. Prazo de validade da proposta. 3.2. A oferta ao público. 3.3. Consequências jurídicas da morte do proponente. 4. A aceitação. 5. Formação dos contratos entre ausentes. 6. A proposta no Código de Defesa do Consumidor. 7. Lugar da formação do contrato.

1. NOÇÕES BÁSICAS

Em geral, o contrato é *negócio jurídico bilateral* decorrente da convergência de manifestações de vontade contrapostas¹.

Caio (parte 1), por exemplo, manifestando o seu sério propósito de contratar, apresenta uma *proposta ou oferta* a Tício (parte 2), que, após analisá-la, aquiesce ou não com ela. Caso haja *aceitação*, as manifestações de vontade fazem surgir o *consentimento*², consistente no núcleo volitivo contratual³.

Note-se, entretanto, que até a formação do contrato (por meio do consentimento firmado), os interesses dos contraentes são contrários. Tome-se o exemplo de um contrato de compra e venda. O vendedor quer *vender pelo preço mais alto*, e o comprador quer *comprar pelo preço mais baixo*. Nessa linha, superada a fase das tratativas preliminares, formula-se uma proposta interessante também para o comprador, que, aquiescendo, culmina por fechar o negócio.

Com maestria, o sempre lembrado CLÓVIS BEVILÁQUA sintetiza o *iter* de formação de um contrato, salientando os seus reflexos psíquicos de constituição:

¹ Excepciona essa regra os contratos plurilaterais, em que há a conjugação de duas ou mais declarações de vontade (partes) paralelas, a exemplo do contrato de sociedade.

² Deve-se evitar a expressão “mútuo consentimento”, por ser considerada redundante, porque no termo *consentimento* está contida a ideia que a palavra “mútuo” exprime (Oriando Gomes, *Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 48).

³ Veja, nesse particular, a primeira parte do art. 1.262 do Código Civil espanhol: “*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir o contracto*”.

“Eu sinto-me inclinado a comprar um objecto, que vi e do qual me convem ser proprietário. Resisto ou cedo logo ao impulso do desejo, que me arrasta para o objecto, discuto as vantagens e desvantagens da obtenção, e, afinal, minha vontade, cedendo a solicitação dos motivos mais fortes, vai a traduzir-se em acto. Supponho que venceu o desejo de possuir o objecto em questão, começo a externar a minha volição, propondo, a alguém que possui o que eu ambiciono, que se resolva a m'o ceder. Na mente desse alguém, suscitará a minha proposta as mesmas phases da elaboração psychica, porque o pensamento passou em meu espirito, até que sua vontade convirja ou não para o ponto em que estacionou a minha. Se convergir, será nossos interesses, ou o que se nos afigura tal, realizaram seu encontro harmônico, acham-se em congruência actual. Para mim era mais útil, no momento, possuir o objecto em questão do que a somma a desembolsar ou o serviço a prestar; para o possuidor do objecto, era mais vantajoso do possui-lo receber o que eu lhe oferecia. Com a manifestação em divergência de nossa vontade inicia-se o contracto”⁴ (sic).

Vê-se, com isso, que o nascimento de um contrato segue um verdadeiro *iter ou processo de formação*, cujo início é caracterizado pelas negociações ou tratativas preliminares — denominada *fase de pontuação* — até que as partes chegam a uma *proposta definitiva*, seguida da imprescindível *aceitação*.

Somente nesse instante, com a junção desses dois elementos (PROPOSTA a ACEITAÇÃO), o contrato estará finalmente formado.

Em síntese, pois, teríamos:



2. FASE DE PONTUAÇÃO (NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES)

A fase de pontuação, consoante anotamos acima, consiste no periodo de negociações preliminares, anterior à formação do contrato.

É neste momento prévio que as partes discutem, ponderam, refletem, fazem cálculos, estudos, redigem a minuta do contrato, enfim, contemporizam interesses antagônicos, para que possam chegar a uma proposta final e definitiva.

No dizer de GUILLERMO BORDA: “*Muchas veces las tratativas contractuales se desenvuelven através de um tiempo más o menos prolongado. sea*

⁴ Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, Campinas: RED Livros, 2000, p. 225.

porque el negocio es complejo y las partes quieren estudiarlo em todas sus consecuencias o porque quien lo firma no tiene poderes suficientes o por cualquier otro motivo"⁵

A característica básica desta fase é justamente a não vinculação das partes a uma relação jurídica obrigacional.

Como destaca CARLYLE POPP:

"A principal característica desta fase de negociações preliminares é a não obrigatoriedade. Isto porque realizar negociações é um direito concedido pelo ordenamento, de natureza constitucional, que autoriza a livre celebração de negócios jurídicos. Optar pela celebração ou não é um direito que assiste a cada um dos negociantes. Este direito, volta-se a dizer, é cada vez mais limitado, limitação esta diretamente proporcional ao incremento da boa-fé objetiva nas relações jurídicas. Não celebrar o negócio jurídico é um direito que assiste ao tratante, desde que aja dentro dos limites da boa-fé e não viole a confiança alheia"⁶

Esta é, na nossa opinião, uma das mais sensíveis diferenças ao se propugnar por uma nova visão da teoria geral dos contratos.

De fato, ninguém é obrigado a contratar.

Todavia, ao se dar início a um procedimento negociatório, é preciso observar sempre se, a depender das circunstâncias do caso concreto, já não se formou uma legítima expectativa de contratar.

Dizer, portanto, que há direito subjetivo de não contratar não quer dizer que os danos, daí decorrentes, não devam ser indenizados, haja vista que, como vimos⁷, independentemente da imperfeição da norma positivada, o princípio da *boa-fé objetiva* também é aplicável a esta fase *pré-contratual*, notadamente os deveres acessórios de lealdade e confiança recíprocas.

Apenas a título exemplificativo, podemos pensar na ideia de reparação dos prejuízos da parte que efetivou gastos na certeza da celebração do negócio, se todos os indícios da negociação iam nesse sentido.

Sobre o tema, voltaremos a tratar em capítulo próprio, para o qual remetemos o leitor⁸.

⁵ Guillermo A. Borda, *Manual de Contractos*, 19. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 33.

⁶ Carlyle Popp, *Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas*, Curitiba: Juruá, 2002, p. 230.

⁷ Confira-se o tópico 5 ("A Boa-Fé Objetiva e o Art. 422 do Código Civil Brasileiro") do Capítulo V ("Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual") deste tomo.

⁸ Confira-se o Capítulo XVII ("Inadimplemento e Responsabilidade Civil Contratual") deste tomo.

Um outro importante ponto deve, ainda, ser ressaltado.

Esses atos preparatórios, característicos da fase de punção, não se identificam com o denominado *contrato preliminar*, figura jurídica que será estudada em momento oportuno⁹.

A promessa de contrato, também denominada pré-contrato ou contrato preliminar, é aquele negócio jurídico que tem por objeto a *obrigação de fazer* um contrato definitivo. O exemplo mais comum é o compromisso de venda, o qual, como se sabe, pode inclusive gerar *direito real*¹⁰.

Cuida-se de modalidade contratual que deverá conter todos os requisitos essenciais ao contrato definitivo, e cujo regramento — inexistente no Código de 1916 — encontra-se nos arts. 462 a 466 do Código de 2002.

Claro que, pactuando-se o contrato preliminar, a responsabilização do infrator será muito mais facilitada, por já existir previamente um título, que servirá de base ao pleito da parte prejudicada pelo inadimplemento da outra.

Caso não seja celebrada a promessa, a parte prejudicada poderá, outrossim, buscar a compensação devida, provando, no caso, a ocorrência de uma legítima expectativa de pactuação, com base na boa-fé objetiva, gerando prejuízos que devem ser reparados.

3. PROPOSTA DE CONTRATAR

A proposta, também denominada *policitação*, consiste na oferta de contratar que uma parte faz à outra, com vistas à celebração de determinado negócio (daí, aquele que apresenta a oferta é chamado de proponente, ofertante ou solicitante).

Trata-se de uma declaração receptícia de vontade que, para valer e ter força vinculante, deverá ser séria e concreta. Meras conjecturas ou declarações jocosas não traduzem proposta juridicamente válida e exigível.

Da mesma forma, a seriedade da proposta deve ser analisada com bastante cuidado para que ela não seja confundida com uma simples *oferta de negociações preliminares*¹¹.

⁹ Confira-se o Capítulo IX ("Contrato Preliminar") deste tomo.

¹⁰ Sobre o contrato preliminar de promessa de compra e venda e o direito real do promitente comprador, cf. Pablo Stolze Gagliano, *Código Civil Comentado*, São Paulo: Atlas, 2004, v. XIII, p. 224-36.

¹¹ "É importante frisar, também, que muitos dos tratos negociais iniciam-se com a realização de uma proposta, sendo que a chamada contraproposta — na verdade nova proposta — instaura um procedimento negociatório. Esta sistemática proposta-contraproposta, mediante adições, restrições ou modificações, são negociações preliminares. Mais usual, contudo, é que o início ocorra mediante um convite a negociar,

O Código Civil, ao discorrer sobre o tema na Seção II do Capítulo I do Título V (Da Formação dos Contratos), embora não haja elencado os seus elementos constitutivos, disciplinou-a, nos seguintes termos:

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

Observe-se, portanto, que a proposta de contratar *obriga* o proponente ou policitante, que não poderá voltar atrás, ressalvadas apenas as exceções capituladas na própria lei (arts. 427 e 428).

Cuida-se, no caso, do denominado *princípio da vinculação ou da obrigatoriedade* da proposta, diretriz normativa umbilicalmente ligada ao dogma da segurança jurídica.

Da análise desse dispositivo concluímos que o legislador reconhece a perda da eficácia cogente da oferta, nas seguintes situações:

a) se o contrário (a não obrigatoriedade) resultar dos termos dela mesma — é o caso de o proponente salientar, quando da sua declaração de vontade (oferta), que reserva o direito de retratar-se ou arrepender-se de concluir o negócio. Tal possibilidade, entretanto, não existirá nas ofertas feitas ao consumidor, na forma da Lei n. 8.078/90 (CDC);

b) se o contrário (a não obrigatoriedade) resultar da natureza do negócio — cite-se o exemplo, seguindo o pensamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “das chamadas propostas abertas ao público, que se consideram limitadas ao estoque existente”¹². Podemos pensar também, como um exemplo do dia a dia, nas promoções radiofônicas de promessa de recompensa para quem responder primeiro a uma pergunta no ar (ora, se alguém responde no ar já está consumada a obrigação, não havendo como outro praticar). Ou, ainda, quando se oferece carona, em sua moto, a pessoas de um grupo (contrato de transporte gratuito), em que a oferta somente pode ser considerada válida ao primeiro que aceitar, pela impossibilidade fática de carregar mais de um no veículo;

c) se o contrário (a não obrigatoriedade) resultar das circunstâncias do caso — nesse caso, optou o legislador por adotar uma dicção genérica, senão abstrata, que dará ao juiz a liberdade necessária para aferir, no caso concreto,

ou *invitation a pourpalers*, como diriam os franceses. A distinção concreta entre oferta firme e oferta de negociações não é facilmente perceptível, ainda que o intérprete esteja atento aos fatos, mas é de grande relevância jurídica. Isto porque, dependendo como elas se iniciam, os efeitos jurídicos, sobretudo os vinculatórios, serão diversos” (Carlyle Popp, obra e páginas citadas.).

¹² Carlos Roberto Gonçalves, *Direito das Obrigações — Parte Especial — Contratos*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, t. I, p. 16 (Col. Sínteses Jurídicas, v. 6).

e respeitado o princípio da razoabilidade, situação em que a proposta não poderia ser considerada obrigatória.

Complementando esse rol de exceções, o codificador cuidou, ainda, de mencionar hipóteses de perda de força vinculante da proposta, por força do decurso de lapso temporal entre a proposta e a aceitação.

É o prazo de validade da proposta.

3.1. Prazo de validade da proposta

Dispõe o art. 428 do CC-02 (correspondente ao art. 1.081 do CC-16):

“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”.

Para que entendamos tais situações, é preciso definir o que se entende por “pessoa presente” e “pessoa ausente”.

Presentes são as pessoas que mantêm contato direto e simultâneo uma com a outra, a exemplo daquelas que tratam do negócio pessoalmente, ou que utilizam meio de transmissão imediata da vontade (como o telefone, por exemplo). Observe-se que, em tais casos, o aceitante toma ciência da oferta quase no mesmo instante em que ela é emitida.

Ausentes, por sua vez, são aquelas pessoas que não mantêm contato direto e imediato entre si, caso daquelas que contratam por meio de carta ou telegrama (correspondência epistolar).

Caso interessante, não previsto expressamente em lei, diz respeito à contratação eletrônica ou via *Internet*¹³.

¹³ Contrato eletrônico, no dizer do ilustrado juiz de Direito e Professor da PUCSP Ronaldo Alves de Andrade, é “o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, e cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma, entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, Intranet, EDI (Electronic Data Interchange) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo” (*Contrato Eletrônico no Novo Código Civil e no Código do Consumidor*, Barueri-SP: Manole, p. 31).

E essa, aliás, é uma das críticas que fazemos ao codificador.

Afigura-se-nos inconcebível que, em pleno século XXI, época em que vivemos uma verdadeira revolução tecnológica, iniciada especialmente após o esforço bélico do século passado, um código que pretende regular as relações privadas em geral, unificando as obrigações civis e comerciais, simplesmente haja ignorado as relações jurídicas travadas por meio da rede mundial de computadores.

Importantes questões atinentes à celebração do contrato à distância, ao resguardo da privacidade do internauta, ao respeito à sua imagem, à criptografia, as movimentações financeiras, aos *home banking*, à validade dos documentos eletrônicos, à emissão desenfreada de mensagens publicitárias indesejadas (SPAMs), tudo isso mereceria imediato tratamento do legislador.

E ainda que não se considere o Código Civil a seara apropriada para essa disciplina, o fato é que, mesmo que se reservasse o tema à legislação especial, não se poderia de maneira simplista — sobretudo no capítulo dedicado à teoria geral dos contratos — ignorar os aspectos de formação e exigibilidade dos contratos eletrônicos.

Uma referência, ao menos, era merecida e necessária!

Fica aqui, portanto, a nossa respeitosa crítica.

Não havendo normas específicas que tratem da formação dos contratos eletrônicos, concluímos que deverão ser aplicadas, por analogia, as regras constantes no próprio Código Civil, respeitada sempre a principiologia constitucional de proteção e defesa do consumidor.

Nessa linha de raciocínio, poderemos considerar, *mutatis mutandis*, entre presentes, o contrato celebrado eletronicamente em um *chat* (*salas virtuais de comunicação*), haja vista que as partes envolvidas mantêm contato direto entre si quando de sua formação, e, por outro lado, entre ausentes, aquele formado por meio do envio de mensagem eletrônica (*e-mail*), pois, nesse caso, medeia um lapso de tempo entre a emissão da oferta e a resposta.

Tecidas tais considerações, retornaremos à análise do art. 428, sob comento, o qual enumera as seguintes hipóteses de perda da eficácia obrigatória da proposta:

a) se, feita sem prazo à pessoa presente, não foi imediatamente aceita — ora, se se trata de pessoas presentes, infere-se daí que a resposta ou aceitação deve ser imediata, sob pena de perda de eficácia da oferta. Note-se que o

Sobre o tema, recomendamos também a leitura do excelente livro de Álvaro Marcos Cordeiro Maia (*Disciplina Jurídica dos Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro*, Recife: Nossa Livraria, 2003) e da dissertação de Mestrado de Anna Guiomar Nascimento Macêdo Costa (*A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos*), apresentada no Curso de Mestrado em Direito da UFBA — Universidade Federal da Bahia.

legislador salienta considerar também presente a pessoa que contrata por telefone ou outro meio de comunicação semelhante (o mencionado *chat*, por exemplo);

b) se, feita sem prazo à pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente — neste caso, a proposta é enviada, sem referência a prazo, e decorre tempo suficiente para a manifestação do aceitante, que o deixa transcorrer *in albis*. Interessante notar que o legislador, ao referir-se a “tempo suficiente”, consagrou uma expressão que encerra conceito aberto ou indeterminado, cabendo, portanto, ao julgador, sempre de acordo com o princípio da razoabilidade, aplicar da melhor forma a norma ao caso concreto. Como parâmetro pode o juiz, por exemplo, considerar “suficiente” o período de tempo dentro do qual, habitualmente, em contratos daquela natureza, costuma-se emitir a resposta;

c) se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado — nessa hipótese, a proposta é feita a pessoa ausente, com definição de prazo, e a aceitação não é expedida dentro do prazo dado. Exemplo: Caio envia correspondência a Tício, propondo-lhe a celebração de determinado contrato, consignando, na própria carta, o prazo de seis meses para a resposta (aceitação). Passam-se os seis meses e a resposta não é expedida. De tal forma, perde a proposta a sua obrigatoriedade;

d) se, antes dela (a proposta), ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente — aqui, antes da proposta, ou junto com ela, chega ao conhecimento da outra parte a retratação ou o arrependimento do proponente, caso em que a oferta perderá também a sua obrigatoriedade.

Fora dessas hipóteses (arts. 427, segunda parte, e 428), portanto, a *proposta obriga o proponente* e deverá ser devidamente cumprida, caso haja a consequente aceitação.

3.2. A oferta ao público

O Código Civil de 2002 cuidou, ainda, de regular, no art. 429, a *oferta ao público*, consistente na proposta de contratar feita a uma coletividade.

Nesse sentido, dispôs que “a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

Vê-se, portanto, que esta modalidade de oferta não se diferencia essencialmente das demais, singularizando-se apenas por se dirigir a um número indeterminado de pessoas.

Ademais, desde que seja feita observando-se os requisitos gerais de validade da proposta, torna-se obrigatória, ressalvada a hipótese de as circunstâncias ou os usos descaracterizarem-na como oferta. Imagine-se, por exemplo,

que, em uma determinada localidade, muito distante, seja secular o costume de anunciar produtos, em alta voz, apenas como técnica publicitária, para atrair clientes à barraca do anunciante, sendo que a proposta definitiva somente é feita pelo vendedor após a escolha do bem pretendido.

Finalmente, vale notar que o mesmo dispositivo de lei admite a revogação da proposta, se for feita *pela mesma via de divulgação*, e desde que essa faculdade haja sido ressalvada na própria oferta. Com isso, quer-se dizer que, se o proponente não reservou a faculdade de revogação, dando inclusive ciência dela à outra parte, não poderá exercê-la.

Há, entretanto, um peculiar tipo de oferta, comum nos dias de hoje, e que merece a nossa redobrada atenção: *aquela operada por aparelhos automáticos de venda de produtos*.

Sobre o tema, manifesta-se, com propriedade, CAIO MÁRIO, citando o pensamento do culto FRAN MARTINS:

"Constitui, ainda, tipo peculiar de oferta a que resulta do processo técnico com a adoção de aparelhos automáticos, nos quais a mercadoria é exposta e afixado o preço, formando-se o contrato com a introdução de moeda em uma ranhura; outros contratos, além da compra e venda, celebram-se pelo mesmo sistema, como o transporte em trem subterrâneo, pousada em motéis à margem das estradas, venda de jornais etc. O aparelho automático é que representa, no caso, o proponente; o oblató é o público em geral"¹⁴.

Em nosso sentir, esta especial forma de contratação, típica da sociedade em que vivemos, é passível de concretização, na medida em que se reconhece juridicidade à atuação do aparato mecânico, o qual exerceria uma função semelhante à do *núncio*.

Não concebemos, portanto, que o mecanismo eletrônico ou mecânico seja admitido como "representante" da empresa ou do empresário que o instalou, uma vez que *poderes de representação* demandariam uma margem de voluntarismo e discernimento de que não dispõe.

Mas, sem dúvida, a máquina serve como *transmissor da vontade* do comerciante, que fixa o preço, as condições e instruções de venda e, ainda assim, anuncia (ou deve anunciar) a garantia do recebimento do produto ou a devolução do preço pago.

Por isso, quando colocamos uma moeda em uma máquina de refrigerantes, aceitamos uma proposta de contratar formulada pelo vendedor das mercadorias, por meio de um mecanismo transmissor da sua vontade.

Outros aspectos acerca da proposta feita ao público consumidor serão vistos, ainda neste capítulo, quando tratarmos do tema à luz do Direito do Consumidor.

¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 21.

3.3. Consequências jurídicas da morte do proponente

Finalmente, cumpre-nos indagar quais serão as consequências jurídicas da morte do proponente, antes da celebração do contrato, ou seja, antes que o aceitante possa aquiescer com a oferta.

Não temos dúvida de que, se a proposta feita puder ser cumprida *a posteriori*, por não se referir a prestação infungível (personalíssima), a sua obrigatoriedade perdurará, refletindo-se nos bens componentes do espólio, desde que seja plenamente válida¹⁵.

Se, entretanto, o proponente vier a *falir* antes da aceitação da proposta, concordamos com o culto DARCY BESSONE, no sentido de que tal circunstância não o privaria da capacidade para contratar, embora os contratos que celebre não sejam oponíveis à massa falida (não podendo, portanto, prejudicar os seus credores). Advirta-se apenas que poderá o proponente (falido) encontrar, na superveniência de sua falência, razão para revogar a proposta, e, por outro lado, poderá o próprio aceitante desistir, se antever prejuízo ao negócio ou, caso já tenha aceitado insciente da quebra, poderá desligar-se posteriormente do contrato¹⁶.

4. A ACEITAÇÃO

A aceitação é a aquiescência a uma proposta formulada.

Trata-se da manifestação de vontade concordante do *aceitante ou oblato* que adere à proposta que lhe fora apresentada.

Como se trata de atuação da vontade humana, deverá ser externada sem vícios de consentimento — como o erro, dolo, a lesão ou a coação — sob pena de o negócio vir a ser anulado.

Pressupõe, da mesma forma, a plena capacidade do agente, se não for o caso de estar representado ou assistido, na forma da legislação civil em vigor.

Cumpre-nos observar que se a aceitação for feita *fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações*, importará em nova proposta. Ou seja, caso a aquiescência não seja integral, mas feita intempestivamente ou com alterações (restritivas ou ampliativas), converter-se-á em *contraproposta*, nos termos do art. 431 do Código Civil¹⁷.

¹⁵ Nesse sentido, Caio Mártio, ob. cit., p. 23; contra: a doutrina francesa e italiana, pois sustentam que "a superveniência da morte ou da incapacidade destrói a vontade e impossibilita o acordo, essencial à formação do contrato" (Darcy Bessone, ob. cit., p. 130).

¹⁶ Darcy Bessone, ob. cit., p. 132.

¹⁷ Norma muito semelhante vem prevista no Código Civil argentino: "Art. 1.152. *Cualquiera modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato*"

Nessa mesma linha, se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este deverá comunicar o fato imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos (art. 430).

Interessante esta última hipótese.

O referido dispositivo impõe ao proponente, à luz da superior regra de boa-fé objetiva, ainda que na fase pré-contratual, o *dever de informar*¹⁸ ao aceitante que a sua manifestação de vontade chegou ao seu conhecimento tardiamente, sob pena de, em se omitindo, vir a ser responsabilizado.

Imagine-se, por exemplo, que Souza houvesse enviado a Frim uma proposta para a venda de uma tonelada de bananas-da-terra. Frim, então, dentro do prazo assinado, responde, aquiescendo com a oferta. Ocorre que, por circunstância imprevista, a carta é extraviada e somente chega às mãos do proponente/vendedor (Souza) sete dias após o final do prazo de resposta, já tendo o mesmo, inclusive, se comprometido a vender as bananas a um terceiro, Geraldo. Deverá, pois, neste caso, comunicar imediatamente a Frim o recebimento tardio da sua resposta, sob pena de ser civilmente responsabilizado pelos danos daí resultantes.

Trata-se, sem dúvida, de norma clara e de inegável justiça, que se afina com o *princípio da eticidade*, valorizado pelo codificador.

Finalmente, vale salientar que a aceitação poderá ser expressa ou tácita, consoante se pode concluir da análise do art. 432 do Código Civil:

“Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

Nesses casos, o *costume comercial* ou, até mesmo, a *dispensa do proponente*, fazem com que se admita a *aceitação tácita*, se não chegar ao aceitante, antes da conclusão do negócio, a recusa do proponente.

Dificuldade há, todavia, na fixação do momento em que se reputa celebrado o contrato, por se tratar de aceitação tácita. Entretanto, desde que haja prova nesse sentido (início de atos executórios, por exemplo), o policitante não poderá mais se retratar.

Comentando a referida norma, MARIA HELENA DINIZ exemplifica, com peculiar precisão:

“Ter-se-á aceitação tácita quando: a) não for usual aceitação expressa. Por exemplo, quando um industrial costuma todos os anos enviar seus produtos a certa pessoa que os recebe e na época oportuna os paga, e, se num dado momento não convier a esta pessoa o recebimento da mercadoria, deverá

¹⁸ Sobre o dever de informação, confira-se o tópico 4.2.3 (“Dever de Informação”) do Capítulo V (“Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual”) deste tomo.

avisar o industrial, sob pena de continuar vinculada ao negócio (RT, 232:227 e 231: 304; RF, 161, 278); b) o ofertante dispensar a aceitação. Por exemplo, se alguém reserva acomodação num hotel, dizendo que chegará tal dia, se o hoteleiro não expedir a tempo a negativa, o contrato estará firmado¹⁹.

5. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ENTRE AUSENTES

Importante questão a ser enfrentada diz respeito à formação do contrato entre ausentes, especialmente o pactuado mediante correspondência epistolar.

Aliás, como carecemos de uma disciplina específica dos contratos eletrônicos, a matéria aqui exposta poderá, *mutatis mutandis*, ser adaptada àqueles negócios pactuados por e-mail.

Fundamentalmente, a doutrina criou duas teorias explicativas a respeito da formação do contrato entre ausentes²⁰:

a) teoria da *cognição* — para os adeptos dessa linha de pensamento, o contrato entre ausentes somente se consideraria formado *quando a resposta do aceitante chegasse ao conhecimento do proponente*.

b) teoria da *aguição* (dispensa-se que a resposta chegue ao *conhecimento* do proponente):

b.1. *Y* à subteoria da *declaração propriamente dita* — o contrato se formaria no momento em que o aceitante ou oblato redige, datilografa ou digita a sua resposta. Peca por ser extremamente insegura, dada a dificuldade em se precisar o instante da resposta.

b.2. *Y* à subteoria da *expedição* — considera formado o contrato, no momento em que a resposta é expedida.

b.3. *Y* à subteoria da *recepção* — reputa celebrado o negócio no instante em que o proponente *recebe* a resposta. Dispensa, como vimos, sua leitura. Trata-se de uma subteoria mais segura do que as demais, pois a sua comprovação é menos dificultosa, podendo ser provada, por exemplo, por meio do A.R. (aviso de recebimento), nas correspondências.

Mas, afinal, qual seria a teoria adotada pelo nosso direito positivo?

CLÓVIS BEVILÁQUA, autor do projeto do Código Civil de 1916, era, nitidamente, adepto da *subteoria da expedição*, por reputá-la “a mais razoável e a mais jurídica”²¹.

¹⁹ Maria Heiena Diniz, *Código Civil Anotado*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 774, comentário ao art. 1.084 (CC-16).

²⁰ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *ob. cit.*, p. 25, e Sílvia Rodrigues, *Direito Civil — Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

²¹ Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, Campinas: RED Livros, 2000, p. 238.

Por isso, boa parte da doutrina brasileira, debruçando-se sobre o art. 1.086 do Código revogado, concluiu tratar-se de dispositivo afinado com o pensamento de BEVILÁQUA:

“Art. 1.086 (*caput*). Os contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida...” (grifamos).

Na mesma linha, se cotejarmos esse dispositivo com o correspondente do Código em vigor, teremos a nitida impressão de que foi adotada a vertente teórica da expedição:

“Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I — no caso do artigo antecedente;

II — se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III — se ela não chegar no prazo convencionado” (grifamos).

Note-se, entretanto, que o referido dispositivo enumera situações em que o contrato não se reputará celebrado: *no caso do art. 433; se o proponente se houver comprometido a esperar a resposta* (nesta hipótese, o próprio solicitante comprometeu-se a aguardar a manifestação do oblató); *ou, finalmente, se a resposta não chegar no prazo assinado pelo solicitante*.

Ocorre que se observarmos a ressalva constante no inciso I desse artigo, que faz remissão ao art. 433, chegaremos à inarredável conclusão de que a aceitação não se reputará existente, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

Atente-se para essa expressão: “se antes dela ou com ela CHEGAR ao proponente a retratação do aceitante”.

Ora, ao fazer tal referência, o próprio legislador acabou por negar a força conclusiva da expedição, para reconhecer que, enquanto não tiver havido a RECEPÇÃO, o contrato não se reputará perfeito, pois, antes do recebimento da resposta ou simultaneamente a esta, poderá vir o arrependimento do aceitante.

Dada a amplitude da ressalva constante no art. 433, que admite, como vimos, a *retratação do aceitante até que a resposta seja recebida pelo proponente*, entendemos que o nosso Código Civil adotou a *subteoria da recepção*, e não a da expedição.

Esse é o entendimento também do culto amigo CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Senão, vejamos:

“O art. 434 do Código Civil acolheu expressamente a teoria da expedição, ao afirmar que os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida. Entretanto, estabeleceu três exceções: a) no caso de haver retratação do aceitante; b) se o proponente se houver comprometido a

esperar resposta; e c) se ela não chegar no prazo convencionado. Ora, se sempre é permitida a retratação antes de a resposta chegar às mãos do proponente, e se, ainda, não se reputa concluído o contrato na hipótese de a resposta não chegar no prazo convencionado, na realidade o referido diploma filiou-se à teoria da recepção, e não à da expedição"²²

6. A PROPOSTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Embora não seja objeto específico de nossa obra, não poderíamos nos furtar de tecer breves considerações acerca da oferta ao público feita no âmbito do Direito do Consumidor, por se tratar de tema atual e dos mais palpitantes.

O Código de Defesa do Consumidor — Lei n. 8.078, de 11-9-1990 — regula, no Capítulo V (Das Práticas Comerciais), Seção II, a oferta feita ao mercado de consumo (arts. 30 a 35)²³.

Logo no art. 30, o legislador cuidou de estabelecer, com nitidez, que as propostas feitas ao consumidor serão informadas pelo *princípio da vinculação*, o que significa dizer que terão sempre uma carga de obrigatoriedade mais acentuada do que as ofertas em geral, reguladas pelo Código Civil:

“Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”

Deverá, ademais, ser feita em língua portuguesa (art. 31) e com informações claras, precisas e ostensivas.

Analisando aspectos do referido princípio, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN pontifica:

“Dois requisitos básicos devem estar presentes para que o princípio atue. Em primeiro lugar, inexistirá vinculação se não houver ‘exposição’. Uma simples proposta que, mesmo colocada no papel, não chegue ao conhecimento do consumidor, não obriga o fornecedor. Em segundo lugar, a oferta (informação ou publicidade) deve ser suficientemente precisa, isto é, o simples exagero (*puffing*) não obriga o fornecedor. É o caso de expressões exageradas, que não permitem verificação objetiva, como ‘o melhor sabor’, ‘o mais bonito’, ‘o maravilhoso’. Contudo, até essas expressões, em alguns contextos, podem ganhar precisão, vinculando, então, o anunciante. Por

²² Carlos Roberto Gonçalves, *Direito das Obrigações — Parte Especial — Contratos (Síntopses Jurídicas)*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, t. I, p. 20-1.

²³ Sobre o Direito do Consumidor, indicamos a obra de Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

exemplo, quando o fornecedor afirma ter o 'melhor preço da capital' ou a 'garantia mais completa do mercado'. A utilização do *puffing* em relação ao preço impõe, de regra, a vinculação"²⁴.

Ademais, tornando efetiva a tutela do consumidor, o art. 35 preceitua que, *se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua escolha:*

a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade — neste caso, lançando mão, sobretudo, dos meios judiciais de tutela específica, postos à sua disposição;

b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente — trata-se de uma faculdade do consumidor, e não um direito do fornecedor;

c) rescindir o contrato, com direito a restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos — trata-se, em verdade, de resolução de contrato por inadimplemento, abrindo-se ao consumidor a possibilidade de pleitear a compensação devida, atualizada segundo os índices oficiais em vigor.

Com isso, vemos que a legislação consumerista imprimiu uma efetiva tutela, no plano processual inclusive, dos direitos dos consumidores, afinando-se, assim, com a nossa Lei Fundamental.

7. LUGAR DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

Finalmente, cumpre-nos lembrar ao nosso amigo leitor que, nos termos do art. 435 do Código Civil (art. 1.087 do CC-16), *o contrato reputa-se celebrado no lugar em que foi proposto.*

Tal regra, longe de ser desnecessária, afigura-se útil, especialmente quando surgirem questões atinentes à competência, ou quando o juiz tiver de analisar usos e costumes do lugar onde o negócio fora pactuado.

Claro está, entretanto, que, no caso da contratação eletrônica (pela Internet), nem sempre esta regra poderá ser aplicada com a devida segurança, considerando-se a frequente dificuldade de se precisar o local de onde partiu a proposta.

Talvez por isso os atuais *sites* de vendas de produtos exijam que o consumidor/internauta preencha um minucioso formulário, com indicação inclusive de seu endereço residencial, a fim de que o negócio seja concluído.

E quando não há esta indicação no contrato?

²⁴ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentado pelos Autores do Anteprojeto* — Ada Pellegrini Grinover e outros, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 215.

Uma boa solução é proposta por ÁLVARO MARCOS CORDEIRO MAIA, que defende posição bastante interessante:

"Como mídia que é, não sendo, conseqüentemente, o computador a fonte da vontade consubstanciada na declaração eletrônica, apesar de poder armazená-la e veiculá-la, entendemos que, independentemente da posição geográfica que o equipamento ocupe no momento da negociação, deverá ser considerado celebrado o contrato eletrônico no local da residência do peticitante. Assim, somente quando não fosse possível o rastreamento da residência ou sede do proponente, o registro lógico é quem determinaria o local da celebração do contrato eletrônico.

Destarte, irrelevante seria, para a aplicação da lei no espaço, o local em que tivesse sido introduzida a declaração de vontade no computador. Em outras palavras, celebrado o contrato a bordo de um avião, ou dentro de um navio em águas internacionais, este deverá ser considerado formado na residência do proponente, ou quando não possível rastreá-lo, no local mquinado no endereço lógico.

E por que preferir o domicílio geográfico do proponente ao seu endereço lógico? Coadunamos com a corrente de opinião que sustenta que esta regra evitaria fraudes ou prejuízos aos contratantes de boa-fé, que, eventualmente, poderiam ter direitos lesados se o local da formação do contrato fosse determinado pelo endereço lógico, proveniente, por exemplo, de um país com escassa legislação consumerista, conquanto o peticitante tivesse sede e desempenhasse regularmente suas atividades em outro país com um ordenamento jurídico altamente tutelador das relações de consumo"²⁵.

Tentam-se evitar, assim, futuros inconvenientes, muito embora a situação possa revestir-se de maior complexidade, se considerarmos as contratações internacionais e, na mesma linha, a dificuldade de se comprovar a veracidade de todas as informações veiculadas.

Vale registrar que, especificamente em relação ao local de celebração dos contratos eletrônicos, a Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)²⁶ estabelece, em seu art. 15, § 4.º, que uma declaração eletrônica se considerará expedida e recebida no lugar onde reme-

²⁵ Álvaro Marcos Cordeiro Maia, *Disciplina Jurídica dos Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro*, Recife: Ed. Nossa Livraria, 2003, p. 88.

²⁶ Vale registrar a existência desses organismos internacionais, como a mencionada *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, mas também a *International Chamber of Commerce (ICC)*, *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)* e *Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)*, que propõem modelos de legislação para buscar a unificação das regras referentes a Internet, facilitando os debates para sua elaboração nos diferentes ordenamentos jurídicos internos.

tente e destinatário, respectivamente, tenham seu estabelecimento. “Caso uma das partes, ou ambas, tenham mais de um estabelecimento, considerar-se-á o que guarde relação mais estreita com o objeto da relação, ou o estabelecimento principal. Caso remetente ou destinatário não possuam estabelecimento, considerar-se-á como tal o local da sua residência habitual”²⁷.

²⁷ Erica Brandini Barbagalo, *Contratos Eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 67.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

Capítulo VII

Das Estipulações Contratuais em Relação a Terceiros

Sumário: 1. Introdução. 2. Estipulação em favor de terceiro. 2.1. Efeitos. 3. Promessa de fato de terceiro. 3.1. Natureza jurídica. 3.2. Exclusão de responsabilidade: uma novidade do Código Civil de 2002. 4. Contrato com pessoa a declarar. 4.1. Distinção para a cessão de contrato.

1. INTRODUÇÃO

Como já afirmamos em tópico anterior¹, a regra geral é que os contratos só devem gerar efeitos entre as próprias partes contratantes, não dizendo respeito, *a priori*, a terceiros estranhos à relação jurídica contratual.

Assim, atendendo aos insistentes pedidos de nossos alunos, já cansados de Caio e Tício, e mudando um pouco os nomes de nossos exemplos, Valdir não tem nada a ver com o contrato celebrado entre Florisvaldo e Barbosa, não podendo exigir, para si, o mesmo conteúdo contratual.

Todavia, como toda regra parece comportar uma exceção (e talvez esta regra também comporte exceções...), não é diferente com o princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato.

Nos próximos tópicos, abordaremos três modalidades de estipulações contratuais relacionadas com terceiros, a saber:

- a) estipulação em favor de terceiro;
- b) promessa de fato de terceiro;
- c) contrato com pessoa a declarar.

Vamos a elas.

2. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

Por meio da estipulação em favor de terceiro, ato de natureza essencialmente contratual, uma parte convencionada com o devedor que este deverá realizar determinada prestação em benefício de outrem, alheio à relação jurídica-base.

¹ Confira-se o tópico 5 (“Princípio da Relatividade Subjetiva dos Efeitos do Contrato”) do Capítulo III (“Principiologia do Direito Contratual”) deste tomo.

No Código Civil brasileiro, a matéria é tratada de forma sucinta, praticamente repetindo o disposto na codificação revogada (arts. 1.098 a 1.100 do CC-16), consoante se pode observar dos seguintes dispositivos:

“Da Estipulação em Favor de Terceiro

Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor.

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante.

Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade”.

No dizer do culto CAIO MÁRIO, a estipulação em favor de terceiro “origina-se da declaração acorde do estipulante e do promitente, com a finalidade de instituir um *iuris vinculum*, mas com a peculiaridade de estabelecer obrigação de o devedor prestar em benefício de uma terceira pessoa, a qual, não obstante ser estranha ao contrato, se torna credora do promitente”².

Nessa modalidade contratual especial, as partes são chamadas de *estipulante* — aquele que estabelece a obrigação — e *promitente ou devedor* — aquele que se compromete a realizá-la. Já o *terceiro ou beneficiário* é o destinatário final da obrigação pactuada.

O exemplo mais comum desta figura jurídica é o seguro de vida. Neste caso, consumado o risco previsto na apólice, a seguradora, conforme estipulado com o segurado, deverá pagar ao terceiro (beneficiário) o valor devido a título de indenização.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO lembra-nos outro exemplo:

“Também existe a estipulação ora cogitada, quando um pai (estipulante), por exemplo, determina a uma empresa (promitente ou devedora), de que é acionista, que prometa pagar a seu filho (beneficiário ou terceiro) os dividendos correspondentes a suas ações, na época em que forem devidos. Basta que essa empresa concorde, por seus legítimos dirigentes, com tal estipulação, para que

² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65.

esteja aperfeiçoado o contrato em favor de terceiro, porque dessa avença não toma parte”³.

Percebe-se, com isso, que o terceiro, estranho ao negócio, será por ele afetado, situação esta que excepciona a regra geral da relatividade dos efeitos do contrato.

2.1. Efeitos

O principal efeito peculiar desta modalidade especial de contratação é a possibilidade de exigibilidade da obrigação tanto pelo estipulante quanto pelo terceiro.

Registre-se, porém, que esta dupla possibilidade somente é aceitável se o terceiro anuir às condições e normas do contrato, na forma do transcrito art. 436 do CC-02 (art. 1.098 do CC-16)⁴.

Assim, anuindo o beneficiário com as “condições e normas do contrato”, o que deve ser feito de forma expressa⁵, ou seja, assumindo as obrigações dela decorrentes, incorpora ao seu patrimônio jurídico o direito de exigir a prestação, o que se infere da interpretação conjunta do mencionado dispositivo com o art. 437.

Dessa forma, a lógica de “quem pode o mais, pode o menos” deve ser “temperada” com a observância do direito adquirido, pois, se é lógico que quem estipula uma obrigação em favor de terceiro possa, justamente por ser o con-

³ Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 105.

⁴ “Civil e processual civil. Contrato de seguro. Ação ajuizada pela vítima contra a seguradora. Legitimidade passiva *ad causam*. Estipulação em favor de terceiro. Doutrina e precedentes. Recurso provido. I — As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina. II — Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro. III — O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora, para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor” (STJ, REsp 401.718/PR; REsp (2001/0188298-0), DJ, 24-3-2003, p. 228, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3-9-2002, 4.ª Turma).

⁵ “Contrato de transporte. Responsabilidade pelo pagamento do frete. Emissão, pelo transportador, de duplicata de prestação de serviços, contra o destinatário. A simples circunstância de o remetente fazer constar do conhecimento de transporte que o frete seria pago pelo destinatário, a este não obriga, se não anuiu previamente, ou *a posteriori*, a assunção de tal responsabilidade. Máxime em se cuidando de entidade de direito público, a anuência deve ser inequívoca, e não se presume do simples recebimento da mercadoria por servidor subalterno. Inexistência de ‘estipulação em favor de terceiro’. Artigos 1.098 e parágrafo único, e 929 do Código Civil. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 3.169/RS; REsp (1990/0004659-9), DJ, 24-9-1990, p. 9984, rel. Min. Athos Carneiro, j. 28-8-1990, 4.ª Turma).

tratante, modificar o contrato, tanto no seu conteúdo quanto ao destinatário, também é imprescindível compreender que a exoneração do devedor (mediante uma remissão, por exemplo) não poderá ofender direito do beneficiário.

Nesse sentido, a faculdade de substituição deste deve ser, em nosso sentir, registrada explicitamente no contrato, como estabelece o art. 438 do CC-02 (art. 1.100 do CC-16).

Nesse particular, avulta a crítica da doutrina à previsão legal, no que diz respeito a ausência de uma distinção quanto à onerosidade da avença em relação ao terceiro, pois nada impede que esse assuma obrigações para ter direito ao benefício estipulado.

É o que menciona ÁLVARO VILLAÇA, lembrando o saudoso SILVIO RODRIGUES:

“Após mostrar a falta de harmonia, no Código anterior (valendo a crítica também para o novo), entre esses artigos que tratam da estipulação estudada, demonstra Silvio Rodrigues que faltou ao legislador brasileiro diferenciar entre estipulação a título gratuito e a título oneroso, elucidando que, no tocante ao parágrafo único do art. 1.098 (parágrafo único do art. 436 do novo Código), colocam-se ao terceiro, ao lado das vantagens que lhe são concedidas, obrigações. Caso o beneficiário assumas estas, em razão dos benefícios oferecidos, concretiza-se o negócio, sem que exista qualquer possibilidade de revogação ou modificação pelo estipulante, sem que, com isso, concorde o terceiro. Faz ver, ainda, esse professor que, ante o art. 1.099 (art. 437 do novo Código), se a estipulação for a título gratuito, o estipulante ‘só não a pode revogar se expressamente abriu mão desse direito, ao conferir ao terceiro a prerrogativa de exigir o cumprimento da promessa’; se for a título oneroso, ‘não se compreende a exoneração do obrigado ou substituição, do terceiro’ (ou, ainda, outra modificação contratual, entendo), ‘pois isso envolveria um prejuízo para este último, sem qualquer causa que o justificasse’.

Quanto ao art. 1.100 do Código anterior (art. 438 do novo Código), prossegue o mesmo professor em sua exegese, só deve ser aplicado às estipulações gratuitas, dado que o terceiro, com sua substituição, não sofre prejuízo, pois sua situação é de quem aguarda um benefício”⁶.

3. PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO

Além da previsão legal da estipulação em favor de terceiro, admite o Código Civil brasileiro a possibilidade de estabelecimento de uma declaração de vontade na afirmação da realização de um ato por terceiro.

A expressão “fato de terceiro”, consagrada no texto codificado, nos parece

⁶ Ob. cit., p. 107-8.

um tanto imprópria, tendo em vista que se trata da prática futura de uma conduta humana, e não de um fato de coisa ou animal.

Trata-se, portanto, de um negócio jurídico em que a prestação acertada não é exigida do estipulante, mas sim de um terceiro, estranho à relação jurídica obrigacional, o que também flexibiliza o princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato.

3.1. Natureza jurídica

Um tema pouco tratado na doutrina especializada é a natureza jurídica da promessa de fato de terceiro.

No nosso entender, parece-nos bastante claro que se trata de um negócio jurídico submetido a um fator eficaz, ou seja, com um elemento acidental que limita não o *debitum* (a relação obrigacional em si mesmo), mas sim a *obligatio* (a responsabilidade civil pelo descumprimento do contrato).

Expliquemos melhor.

Se, voltando aos nossos velhos companheiros, Caio promete a Tício que o Professor Geraldo irá ministrar aulas em um curso preparatório para concursos, caso o ilustre propedeuta não realize tal tarefa, é óbvio que, não tendo participado da avença, não poderá ser compelido a fazê-lo⁷.

O negócio jurídico, porém, existiu, é válido e eficaz, para vincular os sujeitos contratantes, e não, obviamente, o terceiro, motivo por que estabelece o *caput* do art. 439 do CC-02 (art. 929 do CC-16) que aquele “que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este não o executar”.

Diferente situação haverá, todavia, quando o terceiro, nominado originalmente pelo estipulante, se comprometer diretamente à prestação, pois, aí, a obrigação será própria dele, conforme se verifica do art. 440:

“Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação”

Nada impede, obviamente, por força da autonomia da vontade, que se estabeleça uma responsabilidade solidária do estipulante original, mas isso dependerá, por certo, de manifestação expressa nesse sentido.

3.2. Exclusão de responsabilidade: uma novidade do Código Civil de 2002

Ainda sobre a promessa de fato de terceiro, o Código Civil brasileiro de 2002 trouxe uma inovação, ao prever uma hipótese de exclusão de res-

⁷ Sobre a tutela específica das obrigações de fazer, confira-se o tópico 2.2.1 (“Descumprimento culposo das obrigações de fazer: a sua tutela jurídica”) do Capítulo V (“Classificação Básica das Obrigações”) do v. II (“Obrigações”) desta obra.

ponsabilidade civil do estipulante, para o descumprimento da obrigação pelo terceiro.

É o que preceitua o parágrafo único do art. 439, estabelecendo que a "responsabilidade não existirá se o terceiro for cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens".

É a situação em que Caio promete a Tício que sua esposa (de Caio, não de Tício), com quem é casado em comunhão universal de bens, irá transferir um imóvel para si. Ora, a responsabilidade civil de Caio, pelo descumprimento da prestação por sua esposa, acabará recaindo no patrimônio desta, o que seria uma situação de responsabilização de terceiro que não fez parte da relação jurídica obrigacional.

4. CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR

Temos, ainda, o denominado *contrato com pessoa a declarar*.

Trata-se de figura contratual consagrada pelo novo Código Civil, que a regulou a partir do seu art. 467, sem equivalente na legislação codificada anterior:

"Do Contrato com Pessoa a Declarar

Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes".

Traduz, em verdade, também uma promessa de prestação de fato de terceiro, que *titularizará os direitos e obrigações decorrentes do negócio*, caso aceite a indicação realizada, o que se dará *ex tunc* à celebração do negócio (art. 469).

A respeito do tema, ORLANDO GOMES preleciona:

"Trata-se de contrato no qual se introduz a cláusula especial *pro amico eligendo* ou *pro amico electo*, pela qual uma das partes se reserva a faculdade de nomear quem assuma a posição de contratante. A pessoa designada toma, na relação contratual, o lugar da parte que a nomeou, tal como se ela própria houvesse celebrado o contrato. O designante sai da relação sem deixar vestígios. Em suma, o contraente *in proprio* nomeia terceiro titular do contrato"⁸

No dizer de JONES FIGUEIRÊDO ALVES, por meio deste negócio,

"reserva-se a um dos contratantes, no negócio jurídico celebrado pela cláusula *pro amico eligendo*, a indicação de outra pessoa que o substitua na rela-

⁸ Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., p. 166-7.

ção contratual, adquirindo os direitos e assumindo as obrigações dele decorrentes. Caso não exercite a cláusula ou o indicado recuse a nomeação, ou seja insolvente, disso desconhecendo a outra parte, permanece o contrato somente eficaz entre os contratantes originários (art. 470)⁹.

O prazo para a comunicação da indicação do terceiro é de cinco dias, se outro lapso não se estipulou (art. 468).

Trata-se, a nosso ver, de prazo decadencial contratualmente estipulado, dentro do qual o contraente exercerá, caso queira, o direito potestativo de indicação.

É de notar que o parágrafo único do referido art. 468 exige que a aceitação do terceiro deva observar a mesma forma que as partes usaram para o contrato. Assim, se a aceitação da proposta de contratar foi expressa, por escrito, a aquiescência do terceiro indicado não poderá ser tácita, o que deve ser observado no caso concreto, pois o silêncio do terceiro não será necessariamente interpretado como aceitação.

A própria lei, entretanto, ressalva hipóteses em que o contrato será eficaz apenas entre os contratantes originários (arts. 470 e 471):

a) se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la;

b) se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da aceitação;

c) se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação.

Claro está, portanto, que o contrato com pessoa a declarar é um negócio jurídico que envolve certa margem de risco, tanto para os contratantes originários como para o terceiro que aceita a indicação.

SÍLVIO VENOSA, aliás, lembra ser comum a ocorrência desta figura “nos compromissos de compra e venda de imóveis, nos quais o promissário comprador atribui-se a faculdade de indicar terceiro para figurar na escritura definitiva”¹⁰.

4.1. Distinção para a cessão de contrato

Não se deve confundir o *contrato com pessoa a declarar* com a figura jurídica da *cessão de posição contratual*.

⁹ Jones Figueirêdo Alves, *Novo Código Civil Comentada*, coord. Ricardo Fiuza, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 415.

¹⁰ Sílvio Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 491.

Sobre essa modalidade de cessão, também denominada cessão do contrato, já vimos que "é instituto jurídico conhecido da doutrina que, surpreendentemente, não mereceu a devida atenção no Código Civil de 2002. Diferentemente do que ocorre na cessão de crédito ou de débito, neste caso, o cedente transfere a sua própria posição contratual (compreendendo créditos e débitos) a um terceiro (cessionário), que passará a substituí-lo na relação jurídica originária"¹¹.

Os institutos não devem ser confundidos, visto que, no contrato com pessoa a declarar, a faculdade de indicação já vem prevista originariamente, podendo, inclusive, nunca ser exercida; na cessão da posição de contrato, por sua vez, não ocorre necessariamente estipulação prévia da faculdade de substituição.

Assim, o terceiro, embora não vinculado originariamente à relação contratual, poderá experimentar os seus efeitos, caso aceite a nomeação indicada.

Observa-se, portanto, nesse caso, que o espectro eficaz do negócio jurídico firmado entre os contraentes iniciais incidirá em sua órbita jurídica de atuação, mitigando-se, dessa forma, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

¹¹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Obrigações*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. II, p. 275.

Capítulo VIII

Classificação dos Contratos

Sumário: 1. O recurso pedagógico da classificação. 2. Classificação dos contratos no Direito Romano. 3. Contratos considerados em si mesmos. 3.1. Quanto a natureza da obrigação. 3.1.1. Contratos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. 3.1.2. Contratos onerosos ou gratuitos. 3.1.3. Contratos comutativos ou aleatórios. 3.1.4. Contratos paritários ou por adesão. 3.1.5. Contratos evolutivos. 3.2. Classificação dos contratos quanto à disciplina jurídica. 3.3. Classificação dos contratos quanto à forma. 3.3.1. Solenes ou não solenes. 3.3.2. Consensuais ou reais. 3.4. Classificação dos contratos quanto à designação. 3.5. Classificação dos contratos quanto a pessoa do contratante. 3.5.1. Pessoais ou impessoais. 3.5.2. Individuais ou coletivos. 3.5.3. O autocontrato. 3.6. Classificação dos contratos quanto ao tempo de sua execução. 3.7. Classificação dos contratos quanto à disciplina legal específica. 3.8. Classificação pelo motivo determinante do negócio. 3.9. Classificação pela função econômica. 4. Classificação dos contratos reciprocamente considerados. 4.1. Classificação quanto à relação de dependência. 4.2. Classificação quanto à definitividade.

1. O RECURSO PEDAGÓGICO DA CLASSIFICAÇÃO

Toda classificação, por ser obra da inteligência humana, pode ser considerada imperfeita. Isso porque toda construção classificatória dependerá da visão metodológica de cada autor, que buscará, dentro da imensa gama de enfoques, aquele que lhe parece mais didático.

E é justamente essa a finalidade do recurso pedagógico da classificação: *mostrar as peculiaridades dos institutos estudados*, na medida em que são agrupados pelas suas similitudes.

É isso que pretendemos fazer com as modalidades contratuais, neste capítulo.

Dentro da enorme quantidade de prismas focais possíveis¹ e na falta de um critério legal expresso — como existe, ainda que incompleto, em relação

¹ “No direito moderno, atende-se a vários critérios para classificar os contratos, seja de acordo com o número de partes sobre as quais recaem as obrigações, seja com base na existência ou não de liberalidade, seja atendendo à transferência de posse de bens, à forma solene, à regulamentação específica contida na lei, à maior ou menor liberdade que têm as partes de discutir e fixar o conteúdo do contrato.

aos bens (arts. 79 a 103 do CC-02), preferimos, por analogia à mencionada classificação, proceder a nossa com base na análise dos *contratos em si mesmos*, bem como analisá-los na sua *consideração recíproca*².

Antes, porém, de analisar tal classificação, façamos um breve panorama sobre a classificação dos contratos no Direito Romano.

2. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO ROMANO

No Direito Romano, mais especificamente nas *Institutas* de Gaio, a classificação dos contratos obedeceu a critérios formais, distinguindo-se, então, quatro modalidades contratuais: *reais, consensuais, verbais e literais*.

Os *contratos reais* eram aqueles que exigiam a entrega de uma coisa (*res*). Nessa modalidade, enquadram-se os contratos de mútuo, comodato, depósito, penhor e anticrese³.

Já os contratos consensuais são os relacionados a uma declaração de vontade, independentemente de qualquer formalidade, seja a redução à forma escrita, pronunciamento de palavras, rituais ou entrega de coisa. Enquadram-se, neles, os contratos de compra e venda, locação, sociedade e mandato.

Os contratos verbais (*verbis contrahitur obligatio*) ou orais, por sua vez, são os que se perfazem com a enunciação de certas palavras, que vinculavam os sujeitos contratantes, pois a obrigação nasceria da resposta que o eventual devedor daria à formulação do credor. Nesse campo, bons exemplos seriam a promessa de dote e a *stipulatio*.

Contrapondo-se a eles, encontravam-se os contratos literais, que, como o próprio nome infere, imprescindiam de uma forma escrita. Como ensina o amigo SÍLVIO VENOSA:

Algumas distinções são clássicas, vindo do direito romano ou dos autores medievais. Outras são mais modernas e algumas simplesmente de caráter acadêmico, pois a matéria é em grande parte subjetiva e cada autor pode enunciar uma classificação própria dos contratos, atendendo a critérios por ele fixados" (Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos*, 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. II, p. 182).

² Adota classificação semelhante a Profa. Maria Helena Diniz, em seu *Tratado Teórico e Prático dos Contratos* (5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003).

³ "É costume atribuir a Gaio a primeira enunciação desse conceito real, mas é com Justiniano que a teoria aparece ordenada, quando se incorporam nessa categoria as figuras clássicas do mútuo, depósito e penhor. É da essência desses contratos a entrega da coisa. Assim, não podemos falar em empréstimo de dinheiro sem a entrega do numerário ao mutuário, nem de depósito sem a existência da coisa depositada em mãos do depositário" (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 413).

"Contratos literais são os que necessitam da escrita. A origem desses contratos está no livro de contas dos indivíduos (*codex accepti et expensi*), dívidas a pagar e créditos a receber. A obrigação constituía-se mediante o lançamento da dívida no registro. Pouco sabemos desses contratos que parecem ter desaparecido no período clássico. O contrato escrito de cunho moderno, referido já pela compilação justiniana, não tem relação com essa fonte antiga, mas provém da transformação da *stipulatio*, contrato oral, em instrumento público"⁴.

Rememorada a classificação no Direito Romano, procedamos à análise minuciosa de diferentes critérios classificatórios dos contratos em si mesmos.

3. CONTRATOS CONSIDERADOS EM SI MESMOS

A análise dos contratos em si mesmos, ou seja, sem qualquer relação com outros, é, sem sombra de dúvida, a mais profícua a proceder, pois importa em várias divisões e subdivisões, por força da multiplicidade de relações contratuais.

Para que possamos dar ao nosso público leitor a maior sensação possível de completude, optamos por fazer a seguinte visão esquemática:

- a) Quanto à Natureza da Obrigação.
 - a.1) Contratos Unilaterais, Bilaterais ou Plurilaterais.
 - a.2) Contratos Onerosos ou Gratuitos.
 - a.3) Contratos Comutativos ou Aleatórios.
 - a.4) Contratos Paritários ou por Adesão.
 - a.5) Contratos Evolutivos.
- b) Classificação dos Contratos quanto à Disciplina Jurídica.
- c) Classificação dos Contratos quanto à Forma.
 - c.1) Solenes ou Não Solenes.
 - c.2) Consensuais ou Reais.
- d) Classificação dos Contratos quanto à Designação.
- e) Classificação dos Contratos quanto à Pessoa do Contratante.
 - e.1) Pessoais ou Impessoais.
 - e.2) Individuais ou Coletivos.
- f) Classificação dos Contratos quanto ao Tempo.
- g) Classificação dos Contratos quanto à Disciplina Legal Específica.
- h) Classificação pelo Motivo Determinante do Negócio.
- i) Classificação pela Função Económica.

⁴ Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., v. II, p. 391.

3.1. Quanto à natureza da obrigação

A classificação mais abrangente, tomando-se a análise do contrato em si mesmo, é, indubitavelmente, aquela que tem a natureza da obrigação como parâmetro.

Por natureza da obrigação, compreenda-se a classificação dos contratos em função da prestação pactuada, uma vez que, em virtude da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, o conteúdo do contrato pode ser o mais diverso possível, muitas vezes com objetos diametralmente opostos.

Compreendamos, nas espécies, tal classificação.

3.1.1. Contratos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais

Toda relação contratual pressupõe a existência de duas ou mais manifestações de vontade.

Todavia, isso não quer dizer que produza, necessariamente, efeitos de natureza patrimonial para todas as partes.

Assim, na medida em que o contrato implique direitos e obrigações para ambos os contratantes ou apenas para um deles, será *bilateral* (ex.: compra e venda) ou *unilateral* (ex.: depósito).

Nessa classificação, é possível falar, por certo, em uma visão *plurilateral* (ou *multilateral*), desde que haja mais de dois contratantes com obrigações, como é o caso do contrato de constituição de uma sociedade⁵ ou de um condomínio⁶.

Nessa linha, quando o contrato estabelecer apenas uma "via de mão única", com as partes em posição estática de credor e devedor, pelo fato de se estabelecer uma prestação pecuniária apenas para uma das partes, como na doação simples, falar-se-á em contrato unilateral.

⁵ "Ação de resolução de acordo de acionistas. Legitimidade para a causa de adquirente de controle acionário de uma das partícipes do aludido acordo. Nítido interesse de agir em Juízo, na busca da desconstituição do negócio plurilateral. Incumprimento do acordo por uma das empresas nele figurantes, que passou a agir, abertamente, contra a cooperação e interesses comuns. Apelação improvida. Sentença louvada" (TJRS, Ap. Civ. 597093749, rel. Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa, j. 5-11-1997, 1.ª Câmara Cível).

⁶ "Os legitimados ativa e passivamente no processo são os que devem figurar como autores e réus para que o juiz, formando o ângulo, possa decidir sobre determinado objeto. A ação meramente declaratória da existência de relação jurídica condominial com o fim de expungir incertezas sobre os efeitos jurídicos dos atos praticados pelos obrigados num contrato plurilateral de caráter instrumental, finda por carência de ação quando os interessados, no curso dela, se reúnem e regram o seu litígio sustentando e aceitando, cada parte, na assembleia, o seu conflito de interesses" (TJRS, Ap. Civ. 26927, rel. Des. João Aymoré Barros Costa, j. 28-10-1982, 1.ª Câmara Cível).

Já no contrato bilateral (ou no plurilateral), tem-se a produção simultânea de prestações para todos os contratantes, pela dependência recíproca das obrigações (sendo uma a causa de ser da outra), o que é chamado de *sinalagma*⁷, motivo pelo qual tais contratos também são, em geral, conhecidos como *sinalagmáticos* ou de *prestações correlatas*⁸.

Há quem defenda a existência de um *tertium genus* entre a unilateralidade e a bilateralidade dos efeitos do contrato.

Seria a figura do *contrato bilateral imperfeito*, o qual, na sua origem, seria unilateral, mas, durante a sua execução, converter-se-ia em bilateral. É o caso mesmo do contrato de depósito, em que o depositante pode ser obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, bem como os prejuízos que provierem do depósito (art. 643 do CC-02; art. 1.278 do CC-16), em virtude de circunstância superveniente.

Tal figura intermediária é bastante imprecisa, conforme nos alerta ORLANDO GOMES:

“Uma vez que nos contratos unilaterais somente uma das partes se obriga, é impossível conceber qualquer espécie de dependência, mas, em alguns, surge, no curso da execução, determinada obrigação para a parte que tinha apenas direitos. Nesse caso, diz-se que o contrato é bilateral imperfeito. Seria uma categoria intermediária. A melhor doutrina repele-a, mas pode ser mantida por sua utilidade prática, especialmente para o direito de retenção. O contrato bilateral imperfeito não deixa de ser unilateral, pois, no momento de sua conclusão, gera obrigações somente para um dos contratantes. Em verdade, a obrigação esporádica não nasce do contrato, mas, acidentalmente, de fato posterior à sua formação. O contrato bilateral imperfeito subordina-se, com efeito, ao regime dos contratos unilaterais”⁹.

⁷ Há quem faça distinção conceitual entre contratos bilaterais e sinalagmáticos, em que, nos primeiros, a característica marcante seria a produção de efeitos para ambos os contratantes e, nos segundos, a relação de causalidade entre eles. Nesse sentido, observa Orlando Gomes: “Não é pacífica a noção de contrato bilateral. Para alguns, todo contrato produz obrigações para as duas partes, enquanto para outros a sua característica é o sinalagma, isto é, dependência recíproca das obrigações, razão por que preferem chamá-las contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas. Realmente, nesses contratos, uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações” (*Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71). Não vislumbramos, porém, no nosso Direito positivo, utilidade prática em tal diferenciação, pelo que utilizaremos indistintamente as expressões.

⁸ “A dependência pode ser genética ou funcional. Genética, se existe desde a formação do contrato. Funcional, se surge em sua execução o cumprimento da obrigação por uma parte acarretando o da outra” (Orlando Gomes, ob. cit., p. 71).

⁹ Orlando Gomes, ob. cit., p. 72.

A presente classificação é uma das mais importantes deste capítulo, pois gera múneras repercussões práticas (destacadas, em diferentes tópicos, por diversos doutrinadores¹⁰), a saber:

a) Somente nos contratos *bilaterais* é aplicável a *exceptio non adimpleti contractus*¹¹, exceção (defesa) substancial do contrato não cumprido, prevista expressamente no Código Civil brasileiro (art. 476 do CC-02; art. 1.092 do CC-16), consistente na regra de que nenhum dos contratantes, antes de cumprir a sua obrigação (o que já afasta a sua incidência em contratos unilaterais), pode exigir o implemento da prestação do outro. Por consequência, a garantia de execução do contrato (outrora prevista no mesmo art. 1.092 do CC-16 e, hoje, em dispositivo próprio, a saber, o art. 477 do CC-02) também somente pode ser invocada em tais avenças sinalagmáticas pela incompatibilidade estrutural com os contratos unilaterais¹².

b) Somente nos contratos *bilaterais* é aplicável a teoria da condição resolutiva tácita. De fato, por força da interdependência das obrigações, nos contratos *sinalagmáticos*, o descumprimento culposo por uma das partes constitui justa causa para a resolução do contrato, uma vez que, se um é causa do outro, deixando-se de cumprir o primeiro, perderia o sentido o cumprimento do segundo¹³.

c) Somente nos contratos *bilaterais* (e comutativos) é aplicável a disciplina dos vícios redibitórios, entendidos como os vícios ou defeitos ocultos da

¹⁰ Orlando Gomes, ob. cit., p. 72-3; Arnaldo Wald, ob. cit., p. 184-5; Carlos Roberto Gonçalves, ob. cit., p. 24-6; Maria Helena Dimiz, ob. cit., p. 100-2; Sílvio Rodrigues, ob. cit., p. 73-81; e Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., p. 394-8.

¹¹ "Indenização. Perdas e danos. Contrato de promessa de compra e venda. Descumprimento. Promitentes-vendedores deixaram de outorgar escritura pública a promitente-compradora. Compensação de aluguéis pelo período em que a promitente-compradora ficou no imóvel enquanto tramitava a ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos que moveu contra os promitentes-vendedores. De acordo com art. 1.092, *caput*, do Código Civil, em se tratando de contrato bilateral, nenhum dos contraentes pode exigir o implemento da obrigação do outro se antes não tiver cumprido a sua. No caso concreto, os promitentes-vendedores não podem exigir que se compensem supostos aluguéis, com base na rescisão do contrato de promessa de compra e venda, na medida em que deram causa aos danos os quais a promitente-compradora vem sofrendo desde a impossibilidade do cumprimento do contrato, bem assim pelo fato de que ainda não cumpriram sua parte da obrigação imposta pelo comando sentencial, isto é: devolver o dinheiro pago pela autora e pagar a indenização fixada por perdas e danos. Recurso desprovido" (TJRS, Ap. Civ. 70006650311, rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 13-8-2003, 9.ª Câm. Civ.).

¹² Sobre o tema, confira-se o Capítulo XV ("Exceção de Contrato Não Cumprido").

¹³ Sobre o tema, confira-se também o Capítulo XIV ("Extinção do Contrato") do presente tomo.

coisa, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou que lhe diminuam o valor, na forma do art. 441 do CC-02 (art. 1.101 do CC-16)¹⁴.

3.1.2. *Contratos onerosos ou gratuitos*

O ordinário quando se estabelece uma relação jurídica contratual é que ambas as partes experimentem benefícios e deveres. Assim, os efeitos da avença devem ser sentidos entre os contratantes da forma como fora pactuada (v. g., na compra e venda, o comprador tem de pagar o preço e o vendedor entregar a coisa), para que possam obter os proveitos desejados (no mesmo exemplo, o comprador receber a coisa e o vendedor embolsar o preço). Nessa situação, quando a um benefício recebido corresponder um sacrifício patrimonial, fala-se em *contrato oneroso*.

Quando, porém, fica estabelecido que somente uma das partes auferirá benefício, enquanto a outra arcará com toda obrigação, fala-se em *contrato gratuito* ou *benéfico*. É o caso típico, por exemplo, da doação pura (sem encargo) e do comodato.

Registre-se, a propósito, porém, que não é simplesmente a denominação do contrato que fixa a sua natureza, pois é possível que determinadas figuras contratuais sejam estabelecidas tanto na forma gratuita quanto onerosa, como, por exemplo, do mútuo (que pode ser celebrado sem pagamento de juros — gratuito — ou o feneratício — oneroso), do depósito, do mandato ou mesmo da fiança, lembrada por VENOSA, que “*pode ser concedida de favor (gratuita) ou mediante remuneração (onerosa)*”, observando:

“Nos contratos gratuitos, toda a carga contratual fica por conta de um dos contratantes; o outro só pode auferir benefícios do negócio. Daí a denominação também consagrada de contratos benéficos. Inserem-se nessa categoria a doação sem encargo, o comodato, o mútuo sem pagamento de juros, o depósito e o mandato gratuitos. Há uma liberalidade que está insita ao contrato, com a redução do patrimônio de uma das partes, em benefício da outra, cujo patrimônio se enriquece. Não deixa de ser gratuito o contrato que circunstancialmente impõe deveres à parte beneficiada, como o dever do donatário em não incorrer em ingratidão (art. 555; antigo, art. 1.181). Essa espécie de obrigação, que mais tem cunho de dever moral, não tem o caráter de uma contraprestação: ‘não está, no espírito das partes, uma compensação mais ou menos aproximada do que prometeu o doador nem a razão pela qual ele se obrigou’ (Borda, 1989:23). A mesma situação ocorre no mandato gratuito, quando o mandante deve reembolsar o mandatário de

¹⁴ Sobre o tema, dada a sua grande importância e disciplina própria, destinamos integralmente o Capítulo XII (“Vícios Redibitórios”), deste tomo, para uma análise minuciosa.

despesas para o desempenho do mandato (arts. 675 e 678; antigo, arts. 1.309 e 1.312). Essa obrigação não retira do mandato seu caráter gratuito, o que ocorreria caso as partes tivessem estipulado uma retribuição por seu desempenho. Nesse último caso, o espírito que imbuíu as partes ao contratar foi oneroso"¹⁵.

Como se pode verificar, há grande similitude entre a classificação dos contratos em unilaterais/bilaterais e gratuitos/onerosos, mas não se deve confundí-los.

Como esclarece CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

"Em geral, todo contrato oneroso é, também, bilateral. E todo unilateral é, ao mesmo tempo, gratuito. Não, porém, necessariamente. O mútuo feneraticio ou oneroso (em que é convencionado o pagamento de juros) é contrato unilateral e oneroso. Unilateral porque de natureza real: só se aperfeiçoa com a entrega do numerário ao mutuário, não bastando o acordo de vontades. Feita a entrega (quando o contrato passa a produzir efeitos), nenhuma outra obrigação resta ao mutuante. Por isso se diz que gera obrigação somente para o mutuário. Como exemplo de contrato que pode ser bilateral e gratuito menciona-se o mandato, embora se trate de bilateral imperfeito, visto que, para o mandante, a obrigação surge, em geral, *a posteriori* (a de pagar as despesas necessárias à sua execução, p. ex.)"¹⁶.

A diferenciação entre contratos gratuitos e onerosos também é bastante prestigiada pela legislação, que traz diversidade de regimes jurídicos em vários pontos, a saber:

a) A interpretação dos contratos gratuitos deve ser sempre mais restrita do que os negócios jurídicos onerosos¹⁷, uma vez que, por envolver uma liberalidade, a legislação considerou razoável que o contratante não onerado tivesse uma proteção menor do que o pactuante devedor.

b) Pelo mesmo fundamento, no que diz respeito à responsabilidade civil pelo descumprimento do pactuado, nos contratos benéficos, o contratante onerado somente responde por dolo, enquanto o contratante beneficiado segue a regra da simples culpa, ao passo que, nos contratos onerosos, cada um res-

¹⁵ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 401.

¹⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito das Obrigações — Parte Especial — Contratos (Síntopses Jurídicas)*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27.

¹⁷ CC-02: Art. 114. *Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente (CC-16: Art. 1.090. Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente)*. Sobre a interpretação dos contratos, confira-se o Capítulo XI ("Interpretação dos Contratos") deste tomo.

ponde por culpa, salvo, obviamente, o enquadramento da situação fática como de responsabilidade civil objetiva¹⁸

c) Da mesma forma, os riscos da evicção somente são suportados pelo adquirente de bens em contratos onerosos¹⁹, não sendo imputável aos contratos gratuitos.

3.1.3. *Contratos comutativos ou aleatórios*

Os contratos onerosos se subdividem em comutativos e aleatórios.

Quando as obrigações se equivalem, conhecendo os contratantes, *ab initio*, as suas respectivas prestações, como, por exemplo, na compra e venda ou no contrato individual de emprego, fala-se em um *contrato comutativo*.

Já quando a obrigação de uma das partes somente puder ser exigida em função de coisas ou fatos futuros, cujo risco da não ocorrência for assumido pelo outro contratante, fala-se em *contrato aleatório ou de esperança*, previsto nos arts. 458/461, como é o caso, por exemplo, dos contratos de seguro, jogo e aposta, bem como o contrato de constituição de renda²⁰.

É, inclusive, do art. 458 do CC-02 (art. 1.118, CC-16), que extraímos o conceito legal de contrato aleatório:

¹⁸ É a regra que se infere do art. 392 do CC-02, que preceitua: "Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei". Registre-se, porém, que a regra anterior era distinta (art. 1.057 do CC-16), pois se referia não aos contratos benéficos/onerosos, mas sim aos contratos unilaterais/bilaterais. Entendemos ter havido aqui uma evolução, até mesmo pelo reconhecimento da possibilidade de contratos unilaterais onerosos, em que não se justificaria a proteção, bem como pela ressalva as exceções legais, no que se enquadraria, por exemplo, a previsão do parágrafo único do art. 927 de responsabilidade civil objetiva por previsão legal ou exercício habitual de atividade de risco. Para um aprofundamento da matéria, sugerimos a leitura do Capítulo XVII ("Inadimplemento e Responsabilidade Civil Contratual") deste tomo, bem como o v. III ("Responsabilidade Civil") desta coleção.

¹⁹ CC-02: "Art. 447. Nos contratos *onerosos*, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública" (grifos nossos). Para maiores detalhes, confira-se o Capítulo XIII ("Evicção") deste tomo.

²⁰ Como ensina o insuperável mestre baiano Orlando Gomes: "Nos contratos aleatórios, há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. Os contratos aleatórios expõem os contraentes a alternativa de ganho ou perda. O equivalente, como reza o Código Civil francês, consiste '*dans la chance de gain ou de pert por chacune des parties*'. Aleatório é, em suma, o contrato em que, seguramente, é incerto o direito à prestação, como no jogo, a duração desta, como na renda vitalícia, ou a individualização da parte que vai supri-la, como na aposta (*Scardino*)" (Orlando Gomes, ob. cit., p. 74).

"Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir".

A expressão aleatório vem de *alea*, expressão latina que significa sorte²¹.

É importante registrar, porém, que "sorte", aqui, é utilizada no sentido de que a parte assume o risco do fato acontecer ou não, não sabendo, portanto, se terá um retorno patrimonial no contrato assumido.

Por isso, se a "sorte" ficar a cargo exclusivo de um dos contratantes (por exemplo, estabelecer que alguém fará um pagamento para mim, se eu quiser viajar), a hipótese não será propriamente de um contrato aleatório, mas sim de uma condição puramente potestativa, que impõe a nulidade absoluta do negócio jurídico, por força do art. 123, II, c/c o art. 166, VI, do vigente Código Civil brasileiro.

Sobre a condição potestativa, inclusive, já escrevemos:

"A segunda hipótese de cláusula vedada diz respeito as condições puramente potestativas, que são aquelas que derivam do exclusivo arbítrio de uma das partes.

Não se confundem, outrossim, com as condições simplesmente potestativas, as quais, dependendo também de algum fator externo ou circunstancial, não caracterizam abuso ou tirania, razão pela qual são admitidas pelo direito.

As condições puramente potestativas caracterizam-se pelo uso de expressões como: 'se eu quiser', 'caso seja do interesse deste declarante', 'se na data avençada, este declarante considerar-se em condições de prestar' etc. Todas elas traduzem arbítrio injustificado, senão abuso de poder econômico, em franco desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva.

Por outro lado, as condições simplesmente potestativas, a par de derivarem da vontade de uma das partes apenas, alia-se a outros fatores, externos ou circunstanciais, os quais amenizam eventual predomínio da vontade de um dos declarantes sobre a do outro. Tome-se a hipótese do indivíduo que promete doar vultosa quantia a um atleta, se ele vencer o próximo torneio desportivo. Nesse caso, a simples vontade do atleta não determina a sua vitória, que exige, para a sua ocorrência, a conjugação de outros fatores: preparo técnico, nível dos outros competidores, boa forma física etc."²²

²¹ É clássica a expressão "*alea jacta est*" (a sorte está lançada!) quando se inicia uma nova e desconhecida atividade.

²² Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 424-5.

Há realmente uma certa semelhança entre os contratos aleatórios e os contratos condicionais.

A eventual confusão, porém, é meramente aparente.

De fato, no contrato aleatório, a incerteza ocorre em relação às vantagens procuradas pela parte, seja na sua própria ocorrência, seja na sua extensão, duração ou individualização da parte que vai supri-la; no contrato efetivamente submetido a condição, porém, é a eficácia da avença que dependerá da ocorrência de um evento futuro e incerto.

A distinção entre contratos comutativos e aleatórios tem grande distinção prática na disciplina dos vícios redibitórios, uma vez que, conhecendo-se previamente as prestações devidas, com vantagens e sacrifícios, a ocorrência de vícios ou defeitos ocultos da coisa, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou que lhe diminuam o valor, alteram a equação financeira do contrato, o que inexistente, *a priori*, nos contratos aleatórios.

Todos os exemplos até aqui mencionados se referem a *contratos aleatórios por sua própria natureza*.

Todavia, um contrato tipicamente comutativo, como a compra e venda, pode-se tornar aleatório, em razão da autonomia da vontade, sendo considerado um *contrato acidentalmente aleatório*, como é o caso, por exemplo, da compra de uma colheita futura²³.

Registre-se, por isso, que, embora o Código Civil brasileiro expressamente declare uma disciplina sobre os contratos aleatórios, as regras dos arts. 458 a 461 se referem basicamente a um de seus exemplos, a saber, justamente o contrato de compra e venda aleatória.

Todavia, não se pode esquecer que, por ser a disciplina geral da matéria, tais dispositivos devem ser aplicados, no que couber, a todas as avenças com tal característica de álea, típicos ou atípicos, nominados ou inominados²⁴.

Especificamente sobre o contrato de compra e venda aleatória, ela pode-se dar de duas formas distintas, quais sejam, compra de coisas futuras, cujo risco se desdobra tanto em relação à própria existência da coisa, quanto à sua quantidade; e a compra de coisas existentes, mas expostas a riscos de perda ou deterioração.

Nessa mesma linha, podemos classificar os contratos de compra e venda aleatória da seguinte forma:

a) **Contrato de Compra de Coisa Futura, com Assunção de Risco pela Existência (*emptio spei*)** — nessa primeira espécie, prevista expressamente no

²³ Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., p. 404.

²⁴ Sobre o tema dos contratos atípicos, confira-se o Capítulo X ("Contratos Atípicos") deste tomo.

art. 458, o contratante assume o risco de não vir a ganhar coisa alguma, deixando à sorte propriamente dita o resultado da sua contratação. Como ensinava o saudoso SÍLVIO RODRIGUES, "na *emptio spei* o adquirente compra o risco de as coisas adquiridas virem ou não a existir. Assim, será aleatório o contrato no qual alguém adquire a safra futura de um fazendeiro, assumindo o risco de nada receber se o vendedor nada colher. O exemplo clássico é o daquele que adquire o produto do lança na rede que o pescador está na iminência de fazer. Mesmo que o pescador nada apanhe, tem ele direito ao preço integral, se agiu com a habitual diligência"²⁵ O exemplo é por demais didático, uma vez que mostra evidentemente o risco de quem paga o preço para que sejam jogadas as redes, podendo ser apanhada uma quantidade surpreendentemente grande — proporcionalmente maior ao valor pago — ou absolutamente nada²⁶.

b) Contrato de Compra de Coisa Futura, sem Assunção de Risco pela Existência (*emptio rei speratae*) — nessa segunda hipótese, prevista no art. 459 do CC-02 (art. 1.119 do CC-16)²⁷, não há a assunção total de riscos pelo contratante, tendo em vista que o alienante se comprometeu a que alguma coisa fosse entregue. No exemplo clássico citado na modalidade anterior, se o pescador nada conseguir ao lançar a rede, deve restituir o preço pactuado, o que não fará se conseguir um ou dois peixes, mesmo que o habitual fosse pescar dezenas. De certa forma, um outro exemplo pode ser considerado na utilização de máquinas eletrônicas de prêmios, comuns em parques infantis, onde, por exemplo, a pequena Marina, ao depositar fichas no equipamento, pode ser contemplada com um brinquedo da moda, embora, na maior parte das vezes, acabe ganhando somente um "prêmio de consolação" (um chaveiro, uma bolinha etc.).

c) Contrato de Compra de Coisa Presente, mas Exposta a Risco Assumido pelo Contratante — a última modalidade codificada é a que versa sobre a venda de coisa atual sujeita a riscos, prevista no art. 460²⁸ O exemplo clássico

²⁵ Sílvio Rodrigues, *Direito Civil — Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 124.

²⁶ Nesse tópico, não há como deixar de fazer referência a passagem da pesca maravilhosa, determinada por Jesus Cristo, em *Lc 5, 1-14*, em que mandou Simão Pedro, depois de ter trabalhado toda a noite e nada apanhado, ir a mar alto e jogar novamente as redes, no que colheram uma quantidade tão grande de peixes que se rompia sua rede, quase levando a pique dois barcos...

²⁷ CC-02: "Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.

Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido".

²⁸ CC-02: "Art. 460. Se for aleatório, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato".

é o da compra de mercadoria embarcada, sem notícia do seu estado atual, em que o adquirente assume o risco de elas chegarem ao seu destino ou não, devendo pagar o preço mesmo na hipótese de perecimento. Como já ensinava SILVIO RODRIGUES, as "hipóteses figuradas nesse artigo do Código Civil, de interesse no passado, tornam-se obsoletas no presente, dada, entre outras razões, a eficácia dos meios de comunicação"²⁹. A boa-fé de quem compra, porém, é sempre ressalvada, motivo pelo qual tal alienação aleatória "poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa" (art. 461 do CC-02; art. 1.121 do CC-16).

3.1.4. *Contratos paritários ou por adesão*

Na hipótese de as partes estarem em iguais condições de negociação, estabelecendo livremente as cláusulas contratuais, na fase de pontuação, fala-se na existência de um *contrato paritário*, diferentemente do *contrato de adesão*, que pode ser conceituado simplesmente como o *contrato onde um dos pactuantes predetermina (ou seja, impõe) as cláusulas do negócio jurídico*³⁰. Trata-se de um fenômeno típico das sociedades de consumo, que não mais prescindem, por inegáveis razões econômicas, das técnicas de contratação em massa³¹.

²⁹ Silvio Rodrigues, ob. cit., p. 124.

³⁰ O vigente Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, traz previsão específica de um conceito legal de contrato de adesão para as relações consumeristas, com disciplina própria, que pode ser invocada também, analogicamente, para as demais relações civis:

"Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1.º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão ao contrato.

§ 2.º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no parágrafo 2.º do artigo anterior.

§ 3.º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4.º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão".

³¹ Rememore-se, nesse assunto, o tópico 2 ("Concepção Histórica do Contrato: do início dos tempos ao contrato de adesão") do Capítulo I ("Introdução a Disciplina [jurídica dos Contratos]") deste tomo.

No insuperável ensinamento de ORLANDO GOMES:

"O conceito de contrato de adesão torna-se difícil em razão da controvérsia persistente acerca do seu traço distintivo. Há, pelo menos, seis modos de caracterizá-lo. Distinguir-se-ia, segundo alguns, por *ser oferta a uma coletividade*, segundo outros, por *ser obra exclusiva de uma das partes*, por *ter regulamentação complexa*, porque *preponderante a posição de uma das partes*, ou *não admitir a discussão a proposta*, havendo quem o explique como o *instrumento próprio da prestação dos serviços privados de utilidade pública*.

A discrepância na determinação do elemento característico do contrato de adesão revela que a preocupação da maioria dos escritores não consiste verdadeiramente em apontar um traço que permita reconhecê-lo. Predomina o interesse de descrevê-lo ou de explicá-lo, antes que o de ensinar o modo de identificá-lo, como ocorre, por exemplo, com os que procuram caracterizá-lo pela circunstância de ter regulamentação complexa. É certo que o contrato de adesão é praticável quando os interesses em jogo permitem, e até impõem, a pluralidade de situações uniformes, de modo que, sob esse aspecto, é, com efeito, oferta feita a uma coletividade. A necessidade de uniformizar as cláusulas do negócio jurídico elimina a possibilidade de qualquer discussão da proposta, criando para o oblato o dilema de aceitá-lo em bloco ou rejeitá-lo. Nada disso o distingue porquanto tais características são comuns a outras figuras jurídicas.

O traço característico do contrato de adesão reside verdadeiramente na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público"³².

Na esteira do grande mestre baiano, podemos trazer quatro traços característicos dos contratos de adesão:

a) *uniformidade*: o objetivo do estipulante é obter, do maior número possível de contratantes, o mesmo conteúdo contratual, para uma racionalidade de sua atividade e segurança das relações estabelecidas;

b) *predeterminação unilateral*: a fixação das cláusulas é feita anteriormente a qualquer discussão sobre a avença. De fato, a simples uniformidade não é suficiente para se considerar um contrato como de adesão, pois é imprescindível que tais cláusulas uniformes sejam impostas por somente uma das partes³³;

³² Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 117 (grifos nossos).

³³ Se as partes, em vez de contratarem uma assessoria jurídica especializada, resolverem celebrar contratos com formulários comprados "na esquina" (o que, evidentemente, não se recomenda), apesar da evidente (e lamentável!) uniformidade, não há que se falar em contrato de adesão, tendo em vista que ambos os contratantes optaram por tal conteúdo contratual.

c) *rigidez*: além de uniformemente predeterminadas, não é possível rediscutir as cláusulas do contrato de adesão, sob pena de descaracterizá-lo como tal;

d) *posição de vantagem (superioridade material) de uma das partes*: embora a expressão *superioridade econômica* seja a mais utilizada (até pela circunstância de ser a mais comum), consideramos mais adequada a concepção de *superioridade material*, uma vez que é em função de tal desigualdade fática que faz com que possa ditar as cláusulas aos interessados. É o exemplo de alguém que, embora não sendo considerado um potentado econômico, seja o detentor do monopólio de exploração de determinado produto ou serviço, pelo que, no campo dos fatos, sua vontade prevalece sobre a dos aderentes, ainda que mais forte economicamente.

Pela sua característica limitadora da liberdade contratual, pelo menos na sua concepção clássica, a interpretação do contrato de adesão não poderia dar-se da mesma forma que em um contrato paritário tradicional.

Por isso, não se estranha que, nas poucas oportunidades em que os contratos de adesão foram mencionados no novo Código Civil brasileiro (ante o absoluto silêncio da codificação anterior), tenha sido justamente para trazer regras de hermenêutica atenuadoras do elevado poder daqueles que predeterminam unilateralmente cláusulas uniformes e rígidas³⁴.

Devem-se distinguir, ainda, os *contratos de adesão* em relação à figura jurídica do *contrato-tipo*.

Esta última figura, também conhecida como *contrato de massa, em série ou por formulários*, se caracteriza pela forma com cláusulas predispostas, tal qual um contrato de adesão. Todavia, dele se diferencia, do ponto de vista estrutural, pela inexistência de predeterminação unilateral, com possibilidade de discussão de seu conteúdo³⁵.

³⁴ CC-02: "Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

Sobre o tema, confira-se o tópico 4 ("A Interpretação de Contratos de Adesão") do Capítulo XI ("Interpretação dos Contratos") do presente tomo.

³⁵ "Como acenamos, conquanto as partes estejam, na prática, em igualdade econômica, podem valer-se de contrato com cláusulas predispostas. O contrato-tipo aproxima-se do contrato de adesão pela forma com que se apresenta. Distingue-se do contrato de adesão porque aqui, no contrato-tipo, as cláusulas, ainda que predispostas, decorrem da vontade paritária de ambas as partes. Assim contratam, por exemplo, as empresas de determinado setor da indústria ou comércio com um grupo de fornecedores, podendo ou não ser representadas por associações respectivas. No contrato-tipo, o âmbito dos contratantes é identificável. No contrato de adesão, as cláusulas apre-

Obviamente, porém, pelas suas próprias características, o contrato-tipo requer a forma escrita, tal qual o contrato de adesão.

Por fim, é importante distinguir a concepção de contrato de adesão da obrigatoriedade de contratação.

De fato, como observa ARNOLDO WALD:

“Como vimos, um dos princípios clássicos é a liberdade de contratar, a faculdade de realizar ou não um contrato. Mas a intervenção estatal é tão acentuada que já há quem classifique alguns contratos como obrigatórios. Exemplo, entre nós, é o seguro obrigatório, instituído pelo art. 20 do Decreto-lei 73, de 21.11.66. Assim, basta ser proprietário de qualquer veículo, ou de unidade autônoma de edifícios em condomínio ou mutuário de empréstimos com bens dados em garantia e nos demais casos (são onze) previstos no indicado artigo, que haverá seguro obrigatório. A única liberdade (e às vezes nem isto, porque é a parte mais forte quem o indica no contrato de adesão) é a de escolher a companhia seguradora. Outro caso de contrato obrigatório, mas aí decorrente de vontade anterior, é o devido a um contrato preliminar, em que as partes assumem o dever de contratar”³⁶

3.1.5. *Contratos evolutivos*

Trata-se de outra classificação proposta pelo Professor ARNOLDO WALD, para se referir a figuras contratuais, próprias do Direito Administrativo, em que é estabelecida a equação financeira do contrato, impondo-se a compensação de eventuais alterações sofridas no curso do contrato, pelo que o mesmo viria com cláusulas estáticas, propriamente contratuais, e outras dinâmicas, impostas por lei.

Em suas próprias palavras:

“Nos contratos de direito público e nos contratos de direito privado a eles vinculados ou equiparados, uma parte das cláusulas se rege pela vontade das partes e outra obedece a normas legais que evoluem no tempo e cujas alterações modificam o contrato, embora mantida a equação contratual, ou seja, a relação entre deveres e obrigações dos contratantes. Em tais hipóteses, a intangibilidade do contrato não significa a imutabilidade de suas cláusulas,

sentam-se predispostas a um número indeterminado e desconhecido, *a priori*, de pessoas. Se a elaboração das cláusulas for unilateral, estaremos perante um contrato de adesão, e não um contrato-tipo. Isso é importante porque na interpretação haverá critério diverso. No contrato de adesão, na dúvida, interpreta-se em favor do aderente” (Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 384).

³⁶ Arnaldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos*, 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. II, p. 201.

mas, tão somente, a manutenção da chamada equação econômico-financeira do contrato que representa o relacionamento entre os direitos e obrigações de um dos contratantes e os do outro. Assim, admite-se que se consideramos como sendo os valores a e b correspondentes inicialmente aos direitos contratuais respectivamente do primeiro e do segundo contratante, podemos afirmar que a equação contratual é a/b . Se o valor de a for modificado para a' , o de b deve sofrer alteração idêntica, passando a ser b' de tal modo que a equação inicial seja mantida, ou seja, a/b seja a'/b' . São evolutivos os contratos administrativos em geral como também alguns contratos mistos, como, por exemplo, os do Sistema Financeiro de Habitação, que abrangem simultaneamente um relacionamento entre o mutuário e o mutuante e, por outro lado, a assunção de uma parte do débito por um fundo administrado pela Caixa Econômica³⁷.

Sinceramente, para efeito didático, toda classificação vale a pena, mas esta, em especial, pode estar abrangida dentro da próxima, que toma por base a disciplina jurídica aplicável, uma vez que esta "evolução contratual" pode ser considerada como nada mais que uma aplicação peculiar aos contratos administrativos da teoria da imprevisão³⁸, que, pouco a pouco, se espalha para as demais formas de contratação³⁹.

3.2. Classificação dos contratos quanto à disciplina jurídica

Eis outra classificação clássica da doutrina nacional.

Distinguir os contratos civis e comerciais era uma imposição legal, por força da necessidade de verificar quais os preceitos a eles aplicáveis, a saber, os contidos no Código Civil e no Código Comercial.

Com a unificação da disciplina das obrigações civis e comerciais, pelo advento do novo Código Civil brasileiro, a distinção perdeu muito o interesse⁴⁰.

³⁷ Arnoldo Wald, *ibidem*, p. 201-2.

³⁸ Sobre o tema, confira-se o Capítulo XVI ("Teoria da Imprevisão e Resolução por Onerosidade Excessiva") deste tomo.

³⁹ Para um aprofundamento desta afirmação, lembremos, por exemplo, da previsão do art. 317 do vigente Código Civil brasileiro, sem equivalente na codificação civil anterior: "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-la, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação"

⁴⁰ "A tendência moderna é a unificação do direito privado. Desse modo, diminui a importância de saber se um contrato é utilizado no Direito Civil ou no Direito Comercial. Entre nós, ainda persiste em vigor o velho Código Comercial no tocante ao direito marítimo, revogado que foi o restante pelo novo Código Civil. No sistema

Vale registrar, porém, que a classificação dos contratos quanto à disciplina jurídica não deve limitar-se a tal dicotomia.

De fato, novos microsistemas jurídicos há muito se emanciparam do Direito Civil clássico, tendo, porém, no contrato, também a sua manifestação básica, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor.

Por outro lado, a própria Administração Pública estabelece relações jurídicas negociais, sob a forma de contratos, ou seja, a personificação do Estado também se vale do mais básico e importante instituto do Direito Civil (isso seria um nó século atrás, se ainda valesse a pena persistir nos conceitos de Direito Público e Direito Privado...).

Assim, falamos tranquilamente, ao lado dos contratos civis e comerciais, em contratos trabalhistas, consumeristas e administrativos.

E há diferença ontológica entre eles?

Não, ousamos dizer!

A *Teoria Geral dos Contratos*, reservada por isso mesmo em tomo próprio desta obra, deve ser considerada uma categoria geral do Direito, composta de princípios básicos, que devem ser aplicados a toda forma de relação contratual.

O que há, todavia, é o fato de que, por força das peculiaridades dos sujeitos envolvidos e das relações jurídicas travadas, a interpretação de tais avenças deverá observar às suas peculiaridades legais e doutrinárias.

Por tais fundamentos, consideramos a classificação ainda bastante útil, para vislumbrar que é possível, sim, disciplinas jurídicas distintas para contratos de diversas naturezas, sem desprezar, porém, a teoria geral que lhes deve ser sempre aplicada, *mutatis mutandis*.

3.3. Classificação dos contratos quanto à forma

Quanto à forma, os contratos podem ser classificados sob dois enfoques.

anterior, havia disposições do contrato de compra e venda mercantil e do contrato de compra e venda civil, portanto. Embora seja essa a nova sistemática, existem contratos que são tipicamente de direito mercantil, enquanto outros são de direito civil. O critério mais seguro, embora não absoluto, para distingui-los é por meio do exame das partes, ou ao menos das partes que os integram. Quando ao menos uma das partes é comerciante ou empresa, o contrato pertence ao direito comercial. A distinção era importante mormente quando há normas diversas a serem aplicadas a um contrato regulado, tanto num como noutra compartimento do Direito. As regras de interpretação também diferem nesses dois campos" (Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 420).

O primeiro se refere à questão da imprescindibilidade ou não de uma forma prescrita em lei para a validade do negócio jurídico.

O segundo se relaciona à maneira pela qual o negócio jurídico é considerado ultimado.

Conheçamos esses dois critérios.

3.3.1. Solenes ou não solenes

Quanto à imprescindibilidade de uma forma específica para a validade da estipulação contratual, os contratos podem ser solenes ou não solenes.

A forma livre é a regra no nosso país, embora haja contratos solenes como o de compra e venda de imóvel acima do valor legal (art. 108 do CC).

Como já dito em capítulo anterior, o *princípio da liberdade da forma* é regente de todo o nosso sistema regulador do negócio jurídico, pelo que, como regra geral, os negócios têm forma livre.

Assim, os negócios formais ou solenes, definitivamente, não podem ser considerados a regra em nosso Direito, como o eram no Direito Romano.

Nessas situações excepcionais, porém, em que há imposição de um determinado revestimento formal para a validade do negócio jurídico (seja por uma forma especial ou por uma solenidade na sua celebração), diz-se que o negócio é *ad solemnitatem*.

Como exemplos de tal modalidade contratual, destacam-se, sem sombra de dúvida, os mencionados *contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis acima do valor consignado em lei*, tendo em vista que a forma pública é indispensável para a validade do ato. O *testamento*, embora não seja um contrato, mas, sim, um negócio jurídico unilateral, pode ser lembrado, apenas para fins didáticos, como um exemplo de negócio jurídico para o qual a lei impõe determinada forma (pública, cerrada ou particular), uma vez que não reconhece liberdade ao testador para elaborá-lo de acordo com a sua vontade.

Paralelamente aos negócios *ad solemnitatem*, podemos vislumbrar uma outra utilização da forma para os contratos, a saber, os negócios *ad probationem*. Nesses, embora a forma não prepondere sobre o fundo, haja vista não ser essencial, os contratantes devem observá-la, todavia, apenas para efeito de *prova do negócio jurídico*⁴¹.

⁴¹ "Ação de despejo cumulada com ação de cobrança. Locação verbal. Possibilidade. Fiança não existente. O contrato de locação, posto que possa ser ajustado verbalmente (art. 47 da lei n. 8.245/91), reclama prova segura e idônea no demonstrar a ocorrência daquela avença. A fiança é contrato solene que se dá por escrito (art. 1.483 do CC), não

Sobre a prova do contrato, remetemos o leitor às considerações feitas no capítulo anterior mencionado⁴².

3.3.2. *Consensuais ou reais*

Em relação à maneira (forma) pela qual o negócio jurídico é considerado ultimado, ainda nesta classificação quanto à forma, os contratos podem ser consensuais, se concretizados com a simples declaração de vontade, ou reais, na medida em que exijam a entrega da coisa, para que se repute existentes.

Conforme vimos neste mesmo capítulo, tal classificação tem grande importância histórica, uma vez que suas origens remontam ao Direito Romano.

São exemplos de *contratos consensuais* todos aqueles não solenes, ou seja, que a ordem jurídica não exige nenhuma forma especial para sua celebração, tais como a compra e venda de bem móvel, locação, parceria rural, mandato, transporte e emprego.

São exemplos de *contratos reais* o comodato, o mútuo, o depósito e o penhor. Como ensina MARIA HELENA DINIZ, "antes da entrega efetiva da coisa, ter-se-á mera promessa de contratar e não um contrato perfeito e acabado. Todavia, autores há, como Osti, Colin e Capitant, Josserand, Baudry-Lacantinerie, Carrara e Plamol, que rejeitam essa noção de contrato real, fundando-se na ideia de que a entrega da coisa seria mero pressuposto de exigibilidade da obrigação de restituir"⁴³.

Sobre a importância de tal classificação, é precisa a observação do amigo VENOSA:

existindo, portanto, fiança verbal. Prova dos autos que não sustenta a versão contida na inicial. Demanda repelida" (TJRS, Ap. Cív. 197216393, rel. Des. Jorge Luis Dall'Agnol, j. 19-11-1997, 8.ª Câmara Cível).

Em outro sentido, veja-se este acórdão:

"Contrato de corretagem — Intermediação de negócio — Produção de prova por meio de oitiva testemunhal — Possibilidade — Sentença mantida — Interposição de apelação e recurso adesivo visando reforma — Recurso adesivo não conhecido e apelo desprovido. O contrato de corretagem completa-se pelo simples consenso das partes, manifestado por qualquer forma, pois não há instrumento especial previsto em lei para sua celebração ou validade, podendo ser provado por todos os meios admissíveis em direito, inclusive por testemunhas. Uma vez provada a prestação de serviços, tem o intermediário do negócio direito a remuneração" (TJSC, Ap. Cív. 1999.012872-5, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 20-8-2001, 2.ª Câmara de Direito Civil).

⁴² Confira-se o tópico 6 ("Forma e Prova do Contrato") do Capítulo II ("Visão Estrutural do Contrato") deste tomo.

⁴³ Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

“Parte da doutrina tacha, modernamente, de superflua essa distinção. No entanto, é importante distingui-los para determinar o exato momento da formação do contrato. No Direito Romano, a classificação importava mais fortemente, porque as obrigações em geral eram cercadas de formalidades, e a entrega da coisa era uma delas para os contratos mencionados. De qualquer forma, a classificação serve para explicar o mecanismo de certos contratos. Não se anula o princípio geral de que o consentimento é bastante para aperfeiçoar o contrato. Alguns contratos, porém, exigem algo mais, que é a entrega da coisa, sob pena de desnaturarmos a relação contratual, fora do hermetismo da classificação.

Já nos contratos ditos consensuais, basta exclusivamente o acordo de vontades, como ocorre, por exemplo, na locação, compra e venda e mandato.

Como bem afirma ORLANDO GOMES, os contratos reais são geralmente unilaterais, porque a entrega da coisa, essencial para sua formação, não significa um começo de execução, como pode sugerir à primeira vista. Se não houver a entrega da coisa numa avença desse tipo, existirá quando muito um pré-contrato inominado. Como a tradição da coisa é essencial no contrato real, integra ela o requisito de existência do negócio. O contrato não se forma quando não existe a entrega da coisa. Destarte, o aspecto fático é importante para o intérprete determinar o aperfeiçoamento da avença. Apesar de a regra ser estipulada como uma contraprestação quando, por exemplo, o depositante obriga-se a remunerar o depositário⁴⁴.

3.4. Classificação dos contratos quanto à designação

Quanto à previsão legal anterior de denominação específica, pode-se falar na existência de *contratos nominados* e *contratos inominados*, na medida em que tenham terminologia ou nomenclatura definida e prevista expressamente em lei ou, em caso contrário, sejam apenas fruto da criatividade humana.

Sobre o tema, voltaremos a tratar em capítulo posterior, distinguindo-os de outra modalidade contratual⁴⁵.

3.5. Classificação dos contratos quanto à pessoa do contratante

No que diz respeito à pessoa do contratante, nossa classificação também se subdivide.

A primeira modalidade se refere à *importância da pessoa do contratante* para a *celebração* do contrato e sua *produção de efeitos*.

⁴⁴ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 413-4.

⁴⁵ Confira-se o tópico 2.1 (“Distinção dos Contratos Nominados e Inominados”) do Capítulo X (“Contratos Atípicos”) deste tomo.

Já a segunda modalidade se refere ao *número de sujeitos atingidos*, na medida em que as vontades são consideradas individual ou coletivamente.

Por fim, ainda nessa classificação, é importante tecer considerações sobre a figura do autocontrato.

Analisemos, agora, tais classificações.

3.5.1. *Pessoais ou impessoais*

Quanto à *importância da pessoa do contratante* para a *celebração e produção de efeitos* do contrato, podem tais negócios jurídicos ser classificados em *contratos pessoais* ou *contratos impessoais*.

Os primeiros, também chamados de personalíssimos, são os realizados *intuitu personae*, ou seja, celebrados em função da pessoa do contratante, que tem influência decisiva para o consentimento do outro, para quem interessa que a prestação seja cumprida por ele próprio, pelas suas características particulares (habilidade, experiência, técnica, idoneidade etc.). Nessas circunstâncias, é razoável se afirmar, inclusive, que a pessoa do contratante torna-se um elemento causal do contrato.

O exemplo mais visível é o *contrato de emprego*, em que a pessoalidade é levada a graus extremos, uma vez que a possibilidade de o trabalhador se fazer substituir por terceiro na prestação laboral desvirtua a avença como sendo de trabalho subordinado. Outro bom exemplo é um contrato de prestação de serviços, em que se pactue uma obrigação de fazer infungível (encomendar um quadro feito por um pintor famoso, v.g.), em que não será possível a atribuição de tal mister para terceiro, ainda que às custas do devedor reticente.

Já os contratos impessoais são aqueles em que somente interessa o resultado da atividade contratada, independentemente de quem seja a pessoa que irá realizá-la. Assim, se contrato uma sociedade empresária para reformar um prédio, pouco me importa se o pedreiro responsável será o empregado JOÃO ou o empregado JOSÉ, desde que a prestação seja cumprida da forma como pactuada. Na situação extrema desse exemplo, pouco me importa, inclusive, que a pessoa jurídica contratada desempenhe pessoalmente a atividade ou subempreite a prestação, desde que me entregue a obra pronta no dia pactuado.

A distinção entre contratos pessoais e impessoais tem grande utilidade, a saber:

a) os contratos *intuitu personae* são *intransmissíveis*, não podendo ser executados por outrem. Por decorrência lógica, a morte do devedor é causa extintiva de tal avença, que, da mesma forma, não pode ser cedida a terceiro. Caso tal cessão ocorra, o que haverá, juridicamente, será, em verdade, a celebração de um novo contrato;

b) os contratos *intuitu personae* são anuláveis, na hipótese de erro de pessoa, na forma do art. 139, II do CC-02⁴⁶, haja vista que a determinação do sujeito contratante foi a razão básica para a manifestação de vontade de contratar;

c) nos contratos *intuitu personae*, o descumprimento culposo de obrigação de fazer somente pode gerar perdas e danos ou, sendo ainda possível a prestação e havendo interesse do credor no seu cumprimento, a busca de uma tutela específica, mas, jamais, pela sua natureza, admitirá a prestação por terceiros, ainda que às expensas do devedor inadimplente.

3.5.2. Individuais ou coletivos

Ainda na classificação quanto à pessoa do contratante, é possível tomar como parâmetro, por ora, também o número de sujeitos envolvidos/atingidos.

De fato, a concepção tradicional do contrato se refere a uma estipulação entre pessoas determinadas, ainda que em número elevado, mas consideradas individualmente.

Todavia, ao se falar em contrato coletivo, também chamado de contrato normativo, tem-se uma transubjetivização da avença, alcançando grupos não individualizados, reunidos por uma relação jurídica ou de fato.

Em geral, ao contrário do contrato individual, as cláusulas estipuladas no contrato coletivo têm uma força normativa abstrata, em situação analógica a preceitos legais, estabelecendo normas que devem presidir a celebração e execução dos contratos individuais subordinados, inclusive produzindo alterações no conteúdo dos contratos em curso.

No ensinamento magistral de ORLANDO GOMES, um dos pais da matéria no Brasil⁴⁷, o "contrato normativo não prefixa, de regra, todo o conteúdo dos futuros contratos individuais. Prescreve, quase sempre, as disposições de maior importância, deixando margem às partes dos contratos singulares para que, em pontos secundários ou variáveis, exerçam a liberdade de estipulação, introduzindo cláusulas que não contradigam ou desvirtuem as disposições normativas. Para a caracterização desses convênios importa que se apresentem sob forma de regulamento, cujas disposições se insiram,

⁴⁶ CC-02: "Art. 139. O erro é substancial quando: (...)

II — concerne a identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante".

⁴⁷ Vale destacar que a tese de Orlando Gomes para a Cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Bahia (hoje, integrada a UFBA — Universidade Federal da Bahia) se chamava "A Convenção Coletiva de Trabalho", obra de consulta obrigatória para todos que se debruçarem sobre o tema.

inelutavelmente, no conteúdo das relações individuais formadas nos limites de sua eficácia⁴⁸.

Sua mais importante espécie é a convenção coletiva e, na área trabalhista, encontra outra forma, a saber, o acordo coletivo de trabalho⁴⁹, cuja diferença básica se refere ao sujeito patronal (o sindicato dos empregadores, nas convenções coletivas; e o empregador, diretamente, no acordo coletivo) e a área de abrangência (toda a categoria econômica nas convenções coletivas; e a empresa, no acordo coletivo).

Trata-se de uma modalidade contratual *lato sensu* de grande utilização no campo do Direito do Trabalho, embora nada impeça o seu emprego em outros ramos do Direito, havendo, inclusive, norma expressa no vigente Código de Defesa do Consumidor⁵⁰, embora sem grande repercussão prática.

Nesse sentido, ensina ARNOLDO WALD:

“Não é, todavia, apenas nas relações entre empregados e empregadores que surgem os contratos coletivos. Muitas vezes ocorrem entendimentos entre diversas indústrias ou diferentes firmas comerciais, para a produção, a compra ou a venda de determinados artigos, fixando-se princípios para evitar a concorrência desleal ou a luta de preços que poderia levar à ruína

⁴⁸ Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 84.

⁴⁹ CLT: “Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho.

§ 1.º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

§ 2.º As Federações e, na falta destas, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações”.

⁵⁰ CDC. “Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1.º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos de documentos;

§ 2.º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias;

§ 3.º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento”.

os produtores e os comerciantes. Não é só o fim ilícito de organizar que leva os interessados ao contrato coletivo. Muitas vezes, é um acordo que se torna necessário para atender a um determinado mercado, a certas modalidades de vendas, à realização de certas pesquisas, fixando-se as bases da cooperação de diversos grupos econômicos para fabricar ou comercializar o produto.

Muitas vezes o fabricante faz um contrato coletivo com os diversos revendedores, a fim de evitar a concorrência entre os mesmos, fixando modalidades gerais de trabalho e zona de atividade de cada um num documento de caráter mais estatutário do que contratual. Estabelece-se assim as quotas de cada um, a possibilidade ou não de transferi-las e o modo de operar em geral etc.”⁵¹

3.5.3. O autocontrato

Como estamos classificando o contrato em relação às pessoas dos contratantes, faz-se mister falar, ainda que *en passant*, sobre a figura jurídica do autocontrato.

Como a relação contratual pressupõe a coexistência de duas vontades, pode soar, no mínimo, heterodoxo falar em autocontrato.

A perplexidade, porém, é meramente aparente, uma vez que não há propriamente um contrato consigo mesmo, mas, sim, um contrato em que um dos sujeitos é representado por outro com poderes para celebrar contratos e que, em vez de pactuá-lo, estipula-o consigo próprio.

É a situação, por exemplo, em que Geraldo, mandatário, com os devidos poderes, de Noemi para vender um terreno de sua propriedade pelo preço X, em vez de anunciar ao público em geral, adquire-o para si, pagando o valor pretendido.

É tal contrato válido?

Historicamente, sempre houve muita resistência na aceitação de tal figura contratual, tendo o vigente Código Civil estabelecido regra própria no art. 117, sem equivalente na codificação anterior:

“Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, e anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido subestabelecidos”

⁵¹ Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos*, 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. II, p. 192.

Assim sendo, em apertada síntese, temos que, no exemplo citado, a aquisição do referido terreno é inválida, salvo se a lei expressamente autorizasse ou anuisse efetivamente com seus termos a nossa amiga Noemi.

Razoável, portanto, é a conclusão do amigo VENOSA:

“Podemos concluir com Messineo (1973, v. 21, t. 1:286) acerca da admissibilidade do autocontrato. Em primeiro lugar, deve ser considerado que o representado é o melhor juiz de seu próprio interesse. Se, consciente das circunstâncias de fato, autorizou o representante a contratar consigo, o negócio é válido. No entanto, cumpre não só que exista uma autorização prévia, mas que ela tenha sido dada de forma específica ao negócio concluído. Se a autorização foi genérica, temos de examinar se houve conflito de interesses, e se, caso fosse o negócio concluído com terceiro, a situação teria sido a mesma. Em segundo lugar, deve ser tido como válido o autocontrato, se o titular do direito predeterminou o conteúdo do negócio no mandato, com tais minúcias e com cautelas de molde a impedir o conflito de interesses com o representante. Neste último caso, torna-se indiferente para o representado a pessoa do outro contratante. Também não podemos definir como anulável o autocontrato, se o titular do direito o aceita, por meio de aprovação posterior”⁵².

3.6. Classificação dos contratos quanto ao tempo de sua execução

Quanto ao tempo, os contratos podem ser classificados em instantâneos ou de duração.

Por *contratos instantâneos*, compreendem-se as relações jurídicas contratuais cujos efeitos são produzidos de uma só vez.

É o caso, por exemplo, da compra e venda a vista de bens móveis, em que o contrato se consuma com a tradição da coisa.

Tal produção concentrada de efeitos, porém, pode-se dar *ipso facto* à avença ou em data posterior à celebração (em função da inserção de um termo limitador da sua eficácia), subdividindo-se, assim, tal classificação em contratos instantâneos de *execução imediata* ou de *execução diferida*.

Tal subclassificação também tem interesse prático, tendo em vista que, nos contratos de execução diferida, é aplicável a teoria da imprevisão, por dependerem de circunstâncias futuras, o que, por óbvio, inexistente nos contratos de execução imediata.

Já os *contratos de duração*, também chamados de contratos de *trato sucessivo*, *execução continuada* ou *débito permanente*⁵³, são aqueles que se cumprem

⁵² Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 430.

⁵³ “Débito permanente é o que consiste em uma prestação tal que não é possível conceber sua satisfação em um só momento; mas, do contrário, tem de ser cumprida

por meio de atos reiterados, como, por exemplo, o contrato de prestação de serviços, compra e venda a prazo e o contrato de emprego.

Tal duração pode ser determinada ou indeterminada, na medida em que haja ou não previsão expressa de termo final ou condição resolutiva a limitar a eficácia do contrato.

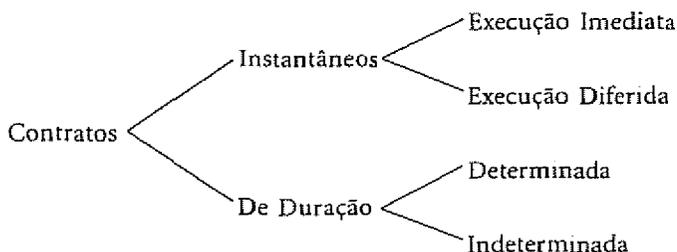
Vale destacar, porém, que o sempre metódico Mestre ORLANDO GOMES propunha, ainda, uma segunda classificação dos contratos de duração, especificando-os em execução periódica, execução continuada e execução salteada⁵⁴. Não adotamos, todavia, tal perspectiva, por considerá-la sem repercussões jurídicas relevantes.

Finalmente, vejamos os efeitos vinculados à classificação desenvolvida neste capítulo:

a) a resolução por onerosidade excessiva, prevista nos arts. 478 a 480 do CC-02 (sem equivalente na codificação anterior), somente é aplicável aos contratos de execução continuada ou aos instantâneos de execução diferida;

b) nos contratos de execução instantânea, a declaração de nulidade ou a resolução por inadimplemento impõe a restituição do *status quo ante*, o que não é possível nos de execução continuada, em que devem ser respeitados os efeitos produzidos.

Em função de tantas subdivisões, parece-nos razoável apresentar uma visão esquematizada de tal modalidade classificatória:



durante certo período de tempo, continuamente. A determinação de sua duração resulta da vontade das partes, mediante cláusula contratual em que subordinam os efeitos do negócio a um acontecimento futuro e certo, ou da declaração de vontade de um dos contratantes pondo termo à relação (denúncia). São, por consequência, por tempo determinado ou indeterminado” (Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79).

⁵⁴ “Os contratos de duração subdividem-se em *contratos de execução periódica e contratos de execução continuada*. Os de execução periódica seriam, propriamente, os contratos de *trato sucessivo*, expressão que se emprega, aliás, incorretamente, para designar todos os *contratos de duração*, que se executam mediante prestações periodicamente repetidas. Os de *execução continuada*, aqueles em que a prestação é única, mas ininterrupta. Acrescentam alguns terceira classe, constituída pelos contratos de execução salteada, sob solicitação de uma das partes” (Orlando Gomes, *ob. e p. cit.*s.).

3.7. Classificação dos contratos quanto à disciplina legal específica

Quando há uma previsão legal da disciplina de determinada figura contratual, estamos diante de um *contrato típico*; na situação inversa, ou seja, em que o contrato não esteja disciplinado/regulado pelo Direito positivo, vislumbramos um *contrato atípico*.

O tema, dada a sua importância doutrinária e pragmática, será objeto de um capítulo específico neste tomo, em que não somente diferenciaremos os institutos para os contratos nominados e inominados, bem como os contratos mistos (negócios jurídicos formados pela conjugação de prestações típicas de outros contratos existentes) e coligados (vários negócios jurídicos conjugados, unidos entre si)⁵⁵.

3.8. Classificação pelo motivo determinante do negócio

Uma classificação lembrada por SILVIO RODRIGUES toma por base o motivo determinante do negócio, para dividi-los em *contratos causais* e *contratos abstratos*.

Os primeiros estão vinculados à causa que os determinou, podendo ser declarados inválidos, se a mesma for considerada inexistente, ilícita ou imoral⁵⁶.

Já os contratos abstratos são aqueles cuja força decorre da sua própria forma, independentemente da causa que os estipulou. São exemplos os títulos de crédito em geral, como um cheque.

3.9. Classificação pela função econômica

Uma classificação encontrada na obra do Mestre ORLANDO GOMES toma como parâmetro a função econômica do contrato, para diferenciá-los em:

a) de troca — caracterizado pela permuta de utilidades econômicas, como, por exemplo, a compra e venda;

⁵⁵ Cf. o Capítulo X (“Contratos Atípicos”) deste tomo.

⁵⁶ “Em geral as obrigações estão filiadas às causas que as geraram e o devedor, quando acionado, pode ilidir o pedido, se provar a inexistência da causa do contrato, ou se demonstrar que ele se inspira em causa ilícita ou imoral. Em princípio, o credor deve provar a existência do contrato, seu conteúdo, bem como a obrigação do réu, a fim de conseguir sua condenação no pedido. De modo que através desse procedimento demonstra ele uma relação de causa e efeito entre sua pretensão e a obrigação de seu contendor” (Silvio Rodrigues, *Direito Civil — Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 32).

b) associativos — caracterizado pela coincidência de fins, como é o caso da sociedade e da parceria;

c) de prevenção de riscos — caracterizado pela assunção de riscos por parte de um dos contratantes, resguardando a possibilidade de dano futuro e eventual, como nos contratos de seguro, capitalização e constituição de renda;

d) de crédito — caracterizado pela obtenção de um bem para ser restituído posteriormente, calcada na confiança dos contratantes e no interesse de obtenção de uma utilidade econômica em tal transferência. É a hipótese típica do mútuo fenerático (a juros);

e) de atividade — caracterizado pela prestação de uma conduta de fato, mediante a qual se conseguirá uma utilidade econômica. Como exemplos, podem ser lembrados os contratos de emprego, prestação de serviços, empreitada, mandato, agência e corretagem.

Ressalte-se, porém, a advertência feita pelo próprio insuperável mestre baiano:

“Na classificação dos negócios jurídicos pela função econômica não se pode proceder a enquadramento em categorias estanques. O mesmo negócio é incluído em categorias distintas, se exerce dupla função, como acontece com alguns. É que, como observa Messineo, as categorias econômicas não coincidem necessariamente, na importância e no significado, com as categorias jurídicas. Mas, como a disciplina dos negócios se particulariza de acordo com a sua função prática, o conhecimento e a classificação das principais categorias interessam ao jurista para a fixação do regime a que se devem subordinar”⁵⁷

Destaque-se que tal classificação, identificando-a como quanto ao objeto, é criticada por alguns doutrinadores, como a ilustre Professora MARIA HELENA DINIZ da PUCSP:

“Discrepam os autores quanto a essa classificação. Cimbali, p. ex., divide os contratos, relativamente ao objeto, em: a) *patrimoniais*, se se entendem como o patrimônio em sentido estrito; b) *personais*, se atinentes a alguma prestação do contraente ou de outrem em seu lugar; c) *sociais*, se visam ao interesse da coletividade. Porém, como lecionam R. Limongi França, Rotondi e Trabucchi, essa divisão é inoportuna, por criar confusão a respeito do próprio objeto do contrato, cuja natureza, em regra, é de caráter patrimonial. Eis por que R. Limongi França, baseado em Larenz, propõe que se dividam os contratos conforme o conteúdo do direito que conferem, classificando-os do seguinte modo: a) contratos de alienação de bens; b) contratos de transmissão de uso e gozo; c) contratos de prestação de serviços; e d) contratos de conteúdo especial”⁵⁸.

⁵⁷ Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 90.

⁵⁸ Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS

Conhecida a classificação dos contratos em si mesmos, passemos a analisar os contratos reciprocamente considerados.

Nessa última classificação, podemos, para efeito didático, também subdividi-la em duas, tomando como parâmetro ou a existência de uma relação de dependência entre os contratos; ou a definitividade da avença.

Enfrentemo-nas.

4.1. Classificação quanto à relação de dependência

Os contratos principais são os que têm existência autônoma, independentemente de outro.

São, até mesmo por força dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, a regra geral no sistema jurídico.

Por exceção, existem determinadas relações contratuais cuja existência jurídica pressupõe a de outros contratos, a qual servem. É o caso típico da fiança, caução, penhor, hipoteca e anticrese.

Lembra MARIA HELENA DINIZ que, a respeito de tal classificação, “convém não olvidar os seguintes princípios fundamentais que os regem:

1.º) a nulidade da obrigação principal acarretará a das acessórias, porém a destas não implica a da principal (CC, art. 184);

2.º) a prestação da pretensão relativa a obrigação principal induzirá à alusiva às acessórias, mas a recíproca não é verdadeira; assim, a prescrição da pretensão a direitos acessórios não atinge a do direito principal (RT, 476:155)”⁵⁹.

É importante não confundir, porém, os *contratos acessórios* com os denominados *contratos derivados* ou *subcontratos*.

Esclarece tal distinção CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“Contratos derivados ou subcontratos são os que têm por objeto direitos estabelecidos em outro contrato, denominado básico ou principal (sublocação e subempreitada, p. ex.). Têm em comum com os acessórios o fato de que ambos são dependentes de outro. Diferem, porém, pela circunstância de o derivado participar da própria natureza do direito versado no contrato-base. Nessa espécie de avença, um dos contratantes transfere a terceiro, sem se desvincular, a utilidade correspondente à sua posição contratual. O locatário, por exemplo, transfere a terceiro os direitos que lhe assistem, mediante a sublocação. O contrato de locação não se extingue. É os direitos do subloca-

⁵⁹ Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 113.

tário terão a mesma extensão dos direitos do locatário, que continua vinculado ao locador”⁶⁰

4.2. Classificação quanto à definitividade

Por fim, quanto à definitividade, podem os contratos ser classificados em *preliminares e definitivos*.

Os contratos preliminares (ou *pactum de contrahendo*), exceção no nosso ordenamento jurídico, nada mais são do que negócios jurídicos que têm por finalidade justamente a celebração de um contrato definitivo.

Pela importância dada ao contrato preliminar no novo Código Civil brasileiro, sem equivalente na codificação anterior, trataremos dessa espécie no próximo capítulo, para o qual convidamos o leitor.

⁶⁰ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito das Obrigações — Parte Especial — Contratos (Síntopses jurídicas)*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, t. I, p. 33.



Capítulo IX

Contrato Preliminar

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Conceito e institutos similares. 3. Natureza jurídica. 4. Classificação. 5. Tutela específica. 6. Considerações sobre o contrato preliminar de doação.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS¹

Do ponto de vista do direito positivado, uma das inúmeras inovações do Código Civil brasileiro de 2002 é a disciplina formal do Contrato Preliminar, residente na Seção VIII do Capítulo I (“*Disposições Gerais*”) do Título V (“*Dos Contratos em Geral*”) do Livro destinado ao “*Direito das Obrigações*”.

A menção ao enfoque *de lege lata* se justifica pela circunstância de que tal instituto jurídico não constitui propriamente uma novidade para a doutrina nacional (ou mesmo para isoladas previsões legais específicas²), embora o nosso ordenamento ainda carecesse de uma regulamentação explícita e genérica da matéria.

E como passou a se dar tal disciplina?

Dissecá-la é a proposta do presente capítulo, como veremos nos próximos tópicos.

¹ Este capítulo foi redigido tomando por base o texto de Rodolfo Pamplona Filho, “A disciplina do contrato preliminar no novo Código Civil brasileiro”, in Mário Luiz Delgado e Jones Figuerêdo Alves (coords.), *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*, São Paulo: Método, 2004, v. II, e in Paulo Luiz Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Júnior (coords.), *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*, Recife: Ed. Nossa Livraria, 2003.

² Mesmo antes do CC-02, tanto a Lei de Incorporações (Lei n. 4.591, de 16-12-1964, art. 35, § 4.º) como a Lei de Loteamentos (Lei n. 6.766, de 19-12-1979, art. 27, *caput* e § 1.º) admitiam a vinculatividade do pré-contrato, equiparado a este a proposta de compra, a reserva de lote ou qualquer documento de que conste a manifestação de vontade das partes, a indicação do lote, o preço e modo de pagamento e a promessa de contratar. Em verdade, entre nós, o Decreto-Lei n. 58/37 é que se constituiu em verdadeiro marco inaugural, do ponto de vista legislativo, do contrato preliminar, ao regular o compromisso de compra e venda de terrenos para pagamento em prestações.

2. CONCEITO E INSTITUTOS SIMILARES

Conceituar um instituto jurídico nunca é uma tarefa definitiva, havendo sempre a possibilidade de divergências para a fixação dos limites de sentido e significado de cada palavra.

Sem cair na tentação das conceituações digressivas, *compreendemos o contrato preliminar como uma avença através da qual as partes criam em favor de uma ou mais delas a faculdade de exigir o cumprimento de um contrato apenas projetado*. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico que tem por objeto a obrigação de fazer um contrato definitivo.

O exemplo mais comum é o compromisso de venda, o qual, como se sabe, pode inclusive gerar *direito real*³.

O exemplo mais comum desse tipo de promessa é a *de compra e venda* (*promessa de compra e venda*), a qual, quando devidamente registrada no Cartório de Imóveis⁴, produz *eficácia real*, facultando ao promitente-comprador, se for necessário, recorrer à ação de adjudicação compulsória para a concretização do seu direito.

Tal figura já era conhecida, inclusive, no Direito Romano, pois o *pactum de contrahendo* compreendia o *pactum de mutuando* e *pactum de commodando*, entre outros.

Essa possibilidade de exigência da eficácia imediata de um contrato *in fieri* é também denominada, doutrinariamente, *pré-contrato*, *promessa de contrato*, ou *compromisso*, não devendo ser confundido com o negócio jurídico ainda não celebrado, cuja eficácia se pretende exigir.

Como observa ORLANDO GOMES:

“Trata-se de figuras distintas do respectivo contrato definitivo, havendo, entretanto, quem conteste a independência dos dois. Sob a influência do Direito francês, segundo a qual a promessa de venda — que é contrato preliminar no entendimento geral — vale venda quando haja consentimento das duas partes sobre a coisa e o preço, muitos autores negam a autonomia do pré-

³ Sobre o contrato preliminar de promessa de compra e venda e o direito real do promitente comprador, cf. Pablo Stolze Gagliano, *Código Civil Comentado*, São Paulo: Atlas, 2004, v. XIII, p. 224-36.

⁴ Mesmo não registrado, o contrato preliminar (promessa de compra e venda) poderá ser judicialmente exigido, consoante anotou Pablo Stolze Gagliano: “Em verdade, firmada uma promessa de compra e venda, ainda que não registrado o seu instrumento preliminar, o contrato terá gerado efeitos entre as próprias partes contratantes, caso em que, posto não se afigure constituído o esperado direito real, a parte prejudicada pelo inadimplemento da outra poderá lançar mão dos meios comuns de execução específica da obrigação de fazer, para o fim de satisfazer o seu direito” (*Código Civil Comentado*, São Paulo: Atlas, 2004, v. XIII, p. 241).

-contrato. Pensam outros que, se consiste em criar a obrigação de celebrar o contrato definitivo, é supérfluo, porque, se alguém prometeu obrigar-se em dia certo, obrigado estará nesse dia, como se nele houvesse contraído a obrigação. Exigir que novamente se obrigue é admitir, como diziam certos canoístas, um *circuitus inutilis*⁵.

Da mesma forma, não se deve colocar na mesma tábua as chamadas negociações preliminares e o contrato preliminar⁶.

De fato, as negociações preliminares — ao contrário do instituto aqui analisado — não geram direitos à contratação pretendida, podendo-se falar, no máximo, em uma responsabilidade civil pré-contratual, cujos danos são passíveis de indenização.

3. NATUREZA JURÍDICA

Toda vez que se indaga a respeito da *natureza jurídica* de uma determinada figura, deve o estudioso do Direito cuidar de apontar em que categoria se enquadra, ressaltando as teorias explicativas de sua existência, consoante já tivemos oportunidade de anotar⁷.

Assim, fica claro concluir-se que *a natureza jurídica do contrato*, por exemplo, é *a de negócio jurídico*, uma vez que nesta última categoria subsume-se a referida figura, encontrando, também aí, a sua explicação teórica existencial (a teoria do negócio jurídico explica a natureza do contrato).

⁵ Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

⁶ “Promessa de venda e compra. Recibo passado pelos promitentes-vendedores. Alegação de que as negociações não passaram de meras tratativas preliminares. Negócio jurídico, porém, consumado, tendo as partes deixado de formalizá-lo através de instrumento público. A despeito de instrumentalizado mediante um simples recibo, as partes celebraram um contrato preliminar, cuja execução se consumou com a entrega do imóvel ao compromissário-comprador e com o pagamento do preço por este último, na forma convenionada. Improcedência da alegação segundo a qual as negociações não passaram de simples tratativas preliminares. Em sede de recurso especial não se reexamina matéria de fato (Súmula n. 7-STJ). Exercida a posse por força de contrato de promessa de venda e compra, inadmissível é a reivindicatória contra o compromissário-comprador sem a prévia ou concomitante rescisão do contrato. Enquanto não desfeito o negócio jurídico, não pode ser tida como injusta a posse daquele que se comprometeu a adquirir. Precedentes. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 145.204/BA; REsp (1997/0059517-0), DJ, 14-12-1998, p. 245, RSTJ, 118/289, RT, 763/171, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20-10-1998, 4.ª Turma).

⁷ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 191.

Afirmar a *natureza jurídica* de algo é, em linguagem simples, responder à pergunta: “o que é isso para o direito?”.

Nesse diapasão, cumpre-nos investigar qual seria a natureza jurídica do *contrato preliminar*.

Indiscutivelmente, na nossa visão, o *contrato preliminar* é um *negócio jurídico*, na medida em que consiste em uma *declaração de vontade*, emitida em *obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia*, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.

Dai, não é de se estranhar que disponha o art. 462 do novo Código Civil brasileiro, *in verbis*:

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

Isso porque, como negócio jurídico que é, o contrato preliminar também se submete a todos os requisitos essenciais do contrato a ser pactuado.

A exclusão da forma se dá por uma opção legislativa, de modo a facilitar e estimular a utilização do instituto, como ordinariamente se procede, por exemplo, quando o contrato definitivo exige a escritura pública e os requisitos do contrato preliminar são satisfeitos com a lavratura em instrumento particular.

Nada impede, porém, que o contrato definitivo contenha mais cláusulas do que as pactuadas no contrato preliminar, que, de maneira alguma, se desnatura com tal possibilidade. Com efeito, a regra legal deve ser interpretada com razoabilidade para se entender que a exigência é somente quanto aos *requisitos essenciais* (entenda-se, os elementos de existência e validade do negócio jurídico), e não quanto ao inteiro conteúdo do pactuado.

4. CLASSIFICAÇÃO

Toda classificação é variável de acordo com a visão metodológica de cada autor.

Na nossa compreensão, devemos classificar os contratos preliminares de acordo com a sua *exigibilidade, retratabilidade e onerosidade*⁴.

Na classificação primária, percebemos que o pré-contrato pode ser *unilateral* ou *bilateral*.

⁴ Essa classificação toma por base a doutrina consagrada de Orlando Gomes (*Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 138), embora não coincida, *in totum*, com os critérios propostos pelo inesquecível mestre baiano.

Nesta primeira forma, a faculdade de exigir o cumprimento reserva-se única e exclusivamente a uma das partes, sendo que a outra contrai uma obrigação cujo adimplemento fica subordinado à vontade da que pode exigí-lo.

Destaque-se que a peculiaridade de criar obrigação ao talante de uma única parte não retira a natureza contratual desta promessa, uma vez que ela somente se aperfeiçoa com o acordo de vontades. São exemplos de tais contratos preliminares unilaterais a opção de compra, a venda a contento e a promessa de doação. Para hipóteses como essas é que foi concebido o art. 466 do novo Código Civil, a saber:

“Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.”

Como observa SÍLVIO VENOSA, “quem promete dar, fazer ou não fazer algo não pode ficar indefinidamente vinculado. Se não houve prazo na promessa, cujo decurso por si só desobriga o promitente, deve este conceder um prazo para que o interessado se manifeste. Em várias situações práticas a promessa unilateral é utilizada, como, por exemplo, na opção que se dá a um credor, para alienar um determinado bem”⁹.

Já no contrato preliminar bilateral, cada parte pode exigir da outra a execução do contrato que projetaram, em toda a sua extensão e efeitos¹⁰.

A promessa de venda é o exemplo mais habitual de tal espécie de avença, pois, nela, tanto o promitente vendedor quanto o promitente comprador podem exigir a realização do negócio jurídico prometido, a saber, a venda do bem, nos termos em que foi pactuado, ainda que com condição resolutiva da avença¹¹.

⁹ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2002, v. II, p. 424.

¹⁰ “Direito civil. *Pactum de contrahendo*. Configuração. Retirada arbitrária. Necessidade de constituição em mora do devedor da prestação. Obrigação de indenizar. Indenização abrangente de todas as parcelas devidas. Recurso desacolhido. I — Manifestada expressamente por ambas as partes a intenção de formalizar contrato de locação de posto de serviços, a depender de condição suspensiva a cargo do proponente-locatário, sem termo, formalizou-se o contrato preliminar, não sendo lícito a preponente-locadora contratar locação de posto com terceiro sem constituir em mora aquele, quanto ao implemento da condição avençada. II — A contratação, nesses termos, constitui retirada arbitrária, hábil a ensejar a indenização por perdas e danos a ela concernentes. III — Caso concreto em que a indenização concedida abrangeu todas as parcelas devidas ao recorrente” (STJ, REsp 32942/RS; REsp (1993/0006506-8), DJ, 13-12-1993, p. 27465, rel. Min. Sílvio de Figueiredo Teixeira, j. 25-10-1993, 4.ª Turma).

¹¹ “Civil. Compromisso de compra e venda. Promessa de bem gravado com cláusula de inalienabilidade. Validade. Precedentes da corte. Circunstâncias do caso. Interpre-

Nos pré-contratos bilaterais, vislumbra-se uma nova classificação (ou uma subclassificação) quanto à *retratibilidade*.

Por certo, não haveria sentido em estabelecer cláusula de arrependimento nos contratos preliminares unilaterais, uma vez que apenas a vontade de um dos (pré-)contratantes é relevante para a realização ou não do pré-contrato.

Nas formas bilaterais, porém, é relevantíssimo saber se há possibilidade de arrependimento ou irretratabilidade, pois, nesse último caso, na promessa de venda, o direito positivo pode considerar, inclusive, um direito real¹².

Especificamente sobre o contrato preliminar de compra e venda, a doutrina fazia distinção entre duas modalidades: o contrato preliminar próprio, que representaria mera promessa; e o impróprio, contrato em formação que vale por si mesmo¹³. Na nossa opinião, por força da atual disciplina positivada, tal classificação perdeu o sentido pragmático.

tação de cláusula contratual. Enunciados 5 e 7 da súmula/STF. Recurso desacolhido. I — Na linha da orientação do Tribunal, não é nulo o contrato preliminar de compra-e-venda que tem por objeto bem gravado com cláusula de inalienabilidade, por se tratar de compromisso próprio, a prever desfazimento do negócio em caso de impossibilidade de sub-rogação do ônus. II — Na espécie, o recurso especial não dispensaria o reexame de fatos e cláusula contratual, o que encontra óbice nos enunciados 5 e 7 da súmula/STF" (STJ, REsp 205.835/SP; REsp (1999/0018447-5), DJ, 24-2-2003, p. 236, RSTJ, 168/360, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10-12-2002, 4.ª Turma).

¹² A matéria passou a ser regida, inclusive, pelo novo Código Civil, conforme se verifica de uma simples leitura dos seus arts. 1.417 e 1.418:

"Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel".

¹³ Civil. Compromisso de compra e venda. Modalidades. Contrato do tipo próprio, na espécie. Promessa de bem gravado com cláusula de inalienabilidade. Obrigação dos vendedores de pedir a sub-rogação do ônus. Condição suspensiva não implementada. Nulidade afastada. Precedentes da corte. Divergência. Recurso desprovido. I — Segundo a moderna doutrina, a que se referem José Osório Azevedo Jr. e Orlando Gomes, dentre outros, há duas modalidades de contratos preliminares de compra e venda: o 'próprio', que representa mera promessa, preparatório de um segundo, e o 'impróprio', contrato em formação que vale por si mesmo. II — Não é nulo o contrato preliminar de compra e venda que tem por objeto bem gravado com cláusula de inalienabilidade, por se tratar de compromisso próprio, a prever desfazimento do negócio em caso de impossibilidade de sub-rogação do ônus. III — Extraordinária tem sido a evolução

Por fim, registre-se, como o faz o Mestre ORLANDO GOMES¹⁴, que a promessa pode ser onerosa ou gratuita, pois nada impede que se pactue o pagamento de uma retribuição (um prêmio, por exemplo), como contraprestação simplesmente pelo exercício do direito potestativo de realização do contrato (nas promessas unilaterais) ou do direito subjetivo de exigir a contratação (nos pré-contratos bilaterais), independentemente dos efeitos pecuniários do contrato definitivo.

5. TUTELA ESPECÍFICA

Como um *pactum de contrahendo*, a obrigação de fazer estabelecida no contrato preliminar pode, em regra, ser objeto da tutela específica prevista no art. 461 do vigente Código de Processo Civil brasileiro, o que nos parece um imperativo da busca por uma maior efetividade das relações jurídicas de Direito Material, ainda que em detrimento da visão mais tradicional do Direito das Obrigações¹⁵.

De tal perspectiva conservadora das relações obrigacionais, pelo seu cunho intrinsecamente patrimonialista, sempre se defendeu que seria uma violência à liberdade individual da pessoa a prestação coercitiva de condutas, ainda que decorrentes de disposições legais e contratuais.

Tal concepção de intangibilidade da vontade humana, embora se possa identificar com vetustas regras romanas (*nemo praecise cogi potest ad factum*), reflete, em verdade, a essência dos princípios liberais que influenciaram a formação e consolidação do Direito Civil, em especial no século XIX, com o advento do *Códe Napoleón*. Nesse sentido, o "dogma da intangibilidade da vontade humana, zelosamente guardado nas tradições francesas pandectistas, fazia

pela qual tem passado o instituto do compromisso de compra e venda em termos de execução forçada, realizando a efetividade preconizada pelo processo civil contemporâneo, de que são exemplos a atual redação do art. 461, CPC, e a jurisprudência uníssona desta corte a partir do REsp 30/DF, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, RISTJ 3/1043 (a propósito, Humberto Theodoro Jr., 'Ensaio Jurídico', RJ, 1996, Vol. 1, p. 77 e segs.)" (STJ, REsp 35.840/SP; REsp (1993/0016264-0), DJ, 11-11-1996, p. 43713, LexSTJ, 92/110, RSTJ, 90/238, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15-10-1996, 4.ª Turma).

¹⁴ Obra e página citadas.

¹⁵ "Compromisso de compra e venda de imóvel. Execução específica da obrigação. Admissibilidade. É admissível a execução específica do art. 639 do Cod. de Pr. Civil, ainda se trate de contrato preliminar não inscrito no registro de imóveis. Recurso especial conhecido pela alínea a e provido" (STJ, REsp 6.370/SP; REsp (1990/0012226-0), DJ, 9-9-1991, p. 12196, RSTJ, 28/419, rel. Min. Nilson Naves, j. 20-8-1991, 3.ª Turma).

o mundo aceitar que 'toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se resout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur' (art. 1.142 do Código Civil Francês)"¹⁶.

Assim, pela convicção de que a liberdade humana é o valor maior na sociedade, a resolução em perdas e danos seria a única consequência para o descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer.

Essa visão, porém, como já dissemos outrora¹⁷, é inaceitável na atualidade.

Isso porque o vigente ordenamento jurídico brasileiro há muito vem relativizando o princípio tradicional do *nemo praecise potest cogi ad factum*, reconhecendo que a incoercibilidade da vontade humana não é um dogma inafastável¹⁸.

Com efeito, um bom exemplo disso é justamente a previsão do Decreto-Lei n. 58/37, com a disciplina do denominado compromisso irrevogável de compra e venda, nada mais, nada menos do que um contrato preliminar bilateral, em que se verifica um direito real de aquisição, haja vista que obrigava o promitente-vendedor a uma prestação de fazer consistente na transferência definitiva da propriedade, uma vez pago totalmente o preço, sob pena de adjudicação compulsória¹⁹.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990) — certamente, a lei mais vanguardista e tecnicamente perfeita do sistema normativo brasileiro — garante, em diversos dispositivos, o direito do consumidor à tutela específica, inclusive, do adimplemento contratual, em razão

¹⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 152.

¹⁷ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2002, v. II, p. 57-63.

¹⁸ Como observa o brilhante Fredie Didier Jr.: "Imaginava-se, de um lado, que toda espécie de obrigação poderia ser convertida em dinheiro, acaso descumprida. A par do manifesto equívoco deste pensamento, que olvidava os hoje inquestionáveis direitos não patrimoniais, como os personalíssimos e os transindividuais (estes últimos de avaliação pecuniária bastante difícil exatamente em razão do caráter difuso dos seus elementos e caracteres), a tese ainda padecia de terrível enfermidade: autorizava, simplesmente, o descumprimento contratual, privilegiando a parte mais rica da relação, apta que estaria a arcar com perdas e danos existentes — se existentes, pois danos não se presumem" (Fredie Didier Jr., *Tutela Específica do Adimplemento Contratual*, *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA* — 2001/2, Salvador: s/ed., 2001, p. 322, também acessível na *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, no site www.unifacs.br/revistajuridica, edição de julho/2002, seção "Corpo Docente").

¹⁹ A respeito da adjudicação compulsória e da exigibilidade de promessa não registrada, cf. a obra de Pablo Stolze Gagliano, *Código Civil Comentado*, cit., v. XIII, p. 224-41.

da natureza obrigacional inerente às lides individuais consumeristas. Senão, vejamos:

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1.º — Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III — o abatimento proporcional do preço.

(...)

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — o abatimento proporcional do preço;

II — complementação do peso ou medida;

III — a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

(...)

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I — exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II — aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III — rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

(...)

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou deter-

minará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (grifos nossos).

Tão importante inovação, todavia, conforme observa FREDIE DIDIER JR., “estava restrita às lides de consumo: as outras ainda estavam ao desabrigo, havendo de conformar-se com a solução da tutela reparatória em dinheiro, prevalecendo a vontade humana de descumprir o pactuado. A discussão acabou, entretanto, com o advento da Reforma Legislativa de 1994, também chamada de dezembroada, que culminou com a modificação de mais de cem artigos do CPC, implementando a tutela específica das obrigações, contratuais ou legais, de fazer ou não fazer. Ampliou-se a possibilidade da mencionada modalidade de tutela de forma a alcançar o ideal chiovendiano da maior coincidência possível”²⁰.

Como dito, passou o art. 461 do Digesto Processual Civil brasileiro, com o advento da Lei n. 8.952, de 13-12-1994, e da Lei n. 10.444, de 7-5-2002, a ter a seguinte redação:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1.º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2.º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4.º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6.º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

²⁰ Fredie Didier Jr., ob. cit., p. 325.

Valendo-nos, novamente, das conclusões do bacana conterrâneo, o “art. 461 do Código de Processo Civil serve à tutela do adimplemento contratual, seja seu conteúdo uma obrigação de fazer ou não fazer, fungível ou infungível”²¹.

Dessa forma, faz mister propugnar por uma interpretação mais consensual e lógica do art. 248 do CC-02²², ou seja, tal regra somente pode ser aplicada quando não é mais possível o cumprimento da obrigação ou, não tendo o credor mais interesse na sua realização — ante o inadimplemento do devedor —, o autor da ação assim o pretender.

Se, todavia, ainda é possível cumprir-se a obrigação pactuada, deve a ordem jurídica buscar satisfazer o credor com a efetiva prestação, proporcionando, na “medida do praticamente possível, que quem tem um direito receba tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter”, e não impor indenizações equivalentes, haja vista que isso não realiza o bem da vida pretendido.

Na precisa observação de LUIZ GUILHERME MARINONI:

“Note-se que a tutela ressarcitória pelo equivalente permite apenas o sacrifício de um valor em dinheiro e não de valores concretos, como o do bem prometido ao credor. Preservam-se, assim, determinados valores, o que seria fundamental para garantir a liberdade e a propriedade dos sujeitos. A preocupação com a manutenção da liberdade e da propriedade é que inspirou uma forma de tutela que dava ao autor apenas o equivalente em dinheiro, já que a ‘abstração dos valores’ e, portanto, a ‘troca dos equivalentes’ era fundamental dentro de uma sociedade preocupada em garantir a liberdade e os valores ligados à propriedade.

O direito liberal era eminentemente patrimonialista e, portanto, supunha que os direitos podiam ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória. Na verdade, os direitos que tornaram evidente a insuficiência das sentenças clássicas ainda não estavam consagrados à época do direito liberal, e muito menos falava-se, nessa época, em interesses difusos e coletivos como objeto da possível tutela jurisdicional”²³.

Para a efetivação da tutela específica, poderá o magistrado valer-se, inclusive *ex officio*, da fixação de “astreintes”, que são justamente essas multas diárias pelo eventual não cumprimento da decisão judicial, previstas no § 4.º do art. 461, bem como quaisquer outras diligências necessárias para a regular satisfação da pretensão, sendo a relação do § 5.º meramente exemplificativa, na espécie.

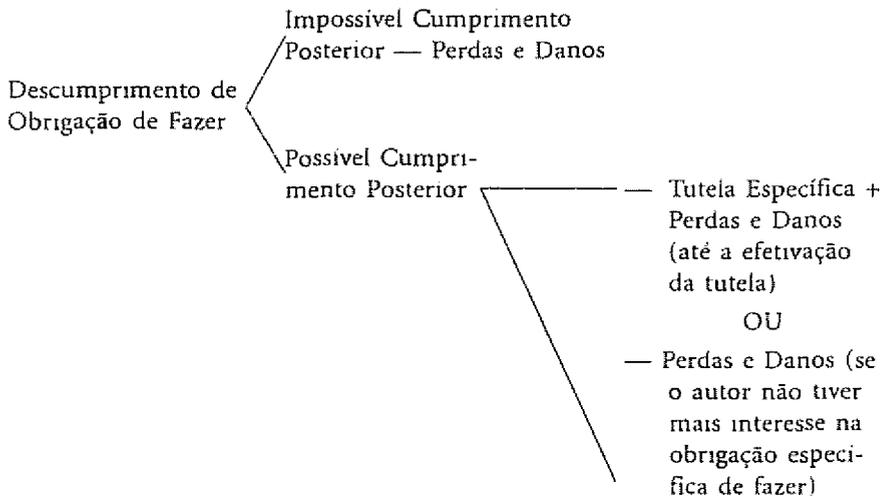
²¹ Fredie Didier Jr., *ob. cit.*, p. 326.

²² CC-02: “Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”.

²³ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Específica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21-2.

Obviamente, a busca da tutela específica não exclui a indenização pelas perdas e danos ocorridos até a data da realização concreta da obrigação de fazer submetida à apreciação judicial.

Dessa forma, podemos visualizar a tutela jurídica das obrigações de fazer da seguinte forma esquemática:



Perfeitamente compatíveis com tais considerações são os dispositivos contidos nos arts. 463 a 465 do novo Código Civil, a seguir transcritos:

“Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento²⁴, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

²⁴ “Direito civil. Recurso especial. Processo de execução de obrigação de fazer. Compromisso de venda e compra. Anuência em escritura definitiva de venda e compra a ser celebrada com terceiro. Possibilidade jurídica do pedido. Legitimidade ativa *ad causam*. Direito de arrependimento. Não pactuação. Execução do contrato já iniciada. Compromisso de compra e venda. Registro. Desnecessidade. Ação. Direito real imobiliário. Cômputo. Citação. Litisconsórcio passivo necessário. Escritura definitiva a ser celebrada por terceiro. Mera oposição de anuência do réu. Desnecessidade de citação do cônjuge. Celebrado o compromisso de compra e venda, ainda que não registrado, mas sem cláusula de direito de arrependimento e pago o preço dos imóveis pelo promissário-comprador, é cabível a tutela jurisdicional que tenha por escopo a pretensão executiva de suprir, por sentença, a anuência do promitente-vendedor em outorgar

Parágrafo único. O contrato preliminar de venda de imóvel deverá ser levado ao registro competente.

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 danos²⁵.

Afinado com nosso posicionamento é o pensamento do Mestre SÍLVIO VENOSA:

“Cumpridas as obrigações do contrato preliminar e sendo ele irrevogável, portanto sem cláusula de arrependimento, a parte pode exigir sua execução específica, com os meios que o estatuto processual lhe faculta. O interessado poderá levar o pré-contrato a registro, geralmente o imobiliário, se o desejar, embora a nova lei utilize o termo deverá. É evidente que para ser ultimado o registro o contrato preliminar deve obedecer aos requisitos exigidos pela legislação registral, o que deve ser examinado em cada caso”²⁵.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO PRELIMINAR DE DOAÇÃO

Muito interessante, neste ponto, é mencionarmos a problemática referente ao contrato preliminar de doação.

Neste caso, a situação afigura-se mais delicada, uma vez que, tratando-se de um contrato em geral gratuito (doação pura), posto sempre unilateral (quanto aos efeitos), o reconhecimento da validade e eficácia jurídica da promessa faria com que o donatário — simples beneficiário do ato — pudesse ingressar com a *execução específica* do contrato, forçando o doador a cumprir com o ato de liberalidade a que se obrigara.

Não há, em nosso Direito Positivo, regra explícita que o discipline.

Situando com costumeira erudição o problema, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA pontifica:

a escritura definitiva de compra e venda do imóvel. Se o promitente-vendedor não prometeu celebrar em seu nome o contrato definitivo de compra e venda, mas tão somente apor anuência em escritura pública a ser outorgada por terceiro, desnecessária é a citação de sua mulher, que menos protegida estaria se citada fosse, hipótese em que poderia responder pelo descumprimento da obrigação de natureza pessoal assumida por seu cônjuge. Recurso especial a que não se conhece” (STJ, REsp 424.543/ES; REsp (2002/0038610-7), DJ, 31-3-2003, p. 217, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6-3-2003, 3.ª Turma).

²⁵ Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., p. 423.

“Tem a doutrina se debatido se a doação pode ser objeto de contrato preliminar, *pactum de donando*. E a solução doutrinária tem sido infeliz, por falta de uma distinção essencial entre doação pura e doação gravada de encargo. Partindo da primeira, especifica-se a pergunta: Pode alguém obrigar-se a realizar uma doação pura? Formalmente sim, porque, tendo o contrato preliminar por objeto um outro contrato, futuro e definitivo (v. n. 198, *supra*), este novo *contrahere* poderia ser a doação, como qualquer outra espécie. Atendendo a este aspecto apenas, não falta bom apoio à resposta afirmativa, quer dos Códigos, quer dos doutores. Acontece que não se pode deixar de encarar o problema sob o aspecto ontológico, e, assim considerado, a solução negativa impõe-se”²⁶.

De fato, *a latere* a doação gravada com encargo — figura jurídica perfeitamente compatível com a promessa pela sua onerosidade intrínseca —, a doação pura, por seu turno, se analisada inclusive em seu aspecto teleológico, não se compatibilizaria tão bem com a ideia de uma execução forçada, pelo simples fato de o *promittente-donatário* estar constringendo a outra parte (*promittente-doador*) ao cumprimento de um ato de simples liberalidade, em face do qual inexistiu contrapartida prestacional.

Claro está, entretanto, que, muitas vezes, o doador não atua somente com o *animus donandi*, mas também impulsionado por outros sentimentos, como, até mesmo, o desejo de resgatar uma dívida de honra ou reconhecer o mérito do donatário.

No dizer de L. DÍEZ-PICAZO e A. GULLON, citados por ANA PRATA, em monumental obra do Direito Português: “A doação pode fazer-se por generosidade, por caridade, por vaidade, por simples pompa, por cultivar o que hoje se chama uma determinada imagem para o exterior ou por qualquer outra causa”²⁷.

Mas, ainda assim, prepondera o aspecto da beneficência (liberalidade) como *causa do contrato*.

Nesse diapasão, concluímos pela inadmissibilidade da execução coativa da promessa de doação, muito embora não neguemos a possibilidade de o promittente-donatário, privado da legítima expectativa de concretização do contrato definitivo, e desde que demonstrado o seu prejuízo, poder responsabilizar o promittente-doador pela via da ação ordinária de perdas e danos.

Nesse sentido é a conclusão de ANA PRATA: “Eliminando do regime da promessa de doação a tutela obrigacional da execução específica, está-se afinal

²⁶ Caio Mário Pereira, ob. cit., v. III, p. 160-1.

²⁷ Ana Prata, *O Contrato Promessa e o Seu Regime Civil*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 307.

a caracterizar tal contrato-promessa como integrando aquela categoria de promessas precárias, cujo cumprimento se resolve forçosamente na indenização”²⁸.

Note-se, entretanto, que, para existir esta conseqüente obrigação de indenizar, deverão estar configurados os pressupostos gerais da responsabilidade civil, já tratados no volume III desta obra.

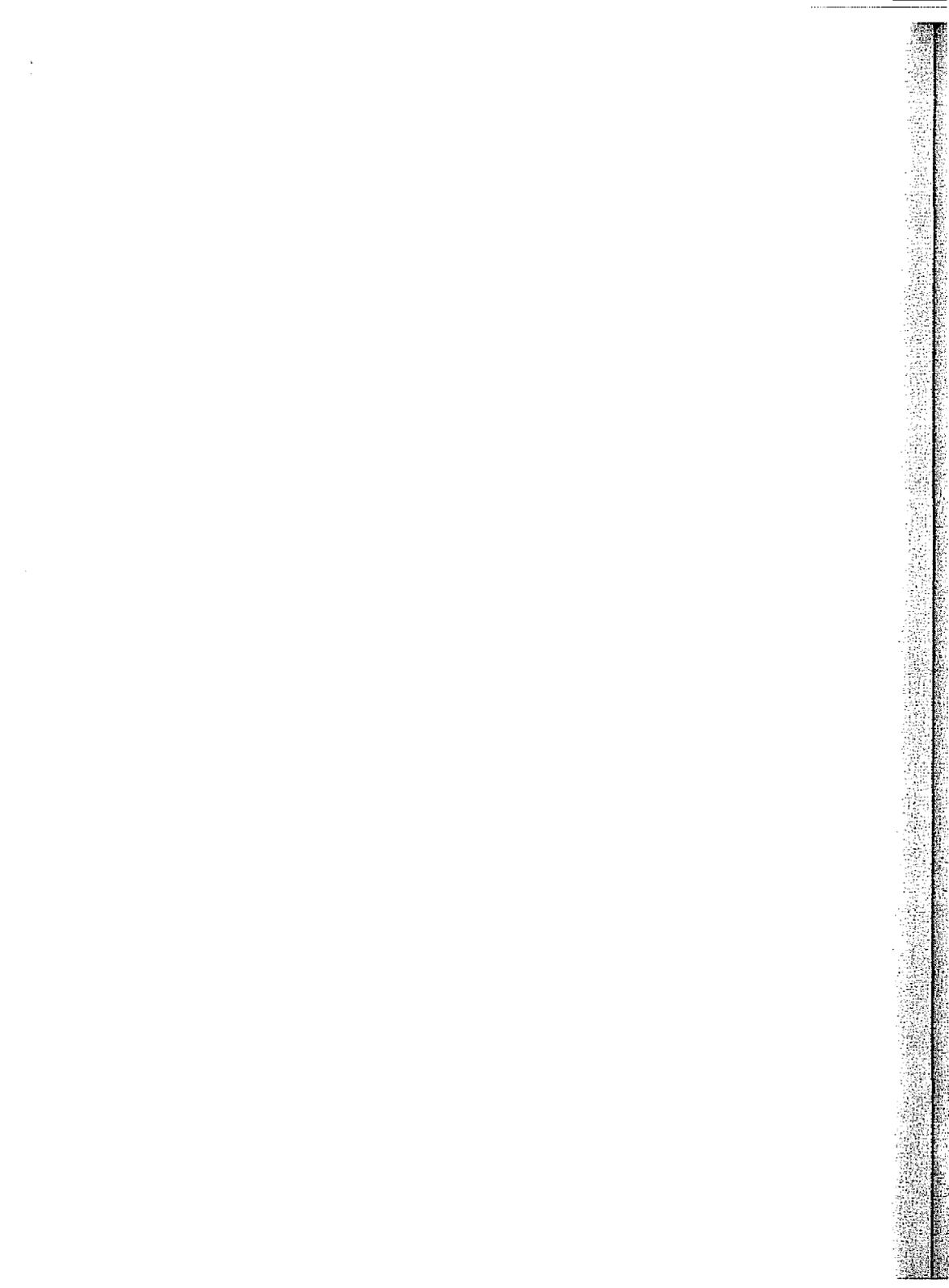
Ora, em casos como esses, firmado o contrato preliminar, a sua inexecução culminará na *responsabilidade contratual* da parte inadimplente, que poderá, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ser compelida judicialmente ao cumprimento da avença, excepcionada a hipótese da doação pura, em que tal execução não seria possível.

Todavia, por razões várias, nem sempre as partes cuidam de pactuar contratos desse jaez.

Claro que, pactuando-se o contrato preliminar, a responsabilização do infrator será muito mais facilitada, por já existir previamente um título, que servirá de base ao pleito da parte prejudicada pelo inadimplemento da outra.

Caso não seja celebrada a promessa, a parte prejudicada poderá, outrossim, conforme vimos acima, buscar a compensação devida, se estiverem configurados os requisitos gerais da responsabilidade civil aquiliana, à luz da mencionada teoria da culpa in *contrahendo*, ou, segundo uma vertente mais moderna, até mesmo à luz da responsabilidade civil objetiva.

²⁸ Ana Prata, ob. cit., p. 315.



Capítulo X

Contratos Atípicos

Sumário: 1. Introdução. 2. Contratos típicos e atípicos. 2.1. Distinção dos contratos nominados e momidados. 2.2. Classificação dos contratos atípicos. 2.3. Disciplina jurídica dos contratos atípicos. 3. Os contratos atípicos no novo Código Civil brasileiro. 4. União de contratos ou contratos coligados.

1. INTRODUÇÃO

Já tivemos oportunidade de mencionar que o contrato, principal espécie de negócio jurídico, é, sem dúvida, uma das mais importantes figuras jurídicas do Direito Civil.

Na mesma linha de comparação, o contrato está para o civilista, como o crime está para o penalista.

Ocorre que, diferentemente do delito, *que exige subsunção a um tipo penal previamente delineado na lei (tipicidade)*, o contrato se apresenta de variadas formas, com incontáveis matizes.

Com isso, queremos dizer que, por ser fruto da livre autonomia da vontade¹, não poderia o legislador conceber, antecipadamente, todos os tipos de contratos, moldando prévios “standards” legais, uma vez que sempre existiriam determinados contratos não previstos em lei — os denominados *contratos atípicos*. Tomem-se, a título de exemplo, o contrato de *factoring* ou o de hospedagem.

Vale, no entanto, mencionar que o Direito Romano, principal fonte histórica do Direito ocidental, por sua própria natureza formalista, não se adequou

¹ Lembre-se, entretanto, que toda autonomia da vontade, conforme já mencionamos no decorrer de nossa obra, deverá ser devidamente mensurada segundo os ditames constitucionais de valorização da pessoa humana e de solidariedade social. Não há, pois, mais espaço para a *liberdade absoluta* na manifestação de vontade, pena de esta liberdade converter-se em tirania. Nesse sentido, Massimo Bianca, em excelente obra, prefere: “L'autonomia privata rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale. Ma l'idea secondo la quale solo ed esclusivamente l'individuo può essere giudice dei suoi interessi non há più riscontro nella società del nostro tempo. Il riconoscimento della libertà del singolo s'inserisce ormai in una concezione dell'ordinamento che s'ispira al prevalente valore della 'solidarietà sociale', quale valore di fondo della nostra Costituzione” (*Diritto Civile — Il Contratto*, Milano: Giuffrè, 1987, v. III, p. 33).

ao sistema dos contratos atípicos e inominados, consoante se pode observar da doutrina do culto EBERT CHAMOUN:

“Caracterizava o direito romano das obrigações a tipicidade contratual, diferentemente do que sucede no atual direito civil: os romanos entendiam que apenas certos negócios eram idôneos para configurar relações contratuais e demarcavam os limites de cada tipo de contrato com tal fixidez que, além deles, não eram possíveis quaisquer extensões. A prática, entretanto, exigia a criação de novas figuras contratuais, que o zelo sistemático e a rígida simetria do *jus civile* não podiam reconhecer. Como sempre sucedeu, foi o pretor que, sem as admitir em seus éditos, nem lhes conceder fórmulas-tipo, protegeu-as, porém, com ações através de decretos”¹.

O Direito Civil atual, por sua vez, admite a existência destas figuras jurídicas (contratos atípicos e inominados), consoante veremos no decorrer deste capítulo.

2. CONTRATOS TÍPICOS E ATÍPICOS

Por *contratos típicos* entendam-se aqueles que têm previsibilidade legal, ou seja, que são regulados pelo Direito Positivo, como a *compra e venda*, a *doação*, a *locação*, o *depósito*, o *seguro*, o *comodato*, o *mútuo etc.* São, portanto, figuras com assento na legislação em vigor.

Já os *contratos atípicos*, por sua vez, são aqueles não regulados em lei, como, por exemplo, os contratos de *hospedagem*, *factoring* e *engineering*², dentre tantos outros³

¹ Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Privado*, 6. ed., Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 385.

² Situação interessante é a do contrato de *leasing*. Posto exista lei que o regule, em seus aspectos tributários (Lei n. 6.099/74), existe divergência no pensamento jurídico nacional a respeito do seu enquadramento entre os contratos típicos ou entre os atípicos. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, por exemplo, em seu *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002), citam-no como figura atinente próxima aos negócios atípicos, consoante se pode concluir da análise da farta casuística elencada nas p. 182-4 de sua obra. Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, ao caracterizá-lo, cita jurisprudência do STJ, no sentido de que: “*Contrato misto, em sua origem, o leasing tornou-se, entre nós, um negócio típico, nominado e autônomo: a locação mercantil definida e regida pela Lei 6.099/74*” (REsp 7.234-0/SP, 1.ª T. rel. Humberto Gomes de Barros, j. 24-6-1992. DJU, 17-8-1992). Em nosso pensar, a despeito de sua inegável autonomia e importância jurídica, o *leasing* continua sendo contrato atípico, por falta de previsão legal específica, e pelo fato de a lei existente ter por objeto aspectos eminentemente fiscais do referido negócio.

³ Sílvio Venosa, em sua obra *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 3. ed., Atlas, apresenta um rol exemplificativo de contratos atípicos (p. 411): “hospe-

Uma boa definição de contrato atípico é dada pela competente Professora da USP, GISELDA HIRONAKA:

“A seu turno, portanto, contrato atípico é aquele não disciplinado pelo ordenamento jurídico, embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais do direito”⁵.

Aproveitando a linha de pensamento da Professora HIRONAKA, concluímos que todo e qualquer contrato atípico, embora decorrente da autonomia privada e da livre-iniciativa, deverá respeitar os parâmetros, de matiz constitucional, fixados pelos princípios da *função social do contrato e da boa-fé objetiva*, amplamente estudados em capítulos anteriores desta obra⁶.

Aliás, essa ideia de *solidarismo contratual* é bem nítida na excelente obra de PAULO ROBERTO NALIN: “A ideia de uma relação contratual solidária pressupõe, sobretudo, o existir da concorrência, e não da oposição, no que tange aos interesses envolvidos a propósito de um fim comum e de uma indispensável medida de cooperação entre as partes”.

E mais adiante:

“Na atualidade, afastando-se dos padrões religiosos estritos e das casuísticas hipóteses oferecidas pelo Código Civil, bem como da própria Carta Constitucional brasileira, é factível se extrair um sentido do que seja contratação solidária, mostrando-se imperativa a leitura do Código Civil e a interpretação dos contratos, à luz da Carta. Sob o prisma constitucional, é possível sustentar que, independentemente da escolha ideológica que se faça, a melhor descrição da solidariedade deve estar voltada à verticalização dos interesses do homem, eficaz o suficiente para aniquilar as desigualdades subjetivas e regionais, configurando-se como indissociáveis, a solidariedade e a igualdade”⁷.

Nessa linha, podemos concluir que as disposições normativas constantes nos arts. 421 e 422 do Código Civil, imprescindíveis para a nova concepção dos contratos na modernidade, *são perfeitamente aplicáveis aos contratos atípicos*:

dagem, garagem, publicidade, excursão turística, espetáculos artísticos, feiras e exposições, serviços de gala e nojo, serviços de bufê em geral, mudança, claque teatral, garantia, fornecimento, manutenção de equipamentos, bem como vários contratos bancários, entre outros”.

⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Direito Civil — Estudos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 138.

⁶ Confirmam-se os Capítulos III (“Principiologia do Direito Contratual”), IV (“Função Social do Contrato e Equivalência Material”) e V (“Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual”) deste tomo.

⁷ Paulo Nalin, *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno — Em Busca de Sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*, Curitiba: Iuruá, 2001, p. 174, 177-8.

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

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

A respeito deste fenômeno de *socialização jurídica* das relações contratuais, também notada, como visto, *no âmbito dos contratos atípicos*, vale referir outra preleção de GISELDA HIRONAKA, citando TEPEDINO:

“Gustavo Tepedino⁶ bem observa que a inserção da função social como um dos megaprincípios constitucionais — entre os direitos e as garantias fundamentais — teve o escopo de elevar a determinação de seu atendimento ao patamar de regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico”.

2.1. Distinção dos contratos nominados e inominados

Uma importante observação sobre o tema é a distinção entre contratos típicos e atípicos e os contratos nominados e inominados.

De fato, utiliza-se a expressão “*contratos nominados*” quando tais contratos tiverem terminologia ou nomenclatura definida. Assim sendo, conclui-se facilmente, portanto, que, por uma questão lógica, os contratos típicos, por serem objeto de previsão legislativa, são também nominados.

Nos exemplos de contratos atípicos que mencionamos até agora, todos possuem uma nomenclatura corrente e socialmente admitida, razão por que poderíamos, em nosso pensar, considerá-los também nominados.

Nada impede, entretanto, que as partes conjuguem prestações de diversos contratos, ou criem uma figura contratual completamente nova, segundo a autonomia de suas vontades, inexistindo, por consequência, *nomen juris* para esta nova modalidade negocial. Em tal caso, teríamos, aí sim, um contrato atípico *inominado*.

Vemos, portanto, que não é correto estabelecer-se uma sinonímia entre essas expressões, muito embora não incorramos em erro ao afirmar que, em geral, *os contratos típicos são nominados, ao passo que os atípicos podem não o ser*.

⁶ Gustavo Tepedino, A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), *Revista Forense*, v. 306, p. 75 e s., apud Giselda M. F. N. Hironaka, *Conferência de encerramento proferida em 21-9-01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP — Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI (SC), em 25-10-2002, gentilmente cedida a Pablo Stolze Gagliano.*

Nesse diapasão, concluímos com a preleção de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, citando respeitável doutrina italiana, no sentido de que:

"Assim, quando falamos em contrato típico, ministra Ângelo Piraino Leto, com as palavras de Sacco, queremos dizer: *'contrato que se insere em uma figura que tem uma disciplina legal particular'*. Por outro lado, é contrato atípico aquele que não possui uma disciplina legislativa, possuindo uma *'causa nova e diversa, relativamente ao disciplinado pela lei'*. Os contratos típicos recebem do ordenamento jurídico uma regulamentação particular, e apresentam-se com um nome, ao passo que os atípicos, embora possam ter um nome, carecem de disciplina particular, não podendo a regulamentação dos interesses dos contratantes contrariar a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais do direito"⁹.

2.2. Classificação dos contratos atípicos

Cumpre-nos mencionar, ainda, que, em nosso sentir, e segundo doutrina de ORLANDO GOMES¹⁰, os contratos atípicos comportam uma subtipificação¹¹:

a) contratos atípicos propriamente ditos — são aqueles criados ou "inventados" pelas próprias partes, que cuidam de celebrar um negócio jurídico inteiramente novo, com características específicas, e sem similar no direito positivo¹². São fruto da autonomia privada, limitada, como vimos, pelos prin-

⁹ Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 132.

¹⁰ Orlando Gomes, *Contratos*, cit., 15. ed., p. 102 e s.

¹¹ A doutrina, entretanto, não é pacífica, consoante se pode notar da análise da obra de Álvaro Villaça, que adota critério um pouco diferenciado: "Sem qualquer pretensão de inovar ou de criar polêmica, já em 1965, em minha citada tese sobre a matéria, a par de demonstrar a necessidade de regulamentação dos contratos atípicos, elaborei a sua classificação, segundo critério que nos pareceu racional. Assim, classifiquei, em sentido amplo, os contratos atípicos em duas categorias: os singulares e os mistos. Os contratos atípicos singulares são figuras atípicas, consideradas individualmente. Os contratos atípicos mistos apresentam-se: (a) com contratos ou elementos somente típicos; (b) com contratos ou elementos somente atípicos; e (c) com contratos ou elementos típicos e atípicos" (ob. cit., p. 138-9). Nesse ponto, preferimos seguir a classificação de Orlando Gomes — simples e precisa —, desenvolvida a partir do pensamento de Eneccerus, muito embora isso em nada diminua o brilho do pensamento do Professor Villaça, uma das maiores autoridades brasileiras no assunto.

¹² "Direito comercial e processo civil. Constituição de sociedade. Compartilhamento de quota social indivisível. Contrato atípico. Inaplicabilidade dos preceitos concernentes ao condomínio. Regência pelas regras contratuais que não contêm ilicitude e nem atentam contra a ordem pública e os bons costumes. Precedente. Princípio da adstrição. Pedido específico. Sentença que o acolhe parcialmente para determnar providência

cípios superiores de índole constitucional da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana (este último compreensivo da necessidade de observância da boa-fé objetiva na relação negocial)¹³;

b) contratos atípicos mistos — são aqueles formados pela conjugação de prestações típicas de outros contratos existentes. Provêm, pois, da fusão de elementos de outros contratos positivados, resultando em uma figura nova, dotada de autonomia jurídica e unidade sistêmica. É o caso do contrato de hospedagem, que decorre da conjugação de elementos de outros contratos como a locação, o depósito, a compra e venda etc.

2.3. Disciplina jurídica dos contratos atípicos

O maior problema no que tange aos contratos atípicos é a sua disciplina jurídica.

Inexistindo regra legal específica, e segundo o pensamento do civilista baiano ORLANDO GOMES¹⁴, três soluções são apresentadas pela doutrina:

- a) teoria da combinação;
- b) teoria da absorção;
- c) teoria da aplicação analógica.

diversa da solicitada. Nulidade. Recurso desacolhido. I — O compartilhamento de quota de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, criada com cláusula de indivisibilidade, constitui contrato atípico, regido pelas regras definidas pelos contratantes, admissível desde que não se revista de ilicitude ou contrarie a ordem pública e os bons costumes, a ele não se aplicando o regime legislativo concernente ao instituto do condomínio. II — Contendo a inicial pedido específico de divisão da quota social em quotas menores, não se há de ter por implícito os pedidos de apuração de haveres ou de alienação da coisa comum pelo simples fato de haver nele referência a extinção do condomínio" (STJ, REsp 61.890/SP; REsp (1995/0010905-0), DJ, 22-3-1999, p. 207, JSTJ, 5/323, Lex-STJ, 120/124, RT, 767/188, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18-6-1998, 4.^a Turma).

¹³ "Parceria rural. Aviário. Contrato atípico. Abusividade. O contrato celebrado entre a companhia de alimentos e o pequeno produtor rural para a instalação de um aviário destinado à engorda de frangos para o abate, com recíprocas obrigações de fornecimento de serviços e produtos, é um contrato atípico, mas nem por isso excluído de revisão judicial à luz da legislação agrária e dos dispositivos constitucionais que protegem a atividade rural. Caso em que as instâncias ordinárias, examinando a prova, inclusive pericial, concluíram pela inexistência de abusividade, seja na celebração, seja na execução do contrato e na fixação do preço final do produto. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 171.989/PR; REsp (1998/0029835-5), DJ, 13-10-1998, p. 129, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20-8-1998, 4.^a Turma).

¹⁴ Orlando Gomes, ob. cit., p. 106-8.

Conforme a primeira teoria, o hermenêuta, ao analisar um contrato atípico, deverá decompô-lo, aplicando, para cada parte sua, a regra legal correspondente ao tipo de contrato que lhe é similar. Ou seja, no contrato de hospedagem, deveriam ser combinadas as regras legais da locação, do depósito e da compra e venda, para solucionar qualquer questão de natureza interpretativa. Consoante bem observou ORLANDO GOMES, a maior crítica que se pode fazer a esta teoria é no sentido de que não se afigura verdadeira a ideia de que o contrato atípico, dentro de sua unidade sistêmica, resulta da simples soma de outras figuras contratuais. E arremata:

“Em resumo, o isolamento de elementos particulares de um contrato e dos respectivos efeitos jurídicos não pode ser feito sem prejuízo de sua estrutura. Ademais, as regras parciais de contratos cujos elementos são aproveitados na formação dos contratos mistos chocam-se, por vezes, tornando-se impossível, neste caso, a combinação”¹⁵.

De fato, não vemos com bons olhos esta solução doutrinária, uma vez que, em sendo adotada, negar-se-ia autonomia e identidade ontológica e funcional ao contrato atípico, afigurando-se, pois, como uma solução extremamente simplista.

Os adeptos da segunda teoria, por sua vez, sustentam que em todo contrato atípico existe algum elemento preponderante ou influente em face dos outros, razão por que culminaria por absorvê-los. Assim, se, em determinado contrato atípico, a prestação preponderante é a de *depósito* (entregar coisa móvel para guardar e devolver), as regras deste último contrato deverão prevalecer, em detrimento de qualquer outra.

Não convence, entretanto, a ideia de que, em determinado contrato, um elemento seja preponderante em face do outro. Todos são, sem dúvida, igualmente importantes para a formação do contrato atípico, não havendo razões propriamente científicas para se concluir que uma prestação prefere a outra.

Com a devida vênia, portanto, afastamos esta segunda vertente de pensamento.

Defende-se, finalmente, a teoria da aplicação analógica, segundo a qual o intérprete deverá utilizar as regras legais referentes ao contrato típico mais semelhante àquele sob análise. Cuida-se de mecanismo também insatisfatório, na medida em que não resolve plenamente a delicada questão referente ao instrumento interpretativo mais preciso a ser utilizado, uma vez que, como dito acima, não se poderá afirmar que determinado elemento do contrato atípico é mais preponderante, a ponto de servir como elo com outro contrato típico. Ademais, poderá ocorrer de não se encontrar contrato dotado de semelhança suficiente para justificar o recurso da analogia.

¹⁵ Orlando Gomes, *idem*, p. 106.

Considerando, pois, a dificuldade de se apontar critério seguro de interpretação, concordamos com PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, em excelente tratado sobre o tema, no sentido de que, nos contratos atípicos, o intérprete conta muito mais com as próprias estipulações contratuais do que com o direito positivo: “Nos contratos atípicos, o intérprete tem de contar mais com as estipulações negociais e pode contar menos com o direito dispositivo”.

E adiante:

“Tal como nos contratos típicos, o conteúdo dos contratos atípicos resulta primordialmente da sua interpretação e esta é feita acima de tudo pela interpretação das estipulações negociais que lhe dão vida e em que se materializam.

As estipulações negociais que formam o contrato constituem a primeira matéria disponível para a sua interpretação. E é aí que o intérprete vai recolher em primeira linha a expressão da vontade negocial e é aí que vai, também numa primeira linha, ajuizar sobre a tipicidade ou atipicidade do contrato. As estipulações negociais não esgotam contudo o campo de expressão da vontade negocial. Quando os contratos celebrados são típicos as partes podem reduzir a muito pouco a matéria das suas estipulações; os tipos fornecem injuntiva ou dispositivamente uma disciplina quase suficiente. Os contratos atípicos, ao contrário, não têm modelos regulativos que dispensem ou substituam as estipulações negociais. Assim, os contratantes de uma compra e venda não precisam em princípio de declarar mais do que a identificação da coisa vendida e o montante do preço; o tipo fornece tudo o mais em princípio necessário como disciplina do contrato. Já para os contratantes de um contrato atípico é necessário estipular nas declarações negociais que forma o contrato a disciplina em princípio completa do contrato”¹⁶.

Assim sendo, entendemos que a interpretação de um contrato atípico deverá ser direcionada segundo as estipulações do próprio negócio, e sempre segundo os condicionamentos de ordem pública, ditados pela Constituição Federal¹⁷.

¹⁶ Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 375-6.

¹⁷ “Direito privado. Concessão de revenda com exclusividade. Resolução unilateral. Responsabilidade indenizatória. Contratos atípicos. Princípios gerais do direito obrigacional e contratual. Recurso não conhecido. I — Consoante a doutrina, os contratos atípicos devem ser apreciados não apenas pela disciplina legal dos contratos afins, mas: primeiro, pela analogia; segundo, de acordo com os princípios gerais do direito obrigacional e contratual; terceiro, pela livre apreciação do juiz. II — O recurso especial não é via adequada ao reexame de matéria fática, do quadro probatório, destinando-se a guarda do direito federal, a sua inteireza, autoridade e uniformidade de interpretação” (STJ), REsp 5680/SC, REsp (1990/0010653-2), DJ, 10-12-1990, p. 14812, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13-11-1990, 4.ª Turma).

Estendemos, portanto, aos atípicos, a lúcida observação feita por FLÁVIO TARTUCE, a respeito dos contratos típicos na atual perspectiva civil-constitucional: “Nessa nova estrutura, o contrato, típico instituto do Direito Privado, vem sofrendo uma série de alterações conceituais e a antiga visão de autonomia plena da vontade perde espaço para uma elaboração mais voltada para a realidade social dos envolvidos na relação negocial”¹⁸.

Posto isso, passaremos a analisar o tema sob a ótica da legislação em vigor.

3. OS CONTRATOS ATÍPICOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 1916 não consagrou dispositivo algum para os contratos atípicos.

O novo Código, por sua vez, posto não haja dedicado seção ou capítulo específico para a sua disciplina, fez-lhe expressa menção em seu art 425:

“Art. 425. É lícito as partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Vê-se, portanto, que o legislador remeteu a disciplina do tema às disposições gerais dos contratos, constantes nos arts. 421 a 480.

É de se notar a existência de proposta legislativa para alteração deste dispositivo, segundo a doutrina do eminente Professor VILLAÇA, consoante se pode observar da análise do culto Des. JONES FIGUEIRÊDO ALVES a respeito deste dispositivo de lei:

“Sustentou o Prof. Álvaro Villaça, em relevante contribuição crítica ao texto do projeto do CC de 2002, apresentada a Relatoria Geral, no sentido de que os contratos atípicos não podem ser regidos pelas normas dos contratos típicos, principalmente dos mistos, pois a contratação só se extingue após cumpridas todas as obrigações contratadas. O contrato forma um todo uno e indivisível”

Em razão disso, fora sugerida a seguinte alteração legislativa:

“Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, resguardados a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito, especialmente o princípio de que suas obrigações são indivisíveis, formando um só todo”¹⁹.

¹⁸ Flávio Tartuce, *A Revisão do Contrato pelo Novo Código Civil. Crítica e Proposta de Alteração do art. 317 da Lei n. 10.406/02*, in *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*, coordenação de Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo: Método, 2003, v. I, p. 126.

¹⁹ Jones Figueiredo Alves, *Novo Código Civil Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 378-9.

Contudo, o relatório do Deputado VICENTE ARRUDA, na Comissão de Constituição e Justiça, cuidou de refutar a proposta de alteração legislativa, sob o seguinte argumento:

"Art. 425. Ao permitir a estipulação de contratos atípicos e determinar que os mesmos deverão observar as normas gerais fixadas no Código, que preconizam a boa fé, os bons costumes, a preservação da ordem pública e os princípios gerais de direito, o dispositivo já impede a estipulação de contratos atípicos que não atendam aqueles pressupostos.

Pela manutenção do texto"²⁰.

De nossa parte, embora possa parecer que o legislador não avançou muito, assim não pensamos.

Dada a natureza destes contratos, afigura-se de certa forma impróprio que se pretenda esgotar sua disciplina, sendo mais razoável, portanto, que se deixe o seu tratamento ao sabor da autonomia da vontade das partes, sempre limitada pelas balizas constitucionais acima mencionadas.

Pensamos, pois, ser perfeitamente possível que se admita a aplicação das normas gerais da teoria geral dos contratos, sempre em observância dos limites de contratação delineados em nossa Constituição Federal.

O que não poderíamos é negar a sua importância, muito bem notada pelo magistral FRANCESCO MESSINEO: "*Il contratto innominato²¹ è l'indizio più significativo che la vita giuridica non si fossilizza in forme immutabili e che, al contrario, essa è in perenne movimento e in costante evoluzione*"²².

4. UNIÃO DE CONTRATOS OU CONTRATOS COLIGADOS

Como arremate deste capítulo, acreditamos que deve ser feita uma importante advertência: não podemos confundir o contrato atípico com a *união ou coligação de contratos*, instituto jurídico de natureza completamente distinta.

O contrato atípico, como visto, a despeito de carecer de previsibilidade legal, forma uma unidade negocial autônoma, diferentemente da coligação de contratos, em que temos vários negócios jurídicos conjugados, unidos entre si.

Nesta última hipótese, não se poderá reconhecer caráter de unidade sistêmica, nem, muito menos, identificá-lo com um contrato atípico (unidade contratual). Isso porque não se está diante de uma única figura, mas sim de várias (pluralidade contratual).

²⁰ Tal parecer foi apresentado em 3-2-2004 e pode ser encontrado em <http://200.219.132.4/sileg/integras/196514.htm>, acesso em 31-7-2004.

²¹ A advertência do autor refere-se aos atípicos, que são, em geral, inominados, consoante vimos acima.

²² Francesco Messineo, *Il Contratto in Genere*, Milano: Giuffrè, 1973, t. I, p. 693.

Tal aspecto fora muito bem observado por MESSINEO:

"Il fenomeno del collegamento, o connessione, fra contratti si ha, quando um contratto presenti un certo nesso con un altro (duplicità): sia che il nesso abbia, come punto di riferimento, il primo contratto, sia che abbia, come punto di riferimento, il secondo. Tal qualificazione provvisoria avrà bisogno di sviluppo; ma serve per un primo orientamento.

Il problema, che qui sorge, della pluralità o unità di causa, e, quindi, della dualità (o pluralità) di contratti, è identico a quello, vagliato sopra, a proposito del contratto innominato (capitolo XIII, § 8): condifferenza che — mentre, in quel caso, prende rilievo il fenomeno della dualità (o pluralità), che — come abbiamo notato — ha il primo e necessario presupposto, perché possa darsi collegamento fra contratti (i contratti come 'monadi')"²³.

A despeito de não haver previsão legal específica a respeito disso, é inegável que o fenômeno da coligação contratual poderá existir, segundo a autonomia (*condicionada*) da vontade das partes.

Situação muito comum que bem exemplifica a coligação de contratos, encontramos nas avenças firmadas entre donos de postos de combustível e os distribuidores de derivados de petróleo. Frequentemente, as partes envolvidas celebram, simultaneamente, vários contratos coligados, podendo eles figurar no mesmo instrumento ou não. Assim, são celebrados contratos de fornecimento de combustível, comodato das bombas, locação de equipamentos etc. Todos eles juridicamente vinculados, dando causa a uma complexa relação jurídica, vinculativa das partes contratantes²⁴.

Em termos de classificação, segundo doutrina de ENECCERUS, referida por ORLANDO GOMES²⁵, a união entre contratos poderá dar-se das seguintes formas:

- a) união meramente externa;
- b) união com dependência;
- c) união alternativa.

Em todas elas, repita-se, não existe a formação de um contrato único, mas sim a conjugação de mais de um contrato.

No primeiro caso, tem-se apenas uma vinculação meramente documental. Os contratos não guardam vínculo de funcionalidade sistêmica entre si, mas, apenas, são consignados no mesmo instrumento. Em linguagem simples e coloquial, com a permissão do nosso caro leitor, e sem prescindirmos do amor à

²³ Francesco Messineo, *ibidem*, p. 720.

²⁴ Nesse sentido, cf. Carlos Roberto Gonçalves, *Direito das Obrigações — Parte Especial*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 6, p. 37.

²⁵ Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 104-5.

técnica, diríamos que os contratos *compartilham o mesmo lugar, o mesmo papel*. De fato, não se trataria propriamente de uma união de contratos, mas, apenas, de um compartilhamento de instrumento.

Aliás, já tivemos oportunidade de advertir que não se pode confundir o *contrato*, enquanto acordo negocial de vontades, cujo núcleo é o consentimento das partes contratantes, com o mero instrumento contratual, o documento que concretiza, na realidade externa, a vontade das partes. Nesse sentido, a união meramente externa é inequivocamente *superficial*.

No segundo caso, os contratos coligados guardam uma íntima vinculação de dependência entre si, como ocorre nos contratos firmados com donos de postos de gasolina, mencionado linhas acima. Os contratos unem-se formando uma espécie de *bloco contratual* capilarizado entre si. A impressão que se tem é que se trata de um contrato misto, mas tal imagem se desfaz ao procedermos com uma análise de fundo, e concluirmos pela existência de autonomia jurídica entre as diversas figuras vinculadas.

Bem a propósito, nesse particular, são as palavras do grande mestre ORLANDO GOMES:

“A dependência pode ser recíproca ou não. Na primeira forma, dois contratos completos, embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é a causa do outro, formando uma unidade econômica. Enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro. A coligação dos contratos pode ser necessária ou voluntária. A coligação necessária, também chamada genética, é imposta pela lei, como que existe entre o contrato de transporte aéreo e o de seguro de passageiro. Quando decorre da vontade dos interessados, como se verifica ordinariamente, diz-se voluntária. Visto que nessa união de contratos há reciprocidade, os dois se extinguem ao mesmo tempo; a dissolução de um implica a do outro”²⁶

E, finalmente, a união alternativa é aquela em que os contratos são excludentes entre si, prevalecendo um em lugar do outro, caso determinado acontecimento ou circunstância prevista pelas partes se implemente. É o caso, por exemplo, de um contrato de doação, cuja eficácia esteja condicionada a um determinado evento (ser aprovado em um concurso, v. g.), estabelecendo-se que, caso ele não se realize, a cessão do bem será considerada como um mero contrato de comodato. Também neste caso, entendemos que se trata de uma união aparente, com veio de superficialidade, visto que, de fato, apenas um dos contratos prevalecerá.

Em conclusão, frise-se que, posto não houvesse sido disciplinada em seção específica do novo Código Civil, por manifesta desnecessidade, força é convir que a *coligação de contratos* é perfeitamente possível em nosso direito positivo.

²⁶ Orlando Gomes, *ibidem*, p. 104.

Capítulo XI

Interpretação dos Contratos

Sumário: 1. Compreendendo a atividade interpretativa. 2. A opção brasileira de não estabelecimento de regras estanques de interpretação. 3. Regras de interpretação no Direito Civil brasileiro. 3.1. Regra de caráter subjetivo. 3.2. Regras de caráter objetivo. 3.3. Convivência e adequação das regras de interpretação: a hermenêutica principiológica constitucional. 4. A interpretação de contratos de adesão. 5. Interpretação dos contratos em microsistemas jurídicos. 5.1. A interpretação do contrato de trabalho. 5.2. A interpretação do contrato de consumo.

1. COMPREENDENDO A ATIVIDADE INTERPRETATIVA

Dada a importância da matéria, consideramos conveniente abrir um capítulo próprio sobre a interpretação dos contratos.

E em que consiste, afinal, essa interpretação?

A ideia de interpretação se refere à necessidade de se estabelecer o significado e o alcance de uma regra positivada, bem como constatar as situações por ela previstas e os efeitos que pretende ter.

De fato, tal como o preceito legal (manifestação da vontade estatal) impescinde da interpretação dos cidadãos e do magistrado para sua aplicação, a vontade das partes, instrumentalizada pelo contrato, exige uma correta compreensão, tanto dos próprios contratantes, nas relações jurídicas de direito material, quanto também do Poder Judiciário, no caso de haver um conflito na sua aplicação.

Só assim, devidamente dimensionada, a norma, legal ou contratual, poderá produzir concretamente os efeitos desejados pela manifestação da vontade que a gerou.

E como isso se dá no novo sistema codificado brasileiro?

Responder tal questão é a proposta do presente capítulo¹

¹ Aqui, propugnamos uma visão específica da interpretação dos contratos. Para um aprofundamento do tema da interpretação jurídica, remetemos o leitor ao tópico 3.1 ("Interpretação de normas") do Capítulo II ("Lei de Introdução ao Código Civil") do v. I ("Parte Geral") desta obra.

2. A OPÇÃO BRASILEIRA DE NÃO ESTABELECIMENTO DE REGRAS ESTANQUES DE INTERPRETAÇÃO

O vigente Código Civil brasileiro, da mesma forma que a codificação anterior, não trouxe um capítulo específico sobre interpretação dos contratos.

De fato, seguindo a mesma esteira anterior e divergindo de codificações estrangeiras como a francesa e a italiana, trouxe apenas algumas normas específicas sobre interpretação, como é o caso, por exemplo, dos arts. 112 a 114, 423 e 819², abrindo mão, portanto, do estabelecimento de regras genéricas de interpretação.

No ensinamento do saudoso Mestre SILVIO RODRIGUES:

"Difícil optar pela conveniência ou não de uma ou de outra posição. Em favor do sistema francês encontra-se o argumento de que dessa maneira se limita o arbítrio do juiz que, assim, não pode, a pretexto de interpretar o contrato, substituir, pela sua, a vontade das partes. Com efeito, se o próprio legislador oferece regras de interpretação, escritas e pormenorizadas, que se impõem coativamente ao magistrado, não pode este delas desertar, para por outros caminhos buscar a intenção dos contratantes.

Em contraposição, os sistemas que não disciplinam essa matéria partem do pressuposto de que este assunto não se enquadra no âmbito legislativo, mas pertence a alçada da doutrina. De sorte que, afora um escasso número de preceitos gerais, nenhuma regra deve ser imposta pelo legislador ao juiz, para guiá-lo na interpretação dos contratos"³

Partindo, porém, da premissa, já de todos conhecida, de uma opção consciente do legislador de trabalhar, no vigente Código Civil brasileiro, com *conceitos jurídicos indeterminados*, a serem preenchidos pelo magistrado no caso concreto, não há como deixar de reconhecer a coerência sistemática desse *não estabelecimento de regras formais e genéricas de interpretação*.

² Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. (CC-16: Art. 1.090. Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente.)

(...)

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

(...)

Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva".

³ Silvio Rodrigues, *Direito Civil — Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 49.

Conforme temos repetido seguidamente em sala de aula, talvez em um exercício ousado de um pretenso dom de profecia, a forma como foi construída a nova legislação civil nos permite vislumbrar nele o nosso “último Código Civil da modernidade”, não somente pelo ocaso da era das grandes codificações, mas principalmente porque muito de sua atualização poderá ser feita pela criatividade da jurisprudência, ainda que sem modificação formal da lei, em um dos grandes desafios que se lança ao Poder Judiciário brasileiro.

Todavia, sem querer soar contraditório, a própria evolução da doutrina civilista nacional e a devida compreensão dos institutos jurídicos estudados, no caso, o contrato, nos permitem enunciar algumas regras observáveis na sua interpretação.

Vamos conhecê-las.

3. REGRAS DE INTERPRETAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A doutrina brasileira tem buscado trazer diversas regras sobre a interpretação de contratos na modernidade, seja com base na doutrina e legislação estrangeira⁴, seja com fulcro na jurisprudência nacional consolidada⁵.

Adaptando-as, sob nossa ótica pessoal, parece-nos que podemos dividir, tal qual SILVIO RODRIGUES, todas as regras, existentes e que venham a ser concebidas, em duas modalidades, a saber, *a regra referente à manifestação da vontade (caráter subjetivo)* e *as que se referem aos preceitos contratuais em si próprios (caráter objetivo)*.

Expliquemo-nas.

3.1. Regra de caráter subjetivo

O contrato, na nossa conceituação, é o “*negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades*”.

⁴ Silvio Rodrigues, por exemplo, faz sua sistematização com base na codificação italiana (*Direito Civil — Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 49-51), e o amigo Silvio Venosa enuncia as decantadas 12 regras de interpretação das convenções, formuladas por POTHIER, incluindo as que vieram a fazer-se presentes no Código Civil francês (*Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 454-7).

⁵ Nossa prefaciadora Maria Helena Diniz, em seu colossal *Tratado Teórico e Prático dos Contratos* (v. 1, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94-7), traz, no mínimo, 29 (vinte e nove) regras decorrentes da interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Ora, se é assim, não há a menor dúvida de que o elemento primordial para caracterização de um vínculo contratual é a existência de uma declaração de vontade.

O contrato traduz uma forma de autodisciplina da intenção das partes, na disponibilização de seus patrimônios e, mais do que isso, dos seus desejos e pretensões.

Assim, a regra básica de interpretação de contrato não poderia ser outra, senão a do art. 112 do CC-02 (art. 85 do CC-16⁶):

“Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

A concepção de tal regra não é a exclusão do sentido das palavras, pois isso se constituiria na própria derrocada da figura jurídica do contrato (e de toda a segurança por ele propugnada), mas sim a compreensão adequada do que aparenta ser a vontade dos sujeitos contratantes, ainda que isso não transpareça aparentemente da literalidade do quanto escrito⁷.

Partindo, porém, do pressuposto de igualdade dos contratantes (o que, como já percebemos, é algo cada vez mais raro na nossa sociedade...) e havendo efetiva controvérsia sobre qual foi a intenção das partes ao se celebrar determinada avença, algumas regras objetivas podem ser invocadas.

Registre-se antes disso, por certo, que o ônus da prova da afirmação de que o sentido literal do contrato é diverso do que pretendiam efetivamente os

⁶ CC-16: “Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

⁷ “Ação de reintegração de posse. *Leasing* financeiro ou venda financiada. Interpretação do contrato. Irrelevância do nome atribuído ao contrato. A identificação da natureza jurídica do contrato exige a interpretação das cláusulas contratuais, sendo irrelevante a denominação atribuída. Utilização das regras de interpretação dos negócios jurídicos constantes do artigo 85 do Código Civil (valorização da intenção real dos contratantes sobre o sentido literal da linguagem) e do artigo 47 do CDC (interpretação favorável ao consumidor ou contra o predisponente). O modelo normal do contrato de arrendamento mercantil (*‘leasing’*) deve oferecer uma triplice opção para o arrendatário: restituição do bem, renovação do contrato ou opção de compra. A obrigatoriedade do pagamento antecipado do valor residual (VRG) diluído nas prestações, bem como da aquisição do bem no final do período descaracterizam o contrato como *‘leasing’*. Identificação do contrato real como sendo um contrato de financiamento para a compra e venda de um bem determinado, valorizando-se a operação econômica subjacente ao contrato. Precedente do STJ. Impossibilidade de pedido de reintegração, quando a posse e a propriedade não pertencem a instituição financeira autora. Sentença de carência de ação confirmada. Apelo improvido” (TIRIS, Ap. Cív. 599046273, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 8-6-1999, 1.ª Câmara de Férias Cível).

pactuantes, quando da relação jurídica de direito material, será sempre de quem suscitar tal alegação.

3.2. Regras de caráter objetivo

Se há polêmica sobre qual seja a intenção das partes na celebração de um negócio jurídico contratual ou de alguma de suas cláusulas, a legislação muitas vezes traz regras específicas para solução de conflitos.

Uma delas, já mencionada⁸, é a constante do art. 114 do CC-02 (art. 1.090 do CC-16⁹):

“Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

A doutrina, por sua vez, inspirada na legislação estrangeira, é profícua em trazer regras de interpretação.

Fala-se, por exemplo, no *princípio da conservação*, consistente na ideia de que o contrato deve ser sempre interpretado de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicabilidade, extraíndo-se delas o máximo de utilidade, não sendo aceitável a ideia de que as partes celebrem um contrato para não produzir qualquer efeito.

Nesse aspecto, vale a pena transcrever as regras de interpretação de convenções de POTHIER¹⁰, referentes ao Código Civil francês, mas perfeitamente adaptáveis ao nosso sistema:

a) Nas convenções, deve-se indagar mais qual foi a intenção comum das partes contratantes do que o sentido literal das palavras (regra subjetiva).

b) Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve-se interpretá-la de maneira que possa gerar algum efeito, e não de modo que não produza qualquer efeito (o mencionado princípio da conservação).

c) Quando, em um contrato, os termos são suscetíveis de dois sentidos (ambos factíveis), deve-se interpretá-los no sentido que mais convém à natureza do contrato.

d) Quando um contrato se mostrar ambíguo, deve ser interpretado de acordo com o costume do lugar em que foi estipulado.

⁸ Cf. tópico 3.1.2 (“Contratos onerosos ou gratuitos”) do Capítulo VIII (“Classificação dos Contratos”) deste tomo.

⁹ CC-16: “Art. 1.090. Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente”.

¹⁰ Tradução trazida pelo amigo SÍLVIO VENOSA, no trecho mencionado (*Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 454-7), à qual fizemos uma adaptação.

e) O uso é de tamanha autoridade na interpretação dos contratos que se subentendem as cláusulas do uso, ainda que se não exprimissem.

f) Uma cláusula deve ser interpretada pelas outras do mesmo instrumento, ou elas precedam, ou elas sigam àquela.

g) Na dúvida, uma cláusula deve ser interpretada contra aquele que a redigiu, notadamente se estipulou um benefício em seu favor, em face daquele que tem contraído a obrigação (regra analógica ao mencionado art. 114 do CC-02 e da qual se extrai o transcrito art. 819 do CC-02).

h) Por mais genéricos que sejam os termos em que foi concebida uma convenção, ela somente compreende as coisas sobre as quais os contraentes se propuseram tratar, e não as coisas em que eles não pensaram.

i) Quando o objeto da convenção é uma universalidade de coisas, compreende todas as coisas particulares que compõem aquela universalidade, incluindo aquelas de que as partes não tiveram conhecimento.

j) Quando, em um contrato, se menciona um caso, por causa da dúvida que poderia haver, se a obrigação resultante do contrato se estenderia àquele caso, a concepção é de que é meramente exemplificativa, não se julgando, por isso, ter sido restringida a extensão da obrigação, nos outros casos compreendidos nela, como se fossem expressos.

k) Nos contratos, como nos testamentos, uma cláusula concebida no plural se distribui muitas vezes em muitas cláusulas singulares.

l) O que está no fim da frase ordinariamente se refere a toda a frase, e não só àquilo que a precede imediatamente, contanto que este final concorde em gênero e número com a frase toda.

3.3. Convivência e adequação das regras de interpretação: a hermenêutica principiológica constitucional

Uma leitura apressada desse capítulo pode levar os mais afoitos a acharem que acreditamos em uma precedência estrita da regra subjetiva sobre as regras objetivas.

A afirmação comporta apenas uma meia verdade.

De fato, a vontade é a essência da relação contratual e ela deve prevalecer.

Todavia, conforme já extraímos do nosso conceito, tal vontade não prevalecerá sempre, de forma absoluta.

Toda hermenêutica contratual deve tomar, por norte, a principiologia constitucional, notadamente o já desenvolvido *princípio da dignidade da pessoa humana*, e as limitações dos *princípios da função social e da boa-fé objetiva*.

Por isso, temos que a convivência e a adequação das regras de interpretação devem tomar, como efetiva “regra de ouro”, o art. 113 do CC-02 (sem equivalente no CC-16):

"Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Não por acaso, nas Jornadas de Direito Civil, realizadas no STJ¹¹, na exegese do art. 422, foram extraídos dois significativos enunciados:

26 — A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

27 — Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

4. A INTERPRETAÇÃO DE CONTRATOS DE ADESÃO

Sobre a interpretação de contratos de adesão, vale transcrever a magistral lição de ORLANDO GOMES:

"A questão da natureza jurídica do contrato de adesão tem importância prática para sua interpretação. Indaga-se, com efeito, se deve ser interpretado como a lei, ou como o contrato. Tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou. Cabe, no entanto, uma distinção à raiz de ponderações feitas por Dereux, entre as cláusulas essenciais, que são comumente datilografadas ou manuscritas, e as cláusulas acessórias, geralmente impressas. As primeiras estipulam-se particularizadamente e comportam, às vezes, certa margem de liberdade no seu ajuste e até alguma variação. As outras são inalteráveis e uniformes, razão por que a parte aderente, geralmente, conhece mal o seu teor e alcance. Acontece que frequentemente as cláusulas acessórias alteram profundamente a essência do contrato, tirando, muitas vezes, grande parte de sua utilidade, ou sendo muito rigorosas e, até, draconianas. Cabe ao juiz impedir que seus efeitos se produzam, não permitindo que desvirtuem o espírito das cláusulas essenciais ou que tenham eficácia se não forem conhecidas suficientemente pela parte aderente. Aplica-se a regra de hermenêutica, segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante que se obrigou por adesão. Outra regra a observar é que

¹¹ Já citadas no decorrer desta obra, disponíveis no site do Conselho da Justiça Federal: (www.cjf.gov.br).

se houver incompatibilidade entre cláusulas impressas e cláusulas acrescentadas ao formulário, prevalecem estas.

Não se conclua, daí, que a intervenção judicial na aplicação dessas regras é livre. Se fosse, a insegurança dominaria os contratos de adesão. O poder do juiz — poder moderador — deve ser usado conforme o princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé, de tal sorte que só os abusos e deformações sejam coibidos. A exagerada tendência para negar força obrigatória às cláusulas impressas é, de todo em todo, condenável até porque não deve o juiz esquecer que certas cláusulas rigorosas são necessárias à consecução dos fins perseguidos pelos contratos de adesão em série¹²

Pela sua característica limitadora da liberdade contratual, pelo menos na sua concepção clássica, a interpretação do contrato de adesão realmente não se poderia dar da mesma forma que um contrato paritário tradicional.

O novo Código Civil brasileiro, em preceitos sem correspondência na codificação anterior, estabeleceu duas regras disciplinadoras da interpretação de tais avenças, a saber:

“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

O art. 423 assegura aquilo que se convencionou chamar de interpretação *contra stipulatorem* ou *contra proferentem*. Trata-se de regra que visa a resguardar a posição do aderente, em relação a cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotando-se a interpretação que mais o beneficie, justamente porque o ofertante está em situação mais vantajosa.

Tal procedimento, outrora admissível somente em contratos estabelecidos em microssistemas jurídicos, conforme visão tradicional, já encontrava respaldo jurisprudencial e, agora, *lege habemos*¹³.

¹² Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 126.

¹³ “Ação de cobrança. Contrato de cobertura médico-hospitalar (seguro-saúde). Cláusula de exclusão de doença. Contrato de adesão. Interpretação a favor do aderente. ‘A interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de tratamento de determinadas moléstias, reclama o reexame de cláusulas contratuais e dos fatos da causa, procedimentos defesos no âmbito desta Corte, a teor de seus verbetes 5 e 7’ (REsp n. 222.317-SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). Estabelecida a premissa acerca da dubiedade da cláusula inserida em contrato de adesão, deve ela ser interpretada a favor do aderente. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 222.148/SP; REsp (1999/0059652-8), DJ, 30-6-2003, p. 250, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 1.º-4-2003, 4.ª Turma).

Já a regra do art. 424 é, a toda evidência, decorrente das limitações relembradas no subtópico anterior, quais sejam, os princípios da função social do contrato, probidade e boa-fé. Visa, pois, impedir que a renúncia antecipada de direito prejudique a parte aderente.

Vale registrar, porém, que, no campo dos contratos de adesão, a doutrina faz distinção entre a natureza de suas cláusulas.

Nesse sentido, SILVIO RODRIGUES:

“Também através da atividade judiciária tentou-se minorar os efeitos porventura funestos do contrato de adesão. Por meio da interpretação de cláusulas do negócio procurou a jurisprudência evitar a exploração de uma parte pela outra. Regras de hermenêutica, aplicadas sensatamente, alcançaram, por vezes, tal efeito. Serão elas examinadas no capítulo seguinte, mas basta que se mencionem as principais:

- a) na dúvida o contrato deve ser interpretado contra quem o redigiu;
- b) deve-se distinguir entre as cláusulas principais e acessórias, entendendo-se que estas não têm a mesma força vinculante daquelas, pois decerto chamaram menos a atenção do contratante;
- c) as cláusulas impressas, por isso que chamam menos a atenção, devem ser preferidas às manuscritas, pois estas revelam o propósito de revogar as primeiras. Aliás, escritores há que sugerem sejam tais condições desprezadas, solução que não pode ser acolhida, dado seu exaquo”¹⁴.

5. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EM MICROSSISTEMAS JURÍDICOS

Arrematando este capítulo, vale a pena tecer algumas considerações sobre a interpretação de contratos estabelecidos sob a disciplina de microssistemas jurídicos.

Devem eles seguir as regras gerais ou somente as especificamente disciplinadas?

A resposta, na nossa opinião, é muito simples.

Dada a nova concepção do contrato na sociedade contemporânea, em que a autonomia da vontade não é mais vista como um dogma, não temos a menor sombra pálida de dúvida de que o que aqui se trabalhou é aplicável a qualquer relação jurídica contratual, uma vez que sua teoria geral abarca contratos de qualquer natureza, sejam civis, comerciais, trabalhistas e consumeristas.

¹⁴ Silvio Rodrigues, *Direito Civil -- Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 45.

O que não se pode desprezar, porém, é a finalidade própria da disciplina normativa de um microsistema, que é justamente dar *uma maior tutela a um dos sujeitos da relação jurídica, por força dos valores socialmente relevantes no momento da edição da norma.*

Por isso mesmo, dedicaremos algumas linhas a dois importantes microsistemas: o trabalhista e o consumerista.

5.1. A interpretação do contrato de trabalho

Não obstante possam e devam as regras de interpretação do direito comum ser aplicadas ao Direito do Trabalho, merece ressalva o seu caráter peculiar, em virtude das regras de interpretação particulares, pertinentes aos contratos individuais do trabalho.

A respeito do tema, leciona AMAURI MASCARO NASCIMENTO:

"No direito do trabalho, dentro de uma visão geral interpretativa, o direito comum não ocupa mais que um lugar subordinado; as disposições da legislação formam um conjunto e devem encontrar, umas em outras, mútuo apoio; pelo que a analogia deve permitir determinar um alcance de um texto ou cobrir as eventuais lacunas. Cabe, portanto, afirmar que, por constituir o direito do trabalho um direito particular, o sistema geral de interpretação não deve ser concebido segundo o uso tradicional"¹⁵.

Assim, a interpretação do contrato de trabalho deve ser procedida de acordo com a sua natureza, ou seja, em observância às necessidades de uma classe social, com o fito de se obter melhores condições de vida.

É por isso que defendemos que a concepção de toda interpretação juslaboralista se orienta por um único princípio, o da proteção ao hipossuficiente econômico, princípio esse do qual se espraiam vários outros princípios, como o da irrenunciabilidade de direitos, da continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade¹⁶.

Adotando critério tradicional¹⁷, entendemos que o princípio protetor se expressa por meio de três regras de aplicação:

¹⁵ Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 190.

¹⁶ Sobre o tema, são leituras obrigatórias os livros de Américo Plá Rodriguez (*Princípios de Direito do Trabalho*, 1. ed. bras., 4. tir., São Paulo: LTr, 1996) e Luiz de Pinho Pedreira da Silva (*Principiologia do Direito do Trabalho*, 2. ed., São Paulo: LTr, 1997).

¹⁷ Américo Plá Rodriguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, 1. ed. bras., 4. tir., São Paulo: LTr, 1996, p. 42-3.

a) *in dubio pro misero (pro operario)*, que consiste no critério utilizado pelo juiz ou intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;

b) *norma mais favorável*, que significa que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais benéfica ao trabalhador, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas;

c) *condição mais benéfica*, pelo qual se entende que a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava o trabalhador.

Isso não quer dizer que o trabalhador deve ser protegido por ser um "coitadinho", mas sim, ao contrário, pela sua própria condição de cidadão, vinculado a uma relação jurídica desigual, em que, por força das peculiaridades deste contrato, deve-se submeter às determinações da outra parte, com subordinação absoluta (parte contrária esta, inclusive, que tem, até mesmo, a possibilidade do exercício de um *jus puniendi*, prerrogativa típica do Estado).

Como já dissemos alhures, o "fundamento deste principio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho, que surgiu como uma reação à exploração desenfreada do trabalho humano, tomado como objeto de comércio na perspectiva liberal da oferta e da procura. Vale destacar que o jurista italiano Cessari afirma que a razão profunda do espírito protetor do Direito do Trabalho é dupla: a inseparabilidade da prestação de trabalho da pessoa do trabalhador e a normal exclusividade da dedicação do trabalhador à empresa, da qual extrai o único ou principal recurso para sua subsistência (Aldo Cessari, *Il 'Favor' Verso il Prestatore di Lavoro Subordinato*, Milão, 1966, p. 2)"¹⁸

Interessante notar que, não obstante ser amplo o reconhecimento do principio da proteção como raiz da tutela jurídica trabalhista, é bastante controversa a diversidade de opiniões sobre as formas como ele se expressa e concretiza. Isso se dá, inclusive, pelo fato de que ele não se encontra positivado na nossa legislação.

De fato, se percorrermos em revista o texto consolidado, constataremos a absoluta ausência de uma regra expressa que mande aplicar a norma mais favorável ao empregado ou que, na dúvida sobre a interpretação de dispositivos legais e contratuais, deve ser decidido em favor do trabalhador.

Na verdade, tal proteção se verifica do conjunto de disciplinas específicas espraiadas pela legislação trabalhista, a ponto de se tomar tal concepção como o principio basilar do sistema juslaboralista¹⁹

¹⁸ Jose Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho, *Repertório de Conceitos Trabalhistas*, São Paulo: LTr, 2000, p. 417-8.

¹⁹ Nessa linha de raciocínio, vale destacar, por exemplo, os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho:

5.2. A interpretação do contrato de consumo

Da mesma forma que no contrato de trabalho subordinado, a teoria geral dos contratos, inclusive e principalmente no que toca à sua principiologia, é perfeitamente aplicável às relações de consumo.

Todavia, dada a sua natureza tuitiva, há que se verificar, neste microsistema, também o sentido próprio de proteção²⁰.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), uma das leis mais avançadas de nossa história, tal regra de proteção veio expressa em seu corpo, conforme se verifica de uma simples leitura do seu art. 47:

"Art. 9.º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

(...)

Art. 428. (*omissis*)

§ 2.º Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora.

(...)

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha as disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

(...)

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".

²⁰ "Os princípios da teoria da interpretação contratual se aplicam aos contratos de consumo, com a ressalva do maior favor ao consumidor, por ser a parte débil da relação de consumo. Podemos extrair os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 112, Código Civil); c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se insita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não expressamente do instrumento do contrato (arts. 4.º, *caput* e n. III, e 51, n. IV, do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem *contra stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraído-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação)" (Nelson Nery Júnior, in Ada Pellegrini Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 545-6).

"Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

A norma é, portanto, mais avançada ainda do que a referente aos contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro.

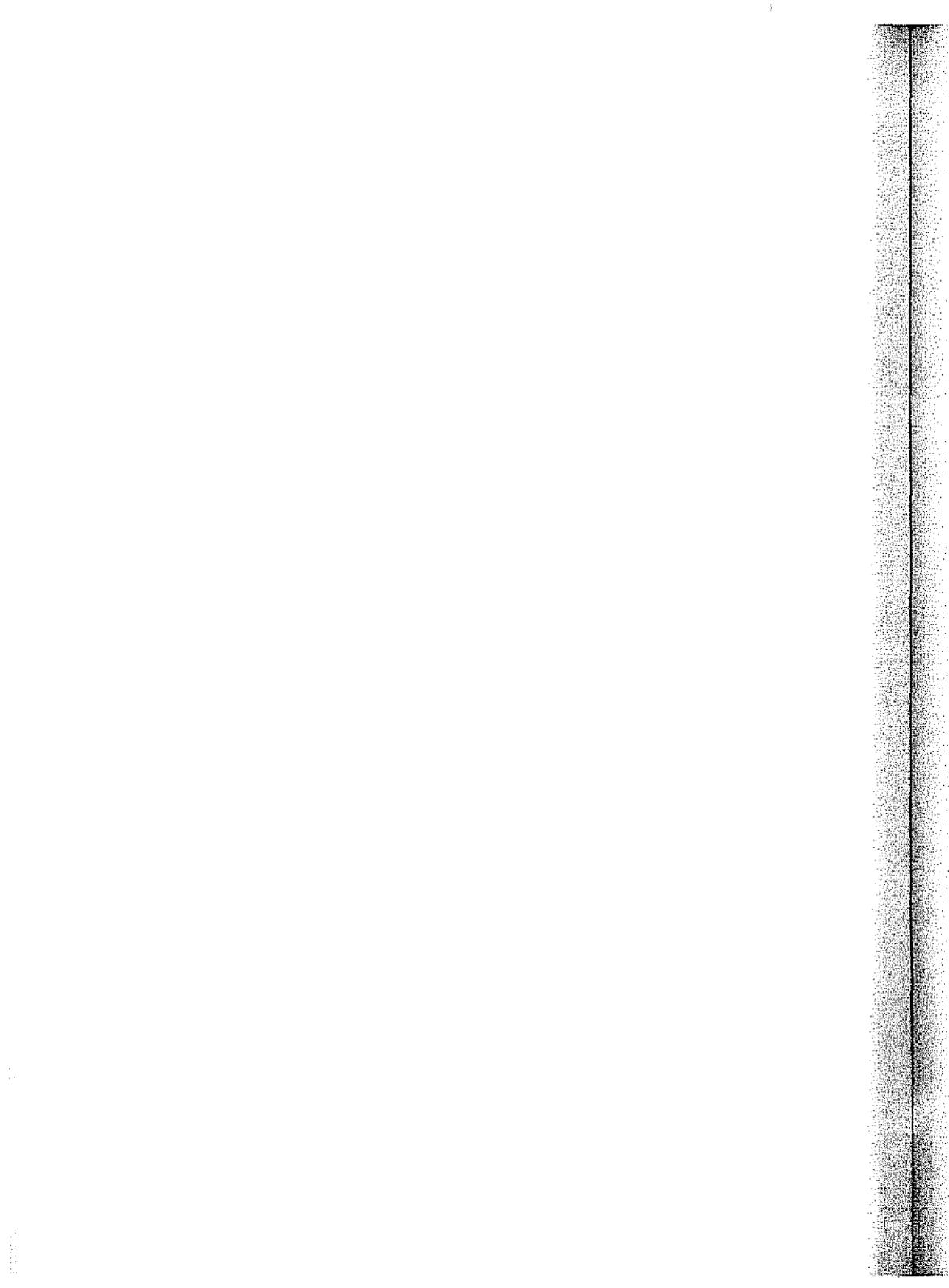
De fato, como observam CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN e BRUNO MIRAGEM, o

"Código Civil de 2002 prevê, em seu art. 423, o recurso a interpretação mais favorável ao aderente (interpretação *contra proferentem*), mas só em contratos de adesão e em cláusulas ambíguas ou contraditórias. O art. 47 do CDC representa, porém, uma evolução em relação a essa norma e à do art. 112 do CC/2002 (antigo art. 85 do CC/1916), pois beneficiará a todos os consumidores, em todos os contratos, de adesão ou individualmente negociados, em todas as cláusulas, mesmo as claras e não contraditórias, sendo que agora a vontade interna, a intenção não declarada, nem sempre prevalecerá. Em outras palavras, e da interpretação ativa do magistrado a favor do consumidor que virá a 'clareza' da cláusula e que será estabelecido se a cláusula, assim interpretada a favor do consumidor, é ou não contraditória com outras cláusulas do contrato"²¹.

Compreendido, portanto, como se deve proceder a interpretação dos contratos no sistema brasileiro, inclusive nos microsistemas jurídicos próprios, já podemos passar para uma nova etapa de nosso livro, que é compreender a disciplina legal dos vícios redibitórios e da evicção.

Vamos a eles.

²¹ Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1.º a 74: Aspectos Materiais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 578.



Capítulo XII

Vícios Redibitórios

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito e características. 3. Fundamento da garantia contra os vícios redibitórios. 4. Vícios redibitórios x erro como vício de consentimento. 5. Consequências jurídicas da verificação de vícios redibitórios. 6. Prazo para a propositura das ações edilícias. 7. Vícios redibitórios e o Código de Defesa do Consumidor.

1. INTRODUÇÃO

No presente capítulo e no próximo, cuidaremos de desenvolver dois importantes temas relativos à teoria geral dos contratos.

Ambos, tanto o *vício redibitório* como a *evicção*, são institutos jurídicos que têm a finalidade de resguardar ou garantir o adquirente de determinada coisa em contratos translativos da posse ou da propriedade, inclusive nas doações onerosas¹.

Se o nosso caro amigo leitor, por sua vez, cuidar de observar com atenção, pouca diferença houve entre os Códigos de 1916 e de 2002, embora as mudanças operadas entre os dois períodos históricos (e mesmo do espírito da nova codificação) hajam sido significativas.

Começemos com a análise dos vícios redibitórios.

Vamos lá então.

2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Os vícios redibitórios, por definição, são *defeitos ocultos que diminuem o valor ou prejudicam a utilização da coisa recebida por força de um contrato comutativo* (art. 441 do CC-02; art. 1.101 do CC-16).

O principal aspecto a ser considerado é, precisamente, portanto, o fato de este vício ser *oculto, recôndito*, ou seja, *não aparente*.

Se for aparente, não se tratará de vício redibitório.

¹ Nesse sentido, Clóvis Beviláqua: "Na compra e venda, na troca, na dação em pagamento e em todos os contratos tendentes à translação do domínio, posse ou uso, tem cabimento a ação de rejeição, fundada em vício redibitório" (*Direito das Obrigações*, cit., p. 240).

Nosso sempre lembrado e muito querido mestre CAIO MÁRIO, ao defini-lo, afirma, com absoluta precisão, tratar-se de “um defeito oculto de que é portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor”

E mais adiante arremata: “Não se aproxima ontologicamente o conceito de vício redibitório da ideia de responsabilidade civil. Não se deixa perturbar a sua noção com a indagação da conduta do contraente, ou apuração da sua culpa, que influirá, contudo, na graduação dos respectivos efeitos, sem aparecer como elementar de sua caracterização”².

Quanto a essa última afirmação do culto jurista, razão lhe assiste inteiramente.

Essencialmente, o vício redibitório aproxima-se muito mais de uma causa de *dissolução contratual* do que propriamente do sistema de responsabilidade civil, muito embora a parte prejudicada tenha o direito de ser devidamente indenizada.

Exemplo típico de aplicação da teoria ocorrerá quando Simplício³, ao comprar um relógio de cobre da marca Scubix, ignora que ele é portador de um defeito oculto — uma conexão equivocada de suas engrenagens, v. g. — que prejudica a sua utilização.

Note-se, outrossim, que esse defeito deverá *acompanhar a coisa, quando da sua tradição*.

Sim, porque se o vício é *posterior* à aquisição da coisa, ou seja, se a causa do defeito operou-se já quando a *res* estava em poder do adquirente, por má utilização ou desídia, este nada poderá pleitear.

Nesse diapasão, poderíamos, assim, elencar os seguintes elementos caracterizadores ou requisitos do vício redibitório:

- a) a existência de um contrato comutativo (translativo da posse e da propriedade da coisa);
- b) um defeito oculto existente no momento da tradição;
- c) a diminuição do valor econômico ou o prejuízo à adequada utilização da coisa.

3. FUNDAMENTO DA GARANTIA CONTRA OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS

Segundo a doutrina de ORLANDO GOMES⁴, notamos que o fundamen-

² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. III, p. 71.

³ Desistimos de uniformizar tudo com Caio e Tício!

⁴ Orlando Gomes, *ob. cit.*, p. 94-5.

to jurídico da garantia legal contra os vícios redibitórios assenta, fundamentalmente, em três teorias:

a) Teoria da evicção parcial — para entendermos essa teoria, necessário se faz definirmos, ainda que em breves linhas, o que se entende por *evicção*, tema tratado pormenorizadamente no próximo capítulo. A evicção consiste na perda da propriedade de um bem, móvel ou imóvel, por força do reconhecimento judicial ou administrativo do direito anterior de terceiro. Exemplo: Oliveira compra um iate de Zigfrida. Pouco tempo depois, o comprador é surpreendido por uma ação reivindicatória, proposta por Bomfino, que prova seu anterior direito de propriedade sobre a coisa. Em tal caso, Oliveira poderá ser compelido a devolver o bem, voltando-se, regressivamente, contra o antigo vendedor (Zigfrida), para haver a devida e justa compensação. Nota-se, do exposto, que razão nenhuma existe para justificar a garantia contra os vícios redibitórios nesta teoria. Isso porque, como visto, a evicção guarda íntima conexão com descumprimento contratual e responsabilidade civil, ao passo que os defeitos de que tratamos têm mais que ver com a redibição ou rejeição do contrato (dissolução), pela existência de um vício prejudicial ao direito do novo dono.

b) Teoria do erro — segundo ORLANDO GOMES, a semelhança com essa teoria, que vê no vício redibitório a incidência de um *erro sobre a vontade do adquirente*, é “*impressionante*”⁵. Ocorre que, se identificação houvesse, seria o caso de se *anular o contrato*, o que, nos termos das regras positivas em vigor, não ocorre⁶. De fato, *erro* e *vício redibitório* não se devem confundir, mormente em se considerando que o primeiro tem dimensão subjetiva ou psicológica e o segundo é de natureza eminentemente objetiva, conforme veremos abaixo.

c) Teoria do risco — segundo essa teoria, que muito agradou a Saleilles, a garantia legal contra os vícios redibitórios decorreria da própria lei, que imporia ao alienante os *riscos* pelos eventuais defeitos ocultos existentes na coisa. O grande problema desta teoria é que, por definição, em Direito Civil, risco traduz uma ideia de *perigo concreto de dano por caso fortuito ou de força maior*. Ora, se tal conceito guarda conexão com a noção de fortuito, chegar-se-ia à conclusão de que o alienante suportaria a redibição da coisa em face de defeitos por ele desconhecidos. E se assim o for, retornaremos à mesma ideia, geral, de “*garantia*”.

⁵ Orlando Gomes, ob. cit., p. 94.

⁶ De fato, como veremos, a ocorrência de vícios redibitórios não fulmina o contrato comutativo no plano da validade, mas, sim, no campo da eficácia, por permitir o enjuntamento/devolução da coisa ou o abatimento no preço, fora a responsabilidade pelas perdas e danos.

Assim, concluímos que a previsão legal dos vícios redibitórios encontra a sua justificativa jurídica — e por que não dizer ideológica — na noção maior de “*garantia contratual*”.

E essa garantia decorrente dos vícios redibitórios é tal, em nosso direito positivo, que o art. 444 do Código Civil (art. 1.104 do CC-16) chega ao ponto de impor responsabilidade ao alienante, *ainda que a coisa pereça em poder do alienatário (adquirente), se tal perecimento decorrer do vício oculto, já existente ao tempo da tradição*. Ou seja, se a coisa vier a ser destruída ou se extinguir, em virtude do próprio defeito, já existente quando da tradição, ainda assim o adquirente terá o direito à compensação devida.

4. VÍCIOS REDIBITÓRIOS X ERRO COMO VÍCIO DE CONSENTIMENTO

Advertimos, mais uma vez, que *vício redibitório e erro*, posto sejam certos muitos próximos, não devem ser confundidos, consoante anotamos no v. I (Parte Geral) de nosso *Novo Curso de Direito Civil*:

“Outro equívoco muito comum que deve ser afastado é a falsa ideia de que erro e vício redibitório se confundem.

O erro, consoante já se anotou, expressa uma equivocada representação da realidade, uma opinião não verdadeira a respeito do negócio, do seu objeto ou da pessoa com quem se trava a relação jurídica. Este defeito do negócio, portanto, vicia a própria vontade do agente, atuando no campo psíquico (subjetivo).

Diferente é a hipótese de vício redibitório, garantia legal prevista para os contratos comutativos em geral. Se o adquirente, por força de uma compra e venda, por exemplo, recebe a coisa com defeito oculto que lhe diminui o valor ou prejudica a sua utilização (vícios redibitórios), poderá rejeitá-la, redibindo o contrato, ou, se preferir, exigir o abatimento no preço.

Note-se, pois, que o agente, ao adquirir a coisa, não incorreu em erro, uma vez que recebeu exatamente aquilo que pretendia comprar. Apenas a coisa transferida portava defeito oculto que lhe depreciava ou tornava imprópria a sua utilização.

O vício redibitório, pois, não toca o psiquismo do agente, incidindo, portanto, na própria coisa, objetivamente considerada. Exemplo: o indivíduo pretende comprar um relógio de ouro da marca ‘x’. Um vizinho lhe faz uma oferta, e então ele compra o produto desejado, sem que haja erro em sua manifestação de vontade. Alguns dias depois, entretanto, observa que o relógio não funciona bem, em virtude de um defeito oculto em seu maquinismo. Trata-se, no caso, de vício redibitório, que desafia, em concurso de ações, duas vias judiciais (ações edilícias): a ação redibitória (para des-

fazer o contrato e exigir o que se pagou, com perdas e danos se o alienante sabia do vício) ou a ação 'quantum minoris' (para se exigir o abatimento no preço)"⁷.

5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA VERIFICAÇÃO DE VÍCIOS REDIBITÓRIOS

E, afinal de contas, verificada a incidência de vício redibitório, quais seriam as suas consequências jurídicas?

A resposta não é difícil.

A teor do art. 442 do Código Civil (art. 1.105 do CC-16), abrem-se, para o adquirente, duas possibilidades:

a) rejeitar a coisa, redibindo o contrato (via ação redibitória);

b) reclamar o abatimento no preço (via ação estimatória ou "quantum minoris").

A primeira solução é a mais drástica. O alienatário, insatisfeito pela constatação do vício, propõe, dentro do prazo decadencial previsto em lei, uma ação redibitória, cujo objeto é, precisamente, o desfazimento do contrato e a devolução do preço pago, podendo inclusive pleitear o pagamento das perdas e danos.

No segundo caso, prefere o adquirente, também dentro do prazo decadencial da lei, propor ação para pleitear o abatimento ou desconto no preço, em face do defeito verificado. Tal ação denomina-se ação estimatória ou "quantum minoris".

Tanto a ação redibitória quanto a ação *quantum minoris* são espécies das denominadas *ações edilícias*, existindo, entre ambas, uma relação de alternatividade, ou seja, um concurso de ações: o adquirente somente poderá promover uma ou outra, visto que comportam pedidos excludentes entre si ("electa una via non datur regressus ad alteram").

Discorrendo sobre o tema no plano processual, o insuperável J. M. de ARRUDA ALVIM, em clássica obra, pontifica:

"A doutrina e a jurisprudência, tradicionalmente, aludem a concurso de ações, quando, em verdade, parece-nos que, mais propriamente, deveriam referir-se a concurso de pretensões. Isto porque a teoria do concurso de ações diz respeito à existência, para a satisfação de um mesmo interesse, de mais de uma pretensão de direito material".

E mais adiante arremata:

⁷ Volume I desta obra, p. 360.

“De várias formas pode-se apresentar o concurso de ações. Como, por exemplo, vejamos as ações que cabem ao comprador de coisa recebida com vício ou defeito oculto, que a tornem imprópria ao uso destinado. Estas existem para a satisfação do direito do comprador. Entretanto, pelo art. 442 do CC/2002, pode o adquirente ou mover ação redibitória, enjeitando a coisa e rescindindo o contrato, ou então reclamar abatimento no preço”⁸

Na mesma linha, ressaltando a impropriedade do termo “concurso de ações”, apesar da ampla receptividade de tal expressão, o ilustrado FREDIE DIDIER⁹ assevera:

“O denominado concurso de ações (rectius: direitos) pode dar-se, em seu aspecto objetivo, de duas formas: a) concurso impróprio: há mais de uma pretensão concorrente, nascida a partir de um mesmo fato gerador; b) concurso próprio: há pluralidade de causas de pedir que autorizam a formulação de mesmo pedido. Em caso de concurso de ações, somente é possível a satisfação de um dos direitos concorrentes: ou se pleiteia um dos pedidos possíveis (impróprio), ou se traz uma das causas de pedir (próprio). Não se podem cumular direitos concorrentes, pois é impossível o acolhimento simultâneo de todos eles (art. 295, par. ún., IV, CPC).

São exemplos de concurso de direitos: a) vício redibitório: *quantum minoris* ou ação redibitória — arts. 441-442, Código Civil/2002; b) invalidade do contrato por simulação ou por fraude; c) pedido de complementação de área na venda *ad mensuram*, ou, subsidiariamente, a redução do preço ou extinção do contrato (art. 500, Código Civil/2002); d) pedido de nulidade do contrato ou, subsidiariamente, redução do valor da dívida; e) nulidade de casamento ou, sucessivamente, separação judicial¹⁰; f) quem possui uma cambial é credor do emitente seja da obrigação abstrata que surge do negócio cambial, seja da obrigação causal que surge da relação fundamental; g) o credor de uma coisa determinada pode também ser seu proprietário, como nos casos de comodato, locação etc.; nestes casos, pode pretender a coisa como proprietário ou como credor¹¹; h) passageiro que sofre lesões no transporte ferroviário: tem direito à indenização por força da culpa aquiliana do preposto ou da responsabilidade objetiva da empresa ferroviária¹²; i) vítima de acidente de trânsito,

⁸ Jose Manoel de Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil — Parte Geral*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. I, p. 479.

⁹ Fredie Didier Jr., *Direito Processual Civil*, 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2003, p. 280 e s. (mantidas inclusive as correspondentes notas de rodapé).

¹⁰ Alguns exemplos retirados do rol de Araken de Assis, *Cumulação de Ações*, p. 258.

¹¹ Os dois últimos são exemplos de concurso próprio citados por Liebman, “Ações concorrentes”, in *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 222-3.

¹² Exemplo de concurso objetivo próprio de Cândido Dinamarco. “Electa una via non datur regressus ad alteram”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 915.

que tanto tem direito ao valor do seguro obrigatório como também a uma indenização do causador do acidente, devendo, entretanto, o valor daquele ser abatido desta”¹³

Observe-se, outrossim, que, nos termos do art. 443, se o alienante conhecia o vício ou defeito oculto da coisa, deverá restituir o que recebeu com *perdas e danos*, mas, se não o conhecia, apenas restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.

Trata-se, pois, de um dispositivo que guarda íntima conexão com a noção, já trabalhada, de boa-fé objetiva¹⁴. A quebra do dever de lealdade, consistente na alienação de coisa que *sabe ser defeituosa*, sujeita, pois, o alienante a pagar, a título indenizatório, perdas e danos à parte adversa. Caso, entretanto, desconheça o defeito, apenas restituirá o *status quo ante*, devolvendo o preço pago mais as despesas do contrato.

Registre-se, inclusive, que a nova codificação civil não renovou a norma proibitiva de admissão das ações edilícias quando a coisa fosse adquirida em hasta pública (CC-16, “Art. 1.106. Se a coisa foi vendida em hasta pública, não cabe a ação redibitória, nem a de pedir abatimento no preço”), não trazendo qualquer norma equivalente, no que constituiu um avanço, até pela dificuldade de caracterização que se verifica na prática judicial¹⁵.

Posto isso, passemos a enfrentar um importante aspecto referente às ações edilícias: *qual é o prazo para a sua propositura?*

6. PRAZO PARA A PROPOSITURA DAS AÇÕES EDILÍCIAS

Primeiramente, frise-se que, por se tratar de ações que têm por conteúdo, nitidamente, o exercício de *direitos potestativos*, os prazos, em questão, são *decadenciais*, e não *prescricionais*¹⁶.

¹³ Súmula 246 do Superior Tribunal de Justiça: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”. A necessidade de dedução revela a existência de direitos concorrentes. Às vezes, o valor do seguro não corresponde ao valor dos danos, podendo a vítima pleitear em face do responsável pelo acidente a complementação da indenização. Permanece a regra: o direito concorrente só se extingue com a total satisfação do direito que com ele concorre.

¹⁴ Cf. o Capítulo V (“Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual”) deste tomo.

¹⁵ “Venda de coisa móvel promovida por entidade privada sob a modalidade de leilão. Art. 1.106 do Código Civil. Inaplicabilidade à espécie. Não se tratando de hasta pública, mas sim de venda de bens móveis particulares (retomados de arrendatários inadimplentes) promovida por entidade privada, não se aplica o disposto no art. 1.106 do Código Civil. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 187.305/RS; REsp (1998/0064483-0) DJ, 2-5-2000, p. 145, RSTJ, 136/372, RT, 780/211, rel. Min. Barros Monteiro, j. 8-2-2000, 4.ª Turma).

¹⁶ Sobre a diferença entre prescrição e decadência, confira-se o Capítulo XVIII (“Prescrição e Decadência”) do v. I (“Parte Geral”) desta obra.

Aliás, é interessante observar que o artigo regente da matéria (art. 445 do CC-02), se cotejado com o 178, §§ 2.º e 5.º, do CC-16, indica uma das raras hipóteses de *aumento de prazo* no Código de 2002.

Comparemos os dispositivos:

Código Civil de 2002:

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de *trinta dias se a coisa for móvel*, e de *um ano se for imóvel*, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1.º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2.º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

Código Civil de 1916:

Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 2.º Em *15 (quinze) dias*, contados da tradição da coisa, a ação para haver abatimento do preço da coisa móvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato e reaver o preço pago, mais perdas e danos.

(...)

§ 5.º Em *6 (seis) meses*:

(...)

IV — a ação para haver o abatimento do preço da coisa imóvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato comutativo, e haver o preço pago, mais perdas e danos; contado o prazo da tradição da coisa.

Conclui-se, pois, que o prazo decadencial para o ajuizamento da ação redibitória ou da ação *quantum minoris* aumentou de 15 para 30 dias — no caso de *bens móveis* —, e de 6 meses para 1 ano — no caso de *bens imóveis*. Entretanto, caso o adquirente já estivesse na posse da coisa, o prazo é contado, *a partir da alienação*, pela metade.

Essa última circunstância, por sua vez, não prevista no Código anterior, deve ser realçada por meio de um exemplo, para que não parem dúvidas na mente de nosso atento leitor.

Imagine-se que Juca estivesse na posse de uma fazenda, pertencente a Chico, há 2 anos, na qualidade de arrendatário. Resolve, então, comprá-la. Ora, em tal caso, se vier a perceber a existência de *vicio redibitório* (defeito oculto), terá o prazo de um ano, *reduzido à metade (6 meses, portanto)*, a contar da data do registro do título de transferência no cartório de imóveis (data da alienação formal) para propor a ação edilícia. O mesmo raciocínio se aplica, se se tratar de bens móveis, operando-se, todavia, a redução de prazo de 30 para 15 dias.

Mas, afinal de contas, qual seria o real motivo para que se procedesse a essa contagem do prazo pela metade?

A justificativa é que, uma vez que o adquirente *já estava na posse do bem*, o legislador entendeu que ele já disporia de tempo maior para a detecção do defeito, razão pela qual o prazo seria contado pela metade.

Essa explicação, todavia, nem sempre convence ou se afigura justa, pois, se o adquirente estiver na posse do bem *apenas um dia antes do ato de alienação*, suportará a perda de metade do prazo!

É isso mesmo.

Segundo o dispositivo sob comento, basta a simples “posse” da coisa, anterior à tradição, para que se proceda à redução do prazo. E, uma vez que não se estipulou critério objetivo para contagem desse lapso temporal, um breve período que seja, anterior à alienação, já justificaria a sua perda por metade.

Tal situação não nos parece justa, e deve, em nosso sentir, ser devidamente aferida pelo juiz, caso a caso, segundo o bom senso que se espera do julgador cauteloso.

Interessante ainda observar a dicção do § 1.º, do artigo sob comento, já transcrito:

“§ 1.º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis”.

Cuidou-se, aqui, de regular a situação muito comum de o vicio redibitório apenas ser detectado após a tradição ou, como quer o legislador, “ser conhecido mais tarde”, hipótese em que o prazo será contado a partir do momento em que o adquirente tiver ciência do defeito (*termo a quo*), até o prazo máximo de 180 dias, se a coisa for móvel, e de um ano, se for imóvel.

Saliente-se este ponto: tal prazo somente correrá a partir do momento em que o dono da coisa detectar o vicio, o qual, obviamente, não poderá decorrer de má utilização, e sim, ser anterior à tradição da coisa.

O presente dispositivo segue a trilha do art. 26, § 3.º, da Lei n. 8.078/90 (CDC), que dispõe acerca do prazo decadencial para que o consumidor reclame por vícios do produto ou serviço:

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I — trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II — noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis;

(...)

§ 3.º *Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito*” (grifamos).

Em se tratando, entretanto, de venda de animais, o § 2.º do art. 445 do CC prevê que os prazos de garantia serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente, se não houver regra disciplinando a matéria. Vê-se, portanto, tratar-se de regra supletiva, cuja finalidade é evitar eventuais litígios quando o vício redibitório incidir em animal, objeto de contrato de compra e venda.

Outro importante aspecto, abordado pelo novo Código Civil e desconhecido pela legislação anterior, deve ser ressaltado: *a previsibilidade normativa da suspensão do prazo de garantia legal, enquanto estiver em curso a garantia contratual*.

E tão interessante é a dicção deste dispositivo que, em nosso sentir, na falta de regra semelhante, poderá o mesmo ser aplicado subsidiariamente às relações de consumo.

Nesse ponto, estamos a tratar da regra prevista no art. 446:

“Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”.

Comentando este dispositivo, JONES FIGUEIRÊDO ALVES observou:

“Cláusula de garantia é causa obstativa de decadência e como cláusula contratual, pela qual o alienante acoberta a indenidade da coisa, é complementar da garantia obrigatória e legal, a que responde. Não exclui, portanto, a garantia legal. O primeiro relatório ao projeto, de autoria do Deputado Ernani Satyro, já registrava não se haver ‘como confundir o fato de não correr prazo na constância da cláusula de garantia, com a obrigação que tem o adquirente de denunciar o defeito da coisa ao alienante, tão logo o verifique. Trata-se, como se vê, de consagração jurídica de um dever de probidade e boa-fé, tal como anunciado no art. 422. Não é por estar amparado pelo prazo de garan-

tia, que o comprador deva se prevalecer dessa situação para abster-se de dar ciência imediata do vício verificado na coisa adquirida”¹⁷

Em verdade, o que o legislador fez, não sem tempo, foi solucionar a delicada situação consistente no fato de *coexistirem duas modalidades de garantia: a legal e a contratual*. Isso ocorre com frequência no âmbito do mercado de consumo. O indivíduo compra, por exemplo, uma televisão, de determinada marca, com garantia *contratual* de 5 anos. Sem prejuízo de tal cláusula, entretanto, gozará também da *garantia legal genérica*, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor para o caso de se verificar defeito no produto adquirido (art. 26).

Pois bem.

Em tal circunstância, enquanto estiver em curso o prazo de garantia contratual, a garantia legal estará sobrestada, paralisada, ou seja, não correrá prazo decadencial algum em desfavor do adquirente.

Todavia, verificado o defeito, o adquirente, *por imperativo da boa-fé objetiva*, deverá denunciá-lo (noticiá-lo) ao alienante, nos 30 dias seguintes ao descobrimento, sob pena de decadência.

Com isso, concluímos que, caso o alienatário descumpra esse dever de informação, perderá o direito à garantia legal.

Constate-se, portanto, mais uma vez, como toda a análise hermenêutica do novo diploma, especialmente na seara contratual, encontra-se profundamente influenciada pelo princípio da boa-fé, cuja noção vale sempre a pena ser recordada:

“Enquanto princípio normativo, a boa-fé surge como um critério norteador de comportamentos, impondo as partes uma conduta que possa valorar-se como honesta, correta e leal. Pretende com tal fórmula exprimir-se a ideia de que não é legítimo defraudar aquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas, tornando-se, por isso, necessário que os contratantes atuem tal como deve esperar-se que o faça qualquer pessoa que participe corretamente no tráfico jurídico. No que vai implicada a exigência fundamental de que cada uma das partes da relação negocial tome em consideração os interesses legítimos da outra”¹⁸.

Essa belíssima passagem do pensamento de ALMENO DE SÁ harmoniza-se perfeitamente com a ideia esposada: o adquirente *age de maneira leal e*

¹⁷ Jones Figueirêdo Alves, *Novo Código Civil Comentado* (coord. Ricardo Fiuza), São Paulo: Saraiva, 2002, p. 397-8.

¹⁸ Almeno de Sá, *Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e o Novo Código Civil Brasileiro*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p. 171.

ética ao comunicar ao alienante o defeito da coisa, dentro do prazo estipulado em lei.

O seu silêncio, outrossim, poderá indicar *intenção de prejudicar ou má-fé*, mormente em se considerando que os efeitos danosos provenientes do vício poderão, em virtude do seu comportamento omissivo, se agravar.

7. VÍCIOS REDIBITÓRIOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Finalmente, cumpre-nos tecer breves considerações acerca dos vícios redibitórios e o nosso Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

A proteção dispensada pelo CDC ao consumidor é muito mais ampla do que aquela prevista no Código Civil.

Isso porque a lei consumerista não cuida de diferenciar os vícios aparentes dos redibitórios, consagrando, todavia, um eficaz sistema protetivo, que irá tutelar os direitos da parte hipossuficiente na relação de consumo, independentemente da natureza do defeito em tela (arts. 18 e s.)¹⁹.

¹⁹ CDC. "Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1.º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III — o abatimento proporcional do preço.

§ 2.º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convenionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3.º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1.º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4.º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1.º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição

de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1.º deste artigo.

§ 5.º No caso de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6.º São impróprios ao uso e consumo:

I — os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II — os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos a vida ou a saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III — os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — o abatimento proporcional do preço;

II — complementação do peso ou medida;

III — a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1.º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4.º do artigo anterior.

§ 2.º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III — o abatimento proporcional do preço.

§ 1.º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2.º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

Nesse mesmo sentido, JOSÉ FERNANDO SIMÃO, em excelente obra, observa que:

“O Código de Defesa do Consumidor inovou ao enfatizar o fato de o vício ser de qualidade ou quantidade. O fato de o vício ser oculto ou aparente realmente gera poucas diferenças na relação de consumo e suas consequências limitam-se à questão dos prazos para exercício do direito de reclamar pelos vícios (art. 26, Código de Defesa do Consumidor)”²⁰.

Já SÍLVIO VENOSA, com maestria, pontifica:

“Sem sombra de dúvida, é no âmbito do consumidor que avultará de importância a garantia pelos produtos ou pelos serviços. Já ressaltamos que o fornecedor tem o dever de informar o consumidor acerca das qualidades do produto ou serviço, bem como adverti-lo dos riscos. Entre as regras de programa que traz a lei (Lei n. 8.078/90), é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

E mais adiante arremata:

“... existe um alargamento da responsabilidade legal do fornecedor, atendendo ao dinamismo e à forma das práticas de comércio. O fornecedor responsabiliza-se não somente pelo produto em si que coloca no mercado, como também pela imagem que divulga desse produto, sendo obrigado a respeitar sua veracidade”²¹.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.

§ 1.º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores.

§ 2.º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação”.

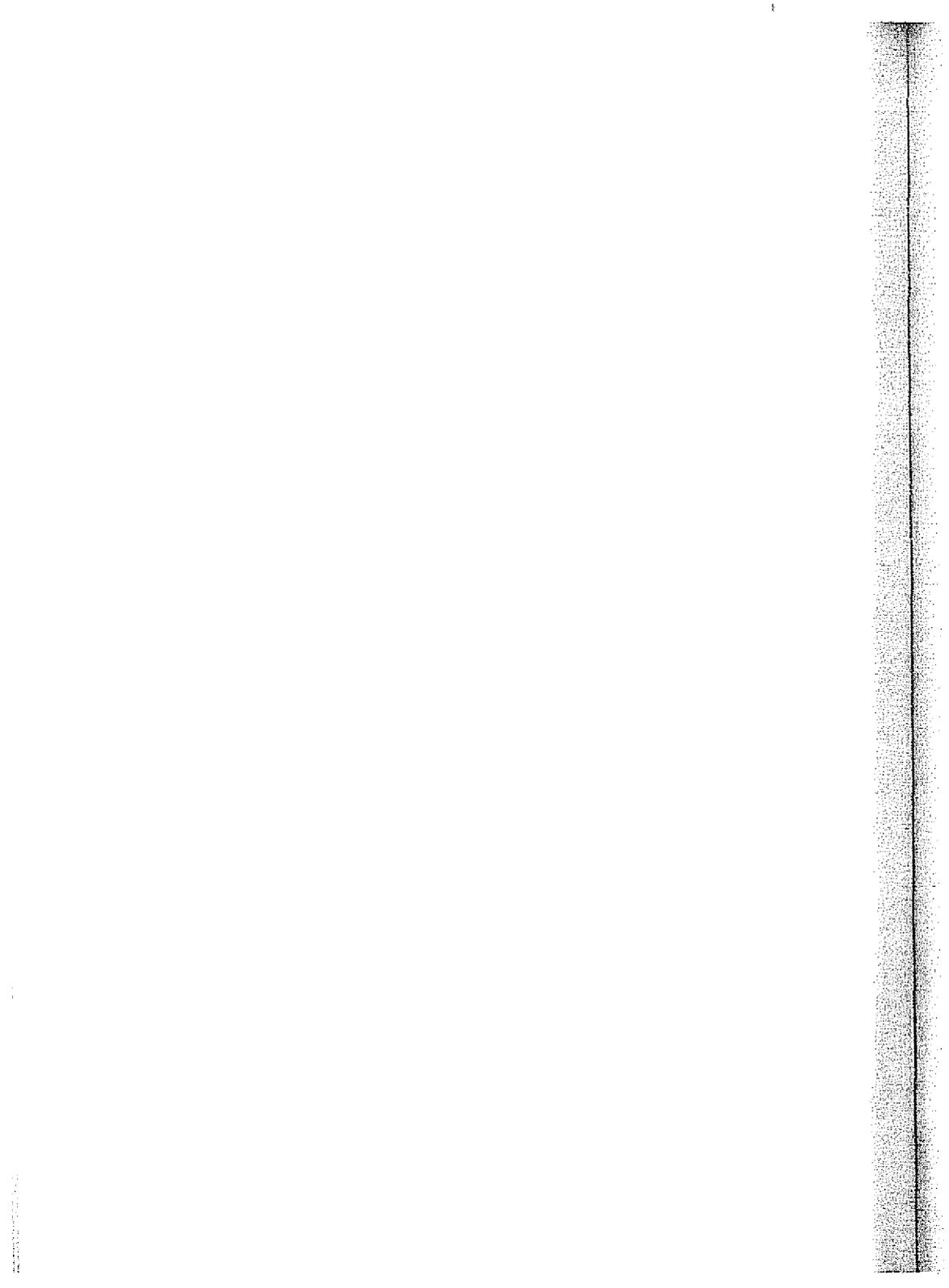
²⁰ José Fernando Simão, *Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade Civil*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 88.

²¹ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 554-5.

Assim, forçoso convir que, sem dúvida, a grande vantagem do sistema inaugurado pelo CDC consiste na ampliação da responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto ou serviço.

Trata-se, em verdade, de uma forma objetiva de responsabilidade civil — o que favorece a defesa do consumidor —, compartilhada solidariamente por todos aqueles que participam da cadeia causal de consumo²².

²² Nesse sentido, confira-se o art. 18 do CDC.



Capítulo XIII

Evicção

Sumário: 1. Noções conceituais. 2. Fundamentos jurídicos. 3. Requisitos. 3.1. Aquisição de um bem. 3.1.1. Contratos onerosos. 3.1.2. Aquisição em hasta pública. 3.2. Perda da posse ou da propriedade. 3.3. Prolação de sentença judicial ou execução de ato administrativo. 4. Direitos do evicto. 5. Espécies de evicção: total e parcial. 6. Evicção e autonomia da vontade — A cláusula de não evicção. 7. Evicção e benfeitorias. 8. Evicção e denúncia da lide. 8.1. Análise da obrigatoriedade ou não da denúncia da lide. 8.2. Consequências jurídicas da denúncia da lide. 8.3. Visão esquemática.

1. NOÇÕES CONCEITUAIS

Evicção é uma figura jurídica que nos remete à ideia de “perda”.

Assim como os vícios redibitórios, a proteção contra seus efeitos nada mais é do que uma garantia contratual dos contratos onerosos.

Consiste a evicção na perda, pelo adquirente (*evicto*), da posse ou propriedade da coisa transferida, por força de uma sentença judicial ou ato administrativo que reconheceu o direito anterior de terceiro, denominado *evictor*.

Note-se, portanto, que a sua previsão legal decorre especialmente da necessidade de se resguardar o adquirente de uma eventual alienação *a non domino*, ou seja, *alienação de coisa não pertencente ao alienante*.

Em tal caso, poderá o alienatário (adquirente) voltar-se contra aquele, se vier a perder a coisa para terceiro.

Sob o prisma histórico, esse peculiar instituto jurídico tem indiscutível raiz romana.

Nasceu das formalidades da *mancipatio*, ou de negócio menos formal denominado *stipulatio*. Se o adquirente, pela *mancipatio*, viesse a ser demandado por terceiro, antes de ocorrer o usucapião, poderia chamar o vendedor, a fim de que ele se apresentasse em juízo para assisti-lo e defendê-lo na lide. Se o vendedor se recusasse a comparecer, ou, se mesmo comparecendo, o adquirente se visse privado da coisa, teria este último a denominada *actio auctoritatis*, para obter o dobro do preço que havia pago no negócio¹.

¹ Sílvio Venosa, ob. cit., p. 565.

Vê-se, portanto, dessas breves noções conceituais introdutórias, que, da evicção, participam três personagens fundamentais:

- a) alienante;
- b) adquirente (evicto);
- c) terceiro (evictor).

Sendo assim, caso o adquirente venha a perder a coisa adquirida para o terceiro/reivindicante (evictor), que prova o seu legítimo e anterior direito à propriedade da coisa, poderá voltar-se contra o alienante, para haver deste a justa compensação pelo prejuízo sofrido.

Os fundamentos de tal importante e justa garantia se mostram evidentes. Explicitemo-nos.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Torna-se, nesse diapasão, indiscutível o caráter essencialmente *garantista* da evicção.

De fato, mesmo que analisássemos o instituto sob uma ótica estritamente patrimonialista, teríamos por certo que o *princípio geral da proibição do enriquecimento sem causa* já legitimaria social e juridicamente a sua utilização.

Afinal de contas, ela somente é cabível nos contratos onerosos (em que os “ônus” da avença devem ser divididos entre os contratantes, para que possam obter os proveitos desejados), e a perda do bem, sem que se buscasse reparar as coisas ao *status quo ante*, importaria em locupletamento sem contraprestação do alienante².

Todavia, limitar-nos-emos a essa ótica de certa forma simplista.

Por certo, mais uma vez devemos frisar ao nosso atento leitor que todas essas noções vêm profunda e umbilicalmente informadas e influenciadas por um princípio maior, o da *boa-fé objetiva*.

Isso mesmo.

A ocorrência da evicção não deixa de traduzir, na esmagadora maioria das situações, uma afronta a esse princípio basilar das relações jurídicas (e, em especial, na modernidade, das relações contratuais), pela inegável quebra da lealdade que deve pautar toda e qualquer relação negocial.

Fazemos tal observação, uma vez que a investigação científica do (novo) Direito Civil não pode, em hipótese alguma, prescindir de uma inafastável base de *eticidade e transparência nas suas relações jurídicas*, valores aparentemente esquecidos pela cultura privatística nacional nos últimos anos, que pouco in-

² Sobre o tema, confira-se o Capítulo XXVIII (“Enriquecimento sem Causa e Pagamento Indevido”) do v. II (“Obrigações”) desta obra.

cremento deu à finalidade maior de *promoção da dignidade da pessoa humana*.

Assim, não temos dúvida, a garantia da evicção guarda íntima conexão com o princípio de boa-fé objetiva, informador de todo o Direito Privado.

Por isso mesmo, e a título de exemplo, é que não se poderá falar de evicção, se o arrematante *sabia que a coisa era alheia ou litigiosa*, na forma do art. 457 do CC-02 (art. 1.117 do CC-16).

3. REQUISITOS

Em nosso Código Civil, a evicção é disciplinada a partir do seu art. 447 (art. 1.107 do CC-16):

“Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública”.

A primeira parte do dispositivo deixa bem claro quem responde pelos riscos: o *alienante*.

E para que a sua responsabilidade se manifeste, três requisitos devem ser conjugados:

- a) aquisição de um bem;
- b) perda da posse ou da propriedade;
- c) prolação de sentença judicial ou execução de ato administrativo.

Analisemos cada um deles separadamente.

3.1. Aquisição de um bem

Para que a evicção se opere, é preciso se verificar qual foi a maneira pela qual o bem foi adquirido.

Isso porque, para caracterizar a evicção, tal aquisição deve *preceder cronologicamente à perda da coisa*.

Sendo de tal forma relevante, esta aquisição pode-se dar por duas maneiras, quais sejam, a celebração de um contrato oneroso, translativo da posse ou propriedade da coisa, ou a sua aquisição em hasta pública.

Expliquemos estas duas hipóteses de ocorrência.

3.1.1. Contratos onerosos

A primeira observação a ser feita é que se encontram fora da proteção contra os efeitos da evicção todos os contratos gratuitos traslativos de posse e propriedade de bens.

Assim, por exemplo, não há que se falar do instituto nos contratos de doação simples ou comodato, uma vez que os ônus patrimoniais foram impostos apenas para uma das partes pactuantes.

Quando se fala em riscos da evicção, concepção doutrinária tradicional faz menção sempre ao contrato de compra e venda.

Entretanto, é importante frisar que a evicção já poderá operar-se com a perda da simples posse da coisa, não sendo, ademais, uma figura exclusiva de tal figura contratual.

Nesse sentido, HERMANO FLÁVIO MONTANINI DE CASTRO e DANILLO FLÁVIO MONTANINI DE CASTRO, citando pensamento de CAIO MÁRIO, asseveram que:

"Em que pese quase todos os Códigos do mundo disciplinarem a evicção dentro das regras relativas ao contrato de compra e venda (o que, aliás, a técnica legislativa do Brasil não seguiu, pois tratou do assunto dentro do capítulo referente às disposições gerais dos contratos), o fato é que esta garantia não fica adstrita apenas a esta figura contratual"³.

Aliás, a própria situação da aquisição em hasta pública não tem, propriamente, natureza de "contrato de compra e venda".

3.1.2. Aquisição em hasta pública

Antes da vigência do novo Código Civil brasileiro, havia acesa controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de se falar na proteção contra os riscos da evicção quando o bem fosse adquirido em hasta pública⁴.

³ Hermano Flávio Montanini de Castro e Danilo Flávio Montanini de Castro, *Evicção no Novo Código Civil*, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, n. 25, p. 142, set./out. 2003.

⁴ "Arrematação de imóvel expropriado em porção menor do que a aquisição judicial. Pretensão do arrematante à sub-rogação no preço do imóvel, pretendendo assimilar a indenização pela totalidade do bem que não foi levada a hasta pública posto composto de parcela de imóvel público inalienável. Expropriação ocorrente após o término e o trânsito em julgado do processo expropriatório com pagamento sujeito ao regime do precatório. 1. Inviável em sede de recurso especial, apreciação de matéria cujo tema não fora objeto de discussão no acórdão recorrido, tendo em vista a exigência do indispensável prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Não se admite o Recurso Especial pela alínea 'a', quando verificada ausência de indicação explícita do dispositivo tido por violado; denota-se a deficiência na fundamentação do instrumento, impossibilitando, assim, a exata compreensão da controvérsia. Aplicação da Súmula 284/STF. (Precedente: AgRg/Ag 53.617/DF, DJ 15.05.2000; AgRg/EResp 153.061/DF, DJ 16.08.99 e AgRg/Ag 216.864/SC, DJ 07.06.99) 3. A simples transcrição de ementas não é suficiente à comprovação do dissídio pretoriano, nos moldes previstos pelo art. 255, do RISTJ. É indispensável a realização do cotejo analítico entre os acordãos paradigmas e o recorrido com a finalidade de demonstrar a adoção de soluções diversas à mesma matéria. 4. A natureza da arrematação, assentada pela doutrina

Pela modificação legislativa, tal aspecto não comporta mais quaisquer dúvidas.

Por certo, nosso leitor já deve ter observado que o art. 447 do CC-02 (correspondente ao art. 1.107 do CC-16⁵) teve uma parte final acrescentada pelo codificador de 2002, que até então não existia na lei anterior: “subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública”.

Imagine-se, por exemplo, que Carlos haja arrematado determinado bem móvel ou imóvel (em leilão ou praça, respectivamente). Se, após a arrematação e a expedição da imprescindível carta (comprobatória do seu novo direito de propriedade), vier a ser demandado, em sede de ação reivindicatória, proposta por Adolfo, e sucumbir, poderá exercer o seu direito de regresso (fruto da garantia da evicção) contra o devedor, de cujo patrimônio se originou o bem levado à hasta.

Nesse caso, o arrematante, Carlos, uma vez litigando com o terceiro, Adolfo, sobre a coisa adquirida em hasta pública, deve valer-se da denúncia da lide como meio de exercício de sua pretensão regressiva (art. 70, I, do CPC-73).

É isso mesmo.

Quando Carlos arrematou o bem, o fez em sede de execução, para viabilizar que os credores do devedor/executado fossem satisfeitos. Ora, se o arre-

e pela jurisprudência, afasta a natureza negocial da compra e venda, por isso que o adquirente de bem em hasta pública não tem a garantia dos vícios redibitórios nem da evicção. 5. O arrematante lesado pode desfazer a arrematação, investir contra o devedor que liberou-se com alienação juridicamente interdita ou voltar-se mesmo contra o credor que se pagou de modo indevido, mas jamais sub-rogar-se em crédito do processo de expropriação cuja própria execução ultimou-se com o pagamento do precatório. 6. Ao arrematante reserva-se o acesso à justiça amplo a evitar o locupletamento sem causa, podendo restringir o crédito do expropriado, em medida acautelatória que lhe garanta o pagamento *a posteriori*. Deveras, outra alternativa não se lhe reserva, por isso que o tribunal *a quo* bem decidiu ao assentar: ‘Desapropriação — Indireta — Agravo de Instrumento — Levantamento — Não se adquire por meio de arrematação em hasta pública, realizada em execução contra o antigo proprietário, bem já entregue ao uso público, nem há sub-rogação apenas no crédito, depois de já exercido o direito à indenização e reconhecido por acórdão transitado em julgado, além de já satisfeito com o depósito, em cumprimento de precatório destinado ao autor da demanda — Negado provimento ao recurso, cancelado o efeito suspensivo’. 7. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 625.322/SP; REsp (2004/0016472-0), *DJ*, 14-6-2004, p. 184, rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma).

⁵ CC-16: “Art. 1.107. Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade”.

matante vier a perder a coisa, concluímos que o devedor locupletou-se indevidamente, por haver propiciado a hasta de um bem aparentemente seu, *mas que, de fato, não lhe pertencia*. Em tal caso, o valor pago por Carlos caracterizaria pagamento indevido, cabendo ao mesmo, por força da segunda parte deste dispositivo, voltar-se contra o executado (devedor), para exercer o direito que da evicção lhe resulta.

Nessa linha, questão bastante interessante é saber quem é o responsável por tal pagamento.

Dissertando sobre o tema, o competente processualista FREDIE SOUZA DIDIER JR., em excelente obra⁶, aqui transcrita até mesmo nos rodapés, observa:

“Resta saber: quem será o responsável pelo pagamento dos prejuízos do arrematante-évicto?

Segundo demonstra ARAKEN DE ASSIS, que traçou belo painel da controvérsia, a doutrina brasileira adotou o pensamento de LIEBMAN: caberia pretensão regressiva em face do devedor, que se enriqueceu indevidamente; sendo ele insolvente, poderia o arrematante voltar-se contra o credor-exequente, que, muito embora tivesse o direito ao pagamento, não o tinha a ser pago pela alienação de bem de terceiro⁷

Vai além ARAKEN DE ASSIS — e o acompanhamos. Reconhece o autor, a partir de pensamento de WILARD DE CASTRO VILLAR, que também o Estado pode ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos pelo arrematante em razão da evicção. Vejamos o seu pensamento, com o qual concordamos integralmente: ‘Aqui, é preciso considerar a unidade do poder jurisdicional. Ao sub-rogar a vontade do executado, a instâncias do exequente, ou veicular a ação deste na esfera jurídica do obrigado, conforme o ângulo da análise, e, a um só tempo, decidir o domínio a favor de terceiro, o Estado assume o risco de entregar com uma mão o que, em seguida, retirará com a outra. Daí resulta o dever estatal de indenizar o évicto. Ademais, a inserção do Estado no negócio de arrematação autoriza imputar-lhe responsabilidade pelo dano porventura causado a terceiro. Deste modo, o Estado responderá solidariamente com as partes da relação processual pela evicção do arrematante’⁸”

⁶ Fredie Didier Jr., *Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.

⁷ Araken de Assis, *Manual do Processo de Execução*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 741. O autor cita os posicionamentos de Frederico Marques, Amaral Santos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Humberto Theodoro Jr., Paulo Barbosa de Campos Filho, Manuel de Almeida e Souza, Pereira e Souza e Paulo Furtado.

⁸ Araken de Assis, *Manual do Processo de Execução*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 742.

Somente nesse aspecto, não concordamos, *data vema*, com o nosso espetacular processualista.

A possibilidade de se reconhecer legitimidade passiva ao *credor/exequente*, na demanda regressiva proposta pelo evicto, e mesmo ao *Estado* nos parece exagerada.

No primeiro caso, apenas admitiríamos a sua condição de réu se estivesse agindo arditosamente. Caso não houvesse procedido de forma insidiosa, a sua boa-fé seria, em nosso sentir, justificativa suficiente para excluí-lo da lide, mormente porque, em toda arrematação existe, para o arrematante, uma álea de risco semelhante ou maior à ocorrente nos contratos em geral. Para o credor/exequente pouco importa qual é o bem que irá ser expropriado para satisfazer seu crédito, pois é a *relação jurídica obrigacional* (que o vinculava ao devedor) que quer ver cumprida, e foi justamente pelo inadimplemento do réu que teve de se valer do aparato judicial para receber sua prestação.

Na mesma linha, também não admitimos a responsabilidade do Estado, mormente em se considerando a hipótese de todo o trâmite processual — da constrição (penhora) à hasta pública — tiver sido devidamente obedecido e conduzido. Afinal, nada mais fez o Estado do que cumprir um dever constitucionalmente imposto, que é o de apreciar toda lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5.º, XXXV, da CF/88).

Assim, é importante perceber que, se houve expropriação de bens do devedor, isso ocorreu por sua única e exclusiva responsabilidade, pelo que ampliar o âmbito de garantia contra os riscos da evicção sem norma legal autorizadora soa como um superdimensionamento do instituto.

Basta pensar, por exemplo, na execução de um crédito trabalhista contra alguns dos devedores contumazes de tais verbas (aqueles que se convencionou chamar, jocosamente, de “clientes da casa” da Justiça do Trabalho), que simplesmente fecham as portas e nada pagam, pouco contribuindo para solução do litígio, a ponto de deixar ir à praça ou leilão seus bens. Nesse caso, o arrematante virará credor, pela evicção, do empregado e do Estado? Não nos parece razoável tal solução, pelo que consideramos, sem a menor sombra de dúvida, que toda a responsabilidade é do devedor expropriado.

Faz-se mister registrar, por fim, que, embora o exemplo mais evidente de aquisição em hasta pública seja a arrematação, a previsão não se limita a ela, podendo ser perfeitamente aplicável para o caso, por exemplo, de uma adjudicação.

3.2. Perda da posse ou da propriedade

A evicção, conforme dissemos, remete-nos à ideia de perda do domínio (ou da posse), por força de *ato judicial* ou *administrativo* que reconheça direito anterior de terceiro.

Note-se, portanto, que o prejudicado, quando consumada a perda do bem (e, conseqüentemente, a evicção), é o adquirente, também denominado evicto.

E mais: em nosso sentir basta que se perca a *posse* daquilo que legitimamente se transferiu ao evicto (independentemente de a sentença transitar em julgado ou da transferência do domínio), para que este possa fazer valer o seu direito contra o alienante⁹.

3.3. Prolação de sentença judicial ou execução de ato administrativo

Esse é um ponto que também deve ser bem destacado e compreendido.

Tradicionalmente, a doutrina costuma referir que a evicção decorre de uma *sentença judicial*, que reconhece direito anterior de terceiro sobre a coisa.

Nesse sentido, veja esta definição de ORLANDO GOMES: "Dá-se evicção quando o adquirente vem a perder a propriedade ou posse da coisa, em virtude de sentença judicial que reconhece a outrem direito anterior sobre ela"¹⁰.

Na mesma linha, para o clássico BEVILÁQUA, a evicção consiste "na perda, total ou parcial, da posse de uma coisa, em virtude de sentença que a garante a alguém que a ela tinha direito anterior"¹¹.

De fato, como regra geral, podemos afirmar que o evicto sucumbe ante o evictor no bojo de uma ação reivindicatória, em que este último formula a sua pretensão de direito real em face da coisa, que acaba por ser acolhida.

Entretanto, nada impede que a perda do bem se dê por força de um *ato administrativo*, como, por exemplo, uma *apreensão policial*.

⁹ "Civil. Evicção. O direito de demandar pela evicção não supõe, necessariamente, a perda da coisa por sentença judicial. Hipótese em que, tratando-se de veículo roubado, o adquirente de boa-fé não estava obrigado a resistir à autoridade policial; diante da evidência do ato criminoso, tinha o dever legal de colaborar com as autoridades, devolvendo o produto do crime. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 69.496/SP; REsp (1995/0033775-4), DJ, 7-2-2000, p. 149, RSTJ, 130/233; rel. Min. Ari Pargendler, j. 9-12-1999, 3.ª Turma).

"Evicção. Apreensão de veículo pela autoridade administrativa. Precedentes da Corte. 1. Precedentes da Corte assentaram que a 'existência de boa-fé, diante dos termos do art. 1.107 do Código Civil, não afasta a responsabilidade pelo fato de ter sido o veículo negociado apreendido pela autoridade administrativa, não sendo exigível prévia sentença judicial'. 2. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 152.772/SP; REsp (1997/0075844-3), DJ, 8-3-2000, p. 104, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16-12-1999, 3.ª Turma).

¹⁰ Orlando Gomes, ob. cit., p. 97.

¹¹ Clóvis Beviláqua, ob. cit., p. 241.

Imagine-se, por exemplo, que Leodegário esteja guiando o seu veículo, recém-comprado, e seja parado por uma *blitz* policial. Após apresentar seus documentos, o policial verifica que o automóvel conduzido havia sido roubado. Situação extremamente desagradável e desconcertante, mormente porque Leodegário de nada sabia. Em seguida, o veículo é apreendido, operando-se, por consequência, a *perda da posse (e posteriormente da propriedade)* do bem. Nesse contexto, nada impede que o evicto (Leodegário), sem que houvesse sido prolatada nenhuma sentença, ingresse, de imediato, com ação judicial para haver do alienante do veículo a justa compensação por sua perda.

Portanto, concluímos que a sentença nem sempre é indispensável para que se consuma o risco decorrente da evicção.

Nesse sentido, é o pensamento sempre atual de SÍLVIO VENOSA: “Destarte, temos acompanhado sem rebuços essa corrente jurisprudencial que entende ser a apreensão administrativa, nessas premissas, equivalente a uma decisão judicial, dentro do espírito do instituto”¹². Claro está, entretanto, que esse ato administrativo deve ser firme o bastante para implicar efetiva perda da posse ou da propriedade (outro bom exemplo seria a apreensão de produtos por fiscais da alfândega).

Registre-se, porém, que não é uma limitação do direito de propriedade, advinda do Estado, que ensejará a evicção, mas sim a determinação da perda da propriedade ou da posse da coisa. O tombamento, por exemplo, em que pese poder reduzir os direitos do proprietário, é hipótese assentada de não cabimento do instituto¹³.

4. DIREITOS DO EVICTO

Nessa linha de intelecção, observa-se que o evicto, ao exercer o seu direito, resultante da evicção, formulará, em face do alienante, uma pretensão tipicamente indenizatória.

¹² Sílvio Venosa, ob. cit., p. 566.

¹³ “Direito civil e direito processual civil. Promessa de compra e venda. Ação de adjudicação compulsória. Imóvel tombado. Inexistência de hipótese a ensejar evicção. I — As restrições decorrentes do tombamento não ensejam a evicção, já que não acarretam a perda do domínio, da posse ou do uso da coisa alienada e não há a atribuição do bem, seja por ato judicial ou administrativo, a outrem que tenha direito anterior ao contrato aquisitivo. II — O reexame das provas que demonstrariam a ignorância, por parte do adquirente, quanto aos ônus que pesavam sobre o imóvel alienado não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula n. 7 desta Corte. III — Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 407.179/PB; REsp (2002/0005955-3), DJ, 23-9-2002, p. 359, RSTJ, 163/309, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 21-5-2002, 3.ª Turma).

Poderá pleitear, pois, *salvo estipulação em contrário*, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou (art. 450 do CC-02; art. 1.109 do CC-16)¹⁴.

- a) a indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir;
- b) a indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção;
- c) as custas judiciais e os honorários do advogado por ele constituído.

Vale notar que a obrigação prevista neste artigo subsiste para o alienante, ainda que a coisa esteja deteriorada, exceto se tiver havido dolo do adquirente (art. 451). Ou seja, se a coisa alienada não estava em perfeito estado de conservação ou estava parcialmente destruída, e o evicto vem a perdê-la, ainda assim terá direito à restituição integral, na forma do art. 450. Perderá, entretanto, esse direito, se atuou dolosamente, dando causa à deterioração. Em tal caso, não terá direito à compensação *integral*, abrangente das perdas e danos.

Ademais, caso o evicto já tenha sido compensado pelas deteriorações, o alienante poderá, obviamente, deduzir o valor dessas vantagens da quantia que teria de restituir-lhe, a teor do art. 452 do CC-02 (art. 1.111 do CC-16).

5. ESPÉCIES DE EVICÇÃO: TOTAL E PARCIAL

Na medida em que implique a perda completa da propriedade ou apenas de fração dela, a evicção será chamada de total ou parcial, respectivamente.

Entretanto, vale notar que, seja total ou parcial, *o preço a ser restituído será o do valor da coisa, na época em que se evenceu (se perdeu), e proporcional ao desfalque sofrido no caso de evicção parcial*, na forma do parágrafo único do art. 450 do CC-02 (sem correspondente direto no CC-16).

Em caso de evicção parcial, ou seja, de perda não integral da coisa alienada (por exemplo, a reivindicação de parte de livros de uma biblioteca, de

¹⁴ "Indenização. Perdas e danos. Evicção. Perda da propriedade do bem, o evicto há de ser indenizado com importância que lhe propicie adquirir outro equivalente. Não constitui reparação completa a simples devolução do que foi pago, ainda que com correção monetária" (STJ, REsp 248.423/MG, REsp (2000/0013501-1), DJ, 19-6-2000, p. 146, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27-4-2000, 3.ª Turma).

"Civil. Evicção e indenização. Cumulação. Possibilidade. Ainda que seja irrelevante a existência ou não de culpa do alienante para que este seja obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade, nada impede que o adquirente busque o ressarcimento também com base na regra geral da responsabilidade civil contida nos arts. 159 e 1.059 do Código Civil. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula n. 7/STJ). Recurso não conhecido" (STJ, REsp 4.836/SP; REsp (1990/0008593-4), DJ, 18-10-1999, p. 232, *ISTJ*, 10/254; *RSTJ*, 126/269, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15-6-1999, 4.ª Turma).

parte de um terreno adquirido ou de alguns animais de uma fazenda comprada de "porteira fechada"), poderá o evicto optar entre a dissolução do contrato ou a restituição da parte do preço correspondente ao desfaique sofrido. Caso não seja *considerável* a evicção (circunstância que deverá ser aferida pelo juiz *in concreto*), terá direito apenas à indenização (art. 455). Trata-se, como se pode ver, de uma hipótese de *concurso de direitos ou pretensões*, tema tratado no capítulo anterior¹⁵, não podendo, por óbvias razões, o evicto cumular ambos os pedidos.

A lei não estabelece especificamente qual é o prazo para a dedução, em juízo, desta postulação, nem a sua natureza.

A primeira impressão é que se trata de uma *ação edilícia* e, por isso, deveria ser aplicado o mesmo prazo decadencial do art. 445 do CC-02.

Todavia, assim não pensamos.

De fato, não nos parece muito técnico admitir, no sistema codificado civil, a fixação de prazos decadenciais por analogia.

Todavia, ainda que isso não seja óbice, é preciso analisar o que se pretende deduzir em juízo quando realizada a evicção.

A postulação que se faz, quando ocorrente a evicção, não é de desfazimento do negócio — postulação constitutiva negativa, que atrai um prazo de natureza decadencial — mas sim da sua dissolução por fato posterior, com as mencionadas indenizações correspondentes, proporcionais no caso de evicção parcial.

Assim, o que se tem, efetivamente, é uma pretensão e, por isso, o prazo deverá ser considerado prescricional¹⁶.

E qual é o prazo?

A primeira tentação, da mesma forma, pela inexistência de uma previsão disciplinadora específica, é invocar o *caput* do art. 205 do CC-02, para reconhecer o prazo de 10 (dez) anos.

Todavia, assim também não pensamos.

¹⁵ Cf. o tópico 5 ("Consequências Jurídicas da Verificação de Vícios Redibitórios") do Capítulo XII ("Vícios Redibitórios") deste tomo.

¹⁶ "Evicção. Direito de recobrar o preço. Denúnciação da lide. Desnecessidade. Prescrição. 1. O direito que o evicto tem de recobrar o preço, que pagou pela coisa evicta, independe, para ser exercitado, de ter ele denunciado a lide ao alienante, na ação em que terceiro reivindicara a coisa. Cód. Civil, art. 1.108. 2. Conta-se o prazo de prescrição da data em que a ação poderia ter sido proposta, hipótese em que não ocorreu a prescrição. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 9.552/SP; REsp (1991/0005942-0), DJ, 3-8-1992, p. 11308, RT, 674/236. rel. Min. Nilson Naves, j. 25-5-1992, 3.ª Turma).

De novo, consideramos relevantíssimo verificar qual é a natureza da postulação deduzida em juízo.

E, nesse caso, constatamos que, no final das contas, o que se verifica é uma *pretensão de reparação civil*, pois o alienante (ou devedor expropriado, no caso da hasta pública) acabou por gerar um dano no patrimônio do adquirente evicto, por submeter um bem, que não era seu, mas sim do terceiro evictor.

Por isso, defendemos que, na atualidade, o prazo para tal pretensão é de 3 (três) anos, na forma do art. 206, § 3.º, V, do vigente Código Civil brasileiro (prazo para se formular pretensão de reparação civil).

6. EVICÇÃO E AUTONOMIA DA VONTADE — A CLÁUSULA DE NÃO EVICÇÃO

A nossa atenção, entretanto, deverá redobrar, quando passarmos a analisar o tormentoso tema referente à *exclusão, à diminuição ou ao aumento da garantia decorrente da evicção*.

De fato, essa garantia poderá, dentro do âmbito da autonomia da vontade, sofrer *extensão* ou *retração*, podendo, até mesmo, ser *suprimida*, nos termos do art. 448 do Código Civil:

“Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”

De logo, constatamos que essa possibilidade sempre decorrerá de cláusula expressa, nunca podendo, pois, ser implícita, consoante deflui claramente da primeira parte do dispositivo.

Assim, se as partes resolverem aumentar (*extensão da garantia*) o direito do adquirente — estabelecendo uma multa caso se consume a perda, por exemplo —, abater a garantia de indenização pelos eventuais frutos restituídos (*diminuição da garantia*), ou, bem assim, *excluírem totalmente a responsabilidade pela evicção*, somente poderão fazê-lo por cláusula expressa constante do contrato firmado.

É de se salientar, outrossim, que existe uma hipótese de *exclusão legal da garantia*, que é a mencionada previsão legal do art. 457 do Código, que proíbe o adquirente de demandar pela evicção, *se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa*.

Trata-se, como já dito, de um dispositivo umbilicalmente ligado ao superior *princípio da boa-fé objetiva*, uma vez que não se afigura justo que o alienatário (adquirente) possa pleitear compensação por um dano conscientemente sofrido. Se sabia, pois, que a coisa era alheia (de terceiro) ou litigiosa (era objeto de disputa judicial), não deveria contratar.

Mas atenção.

Ainda que tendo havido a *exclusão convencional da garantia* (art. 448), se a evicção se operar, o evicto terá o direito de receber pelo menos o preço que pagou pela coisa evicta, se *não tiver sabido do risco da evicção*, ou, *tendo sido dele informado, não o assumiu*, conforme estabelecido expressamente pelo art. 449 do CC-02 (art. 1.108 do CC-16).

Vale dizer, mesmo que no contrato conste a cláusula “*o alienante não responde pelos riscos da evicção*”, ainda assim o evicto — *a quem não houvesse sido noticiado o risco de perda ou, mesmo informado, que não tenha assumido esse risco* — terá, ao menos, o direito de receber o preço pago. Não terá, portanto, direito à indenização pelos frutos restituídos, benfeitorias ou outras despesas, assistindo-lhe apenas o direito de haver de volta a quantia que pagou pela coisa que se evenceu.

Com isso, forçoso convir que o alienante apenas se exonerará totalmente da responsabilidade pelos riscos da evicção, caso faça constar do contrato a cláusula excludente da garantia, e, além disso, dê ao adquirente a efetiva ciência do risco de perda da coisa e de que assume esse risco, naquele ato.

Assim, compatibilizando as regras dos arts. 449 e 457, temos que, *havendo efetivamente o conhecimento dos riscos*, seja pela informação direta e expressa do alienante (art. 449), seja por outros meios admissíveis em Direito, por saber que a coisa era alheia ou litigiosa (note-se que o art. 457 não limita a forma de cientificação), não poderá o adquirente demandar pela evicção.

Note-se, portanto, que a controvérsia poderá instaurar-se em função da prova do conhecimento efetivo dos riscos existentes da possibilidade de perda da coisa.

Comentando essa última hipótese, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, citando doutrina de ARNOLDO WALD, pondera que:

“... se o adquirente sabe do vício, que macula o direito do alienante, relativamente ao objeto que lhe é transmitido, e exclui, expressamente, a responsabilidade de quem alienou a essa mesma coisa, é claro que o adquirente está adquirindo bem litigioso. Nesse caso, o contrato apresenta-se com natureza aleatória, pois, ocorrendo a evicção, nada poderá o adquirente reclamar do alienante”¹⁷.

¹⁷ Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 102.

7. EVICÇÃO E BENFEITORIAS

Outro interessante aspecto que merece ser tratado diz respeito às *benfeitorias*.

Por benfeitorias se entendem, conforme já afirmamos em outra oportunidade, “a obra realizada pelo homem, na estrutura da coisa principal, com o propósito de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la.

Considera-se necessária a benfeitoria realizada para evitar um estrago iminente ou a deterioração da coisa principal (ex.: reparos realizados em uma viga). Úteis, aquelas empreendidas com o escopo de facilitar a utilização da coisa (ex.: a abertura de uma nova entrada que servirá de garagem para a casa). E, finalmente, voluptuárias, quando empreendidas para mero deleite ou prazer, sem aumento da utilidade da coisa (a decoração de um jardim) (arts. 63, CC-16, e 96, NCC).

Note-se que toda benfeitoria é artificial, decorrendo de uma atividade humana, razão por que não se confundem com os acessórios naturais do solo (arts. 61, I, e 64, CC-16, e 97, NCC)”¹⁸.

Visando a evitar possíveis litígios, o legislador cuidou de disciplinar as consequências da evicção, em face das benfeitorias agregadas à coisa que se evenceu.

As benfeitorias necessárias ou as úteis, como dispõe o art. 453, não pagas (abonadas) ao que sofreu a evicção, serão devidas pelo alienante. Ou seja, caso o terceiro (evictor) não as pague, a responsabilidade recai sobre a pessoa que alienou a coisa perdida. A responsabilidade original de seu pagamento é, portanto, do terceiro evictor, uma vez que o adquirente evicto se encontrava na posse de boa-fé, invocando-se, portanto, o art. 1.219 do CC-02 (art. 516 do CC-16).

Nessa linha, e como consectário lógico, caso as benfeitorias tenham sido feitas pelo alienante, seu valor, abonado pelo evictor, será descontado da quantia a ser restituída por ele ao evicto (art. 454).

Note-se, outrossim, que o Código não fez referência alguma às benfeitorias voluptuárias, razão por que concluímos que elas, *quando realizadas de boa-fé, e desde que não tenham sido pagas, poderão ser removidas (levantadas), sem detrimento da coisa*, por aplicação subsidiária do mencionado art. 1.219 da lei civil, se o evictor não preferir pagar por elas.

Entretanto, *caso não se possam remover sem dano à coisa principal*, perdê-las-á o evicto em benefício do reivindicante, por não se afigurar justo que este último seja constringido a pagar por uma benfeitoria de mero deleite, realizada

¹⁸ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 279.

sem a sua anuência. O mesmo se diga, aliás, do alienante da coisa, por absoluta falta de previsibilidade legal no sentido de sua responsabilidade civil em tal circunstância.

Finalmente, cumpre-nos tecer breves considerações a respeito dos aspectos e conseqüências processuais da evicção.

8. EVICÇÃO E DENUNCIÇÃO DA LIDE

O tema evicção gera, por certo, grandes conexões no campo da processualística.

Tais reflexos, em verdade, propiciam grandes debates, muito por causa da literalidade da redação do Código de Processo Civil brasileiro sobre a matéria, o que se espera que se amenize com o novo Código Civil (embora a primeira impressão é que a polêmica aumentará...).

Isso porque a codificação civil brasileira vigente, bem como a revogada, traz expressamente referências a aspectos processuais.

Vejamos o art. 456 do CC-02 (art. 1.116 do CC-16):

"Art. 456. Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo.

Parágrafo único. Não atendendo o alienante a denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos"

Antes de enfrentar as polêmicas, vale registrar que a nova regra explicita a possibilidade de notificação do litígio não somente do alienante imediato, mas também de qualquer dos anteriores, o que se mostra perfeitamente lógico para verificar quem foi, efetivamente, o responsável pelo fato que causou a evicção.

Compreendamos, porém, agora, as polêmicas existentes.

8.1. Análise da obrigatoriedade ou não da denúncia da lide

Um dos pontos mais polêmicos em relação à evicção diz respeito à obrigatoriedade ou não de o evicto se valer da denúncia da lide, em relação ao alienante, para poder fazer valer os seus direitos em face dele.

Com efeito, estabelece o Código de Processo Civil:

"Seção III

Da Denúncia da Lide

Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória:

I — ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II — ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III — aquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Art. 71. A citação do denunciado será requerida, juntamente com a do réu, se o denunciante for o autor; e, no prazo para contestar, se o denunciante for o réu.

Art. 72. Ordenada a citação, ficará suspenso o processo.

§ 1.º A citação do alienante, do proprietário, do possuidor indireto ou do responsável pela indenização far-se-á:

a) quando residir na mesma comarca, dentro de 10 (dez) dias;

b) quando residir em outra comarca, ou em lugar incerto, dentro de 30 (trinta) dias.

§ 2.º Não se procedendo à citação no prazo marcado, a ação prosseguirá unicamente em relação ao denunciante.

Art. 73. Para os fins do disposto no art. 70, o denunciado, por sua vez, intimará do litígio o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização e, assim, sucessivamente, observando-se, quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente.

Art. 74. Feita a denunciação pelo autor, o denunciado, comparecendo, assumirá a posição de litisconsorte do denunciante e poderá aditar a petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu.

Art. 75. Feita a denunciação pelo réu:

I — se o denunciado a aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, como litisconsortes, o denunciante e o denunciado;

II — se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até final;

III — se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na defesa.

Art. 76. A sentença, que julgar procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo”.

Da literalidade do dispositivo legal (art. 70, I), a primeira resposta é que a denunciação da lide é obrigatória para que o evicto “possa exercer o direito que da evicção lhe resulta”.

O entendimento predominante¹⁹, com algumas exceções²⁰, é, todavia, com o nosso aplauso, em sentido distinto.

Com efeito, a obrigatoriedade de denunciação da lide é apenas para garantir, nos próprios autos da ação reivindicatória, o direito de regresso do evicto em face do alienante.

Nesse sentido, lapidar é o seguinte acórdão, da lavra do Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

“Evicção. Denunciação da lide. Precedentes da Corte. 1. Já assentou a Corte, em diversos precedentes, que o ‘direito que o evicto tem de recobrar o preço, que pagou pela coisa evicta, independe, para ser exercitado, de ter ele denunciado a lide ao alienante, na ação em que terceiro reivindicara a coisa’. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 255.639/SP; REsp (2000/0037768-6), *DJ*, 11-6-2001, p. 204, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24-4-2001, 3.^a Turma).

No seu voto, inclusive, relata a situação fática com minúcias:

“Os recorridos ajuizaram ação alegando que adquiriram dos réus terreno, cercado de todas as cautelas necessárias, e o transmitiram a terceiro; ocorre que o bem foi objeto de execução movida pelo Banco Itaú de Investimentos S/A, que foi arrematado em hasta pública; em vista disso, foram cancelados os anteriores registros, declarados ineficazes os atos respectivos; a perda da posse ou da propriedade coloca em marcha o direito à evicção; pedem que os

¹⁹ “Evicção. Indenização. Denunciação da lide (falta). 1. Por não se ter denunciado, quando reivindicada a coisa por terceiro, não impede se pleiteie a devolução do preço de coisa vendida, se não provado que o alienante sabia do risco dessa evicção ou, em dele sabendo, que não o assumira’. Em tal sentido, precedentes do STJ: REsp’s 9.552 e 22.148, *DJ*’s de 03.8.92 e 05.4.93. 2. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ (Súmula 7). 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 132.258/RJ; REsp (1997/0034131-3), *DJ*, 17-4-2000, p. 56, *RDTJRJ*, 44/52, rel. Min. Nilson Naves, j. 6-12-1999, 3.^a Turma).

²⁰ “Processo civil — Denunciação da lide — Direito de regresso — Fundamento jurídico novo. Inadmissibilidade — Obrigatoriedade — Inocorrência — Precedentes — Recurso não conhecido. I — Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denunciação nos casos de alegado direito de regresso da lide originária. II — A denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da prestação na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios. III — Segundo entendimento doutrinário predominante, somente nos casos de evicção e transmissão de direito (garantia própria) é que a denunciação da lide se faz obrigatória. IV — Recurso não conhecido” (STJ, REsp 157.147/MG, REsp (1997/0086428-6), *DJ*, 10-5-1999, p. 166, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 4-3-1999, 3.^a Turma).

reus paguem indenização correspondente ao valor real pago pelos autores, mais as despesas que tiveram. A sentença julgou os autores carecedores de ação. Considerou a sentença que na ação anterior os ora autores foram denunciados à lide, mas apresentaram defesa intempestiva, com o que não foi apreciado o pedido de denunciação que fizeram aos ora réus, sendo a decisão confirmada em segundo grau. Para a sentença os ora autores, em face disso, perderam o direito de indenização que da evicção resulta. O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu o recurso entendendo que o direito à restituição do preço mantém-se mesmo que não efetivada a denunciação da lide, com arrimo no art. 1.108 do Código Civil, invocando lição de Athos Gusmão Carneiro e precedente da Corte.

O especial enxerga ser contraditório o Acórdão ao mencionar o art. 1.116 do Código Civil, sendo que, no caso, há uma peculiaridade que o Acórdão desconsiderou, assim a possibilidade de pleitear por intermédio de ação própria o direito à indenização, em caso de desídia. Indica dissídio com paradigmas desta Corte.

A contradição e a peculiaridade não desafiadas no Acórdão recorrido deveriam ter sido objeto de embargos de declaração, que, contudo, não foram interpostos. O que se vai examinar é a tese posta no especial, contrariando o Acórdão recorrido, sobre a necessidade de ter havido a denunciação no anterior processo, para o efeito de permitir o pedido de indenização, ora objeto desta ação.

Esta Corte já enfrentou a matéria em recente precedente da relatoria do Senhor Ministro Nilson Naves (REsp n. 132.258/RJ, DJ, 17-4-2000), com invocação de outros precedentes, desenvolvendo o raciocínio que segue:

‘Relativamente ao primeiro ponto, recolhe-se do acórdão o seguinte ex-certo: ‘E a jurisprudência assim também o tem entendido: a falta de denunciação não impede o adquirente de ajuizar a ação contra o alienante (in RJTJESP 117/130 e 131/121 e RT 672/126), embora limitada, apenas, ao reembolso do preço com correção monetária (in RJTJESP 131/123). Assim também o entendeu o Colendo STJ, por sua 3.^a Turma, ao julgar o R. Especial n. 9.552-SP, conforme citado na r. sentença apelada (fls.129)’.

É de minha relatoria o REsp 9.552, com essa ementa: ‘Evicção. Direito de recobrar o preço. Denunciação da lide. Desnecessidade. Prescrição. 1. O direito que o evicto tem de recobrar o preço, que pagou pela coisa evicta, independe, para ser exercitado, de ter ele denunciado a lide ao alienante, na ação em que terceiro reivindicara a coisa. Cód. Civil, art. 1.108. 2. Conta-se o prazo de prescrição da data em que a ação poderia ter sido proposta. Hipótese em que não ocorreu a prescrição. 3. Recurso especial não conhecido’ (DJ de 3.8.92). Confira-se também: ‘Processual Civil — Denunciação da lide — Direito de regresso. I — A jurisprudência do STJ é no sentido de que a não denunciação da lide não acarreta a perda da pretensão regressiva, mas apenas ficará o réu, que

poderia denunciar e não denunciou, privado da imediata obtenção de título executivo contra o obrigado regressivamente. Daí resulta que as cautelas que o legislador houve por bem inserir pertine tão só com o direito de regresso, mas não priva a parte de propor ação autônoma contra quem eventualmente lhe tenha lesado. II — Recurso não conhecido' (REsp 22.148, DJ de 5.4.93, Ministro Waldemar Zveiter. Da 4.^a Turma, REsp 1.296, DJ de 11.12.89, Ministro Athos Carneiro)'.²¹

Os precedentes mencionados no especial, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, não desafiam especificamente a questão posta nos autos, havendo, apenas, referência sobre a obrigatoriedade da denunciação nos casos de evicção, em se tratando de garantia própria (formal), assim entendida a inerente à transmissão de direitos.

Assentada a orientação da Turma em diversos precedentes, eu não conheço do especial”.

A denunciação da lide do alienante tem por finalidade, portanto, como já se vislumbra, apenas obter o regresso nos mesmos autos da ação reivindicatória, e não cercear o direito do evicto de obter ressarcimento pelo dano que lhe foi causado.

Conforme observa o Professor ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL:

“A sentença na denunciação da lide terá sempre um dispositivo complexo, na verdade haverá, no mínimo, dois dispositivos, duas sentenças: uma que julga ação principal entre o denunciante e o seu adversário; outra que julga a ação secundária de denunciação da lide entre denunciante e terceiro. Em cada caso, deve o juiz aplicar as sanções de ordem direta, isto é, material, e de ordem indireta, ou seja, processual (despesas, honorários advocatícios etc.). Embora a sentença proferida na ação principal possa não ser condenatória, a da denunciação da lide, que julgar procedente o pedido, necessariamente, o será, posto se tratar de ação indenizatória, portanto, condenatória. Por isso diz a lei (artigo 76 do CPC) que ela tem força de título executivo, enfim, como não pode haver execução que não decorra de um comando judicial condenatório (art. 584, I do CPC), a sentença, consequentemente, deve possuir tal natureza”²².

Compreendida a não obrigatoriedade da denunciação da lide para o exercício do direito de evicção (que fica resguardado, portanto, para um ajuizamento de uma ação própria e autônoma), é preciso compreender as consequências jurídicas de sua ocorrência.

²¹ Alexandre Freire Pimentel, “Evicção e Denunciação da Lide no Novo Código Civil”, in Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (coord.), *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*, São Paulo: Método, 2003, v. I, p. 164.

8.2. Consequências jurídicas da denúncia da lide

O parágrafo único do art. 456 trouxe profundas modificações na disciplina da denúncia da lide, relacionada à evicção.

Isso porque, conforme visto na norma transcrita (art. 75, II, do CPC-73), estabelece a regra processual que, se o denunciado pelo réu for revel, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final.

A nova regra codificada civil, porém, admite que, especificamente para o caso de denúncia da lide feita pelo réu em razão da evicção (em que há previsão própria de cabimento e disciplina processual no art. 70, I, do CPC), revel o denunciado, e sendo manifesta a procedência da evicção, possa o denunciante (adquirente) deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos.

Trata-se, portanto, de regra diametralmente oposta, pelo que não há a menor dúvida que se trata de repercussão processual da norma de Direito Material.

E, na nossa opinião, acolhendo argumentos esposados por FREDIE DIDIER JR.²², corrigiu-se um equívoco histórico da legislação processual brasileira.

De fato, a disposição do Código de Processo Civil brasileiro, ao estabelecer que cabia ao denunciante *prosseguir na defesa até final*, no caso de ausência de resposta do denunciado ou ter ele comparecido apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, somente fazia sentido na disciplina do “chamamento à autoria”, que era a forma como era conhecida a denúncia da lide no CPC/39²³.

Ora, é preciso ter coragem para reconhecer que o denunciado, ao ser comunicado da relação jurídica principal, não o está sendo apenas para ter ciência da sua existência, mas sim, por certo, para se defender dos fatos alegados contra si.

²² Fredie Didier Jr., *Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 83-92.

²³ “No Código anterior (CPC de 1939) havia um motivo para isso, quando no art. 98 se estatuiu: se o denunciado não vier a juízo dentro do prazo, cumprira a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito a evicção. É que aí não estava inserida a ação incidental de garantia. Havia simples intimação do litígio pelo denunciante ao denunciado. E, então, se exigia que o denunciante exaurisse todas as possibilidades de defesa para só assim, se vencido, se voltar, através de ação autônoma, contra o denunciado, reclamando-lhe reparação do prejuízo resultante da derrota. Não se queria que o denunciante afrouxasse na causa e depois se valesse de sua derrota para exigir a indenização do denunciado” (Sidney Sanches, *Denúnciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 217).

Logo, se não responde ao chamado judicial, É REVEL, SIM! E, como revel, deve sofrer os ônus normais de qualquer declaração de revelia (arts. 319 e s. do CPC), em relação *obviamente* à demanda incidental regressiva, pois, em relação à demanda principal, somente as partes diretamente envolvidas é que podem ser afetadas na lide.

Acreditar hodiernamente na ideia de que ainda cabe ao réu (evicto denunciante) continuar defendendo o alienante (terceiro denunciado) é fazer, sinceramente, tábula rasa do instituto, pois equivale a defender que este pode, simplesmente, não se pronunciar, sem ônus, quanto a esta intervenção²⁴.

Exemplifiquemos.

Imagine que Flávio seja réu em uma ação reivindicatória de um terreno, ajuizada por Ricardo. Para exercer seu direito de garantia contra a evicção nos mesmos autos, denuncia à lide Roberto, de quem adquiriu o bem. Caso Roberto se mantenha silente, operar-se-ão os efeitos da revelia, pelo que, na hipótese de se consumar a perda da posse ou propriedade (o que será verificável na sentença que julgar as duas relações processuais), este será condenado na pretensão correspondente de Flávio, e não, obviamente, na de Ricardo (este, o evictor, somente quer o bem, que está com o evicto Flávio). Por óbvio, a declaração da revelia de Roberto não implica necessariamente em sua condenação, pois isso dependerá da relação processual principal entre evicto e evictor.

Por fim, vale trazer uma advertência do jovem e brilhante processualista baiano:

“Uma observação a mais precisa ser feita. O réu-denunciante pode deixar de oferecer contestação ou valer-se de recursos mesmo se o denunciado não for revel. Assumirá, então, as consequências de sua conduta. Acontece que, se o denunciado estiver no processo, assumirá ele, como vimos, a posição de litisconsorte ou assistente do denunciante (depende da corrente doutrinária que se adotar), e, em qualquer destas posições, poderá promover a defesa ou valer-se de recursos pelo denunciante, impedindo que aquelas condutas do denunciante por si sós lhe prejudiquem. É que as omissões e condutas determinantes (aquelas que inexoravelmente levam a parte a uma situação proces-

²⁴ Citando Cândido Rangel Dinamarco, o bacana Fredie Didier Jr. traz outros argumentos nesse sentido: “a) o litisdenuciado não tem a faculdade de recusar a denunciação da lide, ‘porque ele é réu na demanda de garantia proposta pelo denunciante e nenhum réu tem o poder de afastar por vontade e ato próprios a autoridade que o juiz exerce sobre ele no processo’; b) quer o denunciado aceite a denunciação e responda à inicial, quer ele a recuse ou fique revel, sempre cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até final — porque esse é um ônus de toda parte em qualquer processo e também porque, ainda quando o terceiro venha efetivamente ao processo e adote comportamento diligente e atuante, nem por isso o denunciante fica dispensado de prosseguir na defesa até final” (*Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89).

sual desfavorável) do denunciante não podem prejudicar o denunciado que compareceu ao processo (art. 75, I, do CPC)”²⁵.

Por isso, inclusive, ousamos afirmar que, com fulcro na regra do art. 320, I, CPC²⁶ e por força da unidade da relação processual, a demanda incidental-eventual-regressiva (do denunciante, em face do denunciado) pode gerar efeitos na demanda principal (do adquirente evicto, em face do evictor).

Aproveitando os nomes do exemplo anterior, imagine-se que a pretensão principal, deduzida em face do adquirente, Flávio, não tenha sido contestada. Isso pode se dar por vários motivos, mas tome-se, para efeito didático, a concepção de que o adquirente evicto não quis apresentar defesa, por achar que os fatos parecem ser verdadeiros. Justamente por isso, faz a denunciação da lide do alienante, Roberto.

Assim, temos que Flávio (réu/denunciante/evicto) é revel (por não apresentar defesa), embora denunciante da lide.

Isso não quer dizer, porém, que fatalmente perderá o bem.

Imagine-se que Roberto (alienante/denunciado) negue os fatos alegados pelo autor (v. g., que o bem, vendido ao réu/denunciante/evicto, era seu mesmo, não havendo os fatos alegados ensejadores da evicção) e os prove.

Trata-se, precisamente, de uma situação em que uma solução integral da lide impõe o reconhecimento da produção de efeitos da demanda acessória na demanda principal. Pensar em sentido contrário implicaria chegar à conclusão absurda de que o réu/denunciante/evicto perderia a propriedade por ver reconhecida judicialmente a evicção, mas não seria indenizado, mesmo denunciando o alienante, por também, *nos mesmos autos e na mesma sentença*, não ser reconhecida judicialmente a evicção.

Por isso, temos que o denunciado, em situações como essa, será um litisconsorte unitário do denunciante, aplicando-se-lhe as regras processuais mencionadas.

8.3. Visão esquemática

Feitas todas estas considerações, parece-nos que a complexidade do tema enseja, para uma melhor compreensão, uma visualização esquemática das pos-

²⁵ Fredie Didier Jr., *Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92.

²⁶ CPC. “Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o eleito mencionado no artigo antecedente: I — se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação”.

turas possíveis do adquirente evicto, como réu em uma ação reivindicatória, em que se verifica uma hipótese de evicção:

Assim sendo, pode o réu se comportar da seguinte forma:

a) Contesta a ação e não denuncia — Neste caso, seu direito de regresso deve ser exercido em ação própria, não se podendo condenar o alienante, por não participar da lide.

b) Contesta e denuncia:

b.1) Denunciado apresenta defesa — o processo prossegue, com a prolação de sentença para as duas relações jurídicas (autor/evictor x réu/evicto; e réu/evicto/denunciante x alienante/denunciado).

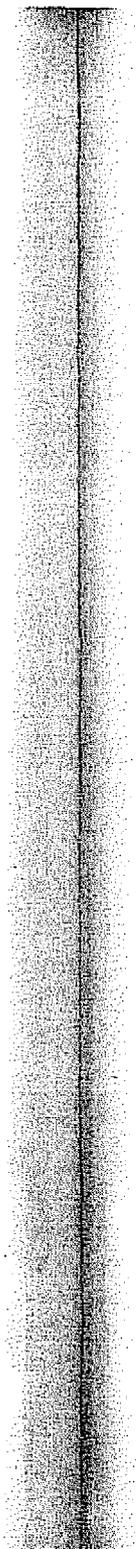
b.2) Denunciado não apresenta defesa — o processo prossegue, com a revelia (situação fática de ausência de defesa) do denunciado e, caso seja reconhecida ao final a evicção, pode o denunciado ser condenado, não na relação processual principal (autor/evictor x réu/evicto), mas sim na relação jurídica acessória de regresso (réu/evicto/denunciante x alienante/denunciado).

c) Réu não contesta, mas denuncia: declarada a revelia do réu/evicto, isso obviamente não acarreta a procedência da pretensão. Dependerá, por certo, da postura do denunciado, que poderá contestar:

c.1) Denunciado apresenta defesa — os fatos poderão ser negados pelo denunciado, gerando, por consequência, efeitos possíveis na relação processual principal, se os fatos ensejadores da evicção forem reconhecidos como inverídicos.

c.2) Denunciado não apresenta defesa — operar-se-ão os efeitos da revelia, nas duas relações processuais, na forma como entender o magistrado.

d) Réu não contesta, nem denuncia: operar-se-ão os efeitos da revelia, limitados, obviamente, ao autor/evictor e ao réu/evicto, na forma como entender o magistrado (é sempre bom lembrar que a revelia não importa necessariamente na procedência da lide).



Capítulo XIV

Extinção do Contrato

Sumário: 1. Considerações metodológicas. 2. Classificação das formas de extinção do contrato (noções terminológicas). 3. Extinção natural do contrato. 3.1. Cumprimento do contrato ou exaustão do seu objeto. 3.2. Verificação de fatores eficazes. 3.2.1. Vencimento do termo. 3.2.2. Implemento de condição resolutiva. 3.2.3. Frustração da condição suspensiva. 4. Causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato. 4.1. Nulidade ou anulabilidade. 4.2. Redibição. 4.3. Direito de arrependimento. 5. Causas supervenientes à formação do contrato. 5.1. Resilição. 5.1.1. Bilateral (Distrato). a) Forma. b) Quitação. 5.1.2. Unilateral. a) Limitação temporal. b) Formas especiais. b.1) Revogação. b.2) Renúncia. b.3) Resgate. 5.2. Resolução. 5.2.1. Algumas palavras sobre a voluntariedade da inexecução. 5.2.2. Cláusula resolutória (expressa ou tácita). 5.3. Rescisão. 5.4. Morte do contratante. 5.5. Caso fortuito ou força maior.

1. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Estamos chegando à reta final deste tomo!

E, para arrematar, falta-nos justamente enfrentar — sem trocadilhos! — o tema da “extinção do contrato”, tratado nos arts. 472 a 480 do Código Civil brasileiro.

De fato, como o próprio ciclo da vida, o contrato nasce, desenvolve-se e “morre” (extingue-se), por diversas modalidades que pretendemos aqui estudar.

Todavia, quem olha a pequena quantidade de artigos mencionada pode ter a equivocada visão de que se trata de um tema curto, de poucas digressões doutrinárias e jurisprudenciais.

Ledo engano.

Um estudo aprofundado da matéria nos permite constatar que há uma lamentável assistematização das previsões legais, bem como comuns divergências terminológicas no trato das formas de extinção.

Ademais, falar sobre o momento da extinção contratual importa em enfrentar importantes questões correlatas, como a *exceção do contrato não cumprido*, a *teoria da imprevisão* e o *inadimplemento contratual*, com a *responsabilidade civil* daí decorrente.

Por isso, consideramos conveniente destrinchar o tema, apresentando, neste capítulo, uma visão geral sobre a extinção do contrato, abordando, nos

subsequentes três últimos capítulos do tomo, a análise específica dos mencionados institutos jurídicos.

Passemos, portanto, à classificação das formas de extinção do contrato, buscando sistematizar a matéria, de modo a esclarecer as divergências terminológicas encontradas na teoria e na pragmática.

2. CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO (NOÇÕES TERMINOLÓGICAS)

Para compreender, sistematicamente, as formas de extinção contratual, parece-nos relevante tomar como parâmetro os motivos determinantes para tal ocorrência.

A “morte natural” do contrato, por certo, dar-se-á quando ocorrer o quanto esperado pelas partes ao celebrá-lo, ou seja, a extinção normal do contrato se dá quando do cumprimento do quanto pactuado ou da ocorrência de eventos, já previamente concebidos, que autorizam sua extinção.

Por outro lado, independentemente do contrato trazer ou não qualquer referência ensejadora de seu desfazimento, determinadas situações fáticas, somente verificáveis *a posteriori*, autorizam tal consequência jurídica, mesmo sendo tais causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato.

Além disso, causas efetivamente supervenientes à celebração da avença podem motivar a cessação da produção de seus efeitos, o que, obviamente, não pode ser esquecido em uma visão geral sobre o tema.

Antes de enfrentar, porém, cada uma das modalidades de extinção contratual, uma distinção terminológica se impõe.

Embora a legislação muitas vezes se valha indistintamente de denominações distintas (extinção, resilição, resolução e rescisão) como sinônimas¹, propugnamos, neste capítulo, por um maior rigor terminológico.

Assim, quando estivermos falando do gênero, utilizaremos as expressões “extinção”, “dissolução” ou “desfazimento” do contrato, por considerá-las equivalentes², valendo destacar que a primeira é a consagrada no Capítulo II do Título V (“Dos Contratos em Geral”) do texto codificado.

¹ A Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, utiliza a expressão “rescisão” indistintamente para diversas modalidades de extinção contratual.

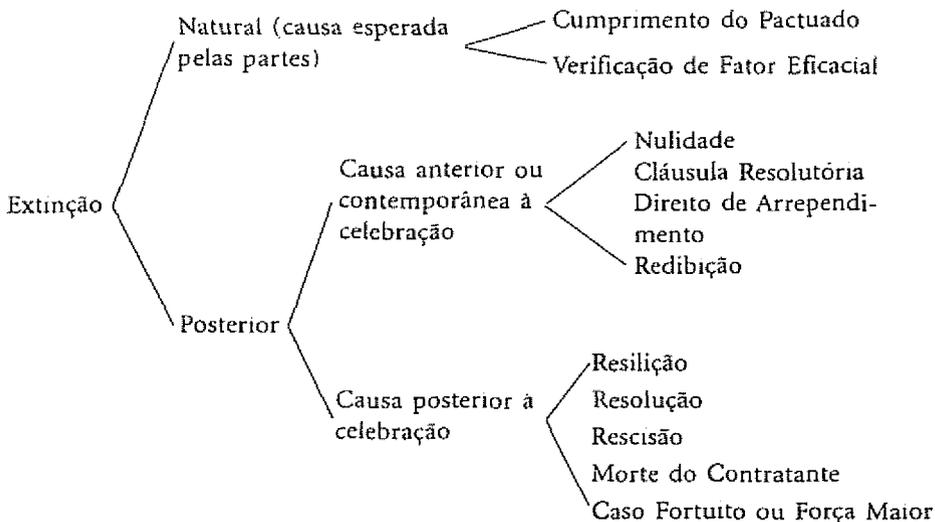
² Nesse ponto, discordamos de nosso estimado Sílvio Venosa, que propugna pela utilização somente da expressão “desfazimento”, por entender que “o termo extinção apresenta noção mais clara para os contratos que tiveram vida normal e por qualquer razão vieram a ser extintos, seja porque o contrato foi cumprido, seja porque o vínculo extinguiu-se a meio caminho de seu cumprimento” (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 498).

Todavia, na análise das modalidades extintivas posteriores (não necessariamente concebidas no contrato), verificaremos, como dito, causas anteriores, contemporâneas ou supervenientes à sua celebração.

Quanto às causas anteriores e contemporâneas, utilizaremos a expressão genérica *extinção*, embora, como veremos, aceitemos a utilização, em determinadas modalidades, de outras expressões, o que sempre explicitaremos.

No que diz respeito, porém, às últimas causas (motivos supervenientes), reservaremos as expressões “resilição” somente para a extinção baseada na declaração de vontade posterior de uma ou das duas partes; “resolução”, para a extinção fundamentada no descumprimento contratual; e “rescisão”, como modalidade para específicas hipóteses de desfazimento. Obviamente, a *morte de um dos contratantes*, bem como a ocorrência de caso fortuito ou força maior, é também um fato superveniente, que não pode ser desprezado para a discussão sobre a extinção do vínculo contratual estabelecido.

Dessa maneira, adequando à nossa visão, com modificações, classificação procedida pela maioria dos doutrinadores brasileiros³, podemos esquematizar as formas de extinção do contrato da seguinte maneira:



³ Em linha semelhante, porém não necessariamente coincidente em sua integralidade, confirmam-se Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 170-1; Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos*, 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 1995, p. 251-3; Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 175-215; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, v. III, p. 154-85; Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 497-510.

Realizados os esclarecimentos terminológicos, passemos a enfrentar cada uma dessas modalidades extintivas do contrato.

3. EXTINÇÃO NATURAL DO CONTRATO

Sob a denominação "extinção natural do contrato", reunimos todas as situações fáticas em que a relação contratual se dissolve pela verificação de uma circunstância prevista pelas partes e tida como razoavelmente esperada.

A exemplificação mais óbvia é, indubitavelmente, a do regular cumprimento do contrato, mas não se limita a ela, uma vez que, por força da disciplina normativa do negócio jurídico, podem as partes estabelecer elementos de eficácia que limitam a produção de efeitos do contrato, possibilitando sua extinção⁴.

Enfrentemos, nos próximos subtópicos, cada uma destas formas de extinção natural do contrato.

3.1. Cumprimento do contrato ou exaustão do seu objeto

O contrato é feito para ser cumprido!

Essa máxima, aparentemente tão óbvia, deve ser explicitada para registrar a forma esperada de extinção do contrato: *realizando-se o seu conteúdo*.

Realizada a prestação, na forma como pactuada, extingue-se, *ex nunc*, a relação contratual havida entre as partes.

Com efeito, cumprida a prestação, muitas vezes já se encontra exaurido o objeto do contrato. É o caso, por exemplo, da venda de um bem móvel, em que, com o pagamento do preço e a entrega da coisa, consumada está a obrigação, extinguindo-se o vínculo contratual.

Registre-se, porém, que o cumprimento da prestação extingue juridicamente o contrato, independentemente da possibilidade fática de repetição da prestação. Um bom exemplo é o contrato de prestação de serviços, que não exaure materialmente a atividade (imagine, v. g., que o músico Cedric presta um serviço específico de tocar seu contrabaixo em uma banda de *rock*, em um único dia, recebendo a contraprestação correspondente. Ainda que ele possa vir a prestar novos serviços, a primeira relação já se extinguiu com seu cumprimento).

A visualização de tais exemplos se mostra bem mais fácil nos contratos instantâneos, seja de execução imediata, seja de execução diferida⁵.

⁴ Sobre o tema, confira-se o tópico 4.3 ("Fatores eficaciais do contrato (plano de eficácia do negócio jurídico)") do Capítulo II ("Visão Estrutural do Contrato") deste tomo, bem como o Capítulo XV ("Plano de Eficácia do Negócio Jurídico") do v. I ("Parte Geral") desta obra.

⁵ Sobre o tema, confira-se o tópico 3.6 ("Classificação dos contratos quanto ao tempo") do Capítulo VIII ("Classificação dos Contratos") deste tomo.

Nos contratos de duração, por sua vez, a tendência é a indeterminação do prazo, embora nem sempre a leitura das cláusulas contratuais permita dizer, de pronto, se o cumprimento imediato da prestação importará a extinção do vínculo.

Tal registro se impõe para afirmar que o silêncio não importa, por si só, em uma regra absoluta de indeterminação prazal. Isso porque a prestação pode significar a *exaustão do objeto do negócio*, ocorrente quando há uma evidente limitação natural ou jurídica na possibilidade de cumprimento. Por exemplo, quando se celebra um contrato de prestação de serviço para uma situação excepcional ou emergencial (v. g., o fornecimento de colchões para desabrigados por uma enchente, limitado obviamente ao número de pessoas necessitadas, ainda que desconhecido) ou oferece um produto no comércio, limitado ao estoque existente.

Nesse campo, seguindo as regras para a celebração do negócio jurídico, podem as partes estabelecer cláusulas no campo da eficácia, que também importarão em uma extinção natural do contrato.

3.2. Verificação de fatores eficaciais

Embora já tenhamos revisto o tema em tópico anterior⁶, vale lembrar que, como em todo negócio jurídico, as partes celebrantes de um contrato podem estabelecer elementos limitadores da sua duração, concebendo previamente, portanto, a sua extinção.

Isso porque o cumprimento do contrato, em tais situações, está intimamente ligado a este fato eficazial, relacionado ao decurso do tempo ou à ocorrência de um evento futuro e incerto.

3.2.1. Vencimento do termo

Uma das hipóteses para a extinção de um contrato, independentemente de seu regular e/ou integral cumprimento, é o advento de um termo.

Podem as partes, por exemplo, celebrar contratos sem a prefixação de um prazo. O exemplo mais didático é, por certo, o contrato de trabalho, que, por força do princípio da continuidade da relação de emprego, presume-se sempre de duração indeterminada, motivo pelo qual, para ser extinto, impõe, em regra, a concessão de um aviso prévio.

Outros contratos, porém, podem ser celebrados — e comumente o são — com a estipulação de um termo, embora nada impeça que sejam feitos sem limitação temporal. É o caso, por exemplo, de contratos de assistência técnica.

⁶ Cf. o tópico 4.1 (“Fatores eficaciais do contrato (plano de eficácia do negócio jurídico)”) do Capítulo II (“Visão Estrutural do Contrato”) deste tomo.

3.2.2. Implemento de condição resolutiva

Além de um evento certo quanto à ocorrência, como é o caso do termo, podem as partes estipular, querendo, que a duração do contrato seja limitada à ocorrência de um evento futuro e incerto: a condição.

Trata-se, no caso, do implemento de uma condição resolutiva.

Assim, caso seja celebrado um contrato, cuja eficácia esteja submetida a uma condição, o implemento de tal evento gerará a sua extinção automática.

O exemplo comumente citado de condição resolutiva ocorre quando, no próprio contrato, é prevista cláusula no sentido de que, em ocorrendo o inadimplemento por parte de qualquer dos contratantes, o vínculo jurídico estará extinto⁷. Esta é, sem sombra de dúvida, a situação mais lembrada na doutrina especializada, embora devamos advertir que o fato concretizador desta previsão negocial lhe é superveniente (o inadimplemento).

Um outro exemplo interessante de implemento de condição resolutiva é o pacto de retrovenda, cláusula especial à compra e venda, que garante ao vendedor o direito de recobrar a coisa imóvel, no prazo decadencial de três anos, restituindo o preço recebido e desembolsando as despesas do comprador, na forma dos arts. 505/508, CC-02 (arts. 1.140/1.143, CC-16)⁸.

⁷ Outro bom exemplo disso é encontrado também na área trabalhista, no caso de se contratar alguém para substituir empregado aposentado por invalidez, com a ciência inequívoca de tal interinidade. Nesse caso, se o aposentado recuperar sua capacidade laborativa, estará extinto o contrato do substituto, sem ônus pela dissolução contratual, na forma disciplinada na legislação trabalhista. É o que se infere do art. 475 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1.º Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497.

[Redação dada pela Lei n. 4.824/65.]

§ 2.º Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

⁸ Sobre o tema, confira-se o tópico 10.1 (“Retrovenda”) do Capítulo I (“Compra e Venda”) do tomo 2 (“Contratos em Espécie”) do volume IV (“Contratos”) desta obra.

3.2.3. Frustração da condição suspensiva

Embora não seja tecnicamente uma hipótese de extinção natural do contrato, parece-nos que, na busca pela completude que anima a redação desta obra, vale a pena lembrar, ainda que por extremo apego ao rigor acadêmico, que a frustração da condição suspensiva pode também gerar a extinção contratual, a depender da forma como venha inserida no negócio jurídico.

Por certo, se, por exemplo, Jorge estabelece que vai entregar um determinado bem a Iuri, se ganhar na loteria, enquanto não se realizar tal fato, o contrato, embora existente e válido, não produz efeitos, estando suspensa sua execução. Realizando-se este evento incerto, deverá produzir todos os efeitos pactuados. Todavia, se a loteria mencionada deixar de existir, não há como se imaginar que as partes estejam vinculadas indefinidamente, pelo que, por exceção, teremos a extinção do contrato pela impossibilidade jurídica de sua execução.

Embora pouco usual, não consideramos equivocada chamar esta modalidade de extinção (bem como a anterior) de *resolução contratual*, embora, como veremos, esta expressão seja reservada habitualmente para causas supervenientes, a saber, hipóteses de inexecução faltosa (descumprimento contratual).

Compreendidas as situações de extinção natural do contrato, passemos a enfrentar as hipóteses de extinção do contrato sem o cumprimento do quanto pactuado.

Dividamos, porém, tais modalidades em dois grandes grupos, tomando por parâmetro um critério temporal, a saber, de um lado, *causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato*; e, de outro, *causas supervenientes à celebração da avença*.

4. CAUSAS ANTERIORES OU CONTEMPORÂNEAS À FORMAÇÃO DO CONTRATO

Partindo-se da premissa de que o objetivo almejado pelas partes não foi cumprido (seja realizando a prestação, seja cumprindo os fatores eficazes do negócio jurídico), toda extinção contratual posterior, nestes termos, deve ser considerada anormal.

Esta “morte não natural”, porém, pode ter sua raiz em causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato, o que não lhe retira a caracterização de uma extinção posterior, haja vista que se parte da concepção de existência jurídica da avença.

Conheçamos, portanto, quais são tais causas.

4.1. Nulidade ou anulabilidade

A ocorrência de nulidade — seja absoluta, seja relativa — no negócio jurídico contratual é uma típica hipótese que pode ser anterior à própria cele-

bração, mas que a contamina de tal forma, que impossibilita a produção válida de efeitos.

Conforme outrora já explicitamos, entendemos que a nulidade “se caracteriza como uma sanção pela ofensa a determinados requisitos legais, não devendo produzir efeito jurídico, em função do defeito que carrega em seu âmago.

Como sanção pelo descumprimento dos pressupostos de validade do negócio jurídico, o Direito admite, e em certos casos impõe, o reconhecimento da declaração de nulidade, objetivando restituir a normalidade e a segurança das relações sociojurídicas”⁹.

Esta nulidade sofre gradações, de acordo com o tipo de elemento violado, podendo ser absoluta ou relativa, na medida em que decorra da infringência de normas de ordem pública ou de normas jurídicas protetoras de interesses preponderantemente privados¹⁰

O importante a destacar, porém, é que, partindo do pressuposto que o negócio efetivamente existiu, a sua extinção se dá pelo reconhecimento judicial da nulidade e anulabilidade, desfazendo-se qualquer vínculo contratual existente entre as partes.

4.2. Redibição

Um fenômeno, anterior à celebração do contrato, mas que também *pode* gerar a sua extinção, é a *redibição*.

A expressão “pode” é aqui utilizada em seu sentido técnico, qual seja, a de faculdade, pois nem sempre a ocorrência de um vício redibitório (entendido como o *defeito oculto que diminui o valor ou prejudica a utilização da coisa recebida por força de um contrato comutativo*) importará na extinção do contrato, podendo, sim, gerar uma revisão de suas prestações, com o abatimento do preço correspondente.

Como vimos em capítulo anterior¹¹, a redação do art. 442 do Código Civil brasileiro garante ao adquirente de coisa defeituosa a faculdade de *redibir* o contrato — leia-se extingui-lo pelo vício oculto da coisa — ou reclamar redução no preço pactuado.

⁹ Volume 1 desta obra, p. 395. Para um aprofundamento do tema, confira-se integralmente o Capítulo XIV (“Invalidade do Negócio Jurídico”) do referido v. I (“Parte Geral”).

¹⁰ “A anulabilidade, diversamente da nulidade, não pode ser arguida por ambas as partes da relação contratual, nem declarada *ex officio* pelo juiz. Legitimado a pleitear a anulação esta somente o contraente em cujo interesse foi estabelecida a regra (CC, art. 177). Tratando-se apenas de proteger o interesse do incapaz, do lesado, do enganado ou do ameaçado, só a estes — e, nos casos de incapacidade, devidamente assistidos por seu representante legal — cabe decidir se pedem ou não a anulação” (Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, v. III, p. 156).

¹¹ Confira-se o Capítulo XII (“Vícios Redibitórios”) do presente tomo.

Logo, trata-se de uma hipótese de extinção contratual por causa anterior à sua celebração, uma vez que se o vício ou defeito for decorrente da utilização posterior pelo adquirente (e não pela sua preexistência, ainda que oculta), não há como se invocar a garantia.

4.3. Direito de arrependimento

A lógica da celebração de um contrato é no sentido de que as partes, ao estabelecerem-lo, já tenham a convicção de que querem efetivamente a prestação pactuada.

Todavia, como medida excepcional, é possível, em determinadas avenças, que as partes pactuem, contemporaneamente à celebração do negócio, um direito de arrepender-se, como a estabelecer um "período de carência", em que é possível se desfazer o contrato, sem maiores ônus.

Dada a excepcionalidade de tal medida, parece-nos razoável afirmar que tal direito somente pode ser reconhecido se previsto expressamente, em respeito ao princípio da autonomia da vontade¹².

Para tais situações, podem as partes estabelecer arras penitenciais, na forma como previsto no art. 420 do CC-02, *in verbis*:

"Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar"¹³ (grifos nossos).

¹² "Direito civil. Recurso especial. Processo de execução de obrigação de fazer. Compromisso de venda e compra. Anuência em escritura definitiva de venda e compra a ser celebrada com terceiro. Possibilidade jurídica do pedido. Legitimidade ativa *ad causam*. Direito de arrependimento. Não pactuação. Execução do contrato já iniciada. Compromisso de compra e venda. Registro. Desnecessidade. Ação. Direito real imobiliário. Cônjuge. Citação. Litisconsórcio passivo necessário. Escritura definitiva a ser celebrada por terceiro. Mera aposição de anuência do réu. Desnecessidade de citação do cônjuge. Celebrado o compromisso de compra e venda, ainda que não registrado, mas sem cláusula de direito de arrependimento e pago o preço dos imóveis pelo promissário-comprador, é cabível a tutela jurisdicional que tenha por escopo a prestação executiva de suprir, por sentença, a anuência do promitente-vendedor em outorgar a escritura definitiva de compra e venda do imóvel. Se o promitente-vendedor não prometeu celebrar em seu nome o contrato definitivo de compra e venda, mas tão somente apor anuência em escritura pública a ser outorgada por terceiro, desnecessária é a citação de sua mulher, que menos protegida estaria se citada fosse, hipótese em que poderia responder pelo descumprimento da obrigação de natureza pessoal assumida por seu cônjuge. Recurso especial a que não se conhece" (STJ, REsp 424.543/ES; REsp (2002/0038610-7), DJ, 31-3-2003, rel. Min. Nancy Andriahi, j. 6-3-2003, 3.ª Turma).

¹³ Sobre o tema, confira-se o Capítulo XXVI ("Arras Confirmatorias e Arras Penitenciais") do v. II ("Obrigações") desta obra.

Na advertência de ORLANDO GOMES, a “multa penitencial não se confunde com a cláusula penal, que pressupõe a inexecução do contrato ou o inadimplemento de obrigações contratuais, correspondendo ao ressarcimento dos danos respectivamente provenientes. A multa penitencial nada tem a ver com a execução do contrato. É devida como compensação do exercício da faculdade de arrependimento. Garante o poder de resilir, de sorte que o contratante arrependido mais não tem a fazer do que pagar a multa, desvinculando-se por seu mero arbítrio”¹⁴.

Registre-se, no particular, que, nas relações de consumo, o art. 49 do CDC confere ao consumidor, independentemente de previsão contratual, o direito potestativo de desistir da compra realizada fora do estabelecimento no prazo de sete dias¹⁵. Trata-se do denominado *prazo de reflexão*.

5. CAUSAS SUPERVENIENTES À FORMAÇÃO DO CONTRATO

Quando mencionamos a ocorrência de causas supervenientes à formação do contrato, partimos do pressuposto de que ele se concretizou de forma plena, como negócio jurídico, nos planos da existência, validade e eficácia.

Assim, celebrado para ser cumprido, sem vícios ou previsão de arrependimento, sua dissolução posterior pode-se dar por diversas formas, que variam desde a manifestação expressa da vontade até os efeitos extintivos do eventual inadimplemento ou da morte de um dos contratantes.

Enfrentemos cada uma destas modalidades.

5.1. Resilição

A expressão “resilição” (utilizada expressamente, de forma técnica, pelo novo Código Civil brasileiro, em seu art. 473¹⁶, aperfeiçoando a redação legal codificada, outrora omissa) refere-se à extinção do contrato por iniciativa de uma ou ambas as partes.

Registre-se, portanto, de logo, que tal extinção não se opera retroativamente, produzindo seus efeitos *ex nunc*. Assim, nos contratos de trato sucessivo, não se restituem as prestações cumpridas, a menos que as partes assim o estabeleçam.

¹⁴ Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 187.

¹⁵ CDC: “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados”.

¹⁶ CC-02: “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Em verdade, partindo da concepção de que o contrato gera um vínculo jurídico obrigatório às partes, a conclusão lógica é que a mesma manifestação conjunta da vontade possa extingui-lo.

Assim sendo, temos que a regra, no direito brasileiro, é que a resilição seja bilateral (*distrato*), embora se possa falar, em casos permitidos expressa ou implicitamente pela lei, em uma manifestação unilateral de vontade extintiva do contrato.

Compreendamos estas duas espécies.

5.1.1. *Bilateral (Distrato)*

A resilição bilateral é chamada, pela doutrina e pelo próprio texto codificado, de *distrato*.

Se foi a autonomia da vontade que estabeleceu a relação contratual, é óbvio que esta mesma autonomia poderá desfazê-la, na forma como pactuado, possivelmente celebrando um novo negócio jurídico que estabelece o fim do vínculo contratual, disciplinando as consequências jurídicas deste fato.

Assim, por exemplo, se a empresa X tem um contrato de prestação de serviços com um escritório de advocacia, celebrado por tempo indeterminado, as partes podem, de comum acordo, extingui-lo, estabelecendo as indenizações que acharem cabíveis por tal rompimento contratual.

Ainda sobre o tema, pertinente é a observação do sempre lembrado mestre baiano ORLANDO GOMES:

“Todos os contratos podem ser resilidos, por *distrato*. Necessário, porém, que os efeitos não estejam exauridos, uma vez que a execução é a via normal da extinção. Contrato extinto não precisa ser dissolvido. Se já produziram alguns efeitos, o acordo para eliminá-los não é *distrato* mas outro contrato que modifica a relação. Geralmente o *distrato* é utilizado nos contratos de execução continuada para desatar o vínculo antes do advento de seu termo extintivo, mas pode ser convencionado para pôr termo a contrato por tempo indeterminado. Claro é que se o contrato cessa por se ter expirado o prazo estipulado, não há que falar em *distrato*, pois, nesse caso, dá-se a extinção normal, por execução”¹⁷.

E de que forma deve-se dar tal extinção?

a) *Forma*

Estabelece expressamente o art. 472:

“Art. 472. O *distrato* faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”

¹⁷ Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 185.

Se é da substância do negócio jurídico uma determinada forma, somente por tal solenidade é que se pode considerar válido o distrato.

Assim, por exemplo, se, por força da regra do art. 108 do CC-02¹⁸, a lei obriga o registro, por escritura pública, de um determinado contrato para sua validade, não poderão as partes desfazê-lo por instrumento particular. Da mesma forma, se, segundo o art. 819 do CC-02¹⁹, a fiança somente pode dar-se por escrito, seu distrato não poderá ser feito oralmente.

Isso não implica dizer, porém, que, se o contrato foi estabelecido por uma determinada forma, não imposta pela lei, ele também tenha de seguir tal formalidade para ser extinto²⁰.

b) Quitação

Um dado relevante se refere ao instituto da quitação.

De fato, estabelecia o art. 1.093 do CC-16:

"Art. 1.093. O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato. Mas a quitação vale, qualquer que seja a sua forma".

Uma leitura apressada poderia levar à conclusão de que, com a retirada da menção à quitação no já transcrito art. 472 do CC-02, esta também deveria seguir a mencionada regra de forma.

A observação é, como dito, apressada e equivocada.

Em verdade, não houve modificação da disciplina da quitação nos contratos, mas, sim, apenas um aperfeiçoamento da técnica legislativa, passando o

¹⁸ "Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País".

¹⁹ "Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

²⁰ "Prestação de contas. Contrato de prestação de serviços. Administração de imóvel. Distrato verbal. Contrato firmado por escrito. Irrelevância. Prova testemunhal, entretanto, inadmitida. Cerceamento de defesa configurado. Anulação do *decisum*. Apelo, para tanto, acolhido. Conquanto expresse o nosso Código Civil, em seu art. 1.093, que o distrato exige a mesma forma do contrato, tal regra não é absoluta. Em verdade, apenas exige-se a comprovação do distrato por instrumento escrito quando o contrato somente puder ser pactuado pela forma escrita. O contrato de administração imobiliária, espécie do gênero locação de serviços, no entanto, é contrato não solene, de forma livre, cujo aperfeiçoamento, independentemente de qualquer materialização exterior, decorre tão só do mero acordo de vontades das partes ajustantes. Assim, admitindo ele a prova oral para a sua comprovação, mesmo que tenha ele sido ajustado por escrito, o seu distrato permite a forma verbal, podendo ser comprovado por testemunhas" (TJSC. Ap. Cív. 1998.017316-7, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 24-3-1999, 1.ª Câmara de Direito Civil).

instituto a ser disciplinado em dispositivo próprio, relacionado à prova do pagamento, mantida a concepção de liberdade de forma²¹.

5.1.2. Unilateral

Partindo-se da concepção tradicional do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), é lógico que a extinção unilateral do contrato, por mera manifestação de vontade, não poderia ser bem vista.

Em verdade, essa visão específica continua válida, pois seria ilógico — ou, no mínimo, atentatório à segurança de uma estipulação contratual — imaginar que toda contratação pudesse ser simplesmente desfeita, ao alvedrio de uma das partes.

Nessa linha, admite-se, portanto, a resilição unilateral somente com autorização legal expressa ou implícita (pela natureza da avença) e, sempre, com a prévia comunicação à outra parte²².

É o que se infere do *caput* do art. 473 do CC-02, sem equivalente na codificação anterior:

“Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Assim, por exemplo, nas relações trabalhistas, em que, pelo princípio da continuidade, presume-se a contratação por duração indeterminada, devem as partes conceder o aviso-prévio, na forma do art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho²³, para proceder à resilição unilateral, reconhecida majoritariamente como o exercício de um direito potestativo.

²¹ “Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida” (grifos nossos).

²² Em geral, deve anteceder a resilição unilateral a existência de um *aviso prévio* ou *pré-aviso*, o qual, quando descumprido, sujeitará o infrator ao pagamento das perdas e danos devidos.

²³ “Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato, deverá avisar a outra da sua resolução, com a antecedência mínima de:

I — oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; [dispositivo não recepcionado pelo Art. 7.º, XXI, CF/88.]

II — trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de doze meses de serviço na empresa.

Na mesma linha, um contrato de prestação de serviços pactuado entre um professor de educação física e uma academia de ginástica também pode prever uma cláusula resilitória, mormente em se considerando que a relação contratual não deve ser vocacionada à eternidade.

Vale acrescentar, ainda, que o ato jurídico pelo qual se opera a resilição unilateral é “denúncia”. “Denunciar um contrato”, portanto, em Direito Civil, traduz a ideia de “resilir o negócio unilateralmente”.

a) Limitação temporal

Nas relações civis em geral que admitam a resilição unilateral, não se propugna, independentemente de prévia comunicação, pela mais ampla possibilidade da extinção *imediata* do contrato.

Isso porque a parte contrária pode ter realizado vultosos investimentos, na perspectiva da continuidade do vínculo contratual, não sendo razoável, nem compatível com a boa-fé objetiva, que anima toda a nova codificação civil, que tais gastos permaneçam irressarcidos.

Dando um exemplo para melhor visualizar a hipótese, imagine-se um contrato de prestação de serviços de assistência técnica, em que a empresa prestadora invista na aquisição de equipamentos especializados para o maquinário da tomadora. Ora, se, repentinamente, esta última decide romper o vínculo contratual (por ter, p. ex., encontrado uma outra empresa que possa lhe prestar o serviço), ficaria a outra parte “a ver navios”?

Em outra linha, se, por força da maior proteção que lhe dá a legislação consumerista, pretende um consumidor desfazer um contrato de compra e venda, por não ter mais condições de cumprir o pactuado, deve o vendedor aceitar tal fato, sem qualquer ressarcimento pelas despesas feitas?

§ 1.º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida, sempre, a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 2.º A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

§ 3.º Em se tratando de salário pago na base de tarefa, o cálculo, para os efeitos dos parágrafos anteriores, será feito de acordo com a média dos últimos doze meses de serviço.

§ 4.º É devido o aviso prévio na despedida indireta.

§ 5.º O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado.

§ 6.º O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.”

É claro que não, já havendo, inclusive, farta jurisprudência nacional sobre a matéria, mesmo aplicando regras anteriores ao novel Código Civil brasileiro²⁴.

²⁴ "Civil. Promessa de compra e venda. Desistência. Ação pretendendo a rescisão e restituição das importâncias pagas. Retenção de 25% em favor da vendedora, como ressarcimento de despesas. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924, I. A C. 2.ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (REsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, *DIU* de 9-12-02). II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito a restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção fixado em 25%. Precedentes do STJ. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ, REsp 508.053/MG, REsp (2003/0041447-5), *DJ*, 15-3-2004, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 10-2-2004, 4.ª Turma). Com exatamente o mesmo teor, confirmam-se, ainda, as seguintes decisões do STJ: (REsp 508.053/MG, REsp (2003/0041447-5), *DJ*, 15-3-2004, j. 10-2-2004, 4.ª Turma; REsp 188.951/DF; REsp (1998/0069070-0), *DJ*, 6-10-2003, j. 4-9-2003, 4.ª Turma; REsp 78.221/SP; REsp (1995/0056401-7), *DJ*, 29-9-2003, j. 26-8-2003, 4.ª Turma; REsp 355.818/MG; REsp (2001/0128189-4), *DJ*, 13-10-2003, j. 22-4-2003, 4.ª Turma; REsp 218.032; REsp (1999/0049141-6), *DJ*, 25-8-2003, j. 8-4-2003, 4.ª Turma).

"Recurso especial. Processual civil. Prequestionamento. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Compromisso de compra e venda de imóvel. Custos e despesas operacionais. Aluguel. Indenização. Retenção das prestações pagas. percentual. Não se conhece o recurso especial quanto a questões carentes de prequestionamento. A ausência da confrontação analítica dos julgados impede o conhecimento do recurso especial pela letra 'c' do permissivo constitucional. Hipótese em que, rescindida a promessa de compra e venda de imóvel, deve-se limitar a 50% a retenção pelo promitente vendedor das prestações pagas, a título de indenização pelos custos e despesas operacionais, e de aluguel, restituindo-se o saldo restante" (STJ, REsp 247.615/RJ; REsp (2000/0010909-6), *DJ*, 15-3-2004, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16-12-2003, 3.ª Turma).

"Civil e processual. Promessa de compra e venda de veículo automotor para entrega futura. Ação movida pelo adquirente. Rescisão atribuída à inadimplência do autor. Ausência de responsabilidade da empresa vendedora. Restituição de parcelas pagas. Multa contratual (20%). Acórdão estadual que a reduz ao limite de 2%. Hipótese diversa do art. 52, § 1.º, do CDC. Incidência dos arts. 916 e seguintes do Código Civil. Elevação da penalidade a percentual maior, porém em patamar inferior ao contratado, por excessivamente oneroso. I. Reconhecido pelas instâncias ordinárias que embora intentada a ação de rescisão pelo comprador, foi ele, na verdade, quem deu causa à rescisão do contrato de compra e venda de veículo para entrega futura, o desfazimento da avença, com a restituição das parcelas já pagas, implica na retenção de parte delas, em face da cláusula penal amparada nos arts. 916 e seguintes do Código Civil anterior, cujo percentual não fica sujeito, obrigatoriamente, aos 2% previstos no art. 52, parágrafo 1.º, do CDC, por ser outra a espécie, podendo, todavia, sofrer

Pensando em tais situações, foi explicitada a regra do parágrafo único do mencionado art. 473, *in verbis*:

“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”.

Frise-se, entretanto, que a compensação das despesas efetuadas pela parte que não desfez o contrato deverá ser justa e fixada segundo critérios compatíveis com os princípios da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana.

Por tais razões, não vemos com bons olhos as regras de “fidelização contratual” utilizadas pelas empresas de telefonia celular, resultando na imposição de pesadas multas ao consumidor que pretenda resilir o contrato, especialmente quando o móvel subjetivo da resilição for a insatisfação com o serviço fornecido.

Em tal hipótese, esta referida técnica de subordinação contratual afigura-se-nos injusta e ilegítima, uma vez que retira do consumidor o direito de escolha quanto à melhor concessionária que possa servir-lhe, ferindo, inclusive, todo o sistema de privatização e a própria Constituição Federal, que aponta a livre concorrência como o princípio básico da economia.

b) Formas especiais

Algumas modalidades contratuais permitem a resilição unilateral, tomando-se em consideração certas peculiaridades, utilizando, doutrina e legislação, *nomes especiais* para caracterizá-la.

Dentre essas formas especiais, destacamos a *revogação*, a *renúncia* e o *resgate*.

b.1) Revogação

A *revogação* consiste em uma modalidade de desfazimento de determinados negócios jurídicos, por iniciativa de uma das partes isoladamente.

É o exemplo da resilição unilateralmente feita *nos contratos de mandato* (arts. 682 a 687 do CC-02) e *doação* (arts. 555 a 564 do CC-02)²⁵.

redução, para afastar a abusividade, segundo diretriz contida na mesma Lei n. 8.078/90. II. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido, para elevar a retenção a 8% (oito por cento)” (STJ, REsp 505.629/MG, REsp (2003/0002168-6), DJ, 29-3-2004, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 2-3-2004, 4.^a Turma).

²⁵ Embora não seja tecnicamente um contrato, também no testamento é utilizado o vocábulo “revogação” neste sentido aqui expresso, conforme se constata da redação dos arts. 1.969 a 1.972 do CC-02.

Especificamente sobre o mandato, vale registrar que é possível o estabelecimento de cláusula restritiva da sua rescisão, leia-se, cláusula de irrevogabilidade, na forma do art. 684²⁶.

Distinguindo *revogação de denúncia*, afirma ORLANDO GOMES que

“esta põe fim, diretamente, à relação obrigacional, enquanto aquela extingue o contrato e, só como consequência mediata, a relação, fazendo cessar, *ex tunc* ou *ex nunc*, os efeitos do negócio.

O ato de revogação requer cumprimento pelo próprio sujeito que praticou o ato que se revoga e deve destinar-se a impedir que este produza seus efeitos próprios. Contudo, o vocábulo revogação é empregado em sentido mais amplo. Tal como a denúncia consiste a revogação numa declaração receptícia de vontade, que opera extrajudicialmente, e, como ela, é direito potestativo.

Os contratos estipulados no pressuposto da confiança recíproca entre as partes podem resiliir-se *ad nutum*, mediante revogação. Está neste caso o mandato. A lei autoriza o mandante a revogá-lo, pondo-lhe termo, a todo tempo, por simples declaração de vontade, e independentemente de aviso prévio.

Outros contratos comportam esse modo de rescisão sem essa liberdade. À doação, por exemplo, pode ser revogada, mas o poder de revogação não se exerce livremente, estando condicionado a causas peculiares. Neste caso, a revogação confunde-se com a resolução, porque depende de condição resolutiva a ser apreciada pelo juiz²⁷.

Sobre esse tema, voltaremos a tratar em capítulos próprios do tomo II (“Contratos em Espécie”) deste volume, ao qual remetemos o leitor.

b.2) *Renúncia*

Como a outra face da moeda, compreendemos que o sentido que se dá ao vocábulo “renúncia”, em matéria de extinção contratual, nada mais é do que a rescisão contratual por iniciativa unilateral do sujeito passivo da relação obrigacional, sendo também especialmente aplicável a algumas modalidades contratuais.

É o caso, por exemplo, também no contrato de mandato, da renúncia do mandatário, na forma determinada no art. 688 do CC-02, que também prevê limitações ao seu exercício²⁸.

²⁶ CC-02: “Art. 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz”.

²⁷ Orlando Gomes, *Contratos*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 187.

²⁸ CC-02: “Art. 688. A renúncia do mandato será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à

No ensinamento sempre atual de ORLANDO GOMES:

"Posto que seja unilateral, a renúncia pertence à categoria dos negócios extintivos, apresentando-se normalmente como comportamento abdicativo destinado a extinguir uma relação jurídica pela autoeliminação de um dos seus sujeitos, o ativo. No direito das obrigações, a remissão da dívida e a figura mais característica da renúncia. No mandato, tanto o mandante pode desvincular-se do contrato, revogando os poderes do mandatário, como este, com a mesma liberdade de ação, se libera, renunciando-os. Exerce, deste modo, o poder de resilir unilateralmente o contrato, pelo que indeferimos a postulação do item 'a' da inaugural. Deve notificar sua intenção ao mandante e, em certos casos, aguardar substituto. Da renúncia distinguem-se os negócios omissivos, como o repúdio"²⁹

b.3) Resgate

Exemplo clássico e difundido de resgate encontrávamos no Código Civil anterior, quando preceituava acerca do instituto da enfiteuse, direito real na coisa alheia não mais disciplinado pela codificação nacional.

Aliás, observa, a esse respeito, PABLO STOLZE GAGLIANO que:

"Dado o seu caráter de perpetuidade e por imitar o direito de propriedade, sem sê-lo, o novo Código Civil, corretamente, pôs fim a enfiteuse, substituindo-a pelo direito real de superfície, mais dinâmico e de caráter temporário"³⁰

Traduzia, pois, este *resgate* o exercício de um direito potestativo, então previsto no art. 693 do CC-16, com a seguinte redação:

"Art. 693. Todos os aforamentos, inclusive os constituídos anteriormente a este Código, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis 10 (dez) anos depois de constituídos, mediante pagamento de um *laudêmio*, que será de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o valor atual da propriedade plena, e de 10 (dez) pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar ao direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste Capítulo"

Na atual codificação, contudo, a expressão somente é utilizada em outro contexto, mais especificamente no exercício da retrovenda, referindo-se ao re-

substituição do procurador, será indenizado pelo mandatário, salvo se este provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável, e que não lhe era dado substabelecer"

²⁹ Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 188.

³⁰ Pablo Stolze Gagliano, *Código Civil Comentado — XIII (Direito das Coisas. Superfície. Servidões. Usufruto. Uso. Habitação. Direito do Promitente Comprador)*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 21.

torno do bem ao vendedor, conforme se verifica de uma simples leitura dos arts. 505 e 506:

“Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de *resgate*, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

Art. 506. Se o comprador se recusar a receber as quantias a que faz jus, o vendedor, para exercer o *direito de resgate*, as depositará judicialmente” (grifos nossos).

A retrovenda, em verdade, como visto, é uma cláusula especial à compra e venda, que limita a sua eficácia, uma vez que submete o negócio jurídico a uma condição resolutiva expressa³¹, sendo considerado, por nós, uma modalidade de extinção natural do contrato³²

Na anterior hipótese da enfiteuse, portanto, especialmente quando decorrente de um contrato firmado entre as partes, ou na situação atualmente prevista da retrovenda, podemos observar especiais modalidades de resilição³³, manifestadas por meio do direito de resgate.

5.2. Resolução

Embora a legislação codificada, por vezes, utilize a expressão em outros sentidos³⁴, o fato é que a teoria geral dos contratos reserva para o vocábulo “*resolução*” o significado de extinção contratual fundamentada no descumprimento do pactuado.

Sob a expressão “descumprimento”, compreenda-se o inadimplemento tanto culposo quanto involuntário e, bem assim, a inexecução absoluta e a relativa.

Se o contrato é feito para ser cumprido, a não realização da prestação como pactuada *pode* ensejar, sim, *a priori*, a critério da parte lesada, por sua provocação, o desfazimento da relação obrigacional.

³¹ Sobre o tema, confira-se o tópico 10.1 (“Retrovenda”) do Capítulo I (“Compra e Venda”) do tomo 2 (“Contratos em Espécie”) do v. IV (“Contratos”) desta obra.

³² Confira-se o tópico 3.2.2 (“Implemento de condição resolutiva”) deste capítulo.

³³ Nesse sentido, confirmam-se Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 188, e Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, v. III, p. 181.

³⁴ Confirmam-se, a propósito, os arts. 769, § 2.º; 770; 796, parágrafo único; 1.031 e 1.032; 1.359 e 1.360; e 1.499, III, do CC-02.

A expressão “pode” é, aqui, mais uma vez utilizada em seu sentido técnico, pois, na nova visão que se propugna para o direito obrigacional, deve-se sempre prestigiar a tutela específica da obrigação, caso seja possível a prestação e ainda haja interesse nela pela parte lesada, realizando-se a intenção declarada ao se celebrar a avença.

5.2.1. *Algumas palavras sobre a voluntariedade da inexecução*

Para efeito de resolução do contrato, pouco importa se a inexecução se deu voluntária ou involuntariamente.

De fato, seja pela recusa — justificada ou não — do devedor, seja por fatos alheios à sua vontade, como, por exemplo, no caso fortuito ou de força maior, sempre será possível ao interessado (parte lesada pelo descumprimento) pedir a resolução do contrato, extinguindo-se o vínculo contratual.

Necessário se faz, porém, verificar se há razoabilidade no incumprimento para efeito de verificação da responsabilidade civil por tal ato, pelo que remetemos tal discussão para um capítulo próprio³⁵.

O tema do descumprimento do contrato, ensejando a sua resolução, desperta, na realidade, vários temas acessórios, como é o caso, por exemplo, nos contratos bilaterais, em que o inadimplemento de uma parte autoriza o não cumprimento de prestação correspondente pela outra, caracterizando a *exceção substancial do contrato não cumprido* (*exceptio non adimpleti contractus*).

Da mesma maneira, a resolução do contrato pode decorrer da impossibilidade de seu cumprimento por onerosidade excessiva, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevistos, tema, aliás, que pode ensejar, inclusive, a rediscussão das suas prestações, justamente para evitar a sua extinção.

Dada a importância desses dois últimos aspectos, disciplinados expressamente pelo novo Código Civil brasileiro — o segundo, inclusive, de forma inovadora —, por uma questão metodológica, vamos tratá-los também em capítulos autônomos³⁶.

5.2.2. *Cláusula resolutória (expressa ou tácita)*

As partes podem prever, no próprio conteúdo do contrato, que, caso haja descumprimento, o mesmo será considerado extinto.

³⁵ Confira-se o Capítulo XVII (“Inadimplemento e Responsabilidade Civil Contratual”) do presente tomo.

³⁶ Confira-se os Capítulos XV (“Exceção de Contrato Não Cumprido”) e XVI (“Teoria da Imprevisão e Resolução por Onerosidade Excessiva”) do presente tomo.

Trata-se da chamada "cláusula resolutiva (ou resolutória) expressa"³⁷ ou "pacto comissório expresso"³⁸, que gera efeito dissolutório da relação contratual.

Quando, contudo, as partes nem sequer cogitaram acerca do inadimplemento contratual, fala-se, de maneira distinta, na preexistência de uma cláusula resolutória tácita³⁹, pois, em todo contrato bilateral, por força da interdependência das obrigações, o descumprimento culposo por uma das partes deve constituir justa causa para a resolução do contrato, uma vez que, se um é causa do outro, deixando-se de cumprir o primeiro, perderia o sentido o cumprimento do segundo.

Tal instituto está previsto expressamente no novo Código Civil brasileiro, especificamente no seu art. 474:

"Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial".

³⁷ "Contrato de arrendamento mercantil. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula resolutória. Prequestionamento. Juros. Precedentes da corte. 1. O tema relativo à cláusula resolutória constante do contrato foi examinado pelo Tribunal local considerando a redação da cláusula contratual sobre a rescisão, que entendeu incidente o art. 54, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, que não foi enfrentado no especial. 2. Com relação ao art. 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor, o acórdão recorrido afirmou que estavam presentes as condições nele previstas, assim a exacerbada valorização do dólar e a onerosidade excessiva para o consumidor, não cabendo rever a prova dos autos, presente a Súmula n. 07 da Corte. 3. O art. 6.º da Lei n. 8.880/94 não foi prequestionado, incabível o exame da prova sobre a captação dos recursos no exterior porque afirmado pelo acórdão recorrido que tal não ocorreu. 4. Nos contratos da espécie, segundo a jurisprudência da Corte, não há fundamento infraconstitucional para a limitação da taxa de juros. 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ, REsp 482.485/GO; REsp (2002/0151327-3), DJ, 22-3-2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 9-12-2003, 3.ª Turma).

³⁸ Esta expressão, posto houvesse recebido assento em dispositivo específico do Código anterior (art. 1.163), como pacto acessório ao contrato de compra e venda, não mereceu, por parte do legislador, a consagração de dispositivo correspondente no Código novo. Fica, entretanto, a sua subsistência em nível doutrinário. Atente o nosso leitor, entretanto, que tal expressão também serve para caracterizar instituto distinto, regulado pelas normas de Direitos Reais, a teor do art. 1.428 da nova Lei Codificada. Neste último sentido, proíbe-se, pois, o "pacto comissório", que dê ao credor poderes para ficar com a propriedade da coisa dada em garantia real, pelo devedor.

³⁹ Ressalve-se que, embora o texto legal tenha adotado o adjetivo "resolutiva", preferimos nos valer do adjetivo "resolutória" justamente para diferenciar da aposição de uma condição ao negócio jurídico que deve ser, em regra, expressa. Nessa linha, utilizamos a expressão consagrada na legislação consumerista, v. g., no seu art. 54, § 2.º, ao explicitar que nos "contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2.º do artigo anterior"

Aplaudimos a nova disciplina legal, pois explicitou tratar-se de uma *cláusula* resolutiva, modificando a expressão anterior (*condição* resolutiva, constante do parágrafo único do art. 119 do CC-16⁴⁰), o que nos soa mais técnico, pela dificuldade de se imaginar um elemento limitador da eficácia implicitamente contida em um negócio jurídico.

E por que não se incluir, dentro da visão esquemática aqui propugnada, tal assunto na parte referente à extinção natural do contrato, haja vista que foram as próprias partes que já anteviram tal possibilidade?

Iustamente porque, na visão ética que defendemos para as relações contratuais, não nos parece aceitável imaginar que, pela boa-fé objetiva, alguém pactue uma relação contratual já com a firme intenção de não cumpri-la.

A concepção da cláusula resolutória expressa deve ser aceita não pela ideia de que o contrato foi celebrado para não ser cumprido, mas, sim, justamente por uma questão de cautela, no caso de inadimplemento em função de eventuais situações supervenientes, o que se mostra mais evidente nos contratos de execução diferida ou de duração.

Por tais fundamentos, divergimos, neste particular, do dileto amigo e culto jurista CARLOS ROBERTO GONÇALVES, que elenca a cláusula resolutiva expressa como uma causa contemporânea à formação do contrato⁴¹. Em verdade, embora concebida na celebração da avença, a causa somente se materializa — e de forma sempre indesejada, embora admitida — com o descumprimento da obrigação pactuada.

Resolução pressupõe inadimplemento de algo exigível.

E inadimplemento é algo que nunca pode ser considerado normal ou contemporâneo ao contrato.

Por isso mesmo, a expressão “de pleno direito” deve ser interpretada com a devida ressalva, pois ela não quer dizer que, ocorrendo o inadimplemento, o contrato está automaticamente extinto.

Pensar dessa forma seria prestigiar o inadimplente, o que é inadmissível⁴²

⁴⁰ CC-16: “Art. 119. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.

Parágrafo único. A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo”.

⁴¹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, v. III, p. 157-9.

⁴² “Direito civil. Contrato de intermediação. Convênio estabelecido entre o Hospital São Bernardo s/a e a Autolatina. Cláusula prevendo o pagamento pela intermediação.

Assim, o que se deve ter em mente é que, ocorrendo o inadimplemento, a parte lesada tem o direito de exigir o seu cumprimento (haja vista que a tutela específica das obrigações deve ser a regra em nosso ordenamento⁴³) ou, não sendo mais possível a prestação ou não havendo mais interesse em seu cumprimento, a declaração judicial da sua resolução.

Essa é a linha do novel art. 475 do Código Civil brasileiro:

“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”.

Dessa forma, havendo o inadimplemento, e optando a parte lesada pela resolução, duas situações poderão advir:

a) Há cláusula resolutória expressa: nesse caso, uma manifestação judicial terá efeito meramente declaratório, operando-se *ex tunc*. A provocação do Estado-Juiz somente se faz necessária para assegurar uma certeza jurídica, o que é, em essência, a finalidade de qualquer postulação de natureza declaratória. Ademais, podem-se cumular pretensões (postulações condenatórias), ao exigir restituição de parcelas pagas, devolução de bens⁴⁴ e indenização pela extinção do contrato.

Inocorrência de extinção do contrato. Inércia do devedor. Obrigação de efetuar o pagamento enquanto perdurar a situação prevista no contrato. Valor da remuneração. Fixação. Razoabilidade. Recurso provido parcialmente. Votos vencidos. I — Nosso sistema não contempla a figura da extinção do contrato simplesmente porque uma das partes, não se interessando mais por ele, resolve deixar de cumpri-lo, sem que haja previsão de indenização. II — A parte insatisfeita com a forma como se desenrola a execução do contrato tem meios legais para postular o reexame das cláusulas nele inseridas e até mesmo para postular o desfazimento da avença. III — Na espécie dos autos, embora tenham sido firmadas diversas repactuações entre as partes interessadas, a substância daquele primeiro contrato permaneceu, razão pela qual a cláusula prevendo pagamento pela intermediação deve ser mantida, até que haja a efetiva extinção do ajuste. IV — Provimento parcial do recurso para assegurar ao recorrente a percepção da remuneração pelo valor fixado em abril de 1995, enquanto durar o convênio ou até que haja alteração imposta por decisão judicial em ação que venha a ser, eventualmente, proposta pelo recorrido” (ST), REsp 435.920/SP; REsp (2002/0059717-8), DJ, 22-3-2004, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, data da decisão 19-8-2003, 4.ª Turma).

⁴³ Sobre o tema, confirmam-se os tópicos 2.2.1 (“Descumprimento culposo das obrigações de fazer: a sua tutela jurídica”) e 2.3.1 (“Descumprimento culposo das obrigações de não fazer: a sua tutela jurídica”) do v. II (“Obrigações”) desta obra.

⁴⁴ “Arrendamento mercantil — Reintegração de posse — Liminar deferida — Notificação premonitória — Ineficácia inócurrenente — Decisão mantida — Recurso desprovido. Encartada, no contrato de *leasing*, cláusula resolutiva expressa, a rescisão contratual opera-se de pleno direito, uma vez sobrevindo o evento ao qual se subor-

b) Não há cláusula resolutória expressa: nesse caso, entende-se ser imprescindível a interpelação judicial para desconstituir o vínculo contratual, uma vez que não é razoável se imaginar que, em um contrato *sinalagmático*, uma das partes tenha de continuar a cumprir a sua prestação, se a outra se abstém de tal mister. A finalidade de tal interpelação é justamente cientificar a parte contrária da intenção de considerar resolvido o contrato, podendo ser suprida por outra forma de cientificação⁴⁵.

Ressalte-se que, embora inadimplente o devedor, não se pode tolerar que o credor queira resolver o contrato, reavendo bens alienados em prestações, sem a devolução, com as devidas compensações, das parcelas pagas⁴⁶. Nesse sentido, estabelece o Código de Defesa do Consumidor:

"Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 1.º (Vetado.)

dinou a resolução. Rescindido o ajuste e comprovada a mora, a posse do arrendatário transmuda-se em posse injusta, legitimando a utilização, pelo arrendante, da via possessória para a recuperação do bem. A notificação para a comprovação da mora é válida quando feita por carta registrada com AR, não sendo indispensável, para a sua eficácia, a entrega pessoal à empresa destinatária. Tal como decorre do art. 14 da Lei 9.492/97, aplicável ao caso, basta, para a validade da notificação, que a correspondência notificatória seja remetida ao endereço do devedor e lá recebida" (TJSC, AgI 1998.017814-2, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 23-2-1999, 1.ª Câmara de Direito Civil).

⁴⁵ "Contrato de compra e venda de bem imóvel. Interpelação. Cheques vinculados ao contrato representativos do pagamento, não efetuado por falta de fundos. Precedentes da corte. 1. Protestados os cheques dados em pagamento do contrato de compra e venda, com prazo certo de apresentação, não há necessidade da interpelação, perfeitamente suprida em tal cenário pelo protesto cartorário. 2. Recurso especial conhecido, contudo, desprovido" (STJ, REsp 538.217/MT; REsp (2003/0051962-5), DJ, 22-3-2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16-12-2003, 3.ª Turma).

⁴⁶ "Recurso especial — Arrendamento mercantil — Resolução por inadimplemento — Ação de reintegração de posse — Valor residual garantido pago antecipadamente — Devolução — possibilidade. Diante da resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário, é possível a devolução do chamado VRG, pago antecipadamente, à conta de ser uma consequência da reintegração do bem na posse da arrendante. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 470.512/DF; REsp (2002/0119743-3), DJ, 17-11-2003, rel. Min. Castro Filho, j. 29-10-2003, 3.ª Turma).

§ 2.º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

§ 3.º Os contratos de que trata o *caput* deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional”.

Registre-se, ainda, que, no campo da disciplina legal ou da autonomia da vontade, é possível o estabelecimento de regras para a purgação da mora, afastando a resolução contratual, o que deve ser analisado no caso concreto⁴⁷, bem como ser admissível, por exceção, que a resolução do contrato se dê por iniciativa daquele que não conseguiu adimpli-lo⁴⁸.

⁴⁷ “Civil e processual. Contrato de arrendamento mercantil. Recurso especial. Normativos hierarquicamente inferiores ao Decreto. Não conhecimento. Recurso especial. Cláusula resolutive. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Juros. Limitação (12% A.A.). Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33). Não incidência. Aplicação da Lei n. 4.595/64. Disciplinamento legislativo posterior. Súmula n. 596-STF. Cobrança antecipada do valor residual de garantia. *Leasing* caracterizado. I. Não se compreendem no conceito de lei federal, portanto não permitem a abertura da instância especial, os atos normativos com hierarquia inferior à do Decreto, tais como resoluções, portarias, circulares e outros. II. A conclusão de que o recorrido consignou valores suficientes para evitar a ocorrência da mora e por consequência a rescisão do pacto afasta a alegação de negativa de efetividade a condição resolutive, o que não pode ser elidido sem revolvimento da matéria fática e contratual (Súmulas n. 5 e 7-STJ). III. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura e no Código Civil aos contratos realizados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, salvo exceções legais, inexistentes na espécie. IV. A cobrança antecipada do valor residual garantido não descaracteriza o *leasing* para compra e venda financiada (Corte Especial, REsp n. 213.828/RS, Rel. p/ acórdão Min. Edson Vidigal, por maioria, DJU de 29-9-2003). V. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido” (STJ, REsp 471.613/GO; REsp (2002/0128388-2), DJ, 24-11-2003, rel. Min Aldir Passarinho Junior, j. 16-10-2003, 4.ª Turma).

⁴⁸ “Promessa de compra e venda. Extinção do contrato. Comprador inadimplente. A orientação que terminou prevalecendo na Segunda Seção, depois de inicial controvérsia, é no sentido de que o promissário comprador que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade do contrato assim como pretendido executar pela promitente vendedora tem o direito de promover a extinção da avença e de receber a restituição de parte substancial do que pagou, retendo a construtora uma parcela a título de indenização pelo rompimento do contrato. Essa quantia a ficar retida varia de caso para caso; ordinariamente tem sido estipulada entre 10% e 20%, para cobertura das despesas com publicidade e corretagem, podendo ser majorada quando o imóvel vem a ser ocupado pelo comprador. Não há razão para que tudo ou quase tudo do que foi pago fique com a vendedora, uma vez que por força do desfazimento do negócio ela fica com o imóvel, normalmente valorizado, construído também com o aporte do com-

5.3. Rescisão

Se há uma modalidade de extinção contratual em que se constata profunda imprecisão terminológica e desvios teóricos, não há menor dúvida de que é “rescisão”

Do ponto de vista gramatical, a expressão encontra as seguintes acepções:

“*rescisão* s.f. (1813 cf.ms²) ação de rescindir / anulação de (contrato) 1.1 JUR ato através do qual um contrato deixa de surtir efeitos devido a um vício nele contido; anulação 2 rompimento, corte. ETIM lat. *rescissio, onis* ‘rescisão, anulação; supressão, destruição’, com dissimilação das sibilantes; ver *cmd-*; f.hist. 1813 *rescisão*, 1836 *rescisão*”⁴⁹.

Baseada nos ensinamentos de MESSINEO⁵⁰, porém, boa parte da doutrina civilista brasileira especializada⁵¹ identifica o termo *rescisão*, tecnicamente, como a forma de extinção de contratos em que tenha ocorrido *lesão* ou celebrados sob *estado de perigo*⁵².

Observando tal confusão, registra SÍLVIO VENOSA que

“rescisão é palavra que traz, entre nós, a noção de extinção da relação contratual por culpa. Originalmente, vinha ligada tão só ao instituto da *lesão*. No entanto, geralmente quando uma parte imputa a outra o descumprimento de um contrato, pede a *rescisão* em juízo e a sentença decreta-a. Os interessados, no entanto, usam com frequência o termo com o mesmo sentido de *resilir*, isto é, terminar a avença de comum acordo, *distratar* o que foi contratado. Nada impede que assim se utilize, num costume arraigado em nossos negócios”⁵³

prador. Precedente. Recurso conhecido e provido em parte” (STJ, REsp 476.775/MG; REsp (2002/0156077-0), DJ, 4-8-2003, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20-5-2003, 4.ª Turma).

⁴⁹ Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2436.

⁵⁰ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, trad. de R. Fontanarossa, Sentis Melendo e M. Volterra, Buenos Aires: EIEA, 1952, t. II, p. 210.

⁵¹ Nesse sentido, confira-se, a título exemplificativo, Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 188-9, e Carlos Roberto Gonçalves, *Direito das Obrigações — Parte Especial — Tomo I — Contratos (Sinopses jurídicas)*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183.

⁵² Sobre a disciplina normativa de tais vícios de consentimento, confira-se o Capítulo XIII (“Defeitos do Negócio Jurídico”) do v. I (“Parte Geral”) desta obra.

⁵³ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 499.

E, por mais contraditório que possa parecer, o próprio Código Civil de 2002 utiliza a expressão em diversos contextos, sem um elemento comum que os una⁵⁴.

Por outro lado, a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) somente prevê a rescisão de contratos administrativos⁵⁵ em face da inexecução total ou parcial

⁵⁴ Confira-se, a propósito, os arts. 455 (tratando de evicção); 607 (tratando da extinção do contrato de prestação de serviços, mediante aviso prévio, o que caracteriza verdadeira resilição); 609 (tratando de hipótese onde não se caracterizaria, *a priori*, a extinção do contrato de prestação de serviços por alteração do titular de prédio agrícola onde é realizado); 810 (referindo-se ao contrato de constituição de renda, como sanção pela perda da garantias do cumprimento de prestações futuras); 1.642, IV (autorizando extinção de contratos de fiança e doação de um cônjuge, estabelecidos sem autorização do outro).

⁵⁵ "Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

- I — o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- II — o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- III — a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- IV — o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- V — a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- VI — a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
- VII — o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- VIII — o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1.º do art. 67 desta Lei;
- IX — a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
- X — a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- XI — a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- XII — razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
- XIII — a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1.º do art. 65 desta Lei;

do contrato, o que se acaba confundindo com o conceito assente de resolução.

XIV — a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV — o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI — a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII — a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;

XVIII — descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (Inciso incluído pela Lei n. 9.854 de 27-10-1999.)

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I — determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II — amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III — judicial, nos termos da legislação;

IV — (Vetado).

§ 1.º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

§ 2.º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I — devolução de garantia;

II — pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III — pagamento do custo da desmobilização.

§ 3.º (Vetado.)

§ 4.º (Vetado.)

§ 5.º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo."

E, como se fosse pouco, constata-se que a Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, bem como a própria pragmática juslaboralista se vale do vocábulo “rescisão” para tratar, indistintamente, de todas as modalidades de ruptura contratual trabalhista (fala-se, assim, em termo de rescisão de contrato de trabalho, rescisão por justa causa, rescisão indireta, verbas rescisórias etc.).

Afinal de contas, nessa mixórdia, quem está com a razão?

Sinceramente, parece-nos que, para pôr ordem em tal confusão, podemos extrair duas acepções jurídicas da palavra.

A primeira é justamente a utilizada no sentido genérico de extinção do contrato, como ocorre no cotidiano civil e trabalhista. Justamente por tal imprecisão, não recomendamos tal uso, que pode gerar divergências de interpretação.

O outro sentido, mais próximo do gramatical, é o que corresponde à ruptura do contrato em face de uma nulidade. Como visto, a ideia de rescindir lembra “corte, rompimento”, e é esta a sensação que se tem quando se verifica a declaração de nulidade de um contrato, pois, sabendo-o existente, verifica-se que ele não poderá produzir efeitos validamente (mesmo que, no campo da concreção, tenha gerado efeitos...).

Nessa mesma linha, é a doutrina do grande jurista MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, o qual, após registrar a confusão terminológica existente, prefere concluir que, em nosso Direito, a *rescisão* deve, de fato, ser tratada como causa extintiva do contrato em caso de *nulidade*, seguindo a linha do Código Civil francês⁵⁶.

Assim, na primeira acepção, rescisão seria uma causa superveniente à formação do contrato. Embora imprecisa, *trata-se da forma mais utilizada na prática*, motivo pelo qual preferimos, metodologicamente, tratar neste tópico o instituto. Todavia, para que não sejamos acusados de colidir as classificações feitas, esclarecemos que, se utilizada no sentido clássico de causa extintiva do contrato em caso de nulidade, rescisão, obviamente, será uma causa anterior ou contemporânea à formação do contrato.

5.4. Morte do contratante

Por fim, faz-se mister tecer algumas considerações acerca dos efeitos da morte de um dos contratantes para a relação jurídica obrigacional.

Como observa ORLANDO GOMES:

“Entre as causas de extinção dos contratos, a morte de um dos contratantes ocupa lugar à parte. Sua inclusão nos outros modos de dissolução não tem

⁵⁶ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil — Fontes das Obrigações: Contratos*, 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. III, p. 201.

realmente cabimento. Não é possível afirmar-se que resolve o contrato. Sem dúvida, impossibilita sua execução, ou faz cessá-la definitivamente, mas, a rigor, não pode ser considerada inexecução involuntária, porque seus efeitos não se igualam aos do caso fortuito. Não se justifica, também, enquadrá-la entre as causas de resilição, como procede a doutrina francesa, pois a resilição se caracteriza por ser consequência de manifestação da vontade de um ou dos dois contratantes⁵⁷

De fato, a morte de uma das partes somente constitui causa de dissolução do contrato naquelas avenças personalíssimas, contraídas justamente em função da pessoa do contratante (*intuitu personae*), equiparando-se à incapacidade superveniente⁵⁸. Somente nestes casos pode ser aplicado o brocardo latino *mors omnia solvit*.

Mesmo assim, operando-se a extinção da avença, a mesma terá produzido seus efeitos normalmente até o evento morte, não tendo, portanto, efeito retroativo (*ex tunc*), mas, sim, obviamente, *ex nunc*, o que se torna mais evidente nos contratos de execução continuada ou periódica⁵⁹.

Nas demais situações fáticas, as obrigações contratuais⁶⁰, bem como os direitos correspondentes⁶¹, transmitem-se aos herdeiros do *de cuius*.

⁵⁷ Orlando Gomes, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 189.

⁵⁸ É o caso, por exemplo, do tratamento dado na extinção do mandato, pelo art. 682, II, do CC-02, que menciona, justamente, a "morte ou interdição de uma das partes". Um outro exemplo é dado pelo dinâmico Professor Antônio Carlos Mathias Coltro, quando refere a extinção do contrato de mediação, *por força do falecimento do comitente*, pois, nesse caso, não teria como o corretor prosseguir no seu trabalho (*Contrato de Corretagem Imobiliária — Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 129).

⁵⁹ "Civil. Honorários de advogado. Serviços futuros, dependentes de ato de desapropriação. Falecimento do tomador dos serviços. O contrato de prestação de serviços advocatícios não é revogável, mas, à vista de sua peculiar natureza, em que predomina a confiança, só obriga os sucessores pelo pagamento do que foi, efetivamente, prestado. Hipótese em que, dependente de condição que não se realizou até o falecimento do tomador dos serviços, os sucessores podiam contratar outro profissional, sem que se lhes possa reclamar qualquer indenização. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 197.327/SP; REsp (1998/0089838-7), DJ, 23-4-2001, rel. Min. Ari Pargendler, j. 6-3-2001, 3.ª Turma).

⁶⁰ "Ação de consignação em pagamento. Legitimidade. Quem deve pagar. 1. Qualquer interessado pode pagar a dívida (Cód. Civil, art. 930). Pode também o terceiro requerer a consignação (Cód. de Pr. Civil, art. 890). 2. Em caso de compromisso de compra e venda, verificada a morte de um dos contratantes, é lícito ao descendente-sucessor valer-se da ação de consignação em pagamento. É, portanto, parte legítima. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 88.551/PB; REsp (96015040), DJ, 8-3-1999, rel. Min. Nilson Naves, j. 20-10-1998, 3.ª Turma).

⁶¹ "Civil e processual civil. Contrato de seguro. Legitimidade ativa *ad causam*. Beneficiário. Estipulação em favor de terceiro. Ocorrência. Art. 1.098, CC. Doutrina. Recurso

5.5. Caso fortuito ou força maior

Apenas com a finalidade de dar completude a nossa classificação, devemos lembrar que hipóteses de caso fortuito ou força maior também ensejam a extinção do contrato.

A matéria já foi por nós tratada anteriormente⁶², mas é importante reafirmar que ambas as hipóteses foram condensadas, tanto no Código Civil brasileiro de 1916 quanto na vigente codificação, em conceito único, conforme se pode verificar do art. 393 do CC-02 (art. 1.058 do CC-16):

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Há profunda divergência na eventual distinção conceitual entre os dois institutos. Sem intenção de dirimi-la, registramos, como já dissemos alhures, que “a característica básica da força maior é a sua *inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas)*; ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua *imprevisibilidade*, segundo os parâmetros do homem médio. Nesta última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo)”⁶³.

provido. I — A legitimidade para exercer o direito de ação decorre da lei e depende, em regra, da titularidade de um direito, do interesse juridicamente protegido, conforme a relação jurídica de direito material existente entre as partes celebrantes. II — As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina. III — Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro. IV — O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora, para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor. V — Tendo falecido no acidente o terceiro beneficiário, legitimados ativos *ad causam*, no caso, os seus pais, em face da ordem da vocação hereditária” (STJ, REsp 257.880/RJ; REsp (2000/0043135-4), j. 3-4-2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

⁶² Sobre o tema, confira-se o tópico 2.4 (“Caso fortuito e força maior”) do Capítulo VIII (“Causas Excludentes de Responsabilidade Civil e Cláusula de Não Indenizar”) do v. III (“Responsabilidade Civil”) desta obra.

⁶³ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2002, v. II, p. 291.

Não há diferença pragmática, porém, entre os institutos, que, ocorrendo na vigência de uma relação contratual, acabarão por extingui-la, sem ônus às partes.

Vale registrar, inclusive, a título de curiosidade, que algumas modalidades contratuais expressamente elencam a força maior como causa extintiva⁶⁴, o que, em verdade, é perfeitamente dispensável, tendo em vista o próprio sentido do instituto.

⁶⁴ É o caso, por exemplo, do contrato de prestação de serviço, sobre o qual, na previsão do art. 607 do CC-02, se estabelece:

"Art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso-prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou *pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior*" (grifos nossos).

Capítulo XV

Exceção de Contrato Não Cumprido

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Conceito e natureza jurídica. 3. Elementos caracterizadores. 4. Escorço histórico. 5. Restrição a aplicação do instituto. 6. Garantia de cumprimento. 7. A exceção do contrato não cumprido e a Administração Pública.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um tema extremamente relevante, em sede de discussão sobre extinção contratual, é a aplicação da “exceção de contrato não cumprido” (*exceptio non adimpleti contractus*).

Trata-se de instituto de grande aplicabilidade prática, que, dada a sua importância jurisprudencial, merece ser tratado em capítulo próprio.

A matéria está disciplinada nos arts. 476 e 477 do CC-02 (art. 1.092 do CC-16), que estipulam:

“Seção III

Da Exceção de Contrato não Cumprido

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

Compreendamos sistematicamente o tema, a partir da enunciação de seu conceito.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Consiste a “exceção de contrato não cumprido” em *um meio de defesa, pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode arguir que deixou de cumpri-lo pelo fato da outra ainda também não ter satisfeito a prestação correspondente.*

Como se infere, a mesma somente pode ser aplicada nos chamados contratos bilaterais, *sinalgmáticos* ou *de prestações correlatas*¹, em que se tem uma produção simultânea de prestações para todos os contratantes, pela dependência recíproca das obrigações.

Trata-se, portanto, de uma exceção substancial, paralisando a pretensão do autor de exigir a prestação pactuada, ante a alegação do réu de não haver percebido a contraprestação devida. Não se discute, *a priori*, o conteúdo do contrato, nem se nega a existência da obrigação² ou se pretende extingui-la³, sendo uma contestação apenas do ponto de vista da exigibilidade.

Sobre as exceções substanciais, disserta, com brilhantismo, FREDIE DIDIER JR., aqui transcrito inclusive com suas referências em rodapé:

“A exceção substancial, para ser conhecida pelo juiz, precisa ser exercida pelo demandado. Não pode, de regra, o magistrado conhecer *ex officio* dessa exceção⁴. Não alegada a exceção substancial no momento da contestação, ocorre a preclusão, salvo se a lei expressamente permitir a alegação a qualquer tempo, o que é raro (ex.: prescrição, art. 193 do CC-2002). A exceção opera no plano da eficácia⁵: não pretende o demandado extinguir a pretensão contra

¹ “Direito civil. Contrato bilateral. Considerações doutrinárias. Incidência do art. 1.092, CC. Recurso conhecido e parcialmente provido. Nos contratos sinalgmáticos, em que incidente a *exceptio non adimpleti contractus*, permitido é ao contratante retardar o adimplemento da sua obrigação enquanto o outro não satisfaz a sua” (ST), REsp 5.213/PA; REsp (1990/0009466-6), DJ, 7-10-1991, p. 13971, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20-11-1990, 4.ª Turma).

² “Comercial e civil — Compra e venda mercantil — *Exceptio non adimpleti contractus*. I — Válido, no contrato mercantil, alegar-se a exceção de contrato não cumprido, sabido que nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. II — Recurso não conhecido” (ST), REsp 7.076/PR; REsp (1990/0014189-3), DJ, 3-6-1991, p. 7425, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14-5-1991, 3.ª Turma).

³ “*Shopping center*. Contrato de reserva. *Res sperata*. Exceção de contrato não cumprido. O lojista pode deixar de efetuar o pagamento das prestações previstas no ‘contrato de direito de reserva de área comercial para instalação de loja e de integração no ‘tenant mix’ do centro comercial’ se o empreendedor descumprir com a sua obrigação de instalar loja-âncora no local previsto, em prejuízo do pequeno lojista. Para isso, não há necessidade de também rescindir o contrato de locação da loja. Art. 1.092 do CCivil. Recurso conhecido e provido” (ST), REsp 152.497/SP; REsp (1997/0075403-0), DJ, 30-9-2002, p. 263, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15-8-2002, 4.ª Turma).

⁴ O Código Civil de 2002 inovou no particular, pois relativizou a vetusta regra, ao permitir que a prescrição, quando beneficie incapaz, possa ser conhecida de ofício pelo magistrado (art. 194 do CC-2002).

⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 6, p. 10-1.

si exercida, mas apenas retirar-lhe a eficácia. Quem excetua não nega a eficácia, busca neutralizá-la ou retardá-la⁶. A exceção, como reverso da pretensão, prescreve no mesmo prazo desta (art. 190 do CC-2002)⁷ São exceções substanciais, por exemplo, a prescrição, o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido⁸.

Trata-se, também, de um instrumento bastante útil para forçar o devedor a cumprir a sua obrigação, uma vez que a recusa de pagamento da obrigação pode compeli-lo a tal fim.

Registre-se, ainda, com SILVIO RODRIGUES, que a "*exceptio non adimpleti contractus* pode ser invocada, qualquer que seja a causa geradora do inadimplemento do contrato. Quer a recusa de cumprimento se funde na má vontade do contratante, quer na força maior ou no caso fortuito, em ambas as hipóteses a outra parte pode aduzir a exceção. Porque, tendo uma prestação sua causa na outra, deixando aquela de ser cumprida, seja qual for o motivo, cessa de exigir a causa de cumprimento da segunda"⁹.

Por fim, é possível falar em exceção do contrato parcialmente cumprido (*exceptio non rite adimpleti contractus*) — no caso de uma das partes ter cumprido apenas em parte, ou de forma imperfeita, a sua obrigação, quando se comprometera a cumpri-la integralmente —, mas, em verdade, a sua concepção está abrangida na primeira.

3. ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Para facilitar a compreensão do instituto, destrinchemos quais são os elementos necessários para sua caracterização:

⁶ "A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem coelimina atos de realização da pretensão..., só encobre a eficácia do direito" (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 6, p. 10-1). "Ao contrário de negar o direito em vias de exercício, a exceção supõe esse direito, mas supõe também um outro que toca ao excipiente" (Humberto Theodoro Jr., *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, p. 183).

⁷ Resolveu o legislador do Novo Código Civil questão assaz tormentosa, pois não havia no CC-16 disposição semelhante, o que gerava muitas dúvidas sobre a incidência dos prazos prescricionais para a exceção. Sobre a prescribibilidade das exceções, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 6, p. 24-5.

⁸ Fredie Didier Jr., "Da exceção: o direito de defesa e as defesas", *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, no site www.unifacs.br/revistajuridica, edição de ago. 2004, seção "Corpo Docente".

⁹ Silvio Rodrigues, *Direito Civil — Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 77.

a) Existência de um contrato bilateral — A *exceptio non adimpleti contractus*, em sentido próprio, somente pode ser invocada em contratos¹⁰ onde há uma dependência recíproca das obrigações¹¹, em que uma é a causa de ser da outra, não sendo aplicável, *a priori*, para outras relações jurídicas¹²;

b) Demanda de uma das partes pelo cumprimento do pactuado — Somente há sentido na invocação de uma exceção substancial (defesa em sentido material) se há uma provocação, exigindo-se o cumprimento, pois, na inércia das partes, não há que falar em defesa;

c) Prévio descumprimento da prestação pela parte demandante¹³ — É justamente o prévio descumprimento pela parte demandante que autoriza o

¹⁰ “Ensino privado. Renovação de matrícula. Falta de pagamento de mensalidades. Não há se exigir de Universidade de ensino privado a prestação de serviços sem a devida contraprestação. Não é entidade filantrópica, nem tem obrigação de fornecer ensino público, ônus do Estado. Ao fim e ao cabo, trata-se de contrato bilateral devendo incidir, também, as regras do antigo CCB, no art. 1.092. Apelo improvido” (TIRS, Ap. Cív. 70004905030, rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. 16-10-2003, 5.ª Câm. Cív.).

¹¹ “Compra e venda de imóvel. Exceção de contrato não cumprido. 1. Para que seja invocado o art. 1.092 do CC é necessário que as obrigações sejam recíprocas e simultâneas. no caso, os recorrentes assinaram o documento e foram imitados na posse, não podendo, agora, invocar a proteção da *exceção de contrato não cumprido* se a outorga da escritura definitiva seria devida, apenas, após a quitação do preço avençado. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 85956/SP; REsp (1996/0002563-0), DJ, 13-10-1997, p. 51574, *LexSTJ*, 102/167; *RSTJ*, 104/285, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17-6-1997, 3.ª Turma).

¹² “Civil. Locação. Exceção de contrato não cumprido. Impertinência. Violação ao art. 1.092, DO CC. Inexistência. 1 — Não há espaço para a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* se o móvel da execução em análise é um acordo firmado pelas partes (locador e locatário), em autos de ação de despejo e não um contrato propriamente dito. Violação ao art. 1.092, do Código Civil inexistente. 2 — Recurso não conhecido” (STJ, REsp 191.502/SP; REsp (1998/0075508-0), DJ, 2-5-2000, p. 189, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29-3-2000, 6.ª Turma).

¹³ “Direito civil. Seguro de vida e acidentes pessoais. Prêmio pago com atraso. Pagamento acerto, sem qualquer ressalva. Posterior morte da segurada. Indenização devida. Arts. 937, 939, 940 e 1.432, CC. Recurso acolhido. Assentado pelas instâncias ordinárias que as seguradoras receberam o pagamento do prêmio efetuado com atraso, conferindo regular quitação, sem qualquer ressalva, por intermédio de instituição financeira a tanto autorizada, não é de ser acolhida, ante a superveniência do evento morte objeto da cobertura securitária, a alegação de *exceptio non adimpleti contractus* fundada na falta de cumprimento, no tempo devido, da obrigação assumida pela segurada” (STJ, REsp 36.022/SP; REsp (1993/0016828-2), DJ, 12-6-1995, p. 17628, *LexSTJ*, 79/146, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16-5-1995, 4.ª Turma).

excipiente a se valer da *exceptio non adimpleti contractus*¹⁴, uma vez que, tendo havido cumprimento da prestação, na forma como pactuada¹⁵, a demanda pelo seu cumprimento constitui o regular exercício de um direito potestativo. Ressalte-se que se o descumprimento foi de terceiro, e não da parte contratante, não há como invocar a exceção¹⁶.

4. ESCORÇO HISTÓRICO

Há divergência doutrinária acerca da origem histórica do instituto.

SERPA LOPES, em pioneira e profunda monografia brasileira sobre o tema, registra:

“Uma corrente é partidária de sua origem romana, de um modo nítido, enquanto outra, posto não desconheça que certas manifestações de reação defensiva por meio de uma especial forma de *retentio* fossem já conhecidas dos romanos, todavia são de parecer que a sua estrutura jurídica, tal qual aparece no Direito moderno, é uma consequência da noção canônica a respeito da ideia de contrato, e que, no Direito Romano, as circunstâncias que presidiam àquele direito não podiam favorecer a ideia de *fides* que se encontra como um elemento fundamental e intrínseco na *exceptio n. ad. contractus*.

¹⁴ “Promessa de venda e compra. Ação de rescisão por inadimplemento contratual. Não sendo cumprida pelo promitente-vendedor a sua obrigação, tocante a entrega do imóvel em condições de solidez e segurança, não lhe é dado exigir o implemento da dos compromissários-compradores quanto ao pagamento das prestações remanescentes avençadas. ‘*Exceptio non adimpleti contractus*’ acolhida. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 2.330/SC, REsp (1990/0001906-0), DJ, 28-5-1990, p. 4735, rel. Min. Barros Monteiro, j. 8-5-1990, 4.ª Turma).

¹⁵ “Ação declaratória. Não pagamento de financiamento habitacional por descumprimento de obrigação de fazer. Contrato bilateral. Não se pode pretender o não pagamento de prestação decorrente de financiamento coberto pela ré sob a alegação de ter esta descumprido com sua obrigação de bem fiscalizar a construção do imóvel, principalmente quando somente se obrigou ela a financiar compra e venda havida. Interpretação do art. 1.092 do CCB/16. Sentença reformada. Apelo da ré provido. Recurso adesivo do autor prejudicado” (TJRS, Ap. Civ. 195201587, rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. 27-11-2003, 10.ª Câmara, Civ.).

¹⁶ “Civil. Ineficácia de obras em loteamento. Ato de terceiro. Exceção do contrato não cumprido. Inocorrência. 1. A ineficácia de obras realizadas em loteamento quanto ao sistema de coleta de águas pluviais e de esgoto, decorrente de ato de terceiro, não configura a exceção do contrato não cumprido, mas apenas execução insuficiente ou incompleta, sem autorizar o promitente comprador a retardar o adimplemento de sua obrigação, suspendendo o pagamento das prestações avençadas. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 520.547/SP; REsp (2003/0062593-0), DJ, 17-11-2003, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 7-10-2003, 4.ª Turma).

Tais são as divergências que dividem os juristas em torno desse ponto delicado e histórico¹⁷

Independentemente disso, o fato é que o instituto sobreviveu aos séculos, tendo se consagrado nas legislações ocidentais contemporâneas.

E é possível restringi-lo?

5. RESTRIÇÃO À APLICAÇÃO DO INSTITUTO

A disciplina legal da *exceptio non adimpleti contractus*, tanto no CC-16 quanto no CC-02, nada dispunha sobre a possibilidade de restrição à invocação do instituto.

Nada impede, porém, que, partindo-se de situações fáticas em que as partes estejam em igualdade ou a restrição seja feita em interesse da coletividade, seja a mesma realizada.

É o posicionamento, por exemplo, de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

"Como decorrência do princípio da autonomia da vontade, admite-se a validade de cláusula contratual que restrinja o direito de as partes se utilizarem do aludido art. 476. Trata-se da cláusula *solve et repete*, pela qual obriga-se o contratante a cumprir a sua obrigação, mesmo diante do descumprimento da do outro, resignando-se a, posteriormente, voltar-se contra este, para pedir o cumprimento ou as perdas e danos. Importa em renúncia ao direito de opor a exceção do contrato não cumprido. Não é muito comum, sendo encontrada em alguns contratos administrativos, para proteger a Administração. Nas relações de consumo deve ser evitada, em razão da cominação de nulidade a toda cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada (CDC, art. 51)"¹⁸

6. GARANTIA DE CUMPRIMENTO

Como visto, a *exceptio non adimpleti contractus* pressupõe o descumprimento da avença.

Todavia, celebrado o contrato, se houver fundado receio de seu futuro descumprimento, por força da diminuição posterior do patrimônio da parte contrária, é preciso que se faça algo para resguardar o interesse dos contraentes.

Para isso, prevê o art. 477 do CC-02:

¹⁷ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções Substantivas: Exceção de Contrato não Cumprido (Exceptio non adimpleti contractus)*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 136.

¹⁸ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito das Obrigações — Parte Especial — Contratos (Sinopses Jurídicas)*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, t. I, p. 25.

“Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

Trata-se de uma forma de proteção aos interesses daquele que, por força da relação obrigacional, está adstrito ao cumprimento da prestação antes da parte contrária, constituindo-se, sem a menor dúvida, em medida das mais justas.

Exemplificando a matéria, observa o já citado amigo e professor CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“Procura-se acautelar os interesses do que deve pagar em primeiro lugar, protegendo-o contra alterações da situação patrimonial do outro contratante. Autoriza-se, por exemplo, o vendedor a não entregar a mercadoria vendida, se algum fato superveniente à celebração do contrato acarretar diminuição considerável no patrimônio do comprador, capaz de tornar duvidoso o posterior adimplemento de sua parte na avença, podendo aquele, neste caso, reclamar o preço de imediato ou exigir garantia suficiente.

Na hipótese mencionada, não podera o comprador exigir do vendedor a entrega da mercadoria, enquanto não cumprir a sua obrigação de efetuar o pagamento do preço ou oferecer garantia bastante para satisfazê-la. Se promover ação judicial para esse fim, poderá aquele opor a exceção do contrato não cumprido”¹⁹

Dando outro exemplo, imagine-se que alguém contrate a banda TREBLE-BES para fazer um *show* de final de ano, em uma determinada casa de espetáculos no interior da Bahia. Por força de uma enchente, porém, o local ficou interditado por vários meses, gerando visível e substancial prejuízo para seu proprietário. Ora, será que vale a pena correr o risco de se deslocar para a cidade, fazer a apresentação e não receber a contraprestação? É claro que não, motivo pelo qual deve o referido conjunto musical exigir garantias do cumprimento, antes de se aventurar pelas estradas da vida...

7. A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por fim, vale tecer algumas considerações sobre a possibilidade de invocação da exceção do contrato não cumprido, em sede de contratos administrativos.

¹⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, v. III, p. 167.

Não há a menor dúvida que isso pode ser feito, unilateralmente, pela Administração²⁰, mas a pergunta que se faz é se o particular também gozaria dessa prerrogativa.

Isso porque, estabelecido o contrato com a Administração Pública, o contratado assume o papel de seu colaborador, agindo, como tal, no interesse da comunidade, que não pode ficar prejudicada pela paralisação na sua execução.

Na observação de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, essa

“doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *exceptio non adimpleti contractus* seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. Neste, os interesses das partes são equivalentes e se colocam no mesmo pé de igualdade; no contrato administrativo, os interesses das partes são diversos, devendo, em determinadas circunstâncias, prevalecer o interesse público que incumbe, em princípio, à Administração proteger. Por isso, o particular deve, como regra, dar continuidade ao contrato, evitando de, *sponte sua*, paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo para acautelar seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida”²¹.

É claro que, em certas situações, a continuidade da prestação deve ser verificada de acordo com o princípio da razoabilidade (proporcionalidade), pois pode impossibilitar a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico de tal monta que não seria razoável exigir que o mesmo fosse suportado, pela desproporção entre esse sacrifício e o interesse público a atingir pela execução do contrato.

²⁰ “Apelação cível. Ação de cobrança e reconvenção. Contrato administrativo. Descumprimento. Rescisão contratual. ‘*Exceptio non adimpleti contractus*’. Indenização dos danos causados pelo inadimplemento da avença. Não tendo a empresa cumprido a parte que lhe competia do contrato, mesmo após a prorrogação do prazo previsto no contrato administrativo, cabível sua rescisão sem a contraprestação pecuniária. Em contrato bilateral, sinalagmático, se um dos contratantes não cumpriu sua obrigação, não pode exigir o adimplemento pela outra parte. Aplicação da ‘*exceptio non adimpleti contractus*’. Por outro lado, procedente o pleito reconvenicional, visando a indenização pelo descumprimento do contrato, em face do prejuízo decorrente, devidamente comprovado. Apelação improvida (11 fls.)” (TJRS, Ap. Civ. 598080505, rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 9-5-2001, 2.ª Câm. Civ.).

²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 232.

Assim, parece-nos, por exemplo, que as previsões do art. 78, XV e XVI, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) podem autorizar, excepcionalmente (sem trocadilho!), a aplicação da exceção do contrato não cumprido²².

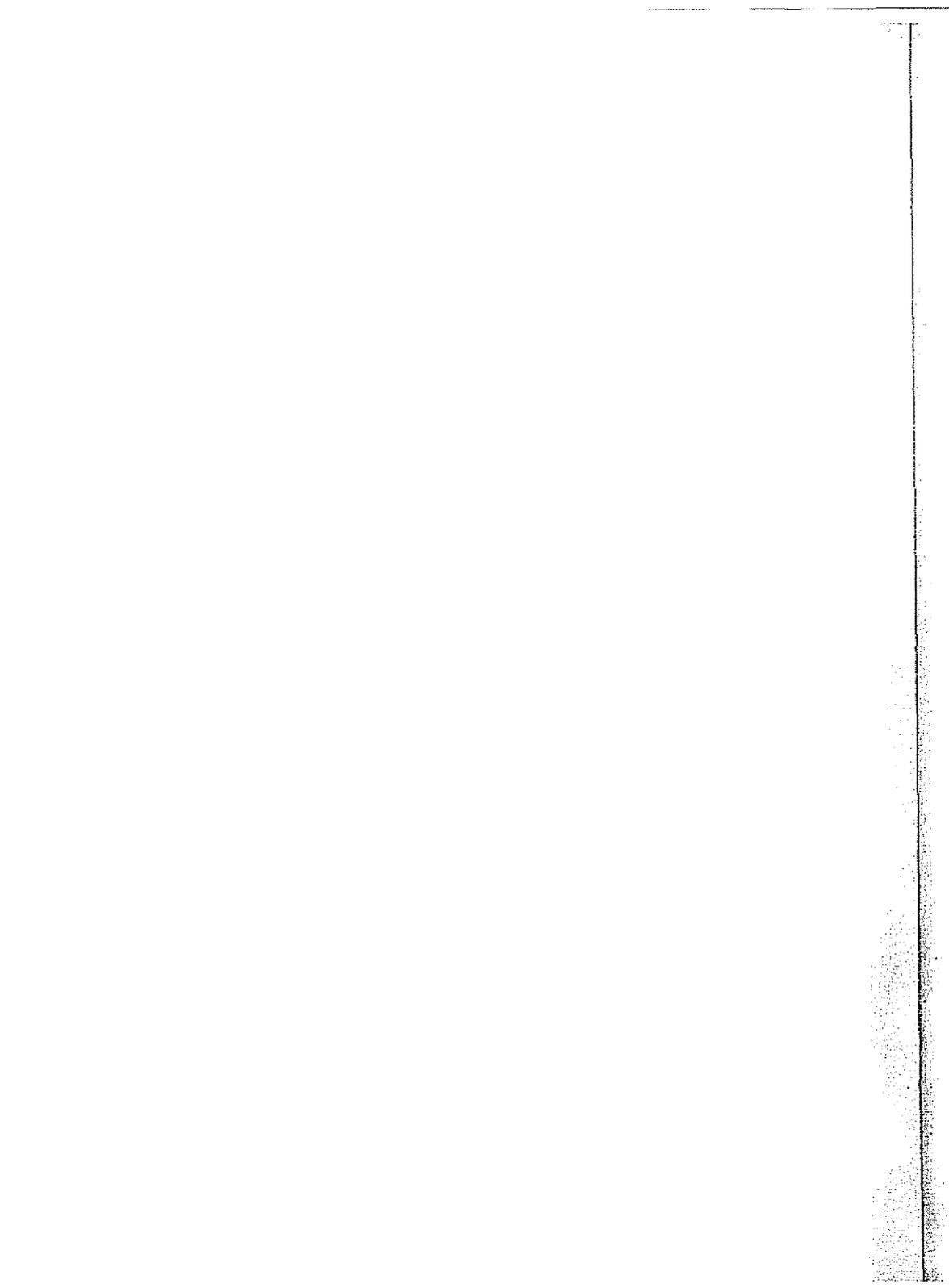
Até porque, nessa mesma linha de raciocínio, também não se afigura justo que o Estado se beneficie à custa do particular.

²² “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XV — o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI — a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto”



Capítulo XVI

Teoria da Imprevisão e Resolução por Onerosidade Excessiva

Sumário: 1. Introdução. 2. Concepção histórica da teoria da imprevisão. 3. Compreendendo a distinção entre teoria da imprevisão, cláusula *rebus sic stantibus* e resolução por onerosidade excessiva. 4. Elementos para aplicabilidade da teoria da imprevisão. 5. Teoria da imprevisão x Lesão. 6. Teoria da imprevisão x inadimplemento fortuito (caso fortuito ou força maior). 7. A teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor. 8. A teoria da imprevisão no Código Civil de 2002. 8.1. Aplicabilidade do instituto. 8.2. Revisibilidade do contrato. 8.3. Aplicação da teoria nos contratos unilaterais. 8.4. Restrição contratual à aplicação da teoria.

1. INTRODUÇÃO

Conforme explicitado em capítulo anterior¹, consideramos o tema da resolução contratual por onerosidade excessiva relevante demais para ser abordado em um simples tópico.

Por isso, fizemos a opção metodológica de abordá-lo em um capítulo próprio, concebendo-o dentro da chamada “Teoria da Imprevisão”, tema muito mais amplo e que o abrange.

Compreendendo tal teoria, será possível enfrentar o instituto com muito mais propriedade, inclusive para além dos limites do Código Civil brasileiro.

Façamos, para isso, uma rápida digressão histórica.

2. CONCEPÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Umbilicalmente ligada ao princípio do *pacta sunt servanda*, a concepção dogmática da teoria da imprevisão ou da imprevisibilidade marcou, sem dúvida, um importante passo na história evolutiva do Direito.

A Lei 48 do Código de Hammurabi, grafado em pedra 2.700 anos antes de nossa era, já trazia latente tão importante teoria:

¹ Confira-se o tópico 5.2.1 (“Algumas palavras sobre a voluntariedade da inexecução”) do Capítulo XIV (“Extinção do Contrato”) do presente tomo.

“Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”².

Desenvolvida especialmente na França, a teoria da imprevisão traduz, sobretudo, um ressurgimento da vetusta cláusula *rebus sic stantibus* do Direito Canônico³, segundo a qual o contrato somente seria exigível se as condições econômicas do tempo de sua execução fossem semelhantes às do tempo de sua celebração.

Referindo-se a essa cláusula, RUGGIERO observa que:

“Nos contratos a longo termo e com sucessivas prestações periódicas (*contractus qui habent tractum successivum*) deve considerar-se sempre subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, que quando uma alteração mais ou menos profunda se verifique mais tarde no estado de fato existente ou tido em conta pelos contraentes no momento do acordo, possa o obrigado invocar a rescisão do contrato que para ele se tornou excessivamente gravoso”⁴

Ocorre que esta cláusula, importante sobretudo pelo caráter mais solidarista que imprimia ao contrato, acabaria por cair no esquecimento nos sistemas jurídicos dos séculos XVIII e XIX, especialmente durante o auge do liberalismo, em que se cultuava a vontade e a razão humana como o centro de todo o universo social.

Durante muitos anos, portanto, consoante observamos linhas acima, o princípio da força obrigatória dos contratos imperou absoluto, sem que se pudesse conceber, sob pena de se cometer uma verdadeira “heresia jurídica”, revisão ou resolução de um determinado contrato por força de uma circunstância superveniente imprevisível.

Tudo mudou, entretanto, na primeira metade do século XX.

² J. M. Othon Sidou, *Resolução Judicial dos Contratos — Cláusula “Rebus Sic Stantibus” — e Contratos de Adesão — No Direito Vigente e no Projeto do Código Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³ “Embora não se saiba exatamente em que momento surgiu essa cláusula, sabe-se que os romanos já aceitavam a vulnerabilidade do princípio da obrigatoriedade do contrato (*‘pacta sunt servanda’*). Antes de ser uma regra jurídica, ela foi uma regra moral adotada pelo cristianismo; exigia-se equivalência das prestações sempre que se estivesse em presença de um ato a título oneroso. Daí a frase, que é atribuída a Bartolo (1314-1354): *‘contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur’*” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 234).

⁴ Roberto de Ruggiero, *ob. cit.*, v. 3, p. 350-1.

A Primeira Grande Guerra (1914-1918) e os movimentos sociais que fervilhavam na Europa Ocidental, aliados a um redimensionamento das forças geopolíticas mundiais, alteraram sobremaneira a face da economia global, causando forte impacto nos contratos de longo prazo, celebrados antes do grande conflito.

Imagine-se, apenas a título de exemplo, quantas indústrias celebraram contratos para a extração e beneficiamento de carvão antes da guerra. Seria justo que tais contratos não fossem revistos após a deflagração do conflito?

Poderiam os preços praticados permanecer imodificáveis, nos mesmos parâmetros anteriores à guerra?

O *pacta sunt servanda*, pois, deveria ser repensado.

E foi a França o primeiro Estado a editar uma lei direcionada à disciplina de tão importante questão.

Trata-se da famosa Lei Falliot, de 21 de maio de 1918⁵.

Nesse sentido, preleciona o culto DARCY BESSONE:

“Na França, ainda sob o fragor das batalhas, o problema desfiava solução. A Corte de Cassação resistiu tenazmente às solicitações de revisão dos contratos. O Conselho de Estado, no entanto, cedeu logo à premência dos fatos, firmando o princípio de que o poder público só poderia exigir do concessionário o cumprimento do contrato, tornado excessivamente oneroso por consequência de circunstâncias novas, das quais houvessem resultado dificuldades superiores às que poderia prever, se os revisse, adaptando-os às circunstâncias do momento. Em face da resistência da Corte de Cassação, tornou-se necessária a solução da questão por meio de lei, e, a 21 de maio de 1918, promulgou-se a Lei Falliot...”⁶.

Assim, ganhou base legal a denominada *Teoria da Imprevisão*, consistente no reconhecimento de que a ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, com impacto sobre a base econômica ou a execução do contrato, admitiria a sua resolução ou revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes⁷.

⁵ No dizer de Ruy Rosado de Aguiar Jr., “A primeira reação ao princípio da inderrogabilidade dos contratos por efeito de fatos novos, veio de WINDSCHEID que, em 1850, lançou a *teoria da pressuposição*, segundo a qual o contratante se obriga com a certeza da permanência de uma situação ou da ocorrência de um fato sem o qual não teria contratado. Falhando esse pressuposto, o interessado pode resolver o negócio” (*Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, 2. ed., Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 144).

⁶ Darcy Bessone, *Do Contrato — Teoria Geral*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 218.

⁷ Pablo Stolze Gagliano, Algumas Considerações sobre a Teoria da Imprevisão, *Jus Navigandi*, Teresina, 1.5, n. 51, out. 2001, disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto/asp?id=2006>>, acessado em 4-11-2003.

Analisando a teoria, com habitual erudição, ALVARO VILLAÇA AZEVEDO exemplifica:

“Suponhamos que um engenheiro se obrigue, fornecendo material e mão de obra, a construir para alguém uma casa, por oitocentos mil reais, reservando desta soma cento e cinquenta mil reais como seus honorários. Por imprevisível e brusca alteração no mercado, aumenta-se o preço do material de construção, eleva-se o salário mínimo, a ponto de impossibilitar o devedor ao cumprimento de sua obrigação. O que de material e de mão de obra tinha sido previsto para custar seiscentos e cinquenta mil reais, passa a custar oitocentos mil reais, colocando o engenheiro em posição de desempenhar o seu serviço, sem qualquer remuneração”⁸

3. COMPREENDENDO A DISTINÇÃO ENTRE TEORIA DA IMPREVISÃO, CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS” E RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

Apenas por uma questão de rigor terminológico, parece-nos relevante explicitar a diferença entre Teoria da Imprevisão, Resolução por Onerosidade Excessiva e Cláusula *Rebus Sic Stantibus*.

A “Teoria da Imprevisão” é o substrato teórico que permite rediscutir os preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis.

Trata-se, em nosso pensar, de uma aplicação direta do princípio da boa-fé objetiva, pois as partes devem buscar, no contrato, alcançar as prestações que originalmente se comprometeram, da forma como se obrigaram. Assim sendo, nem mesmo para a Administração Pública, quando estabelece contratos, conseguimos encontrar óbice para a sua aplicação, *modus in rebus*, em função das peculiaridades dos interesses envolvidos⁹.

⁸ Alvaro Villaça Azevedo, O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-Fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e, em Especial, Onerosidade Excessiva (“*Laesio Enormis*”), in *Questões Controvertidas — Série Grandes Temas de Direito Privado*, coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, São Paulo: Método, 2004, v. 2, p. 18.

⁹ Registre-se, inclusive, que a própria Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), com a redação dada pela Lei n. 8.883, de 8-6-94, admite tal aplicação, conforme se verifica de uma simples leitura do seu art. 65, I e II, *c e d*:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I — unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

Já a expressão “Cláusula *Rebus Sic Stantibus*” remonta, como visto, a tempos imemoriais. Mesmo sendo, em verdade, bastante anterior cronologicamente à concepção da Teoria da Imprevisão, sua finalidade acaba por se revelar uma aplicação dela, no reconhecimento pretoriano¹⁰ no sentido de que, em todo contrato de prestações sucessivas, haverá sempre uma cláusula implícita de que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento da celebração. Tal construção teórica, inclusive, foi uma das responsáveis pela consagração jurisprudencial da correção monetária no país, ainda na época em que o texto codificado prestigiava o nominalismo¹¹.

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II — por acordo das partes:

(...)

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

¹⁰ “REsp — Civil — Locação — Revisão judicial — O princípio ‘pacta sunt servanda’ não pode ser entendido literalmente. Algumas vertentes, inconformadas com a escola da exegese de origem francesa, como o pluralismo sistêmico-funcional, o humanismo dialético, o neomarxismo jurídico, o marxismo jurídico-ortodoxo e o normativismo dialético buscam, através da norma, realizar valores. Invoque-se a velha cláusula ‘rebus sic stantibus’. O aluguel, nesse contexto, deve expressar o valor locatício para evitar enriquecimento sem justa causa. Urge recusar reverência eclesiástica a literalidade da lei” (STJ, REsp 67.226/SP; REsp (1995/0027270-9), DJ, 18-12-1995, p. 44647, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 21-8-1995, 6.ª Turma).

¹¹ “Civil. Promessa de compra e venda. Ação de revisão do contrato. Correção monetária. Não pactuação. Irrelevância. Fato superveniente. Plano cruzado. Precedentes da turma. Dissídio. Caracterizado. Recurso provido. Procedência do pedido. I — Nos termos do entendimento da Turma, ‘celebrado o contrato de promessa de compra e venda, com prestações diferidas, sem cláusula de correção monetária, durante o tempo de vigência do Plano Cruzado, quando se esperava debelada a inflação, a superveniente desvalorização da moeda justifica a revisão do contrato, cuja base objetiva ficou substancialmente alterada, para atualizar as prestações de modo a refletir a inflação acontecida depois da celebração do negócio’ (REsp n. 135.151-RJ). II — Sendo

Por fim, quando se fala em “Resolução por Onerosidade Excessiva”, expressão utilizada pela nova codificação civil brasileira (arts. 478 a 480 do CC-02), sem correspondente na anterior, já se está a invocar a extinção (“resolução”) do contrato, em função do descumprimento (involuntário, pela onerosidade excessiva gerada por circunstâncias supervenientes).

A expressão, na chamada da Seção IV do Capítulo II (“Da Extinção do Contrato”) do Título V (“Dos Contratos em Geral”), não é totalmente precisa, uma vez que, como veremos e se encontra positivado, a onerosidade excessiva não importa somente na extinção do contrato, mas também em sua revisão.

Além disso, como veremos, a expressão “teoria da onerosidade excessiva”, embora calcada em fundamentos semelhantes, não corresponde exatamente à teoria da imprevisão, por estar mais focada na questão da desproporção do que propriamente na imprevisibilidade.

4. ELEMENTOS PARA APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Como já se observou, a presente teoria mais interessa aos *contratos de execução continuada ou de trato sucessivo, ou seja, de médio ou longo prazo*, bem como os de execução diferida¹², sendo inútil para os contratos de execução imediata.

Podemos, nessa linha de intelecção, decompor essa importante construção dogmática, nos seguintes elementos:

a) superveniência de circunstância imprevisível — claro está, assim, que se a onerosidade excessiva imposta a uma das partes inserir-se na álea de previsão contratual, não se poderá, em tal caso, pretender-se mudar os termos da avença, visto que, na vida negocial, nada impede que uma das partes tenha feito um “mau negócio”;

a correção monetária mero mecanismo para evitar a corrosão do poder aquisitivo da moeda, sem qualquer acréscimo do valor original, impõe-se que o valor devido seja atualizado, mesmo nos casos de não constar do contrato cláusula específica. III — É entendimento consolidado da Corte que a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor, constituindo ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena indenização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações” (STJ, REsp 94692/RJ; REsp (1996/0026395-7), DJ, 21-9-1998, p. 167, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25-6-1998, 4.ª Turma).

¹² Sobre a classificação dos contratos, ver Capítulo VIII, tópico 3.6, deste tomo.

b) alteração da base econômica objetiva do contrato — a ocorrência da circunstância superveniente altera a balança econômica do contrato, impondo a uma ou a ambas as partes onerosidade excessiva¹³;

c) onerosidade excessiva — consequencialmente, uma ou até mesmo ambas as partes experimentam um aumento na gravidade econômica da prestação a que se obrigou. Com isso, podemos concluir, consoante anotamos linhas acima, que a teoria da imprevisão não pressupõe, *necessariamente*, enriqueci-

¹³ “Contrato administrativo. Congelamento de preços. Decreto n. 2.284/86. Prazo de execução da avença inferior a um ano. Cláusula de irrevogabilidade. Correção monetária. Impossibilidade de. Diferença entre equilíbrio-econômico financeiro e reajuste monetário. Ausência de comprovação do desequilíbrio. 1. As obrigações contratuais ou extracontratuais regem-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, regra que se aplica aos efeitos jurídicos dos contratos, aos quais seguem a lei do tempo em que se celebraram. 2. ‘Consoante entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se o prazo de duração da avença é inferior a um ano, indevida a correção monetária. Conforme determina o art. 7.º do Decreto-lei n. 2.284/86, é vedado, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário nos contratos cujos prazos sejam inferiores a doze meses. (...)’ (REsp, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 9-12-1991). 3. *In casu*, no momento da celebração do pacto, a expectativa de inflação era evidente, não havendo empresa que desprezasse esse dado, agindo as mesmas de forma a incorporar esse valor no preço do serviço prestado, principalmente, pelo conhecimento da proibição do reajustamento dos contratos. 4. Deveras, não há que se confundir a vedação de inclusão de cláusula de reajuste com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. 5. ‘De toda a sorte, o fato é que o art. 7.º, do Dec.-lei 2.283, de 27.2.86 seja com a redação original, seja com a que lhe deu o 2.284, de 10.3.86 (Plano Cruzado), não veda reajustes contratuais estabelecidos em função de variação de custos e preços e insumos. O que o preceptivo em questão proíbe, a partir da edição dos decretos-leis em causa, como eles mesmos o dizem, é o reajuste monetário, ou seja, cláusula de atualização da moeda, e ainda assim nos contratos de prazo inferior a um ano...’ (Celso Antônio Bandeira de Melo, ‘Contrato Administrativo — direito ao equilíbrio econômico-financeiro — reajustes contratuais e os Planos Cruzado e Bresser’, *Revista de Direito Público*, n. 90, 1989). 6. Em suma: a) os contratos *sub examine*, com prazos de duração inferiores a um ano, foram firmados sob a égide do Decreto-lei n. 2.284/86 que vedava a inclusão de cláusula de reajuste; b) muito embora a possibilidade de, nos termos do art. 55, II, ‘d’, do Decreto-lei n. 2.300/86, realizar-se atualização dos preços inicialmente ajustados, os recorrentes não lograram comprovar o desequilíbrio, consoante ressaltado pelas instâncias ordinárias; c) o Decreto-lei n. 2.300/86 não revogou o Decreto-lei n. 2.284/86, porquanto o primeiro trata de preservação do preço ao passo que este versava a proibição de inclusão de cláusula de reajuste monetário; d) consecutivamente, não há direito ao reajuste monetário. 7. Deveras, se instância local, com ampla cognição fático-probatória, não verificou imprevisão capaz de alterar a força obrigatória do vínculo, vedado seria a esta Corte Superior, a teor do verbete sumular n. 07, acolher a pretensão da empresa recorrente. 8. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 509.986/DF; REsp (2003/0020044-7), DJ, 9-12-2003, rel. Min. Luiz Fux, j. 20-11-2003, 1.ª Turma).

mento de uma parte em detrimento do empobrecimento da outra. Isso porque a superveniência da circunstância não esperada poderá haver determinado onerosidade para ambas as partes, sem que, com isso, se afaste a aplicação da teoria.

5. TEORIA DA IMPREVISÃO X LESÃO

Não se confunde, outrossim, a aplicação da teoria da imprevisão com o vício da lesão (art. 157 do CC), embora neste também se verifique a existência de *desproporção manifesta entre as prestações pactuadas*, consoante se pode observar da análise do mencionado dispositivo legal:

“Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Pode-se, assim, conceituar a lesão como sendo *o prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes*¹⁴.

Decompõe-se, pois, este defeito, em dois elementos:

a) objetivo ou material — desproporção das prestações avençadas;

b) subjetivo, imaterial ou anímico — a premente necessidade, a inexperiência e a leviandade (da parte lesada), valendo destacar que, tradicionalmente, se acrescenta a noção do dolo de aproveitamento (da parte beneficiada), embora o texto do novo Código Civil brasileiro a ele não faça menção expressa.

Nota-se, assim, de uma análise perfunctória dessas simples noções que, posto haja semelhança, uma nítida diagnose diferencial entre a *lesão* e a *imprevisão* poderá ser traçada.

A primeira cuida de *defeito do negócio jurídico*, apto a ensejar a sua anulação, e ocorrente desde o momento em que o contrato é celebrado. Ou seja, a *lesão nasce com o negócio jurídico*, invalidando-o.

A *teoria da imprevisão*, por sua vez, pressupõe a existência de um *contrato válido*, de execução continuada ou diferida, que, por circunstância superveniente, onera excessivamente o devedor. Não há, pois, aqui, *fundo de abuso de poder econômico*, como ocorre na lesão, mas sim alteração da sua base objetiva por fato posterior imprevisível. Caso se trate de situação previsível e de

¹⁴ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 370.

consequências calculáveis¹⁵, dentro da álea econômica ordinária¹⁶, ainda que *impossibilite* o cumprimento da obrigação principal, não há falar em aplicação da teoria sob análise, nem, muito menos, pretender-se a revisão judicial do contrato.

6. TEORIA DA IMPREVISÃO X INADIMPLENTO FORTUITO (CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR)

Embora muito próximos, cabe distinguir a teoria da imprevisão do denominado inadimplemento fortuito.

O caso fortuito ou a força maior, institutos com sede legal própria no Código Civil (art. 393), e, bem assim, principiologia específica, resultam no *inadimplemento fortuito da obrigação*, sem que, com isso, se imponha a qualquer das partes a obrigação de indenizar.

A teoria da imprevisão, por sua vez, enseja uma revisão dos termos do contrato, podendo gerar, na repactuação, um dever de ressarcir parcelas pagas ou gastos feitos¹⁷, bem como até mesmo de indenizar pela extinção da avença.

¹⁵ "Civil. Embargos à execução. Confissão de dívida. Juros. Limitação (12% a.a.). Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33). Não incidência. Aplicação da lei n. 4.595/64. Disciplina-mento legislativo posterior. Súmula n. 596 — STF. Taxa média. Inexistência de onerosidade excessiva. I. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de abertura de crédito bancário, nem se considera excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente da 2.ª Seção do STJ. II. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 465.972/MG, REsp (2002/0114444-4), DJ, 22-3-2004, p. 311, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 19-2-2004, 4.ª Turma).

¹⁶ "Civil. Teoria da imprevisão. A escalada inflacionária não é um fator imprevisível, tanto mais quando avençada pelas partes a incidência de correção monetária. Precedentes. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 87.226/DF; REsp (1996/0007406-2), DJ, 5-8-1996, p. 26352, RDR, v. 6, p. 263, rel. Min. Costa Leite, j. 21-5-1996, 3.ª Turma).

"Processual e civil — Regimental — Teoria da imprevisão. I — Segundo a jurisprudência do STJ, é inaplicável a teoria da imprevisão, para acarretar reajustamentos do preço de imóvel, quando não ocorrentes causas ou acontecimentos excepcionais e imprevisíveis, capazes de inviabilizar o cumprimento da avença, sem graves prejuízos para uma parte, ou por enriquecer indevidamente a outra. II — Regimental improvido" (STJ, AGA 51.186/DF; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (1994/0011742-6), DJ, 31-10-1994, p. 29496, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 26-9-1994, 3.ª Turma).

¹⁷ "Direito civil e processual civil. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel com pedido de devolução das parcelas pagas. Legitimidade ativa *ad causam*."

Tratando da aplicação da teoria a Administração Pública e fazendo a distinção para a força maior, observa MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Nesta estão presentes os mesmos elementos: fato estranho à vontade das partes, inevitável, imprevisível; a diferença está em que, na teoria da imprevisão, ocorre apenas um desequilíbrio econômico, que não impede a execução do contrato; e na força maior, verifica-se a *impossibilidade absoluta* de dar prosseguimento ao contrato. As consequências são também diversas: no primeiro caso, a Administração pode aplicar a teoria da imprevisão, revendo as cláusulas financeiras do contrato, para permitir a sua continuidade, se esta for conveniente para o interesse público; no segundo caso, ambas as partes são liberadas, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento, como consequência da norma do art. 1.058 do Código Civil. Pela Lei n. 8.666, a força maior constitui um dos fundamentos para a rescisão do contrato (art. 78, XVII), tendo esta efeito meramente declaratório de uma situação de fato impeditiva da execução”¹⁸

Trata-se, portanto, de dois institutos diversos, que não devem ser confundidos¹⁹.

Possibilidade. Fundamento. *Favor debitoris*. Cláusula de decaimento. Enriquecimento sem causa das promitentes-vendedoras. Limitação. Os embargos de declaração são corretamente rejeitados quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. O direito à devolução das prestações pagas decorre da força integrativa do princípio geral de direito privado ‘favor debitoris’ (corolário, no Direito das Obrigações, do ‘favor libertatis’). O promissário-comprador inadimplente que não usufruiu do imóvel tem legitimidade ativa ‘ad causam’ para postular nulidade da cláusula que estabelece o decaimento de metade das prestações pagas. A devolução das prestações pagas, mediante retenção de 30% (trinta por cento) do valor pago pela promissária-compradora, objetiva evitar o enriquecimento sem causa do vendedor, bem como o reembolso das despesas do negócio e a indenização pela rescisão contratual. Recurso especial a que se dá provimento” (ST), REsp 345.725/SP; REsp (2001/0121091-1), DJ, 18-8-2003, rel. Min. Nancy Andrigli, p. 13-5-2003, 3.^a Turma).

¹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 236.

¹⁹ “1. Bonnacasse faz uma ampla diversificação entre o fortuito ou a força maior e a teoria da imprevisão ao considerar que a força maior (fortuito) pressupõe a impossibilidade absoluta, a imprevisão, a impossibilidade relativa; na força maior (fortuito), encara-se o evento que a determinou (circunstância objetiva), já na imprevisão encara-se o *animus* das partes ao momento da conclusão do ato jurídico (circunstância subjetiva); a força maior ou o fortuito tem latitude ampla e abrange todo o direito das obrigações; assim as que nascem do contrato como do delito, do quase contrato, e do quase delito; a imprevisão tem esfera restrita aos atos jurídicos; finalmente, a força maior ou o fortuito justifica a inexecução total da obrigação, enquanto que a imprevisão justifica só um atenuamento no seu rigor” (Anísio José de Oliveira, *A Teoria da Imprevisão nos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 2002, p. 63).

7. A TEORIA DA IMPREVISÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Diferentemente do Código de Beviláqua, que não cuidou da matéria, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º, V²⁰, inovou, ao consagrar essa teoria com novo matiz, ao admitir que *o consumidor pudesse pleitear a revisão do contrato, se circunstância superveniente desequilibrasse a base objetiva do contrato, impondo-lhe prestação excessivamente onerosa.*

Vê-se, pois, da análise deste dispositivo, que a moldura jurídica dada pelo legislador a esta teoria é peculiar, na medida em que permite a revisão contratual, *independentemente de o fato superveniente ser imprevisível.*

Isso mesmo.

O CDC não exigiu a *imprevisibilidade* para que se pudesse rediscutir os termos do contrato, razão por que a doutrina e a jurisprudência especializadas preferem, aí, denominá-la *teoria da onerosidade excessiva*²¹.

²⁰ CDC: "Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V — a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

²¹ "Civil. Arrendamento mercantil. Contrato com cláusula de reajuste pela variação cambial. Validade. Elevação acentuada da cotação da moeda norte-americana. Fato novo. Onerosidade excessiva ao consumidor. Repartição dos ônus. Lei n. 8.880/94, art. 6.º. CDC, art. 6.º, V. I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6.º da Lei n. 8.880/94). II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6.º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento. III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19-1-99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ, REsp 472594/SP; REsp (2002/0132082-0), DJ, 4-8-2003, p. 217, rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12-2-2003, 3.ª Turma).

"Contrato de arrendamento mercantil. Art. 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte. 1. Precedente da Corte assentou que o aumento do dólar americano no mês de janeiro de 1999 representa fato superveniente capaz de ensejar a revisão contratual, nos termos do art. 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor, já que, de modo indubitoso, onerou excessivamente, a prestação contratual, devendo ser

repartidos os ônus gerados, na forma do precedente da 2.^a Seção (REsp n. 472.594/SP, 2.^a Seção, Relator para o Acórdão o Senhor Ministro Aldir Passarinho Junior). 2. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ, REsp 468158/SP; REsp (2002/0107562-6), DJ, 23-6-2003, p. 358, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 13-5-2003, 3.^a Turma).

"Recurso especial. Contrato de arrendamento mercantil. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Cláusula cambial. Diferenças resultantes da maxidesvalorização do real. I — Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento mercantil. II — A jurisprudência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça orientou-se no sentido de dividir as diferenças resultantes da desvalorização cambial, meio a meio, entre arrendante e arrendatário. III — Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 441.940/SP; REsp (2002/0070509-1), DJ, 12-5-2003, p. 301, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 7-4-2003, 3.^a Turma).

"Direito do consumidor. *Leasing*. Contrato com cláusula de correção atrelada à variação do dólar americano. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Revisão da cláusula que prevê a variação cambial. Onerosidade excessiva. Distribuição dos ônus da valorização cambial entre arrendantes e arrendatários. Recurso parcialmente acolhido. I — Segundo assentou a jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte, os contratos de *leasing* submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor. II — A cláusula que atrela a correção das prestações à variação cambial não pode ser considerada nula *a priori*, uma vez que a legislação específica permite que, nos casos em que a captação dos recursos da operação se dê no exterior, seja avençado o repasse dessa variação ao tomador do financiamento. III — Consoante o art. 6.^o-V do Código de Defesa do Consumidor, sobrevindo, na execução do contrato, onerosidade excessiva para uma das partes, e possível a revisão da cláusula que gera o desajuste, a fim de recompor o equilíbrio da equação contratual. IV — No caso dos contratos de *leasing* atrelados à variação cambial, os arrendatários, pela própria conveniência e a despeito do risco inerente, escolheram a forma contratual que no momento da realização do negócio lhes garantia prestações mais baixas, posto que o custo financeiro dos empréstimos em dólar era bem menor do que os custos em reais. A súbita alteração na política cambial, condensada na maxidesvalorização do real, ocorrida em janeiro de 1999, entretanto, criou a circunstância da onerosidade excessiva, a justificar a revisão judicial da cláusula que a instituiu. V — Contendo o contrato opção entre outro indexador e a variação cambial e tendo sido consignado que os recursos a serem utilizados tmham sido captados no exterior, gerando para a arrendante a obrigação de pagamento em dólar, enseja-se a revisão da cláusula de variação cambial com base no art. 6.^o-V do Código de Defesa do Consumidor, para permitir a distribuição, entre arrendantes e arrendatários, dos ônus da modificação súbita da política cambial com a significativa valorização do dólar americano" (STJ, REsp 437.660/SP; REsp (2002/0056040-9), DJ, 5-5-2003, p. 306, RDDP, 6/111, RSTJ, 168/412, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 8-4-2003, 4.^a Turma).

"*Leasing*. Variação cambial. Fato superveniente. Onerosidade excessiva. Distribuição dos efeitos. A brusca alteração da política cambial do governo, elevando o valor das prestações mensais dos contratos de longa duração, como o *leasing*, constitui fato superveniente que deve ser ponderado pelo juiz para modificar o contrato e repartir entre os contratantes os efeitos do fato novo. Com isso, nem se mantém a cláusula da variação cambial em sua inteireza, porque seria muito gravoso ao arrendatário, nem se a

E, afinal, como se tratou da teoria da imprevisão no Código Civil brasileiro?

Como imprevisão propriamente dita ou como onerosidade excessiva?

É o que veremos no próximo tópico!

8. A TEORIA DA IMPREVISÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O novo Código Civil, por sua vez, cuidou de regular a matéria, nos seguintes termos²²:

“Seção IV

Da Resolução por Onerosidade Excessiva

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão a data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Diante dos termos da nova lei, algumas considerações podem ser tecidas.

8.1. Aplicabilidade do instituto

Primeiramente, notamos que a dicção do art. 478 faz presumir que a teoria adotada pelo codificador exige, para a sua configuração, que da superveniência do evento *extraordinário e imprevisível* decorra enriquecimento sem causa para uma parte em detrimento da outra.

substituir por outro índice interno de correção, porque oneraria demasiadamente o arrendador que obteve recurso externo, mas se permite a atualização pela variação cambial, cuja diferença é cobrável do arrendatário por metade. Não examinados os temas relacionados com a prova de aplicação de recursos oriundos do exterior e com a eventual operação de *hedge*. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido” (STJ, REsp 432.599/SP; REsp (2002/0052127-9), DJ, 1-9-2003, p. 292, rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11-2-2003, 4.ª Turma).

²² Tratando-se de um código novo, entendemos conveniente transcrever para o nosso leitor os principais dispositivos que forem referidos, para facilitar a clara compreensão de nossa obra, e, na mesma linha, tornar a nova lei cada vez mais conhecida de todos.

Já criticamos, linhas atrás, a impropriedade de se considerar que a imprevisão exija relação causal entre enriquecimento e empobrecimento de uma parte e outra, uma vez que *o fato posterior poderá onerar a ambas*, caso em que, ainda assim, a teoria não poderia deixar de ser aplicada.

Interessante notar também que o novo diploma exige, além da imprevisibilidade, a *extraordinariedade* do evento, ou seja, deverá ser excepcional, escapando, assim, do curso normal e ordinário dos acontecimentos da vida. Aliás, por se tratar de cláusula geral, deverá o juiz efetivar a sua concreção atento às características do caso concreto.

Nessa linha, o devedor — excessivamente onerado — poderá, nos termos do art. 478, pleitear a *resolução*, ou seja, o desfazimento do contrato, caso em que os efeitos da sentença retroagirão ao momento da citação.

A respeito desse último aspecto, pontifica JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, com maestria:

“O art. 478 dispõe que os efeitos da sentença que decretar a resolução retroagirão à data da citação. Compreende-se, pois a sentença verifica, nesse caso, que havia realmente fundamento para a resolução do contrato. Mas pode perguntar-se se será essa a única solução possível. Uma vez que a actuação também pode ser extrajudicial, os efeitos poderão retroagir à data da interposição dirigida por uma parte à outra, uma vez verificado que havia realmente fundamento para a resolução do contrato.

Na realidade, aquele trecho do art. 478, que traduz antes de mais nada a realidade processual comum, só confunde. Se se não quisesse estabelecer uma solução especial para esta hipótese, mais valia o Código ter omitido qualquer referência à retroacção. Mais uma vez, a roupagem processual em leis substitutas revela-se deslocada e nociva”²³ (*sic*).

8.2. Revisibilidade do contrato

O artigo subsequente, por sua vez, abre a possibilidade de se evitar a *resolução*, se o réu oferecer-se a modificar equitativamente as condições do contrato.

Nota-se, portanto, da leitura deste dispositivo, que a revisão do contrato, nos termos do novo Código Civil, é uma simples *faculdade do demandado*, o que se nos afigura um escancarado absurdo!

Como conceber que a revisão da base econômica do contrato fique ao alvedrio de apenas uma das partes?

²³ José de Oliveira Ascensão, *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*, in *Questões Controvertidas — Série Grandes Temas de Direito Privado*, v. II, citado, p. 188.

A negativa dessa via — deferida exatamente à parte que, em geral, goza de maior poder econômico — pode significar, na prática, que ao autor da ação (devedor onerado pelo evento imprevisível) caiba, apenas, pleitear a *resolução do contrato*, ou seja, a dissolução do negócio, o que poderá não lhe interessar, ou, até mesmo, ser-lhe ainda mais prejudicial.

Por isso, sustentamos a inegável possibilidade, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana (do devedor) e da efetividade do processo, de o juiz, sem pretender substituir-se à vontade das partes, prolatar sentença revisional, corretiva das bases econômicas do negócio, mesmo com a oposição do réu (credor)²⁴.

Aliás, podendo-se o mais (a resolução), pode-se o menos (a revisão), por inegável razão de justiça²⁵.

Tal entendimento, inclusive, parece-nos respaldado por uma previsão específica de aplicação de tal teoria, *em relação ao pagamento da prestação devida por força da relação jurídica obrigacional*.

Trata-se do art. 317 do CC-02, sem equivalente na codificação anterior, que estabelece:

“Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Ainda nessa linha, vale destacar que a recente Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, que dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, alterando o Decreto-Lei n. 911, de 1.º de outubro de 1969, as Leis n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 4.728, de 14 de julho de 1965, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dando outras providências,

²⁴ Neste caso, não entendemos que o juiz estaria “criando novas prestações”, mas, apenas, corrigindo o equilíbrio do contrato celebrado.

²⁵ “REsp — Civil — Locação — Revisional — Acordo das partes — O princípio *pacta sunt servanda* deve ser interpretado de acordo com a realidade socioeconômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula *rebus sic stantibus* cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A lei de locação fixou o prazo para a revisão do valor do aluguel. Todavia, se o período, mercê da instabilidade econômica, provocar dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restara comprovado que o último reajuste do preço ficara bem abaixo do valor real. Cabível, por isso, revisá-lo judicialmente” (STJ, ROMS 7.399/MS; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (1996/0042843-3), DJ, 7-4-1997, p. 11172, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 25-11-1996, 6.ª Turma).

acabou por estabelecer regras procedimentais para a hipótese de ação que visem rediscutir obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários²⁶, norma compatível com a ideia de que o sujeito passivo da obrigação deve consignar o valor que entende devido, demonstrando a sua boa-fé e *animus solvendi*²⁷

²⁶ “Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§ 1.º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

§ 2.º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

§ 3.º Em havendo concordância do réu, o autor poderá efetuar o depósito de que trata o § 2.º deste artigo, com remuneração e atualização nas mesmas condições aplicadas ao contrato:

I — na própria instituição financeira credora, oficial ou não; ou

II — em instituição financeira indicada pelo credor, oficial ou não, desde que estes tenham pactuado nesse sentido.

§ 4.º O juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2.º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto.

§ 5.º É vedada a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, sem o depósito do valor integral desta.

Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.”

²⁷ “Comercial e processual civil. Consignação em pagamento. Contrato de arrendamento mercantil. Fato novo e falta de fundamentação. Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356-STF. Revisão de contrato. Possibilidade. Aplicação do CDC. Correção das parcelas. Variação cambial. Dólar. Repartição dos ônus. I. Não prequestionados temas objeto do meconformismo, a admissibilidade do recurso especial, no particular, encontra óbice nas Súmulas n. 282 e 356 do STF. II. Aplicam-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor, no que pertine à possibilidade de revisão dos contratos, conforme cada situação específica. III. Plenamente possível a revisão das cláusulas contratuais em sede de ação consignatória, eis que necessária a correlação entre o valor depositado e o efetivamente devido. Precedentes. IV. Segundo o entendimento pacificado na egrégia Segunda Seção (REsp n. 472.594/SP, Rel. p. acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, por maioria, julgado em

8.3. Aplicação da teoria nos contratos unilaterais

Finalmente, o art. 480 consagra regra específica aos contratos unilaterais, ou seja, aqueles que impõem obrigações apenas para uma das partes. Neste caso, para *evitar* a onerosidade excessiva — veja que a norma tem cunho acatutelatório — o devedor poderá pugnar pela *redução da prestação* ou a *alteração do modo de executá-la*.

Ora, se partimos da premissa de que o codificador optou pela referência a imprevisibilidade, tem-se que, na hipótese, ocorrido o evento inesperado, deste o devedor poderá pleitear a minimização das consequências danosas, nos termos anteriormente mencionados. É o caso, por exemplo, de alguém se comprometer, por meio de um contrato de doação (contrato unilateral), a fornecer 50 sacas de cereais, em um determinado dia, a uma família carente que reside em uma longínqua comunidade, cujo único acesso é uma estrada vicinal. Se um evento inesperado dificultar sobremaneira a prestação (uma grave erosão na estrada, por exemplo), o devedor poderá pugnar pelo envio do cereal pela via fluvial, em dias seguidos, segundo a disponibilidade dos barcos de transporte da região.

Vê-se, com isso, que a norma sob comento afina-se com os ditames constitucionais de valorização da pessoa humana, segundo uma perspectiva socializadora do contrato.

8.4. Restrição contratual à aplicação da teoria

Finalmente, cumpre-nos indagar a respeito da possibilidade de se proibir, por cláusula contratual, a aplicação da teoria da imprevisão.

Em nosso sentir, tal cláusula violaria preceito de ordem pública, sendo atentatória da própria garantia da função social do contrato, o que quer dizer, em outras palavras, que seria considerada leonina.

Aliás, discorrendo sobre a aplicação intertemporal das normas contratuais no novo Código Civil (art. 2.035), tema enfrentado nesta obra, PABLO STOLZE GAGLIANO afirma que:

“...determinadas normas, como a que prevê a *resolução por onerosidade excessiva* ou a correção econômica das prestações pactuadas, em nosso pensamen-

12.02.2003), e legítima a cláusula de variação cambial, conforme previsto na Lei n. 8.880/94, porém admissível a incidência do CDC, em razão da substancial elevação superveniente, para reverter situação de onerosidade excessiva ao consumidor, devendo a diferença ser dividida em partes iguais entre os litigantes, mantida a higidez da cláusula contratual. V. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido” (STJ, REsp 264.592/RJ; REsp (2000/0062834-4), DJ, 30-6-2003, p. 251, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 1.º-4-2003, 4.ª Turma).

to, por seu indiscutível caráter publicístico e social, não podem, aprioristicamente, ser afastadas pela vontade das partes”.

E mais:

“...o parágrafo único do artigo sob comento [2.035], utilizando linguagem contundente, determina que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”²⁸ (grifos nossos).

E, sem sombra de qualquer dúvida, a cláusula proibitiva de aplicação da teoria da imprevisão (ou da onerosidade excessiva), a par de injusta, afigura-se indiscutivelmente detrimetosa à concepção social do contrato.

²⁸ Cf. artigo *O Novo Código Civil e os Contratos Celebrados antes da Sua Vigência*, disponível em <http://www.novodireitocivil.com.br>, acessado em 19-9-2004, bem como o Capítulo XVIII (“O Direito Intertemporal e os Contratos”) deste tomo.

Capítulo XVII

Inadimplemento e Responsabilidade Civil Contratual

Sumário: 1. Importância do tema. 2. Regras positivadas sobre inadimplemento contratual. 3. Responsabilidade civil contratual. 3.1. Rememorando as diferenças entre responsabilidade civil aquiliana e contratual. 3.2. Algumas palavras sobre a cláusula penal. 4. Responsabilidade civil pré-contratual. 4.1. Recusa de contratar. 4.2. Quebra das negociações preliminares. 5. Responsabilidade civil pós-contratual.

1. IMPORTÂNCIA DO TEMA

O Título V do Livro do “*Direito das Obrigações*”, intitulado “*Dos Contratos em Geral*”, não é explícito quanto ao estabelecimento de regras sobre o inadimplemento e a responsabilidade contratual.

Isso porque a disciplina positivada, na espécie, busca compreender a relação jurídica contratual como um sistema, de forma a regular como ela nasce, desenvolve-se e se extingue.

Todavia, parece-nos que tecer algumas considerações sobre o inadimplemento contratual, bem como a responsabilidade civil daí decorrente, é tema da maior importância na modernidade, não somente pela enorme quantidade de situações fáticas que demandam disciplina, mas também pelo fato de que a própria Constituição Federal de 1988 propugna pela restituição integral de danos por atos ilícitos, dentro dos direitos e garantias fundamentais¹.

E o descumprimento do contrato nada mais é do que uma manifestação de um ato ilícito, que, independentemente de resultar ou não na extinção do vínculo obrigacional original², deve ser sancionado, na forma adequada, com a reparação dos danos daí decorrentes.

¹ CF: “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V — e assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

² Sobre o tema, confira-se o Capítulo XIV (“Extinção do Contrato”) deste tomo.

Para isso, revisemos algumas importantes regras positivadas sobre o inadimplemento contratual.

2. REGRAS POSITIVADAS SOBRE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Por inadimplemento contratual, compreenda-se o não cumprimento da prestação pactuada, na forma como estabelecida na relação jurídica obrigacional.

Ocorrendo tal descumprimento do avençado, deve-se direcionar as pretensões para a tutela específica das prestações descumpridas, de forma a prestigiar a boa-fé objetiva e a manifestada intenção das partes ao celebrarem o negócio jurídico¹, embora outras condutas possam ser aceitas².

Independentemente disso, os danos decorrentes de tal ato ilícito devem ser reparados, mas, para isso, é preciso distinguir se a inexecução ocorreu de forma voluntária ou não.

De fato, tendo ocorrido o descumprimento do acordado — e, possível e consequentemente, danos por tal ato ilícito — é necessário averiguar se tal fato ocorreu por motivo de caso fortuito ou força maior (argumentação cujo ônus da prova é sempre do devedor inadimplente), pois, assim sendo, não há que falar em reparação, o que se depreende da regra do art. 393 do CC-02³.

Não sendo esta a hipótese, incide plenamente a regra básica de responsabilidade civil contratual, a saber, o art. 389 do Código Civil de 2002 (art. 1.056 do CC-16), cuja dicção é a seguinte:

¹ Sobre o tema, recomendamos, novamente, a leitura dos tópicos 2.2.1 (“Descumprimento culposo das obrigações de fazer: a sua tutela jurídica”) e 2.3.1 (“Descumprimento culposo das obrigações de não fazer: a sua tutela jurídica”) do Capítulo V (“Classificação Básica das Obrigações”) do v. II (“Obrigações”) desta obra.

² “Verifica-se, do exposto, que o contratante pontual pode, ante o inadimplemento do outro, tomar, a seu critério, três atitudes, uma passiva e duas ativas: a) permanecer inerte e defender-se, caso acionado, com a *exceptio non adimpleti contractus*; b) ou pleitear a resolução do contrato, com perdas e danos, provando o prejuízo sofrido; c) ou, ainda, exigir o cumprimento contratual, quando possível a execução específica (CPC, arts. 461 e parágrafos, e 639 a 641)” (Carlos Roberto Gonçalves, *Direito das Obrigações — Parte Especial — Contratos (Sinopses Jurídicas)*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, t. I, p. 26).

³ “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Mas em que consiste esta responsabilidade civil contratual?

É o que enfrentaremos no próximo tópico.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

O tema da responsabilidade civil é, sem sombra de qualquer dúvida, o mais abrangente de todos os temas da Teoria Geral do Direito, extrapolando seus limites para além do Direito Civil⁶, embora nele esteja a disciplina de seus institutos essenciais⁷.

Trata-se, na verdade, de uma situação derivada da violação de uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), desembocando na necessidade de reparação pelos danos causados.

Assim sendo, falar em responsabilidade civil contratual nada mais é do que tratar da reparação dos danos causados pelo descumprimento do pactuado.

Note-se que, na concepção legal de perdas e danos, independentemente do fundamento da responsabilidade civil, abranger-se-ão tanto os lucros cessantes quanto os danos emergentes⁸.

Mas há alguma peculiaridade em tal modalidade de responsabilidade civil, em relação à chamada responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana?

⁶ “Toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social. Realmente, embora alguns autores, como Iosserand, considerem a responsabilidade civil como ‘a grande vedete do direito civil’, na verdade, absorve não só todos os ramos do direito — pertencendo à seara da Teoria Geral do Direito, sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público ou privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, comprovando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares, uma vez que a diferenciação só se opera no que concerne às matérias, objeto de regulamentação legal — como também a realidade social, o que demonstra o campo ilimitado da responsabilidade civil” (Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v. 7, p. 3-4).

⁷ Sobre o tema, consulte-se o v. III (“Responsabilidade Civil”) desta obra.

⁸ “Art. 402. Salvo 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.”

3.1. Rememorando as diferenças entre responsabilidade civil aquiliana e contratual

Retomando tema já tratado em volume anterior⁹, rememoremos as diferenças essenciais entre a responsabilidade civil aquiliana e a responsabilidade civil contratual.

Como visto, a concepção básica da responsabilidade civil é a de reparação de danos causados pela violação de uma norma preexistente.

Ou seja, quem infringe dever jurídico *lato sensu* fica obrigado a reparar o dano causado.

Esse dever jurídico *lato sensu*, passível de violação, pode ter, todavia, como fundamento, tanto uma obrigação imposta por um dever geral do Direito ou decorrente da própria lei quanto uma relação negocial preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato.

No primeiro caso, teremos a responsabilidade civil aquiliana¹⁰, em que se viola um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém; enquanto no segundo falamos justamente da mencionada responsabilidade civil contratual, em que a *culpa contratual* se caracteriza pela violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o conteúdo do negócio jurídico.

E a diferença se resume a fonte do dever jurídico violado?

Não.

Além da *necessária preexistência de uma relação jurídica* entre lesionado e lesionante na responsabilidade civil contratual (relação esta inexistente na responsabilidade civil aquiliana, por isso mesmo chamada de *extracontratual*), dois outros elementos devem ser lembrados, a saber, o *ônus da prova quanto à culpa*; e a *diferença quanto à capacidade*¹¹.

⁹ Confira-se o tópico 3.2 (“Responsabilidade Civil Contratual x Responsabilidade Civil Extracontratual ou Aquiliana”) do Capítulo II (“Noções Gerais de Responsabilidade Civil”) do v. III (“Responsabilidade Civil”) desta obra.

¹⁰ “Onde se realiza a maior revolução nos conceitos jus-romanísticos em termos de responsabilidade civil é com a Lex Aquilia, de data incerta, mas que se prende aos tempos da República (Leonardo Colombo, *Culpa Aquiliana*, p. 107). Tão grande revolução que a ela se prende a denominação de aquiliana para designar-se a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Foi um marco tão acentuado, que a ela se atribui a origem do elemento ‘culpa’, como fundamental na reparação do dano” (Cano Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 3).

¹¹ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 2. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 197-9.

De fato, na responsabilidade civil contratual, a culpa é, de regra, no mínimo, presumida¹², uma vez que se trata do descumprimento de uma prestação que se assumiu livremente. Assim, há uma inversão do ônus da prova, pois caberá à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, enquanto ao devedor restará o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

Como observa SÉRGIO CAVALIERI FILHO,

“essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada”¹³.

Por outro lado, na responsabilidade civil aquiliana, abstraídas as hipóteses de reconhecimento de responsabilidade civil objetiva, respaldadas pelo parágrafo único do art. 927 do CC-02¹⁴, a culpa do réu deve ser sempre provada pela vítima, ao postular a reparação de danos causados.

A última distinção, por fim, refere-se à capacidade para assumir e responder pelo dever jurídico acessório da responsabilidade civil, haja vista que o menor púbere só se vincula contratualmente quando assistido por seu representante legal — e, excepcionalmente, se maliciosamente declarou-se maior (art. 180 do Código Civil de 2002, art. 155 do Código Civil de 1916) —, somente devendo ser responsabilizado nesses casos, ao contrário da responsabilidade civil aquiliana, em que o prejuízo deve ser reparado, pelo menos na previsão do art. 156 do Código Civil de 1916, sem correspondente no novel diploma civil. O Novo Código Civil, por sua vez, sem distinguir púberes de impúberes, dispõe que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes” (art. 928).

¹² Como regra especial, registre-se a previsão do art. 392 do CC-02 (art. 1.057 do CC-16), pela qual nos “contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça; nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”.

¹³ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 2. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 198.

¹⁴ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

3.2. Algumas palavras sobre a cláusula penal

Embora já tenhamos tratado, com minúcias, da *cláusula penal* em volume anterior desta coleção¹⁵, é preciso recordar a natureza jurídica desse instituto, pela sua evidente relação com o tema da responsabilidade civil contratual.

De fato, como já afirmamos alhures, “a cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes de um determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposos da obrigação principal, de determinada cláusula do contrato ou em caso de mora.

Em outras palavras, a cláusula penal, também denominada pena convencional, tem a precípua função de pré-liquidar danos, em caráter antecipado, para o caso de inadimplemento culposos, absoluto ou relativo, da obrigação”¹⁶.

Ora, assim sendo, com a pactuação, de maneira idônea, de uma cláusula penal pelas partes, a discussão sobre a responsabilidade civil contratual, neste caso, sofrerá a interferência deste pacto.

Isso não abrange, porém, as fases pré e pós-contratual.

E há responsabilidade civil nessas fases?

È o que veremos nos próximos tópicos.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

Conforme já defendemos em capítulo anterior¹⁷, o princípio maior da boa-fé objetiva deve ser aplicado não somente na conclusão e celebração do contrato, mas também nas fases pré e pós-contratual.

Nesse sentido, inclusive, é o Enunciado 25 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor:

“O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

Ora, assim sendo, não temos a menor dúvida de que, se há uma responsabilidade civil contratual, também há que falar em uma responsabilidade civil pré-contratual e — por que não? — pós-contratual.

Seguindo a linha de SÍLVIO VENOSA, parece-nos que a responsabilidade civil pré-contratual pode ser vista sob dois enfoques: a recusa de contratar e a quebra das negociações preliminares¹⁸.

Enfrentemos cada um deles.

¹⁵ Cf. o Capítulo XXV (“Cláusula Penal”) do v. II (“Obrigações”) desta obra.

¹⁶ Volume II desta obra, p. 341.

¹⁷ Cf. o Capítulo V (“Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual”) deste tomo.

¹⁸ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 478-83.

4.1. Recusa de contratar

Pode alguém recusar-se a contratar?

Se levarmos em “ponta de faca” o princípio da autonomia da vontade, a resposta seria sempre positiva.

Todavia, tal conduta não pode ser levada a grau extremo, pois a conduta de quem oferta seus bens e serviços no mercado não pode ser interpretada como de plena liberdade para escolher quem bem lhe aprouver para atender, dando tratamento desigual em face de determinadas pessoas.

É lógico que, havendo a recusa à contratação, ela tem de ser fundamentada, sob pena de se caracterizar como uma conduta discriminatória.

Como contrato nem sequer existe, é realmente complicado pensar em uma responsabilidade civil pré-contratual, soando mais como uma manifestação da responsabilidade civil aquiliana.

Nessa linha, ensina o amigo SÍLVIO VENOSA:

“Não se trata exatamente de uma responsabilidade pré-contratual, porque contrato ainda inexistente, mas de um aspecto da responsabilidade aquiliana que tem a ver com o universo contratual.

Nessa situação, na recusa de contratar, a questão coloca-se primeiramente em âmbito sociológico. Em sociedade, cada um exerce uma atividade para suprir necessidades dos outros, que não podem satisfazê-las. Destarte, o vendedor de determinada mercadoria, ou o prestador de serviços, validamente estabelecidos, desempenham uma função social relevante. Fornecem bens e serviços à sociedade e estão obrigados a fazê-lo, se foi essa a atividade escolhida para seu mister. A recusa injustificada na venda ou prestação do serviço constitui ato que se insere no campo do abuso do direito. O comerciante não está obrigado a vender, mas se dispôs a vender, não pode recusar-se a fazê-lo a quem pretende adquirir o objeto de sua mercancia. Essa conduta extravasa os limites do direito, é prática abusiva, pois existe um desvio de finalidade. (...) Quando o titular de uma prerrogativa jurídica, de um direito subjetivo, atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Em tal situação, o ato é contraditório ao Direito e ocasiona a responsabilidade do agente pelos danos causados”¹⁹.

Em sentido contrário, entretanto, defende CARLYLE POPP:

“Não pode parecer, deste modo, obscuro ao jurista com o pensamento voltado para o presente que tal tipo de situação jurídica não se pode enquadrar no campo da responsabilidade extracontratual. Ora, há muito foi o tempo em

¹⁹ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 480.

que havia uma separação absoluta entre contrato celebrado e negociações contratuais. Estas, da mesma forma que a publicidade e a oferta, regem-se pelo sistema contratual. O contrato social propicia o surgimento de deveres de conduta, fundamentados no princípio da boa-fé objetiva, mas cuja situação jurídica tem índole relativa. A relação jurídica não nasce do ilícito, mas é a ele preexistente. O dever genérico de não prejudicar não nasce do ordenamento jurídico, mas sim, do conteúdo das tratativas e da conduta das partes. Isto porque, vista a obrigação como totalidade, estes deveres acessórios geram a obrigação de prestar, mas somente aqueles que se encontram sujeitos a esse vínculo preexistente. Assim, ratificando o pensamento supra de PRATA, a questão deve conduzir o intérprete ao raciocínio claro: responsabilidade pré-negocial, de qualquer espécie, tem natureza contratual e, portanto, submeter-se-á a idêntico disciplinamento jurídico²⁰.

Acolhendo-se tal posicionamento, a recusa de contratar, como violação da boa-fé objetiva pode, inclusive, permitir, excepcionalmente, o reconhecimento da existência anterior da relação contratual, o que tem sido verificado, em especial, na jurisprudência trabalhista²¹.

4.2. Quebra das negociações preliminares

Também já explicitamos que os atos *prévios ou preparatórios* à celebração do contrato poderão gerar, em caso de quebra injustificada da expectativa de contratar, responsabilidade civil do infrator, por força da violação à *boa-fé objetiva pré-contratual*.

O entendimento assente sobre a matéria é que o rompimento dessa legítima expectativa de contratar, em prejuízo da parte que efetivou gastos na certeza da celebração do negócio, poderá ocasionar, a depender das circunstân-

²⁰ Carlyle Popp, *Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas*, Curitiba: Iuruá, 2002, p. 149.

²¹ "CONTRATO DE TRABALHO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL DO ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. O artigo 422 do Código Civil impõe a observância do princípio da boa-fé a todas as relações obrigacionais. Irretocável a r. sentença de primeiro grau, proferida pelo MM. Juiz Luciano Augusto de Toledo Coelho, ao aplicar ao contrato de trabalho o princípio da boa-fé: 'no caso dos autos, 'integração' significaria ingresso na cultura e no serviço da empresa, não sendo crível e nem de acordo com a boa-fé que a ré levasse trabalhadores desempregados, do Paraná para o Rio Grande do Sul, acenando com trabalhos de pintura, para, lá chegando, ainda submetê-los a situação que poderia gerar a não contratação e sequer utilizá-los para os serviços. De qualquer forma, ao adentrar no ônibus fretado pela empresa para ir ao campo de trabalho em outro estado, já incide o artigo 4.º da CLT: 'Mantém-se a r. sentença que reconheceu o vínculo empregatício a partir do momento em que o trabalhador esteve à disposição do empregador'" (TRT/PR, TRT-PR-01452-2006-654-09-00-4(RO-01645-2008)-ACO-00684-2009, Órgão Julgador: 3.ª T., rel. Des. Wanda Santi Cardoso da Silva, DJPR 20.1-2009).

cias do caso, responsabilidade civil, por aplicação da denominada teoria da culpa *in contrahendo*.

Nesse sentido, o magistrat ORLANDO GOMES já observava que: "Se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a experiência de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há, em verdade, uma responsabilidade pré-contratual"²²

Confira-se ainda, nessa linha de intelecção, ementa de conhecido julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do eminente jurista RUY ROSADO DE AGUIAR JR.:

"Contrato. Tratativas. 'Culpa in contrahendo'. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização a metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênera, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação. (12FLS. — D)" (Ap. Civ. 591028295, 5.ª Câm. Civ., TTRS, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 6-6-1991).

Vê-se, portanto, deste trecho do acórdão, o inequívoco reconhecimento da teoria da *culpa in contrahendo*, justificando a responsabilidade civil por quebra do dever de lealdade na fase pré-contratual, desde que haja, é claro, comprovação dos danos daí decorrentes.

Nessa trilha de pensamento, confira-se a opinião a respeito do tema do culto IUNQUEIRA DE AZEVEDO, em excelente artigo já citado nesta obra, elaborado quando da tramitação do Projeto de Código Civil:

"Cito um caso entre a Cica e plantadores de tomate, no Rio Grande do Sul, no qual, em pelo menos 4 acórdãos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que a Companhia Cica havia criado expectativas nos possíveis contratantes — pequenos agricultores —, ao distribuir sementes para que plantassem tomates e, depois, errou ao se recusar a comprar a safra dos tomates. Houve, então, prejuízo dos pequenos agricultores, baseado na confiança despertada antes do contrato, fase pré-contratual. Logo, o caso do art. 121 deveria também falar em responsabi-

²² Orlando Gomes, ob. cit., p. 61.

lidade pré-contratual ou extensão do comportamento de boa-fé na fase pré-contratual.

Faço um parêntese para exemplificar, transformando em hipótese o que li nos jornais de hoje sobre o caso da Ford com o Governador do Rio Grande do Sul. A Ford, durante os dois anos em que teria procurado montar a sua indústria, certamente teve muitos gastos e, de repente, o negócio não teria sido efetivado. O problema da responsabilidade pré-contratual é justamente esse, qual seja, o dos gastos que se fazem antes do contrato e quando há a ruptura. Se essa hipótese da Ford for pré-contratual — no caso, suponho ter havido algum contrato anterior — mas se não houvesse, e se fosse apenas um problema de negociações, antes de qualquer efetivação do negócio, haveria dois pressupostos da responsabilidade pré-contratual: a confiança na realização do futuro negócio e o investimento na confiança. Faltariam, talvez, outros dois pressupostos: o de poder atribuir uma justificação à confiança que alguém teve e, em segundo lugar, o de que essa confiança tenha sido causada pela outra parte. Assim, poderíamos duvidar se o Governador chegou a criar essa confiança e, portanto, provocou a despesa da indústria; e, ainda, se a indústria não confiou demais e assim por diante. São problemas em aberto, mas de qualquer maneira, o meu primeiro ponto sobre a responsabilidade pré-contratual é que há uma omissão do Projeto de Código Civil, no artigo em causa²³

Com base em tais ensinamentos, vemos que a doutrina tradicionalmente costuma justificar a responsabilidade civil pré-contratual na teoria da *culpa in contrahendo*.

Nesse sentido, ensina DÁRIO MOURA VICENTE, professor da Faculdade de Direito de Lisboa:

“E a quem compete a prova da ocorrência de culpa ou da falta dela?

É questão espinhosa, pois nesta matéria divergem os regimes das duas formas de responsabilidade. Na contratual, a culpa presume-se, em conformidade com a máxima da experiência segundo a qual em regra o devedor inadimplente age culposamente. Mas na responsabilidade extracontratual vale a solução oposta, cabendo ao lesado, por conseguinte, demonstrar a censurabilidade da conduta do lesante.

Nas situações de responsabilidade pré-contratual, depõe no sentido de funcionamento da presunção de culpa a circunstância de nelas estar em causa, geralmente, a violação de deveres de conduta específicos, emergentes de uma relação jurídica pré-existente, o que as aproxima bastante da violação de

²³ Antônio Junqueira de Azevedo, *Projeto do Código Civil — O Princípio da Boa-Fé nos Contratos*, artigo disponível no excelente site do Conselho da Justiça Federal: www.cjf.gov.br.

obrigações contratuais. Mas já não deve ser assim quando o ilícito imputado ao lesante for o rompimento abusivo das negociações e não puder atribuir-se ao lesante a violação de qualquer dever jurídico”²⁴

Entretanto, pensamos que esse respeitável posicionamento tenderá a uma revisão, considerando-se que já há corrente sustentando a dispensabilidade da investigação da culpa, quando se estiver diante de quebra da boa-fé objetiva.

Inclusive na fase pré-contratual, concluímos.

Nesse sentido, um dos enunciados das Jornadas de Direito Civil, disponível no site oficial do Conselho da Justiça Federal, já referido nesta obra, foi no sentido de que: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Do exposto, resulta que a violação de qualquer dos deveres anexos ou de proteção, oriundos da boa-fé objetiva, desembocariam na responsabilidade objetiva, segundo essa moderna doutrina.

A questão de fundo, portanto, na responsabilidade civil pré-contratual, diz respeito menos à relevância ou não do elemento animico e muito mais à demonstração efetiva de que a conduta do indivíduo violou a boa-fé objetiva, conceito aberto que deverá ser colmatado pelo magistrado no caso concreto.

E essa, sem dúvida, é a tendência do nosso Direito: a sua objetivação, em face da falência da (imprecisa) noção de culpa.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL

Por fim, vale registrar que, pelos mesmos fundamentos que se reconhece a responsabilidade pré-negocial, há que se reconhecer uma responsabilidade civil pós-contratual.

Em verdade, tudo gira em torno do princípio da boa-fé objetiva e todos os deveres jurídicos anexos ou de proteção que ela acarreta.

É a precisa observação de MAURÍCIO JORGE MOTA:

“A pós-eficácia das obrigações constitui portanto um dever lateral de conduta de lealdade, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do término da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte se veria despojada ou essencialmente reduzidas as vantagens oferecidas pelo contrato. Esses deveres laterais de lealdade se consubstancializam primordialmente em deveres de reserva quanto

²⁴ Dário Moura Vicente, “A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: PADMA, v. 18, p. 17, abr./jun. 2004.

ao contrato concluído, deveres de segredo dos fatos conhecidos em função da participação na relação contratual e deveres de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído”²⁵.

Com efeito, não é pelo fato de que terminou a relação de emprego que um trabalhador esteja autorizado a revelar segredos a que somente teve acesso por força da relação contratual mantida. Da mesma forma, a extinção de um contrato de prestação de serviços advocatícios ou médicos não fulmina o dever de sigilo gerado pelo vínculo estabelecido.

Tudo gira, pois, em torno da necessidade de se proceder segundo um comportamento ético e probó esperado pelas partes, uma em face da outra.

²⁵ Mauricio Jorge Mota, “A pós-eficácia das obrigações”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 204.

Capítulo XVIII

O Direito Intertemporal e os Contratos

Sumário: 1. A importância do Direito Intertemporal em matéria de contratos. 2. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: breves noções. 3. Da regra básica de Direito Intertemporal em matéria de contratos. 4. Conflitos na aplicação das normas contratuais em face do CC-02. 4.1. Da (in)constitucionalidade do art. 2.035 do Código Civil. 4.2. Entendendo o art. 2.035 do Código Civil.

1. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO INTERTEMPORAL EM MATÉRIA DE CONTRATOS

Segue, agora, um dos mais importantes capítulos de nossa obra, cujo objeto é a aplicação intertemporal das normas do novo Código Civil, em face dos contratos celebrados antes da sua vigência.

De fato, dúvidas e controvérsias com certeza existirão, especialmente em face de atos jurídicos anteriormente praticados, e cuja eficácia perpassa a entrada em vigor do novo Código.

Imagine-se, por exemplo, que uma pessoa de 18 anos haja celebrado, sem assistente, um contrato, em 1999, com prazo de vigência de cinco anos. Ora, na data da celebração do negócio, carecia o agente de capacidade plena para a prática do ato, que culminaria por ser reputado anulável. Com a entrada em vigor do novo Código, ainda durante o prazo de execução do negócio, e em face da *redução da maioridade civil para os 18 anos*, poderíamos considerar o contrato *convalidado*? Ou seja, o novo diploma retroagiria para expurgar o vício da anulabilidade?

Outra hipótese: sabemos que, a partir da vigência do Código de 2002, a simulação passou a ser considerada causa de nulidade absoluta (art. 167 do CC-02), e não mais de mera anulabilidade (art. 102 do CC-16). Assim, poder-se-ia aplicar o novo regramento — em que daria inclusive poderes ao juiz para declarar *ex officio* a nulidade absoluta do negócio — em contratos celebrados antes da sua vigência? Ou continuaria aplicável em sua integralidade o Código de 1916?

Finalmente, uma última questão se nos impõe, para aguçar ainda mais a curiosidade do nosso atento leitor: as normas referentes à teoria da imprevisão

(arts. 478 a 480) ou à desconsideração da pessoa jurídica (art. 50), ausentes no Código de 1916, poderiam atingir contratos anteriores?

Questões bastante polêmicas, que merecem a nossa atenção neste ponto da obra.

Claro está que toda e qualquer investigação que façamos a respeito do tema deverá partir de uma *perspectiva constitucional*, em respeito aos *princípios* de proteção ao *direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*.

Aliás, algo que nunca, sob nenhuma hipótese, poderá faltar ao jurista é a necessária consciência constitucional para cuidar de interpretar as normas infralegais sempre em atenção aos superiores preceitos da Carta da República: “sempre de cima para baixo, nunca de baixo para cima”.

2. DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA: BREVES NOÇÕES¹

Consoante já tivemos oportunidade de observar, o respeito ao *ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada*, imposto constitucionalmente (art. 5.º, XXXVI, da CF), concretiza o princípio de que *as leis civis não têm retroatividade*, uma vez que os seus efeitos esbarram nessas situações²

Por *ato jurídico perfeito* entenda-se aquele já consumado, segundo a lei vigente, ao tempo em que se efetuou (art. 6.º, § 1.º, da LICC). Note-se que, para se considerar perfeito, todos os seus requisitos essenciais já devem estar configurados na vigência da lei revogada.

Sobre esse aspecto, oportuno é o exemplo apresentado pelo magistral EDUARDO ESPÍNOLA, que, em sua festejada obra *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*, discorre com peculiar erudição acerca da impossibilidade de violação ao ato jurídico já concretizado, em face de uma lei nova:

“A posse continua e incontestada, com justo título e boa-fé, por dez anos entre presentes, é fato aquisitivo complexo, que se perfaz decorrido o prazo decenal (art. 551 do Cód. Civ.). Se uma nova lei viesse aumentar o prazo para doze anos, o possuidor, só depois de passado este espaço de tempo, adquiriria o imóvel por usucapião, ainda que por dez anos menos um dia tivesse a posse na vigência da lei antiga”³

¹ Baseamo-nos, na elaboração deste item, e outros pontos deste capítulo, na obra de Pablo Stolze Gagliano, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, coord. Arruda Alvim e Teresa Alvim, v. XVII, Rio de JaneiroForense, ainda inédito.

² Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 78.

³ Eduardo Espinola, *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro — Introdução e Parte Geral*, Salvador — Bahia: Joaquim Ribeiro, 1918, v. 1, p. 17.

O *direito adquirido*, por sua vez, na precisa definição de GABBA, consiste naquele direito “que é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude de lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente ao patrimônio do seu titular”⁴.

Em outras palavras, embora não tão eruditas, a Lei de Introdução ao Código Civil considera adquiridos “assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (art. 6.º, § 2.º, da LICC).

A *coisa julgada*, finalmente, traduz a “*decisão judicial de que já não caiba recurso*” (art. 6.º, § 3.º, da LICC). Vale destacar que a intenção da norma é proteger, no final das contas, a segurança e força da manifestação judicial, naquilo que se chama de coisa julgada material, referente apenas às *decisões finais de mérito*, vale dizer, às *sentenças definitivas*, que não mais poderão ser rediscutidas em face de uma nova lei. Isso porque a coisa julgada formal, relacionada com decisões terminativas (sem apreciação do mérito), embora impeça a rediscussão da lide nos mesmos autos, não obstaculiza a reapreciação da matéria em outro processo.

Chega-se, pois, a nítida conclusão de que, sob pena de afronta à lei civil e a própria norma constitucional, nenhuma lei poderá retroagir, violando tais limites de incidência: *o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*.

Por tais razões, não vemos com bons olhos a doutrina que pretende estabelecer um critério apriorístico, segundo a natureza das normas em jogo, para admitir a sua retroatividade apenas se a regra legal for considerada “de direito público”. Além de desprovida de cientificidade, dada a dificuldade em se estabelecer com precisão a natureza da norma, esta teoria propicia abusos por parte de governantes menos escrupulosos que pretendam fazer retroagir uma lei, simplesmente por considerá-la de interesse público.

Nesse sentido, em nossa obra, já afirmamos que “nem mesmo o Estado poderá pretender retroagir os efeitos de uma nova lei para atingir situações definitivamente constituídas, razão por que nos insurgimos, com todas as nossas forças, e por amor à Constituição Federal, contra a falaciosa justificativa de que se deve reconhecer retroação de efeitos somente às leis de ‘ordem pública’”⁵.

Para evitar, portanto, conflitos intertemporais, o legislador cuida de estabelecer, no próprio corpo da lei codificada, regras de transição, cuja ocorrência

⁴ *Teoria della Retroattività delle Leggi*, apud Caio Mário da Silva Pereira, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ob. cit., p. 78.

⁵ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ob. cit., p. 79.

é perceptível inclusive no direito comparado, consoante se pode constatar da análise do seguinte trecho do Código Civil espanhol:

“Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo. Para aplicar la legislación que corresponda, en los casos que no están expresamente determinados en el Código, se observarán las reglas siguientes: Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciese declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen” (Código Civil español, Disposiciones Transitorias).

Na mesma linha, o Código Civil argentino contém normas de transição, conforme se depreende da leitura dos arts. 4.044 a 4.051, do seu Título Complementar, bem como o Código Civil chileno (de 22-11-1855, com texto refundido, coordenado e sistematizado pelo *Decreto con Fuerza de Ley n. 01*, publicado em 30-5-2000), que estabelece, em seu art. 9.º, que *“La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo. Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”*⁶.

Diferentemente do que ocorre na seara penal, em que se admite, nos termos da própria Carta da República, a retroatividade de uma lei penal benéfica, nas lides de natureza privada, como não se está em xeque o *ius libertatis*, mas, sim, interesses privados (patrimoniais, em sua grande maioria), não se poderia admitir, como regra geral, a retroação de efeitos jurídicos de uma norma, para se prejudicar um particular em detrimento de outro.

3. DA REGRA BÁSICA DE DIREITO INTERTEMPORAL EM MATÉRIA DE CONTRATOS

Relembradas tais noções, parece-nos ser possível enunciar a regra básica de Direito Intertemporal em matéria de contratos.

Se, de fato, segundo tais regras, as obrigações devem reger-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, não há qualquer tratamento diferenciado quanto à base em que se fundamentam, ou seja, pouco importa se tenham elas base contratual ou extracontratual.

⁶ Registre-se, a bem da verdade, que tal texto normativo é acompanhado pela *Ley sobre El Efecto Retroactivo de Las Leyes*, de 7-10-1861, disciplinando especificamente a matéria.

Assim, se queremos construir uma “regra de ouro” desta matéria para o campo contratual, não temos dúvida de que os vínculos negociais e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram, regra esta que não deve ser interpretada somente para a aplicação de regras codificadas civis, mas também para todas as demais relações jurídicas não penais, conforme, aliás, é assente na doutrina e jurisprudência nacional⁷.

⁷ “Contrato de mútuo. Dois imóveis, na mesma localidade, adquiridos pelo SFH com cláusula de cobertura pelo FCVS. Irretroatividade das Leis n. 8.004/90 e 8.100/90. Processual civil. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. 1. Consoante as regras de direito intertemporal, as obrigações regem-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham elas base contratual ou extracontratual. No campo dos contratos, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram. 2. A cobertura pelo FCVS — Fundo de Compensação de Variação Salarial é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato. O saldo devedor, por seu turno, é um resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário. Embora o FCVS onere o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio. 3. Deveras, se na data do contrato de mútuo ainda não estava em vigor norma impeditiva da liquidação do saldo devedor do financiamento da casa própria pelo FCVS, porquanto preceito instituído pelas Leis n. 8.004/90 e 8.100/90, violaria o Princípio da Irretroatividade das Leis a sua incidência e consequente vedação. 4. *In casu*, à época vigia a Lei n. 4.380/64, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas, tão somente, impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel, seria antecipado o vencimento do valor financiado. 5. Ademais, a alteração trazida pela Lei n. 10.150/2000 à Lei n. 8.100/90 tornou evidente a possibilidade de quitação do saldo residual do segundo financiamento pelo FCVS, aos contratos firmados até 05.12.1990. 6. Precedentes do STJ (RESP n. 568503/RS, deste relator, DJ de 09.02.2004; RESP 363966/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 11/11/2002; RESP 393543/PR, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 08/04/2002) 7. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 8. Recurso especial desprovido” (STJ), REsp 604.103/SP; REsp (2003/0197364-4), DJ, 31-5-2004, p. 225, rel. Min. Luiz Fux, j. 11-5-2004, 1.ª Turma).

“Contrato administrativo. Congelamento de preços. Decreto n. 2.284/86. Prazo de execução da avença inferior a um ano. Cláusula de irrealjustabilidade. Correção monetária. Impossibilidade. Diferença entre equilíbrio econômico-financeiro e reajuste monetário. Ausência de comprovação do desequilíbrio. 1. Os direitos de obrigação regem-se pela lei no tempo em que se constituíram, no que diz respeito à formação do vínculo, seja contratual, seja extracontratual. Os efeitos jurídicos dos contratos regem-se pela lei do tempo em que se celebraram. 2. ‘Consoante entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se o prazo de duração da avença for inferior a um ano, indevida a correção monetária. Conforme determina o art. 7.º.

Saliente-se, inclusive, que até mesmo por uma questão de segurança e estabilidade jurídicas, tal norma deve ser observada principalmente em face de preceitos sancionatórios, como multas ou cláusulas penais⁸.

Reconhecemos, porém, que, excepcionalmente, a jurisprudência, pondo de lado a pureza técnica, mas escudando-se na equidade, cuida de admitir a retroatividade dos efeitos de uma lei civil, tendo em vista a relevância dos interesses em jogo ou a própria hipossuficiência econômica da parte. Em tais

do Decreto-lei n. 2.284/86, é vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário nos contratos cujos prazos sejam inferiores a doze meses. (...)’ (REsp, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 09.12.1991). 3. *In casu*, no momento da celebração do pacto, a expectativa de inflação era evidente, não havendo empresa que desprezasse esse dado, agindo as mesmas de forma a incorporar esse valor no preço do serviço prestado, principalmente, pelo conhecimento da proibição do reajustamento dos contratos. 4. Deveras, não há que se confundir a vedação de inclusão de cláusula de reajuste com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. 5. ‘De toda a sorte, o fato é que o art. 7.º do Dec.-lei 2.283, de 27.2.86, seja com a redação original, seja com a que lhe deu o 2.284, de 10.3.86 (Plano Cruzado), não veda reajustes contratuais estabelecidos em função de variação de custos e preços e insumos. O que o preceptivo em questão proíbe, a partir da edição dos decretos-leis em causa, como eles mesmos o dizem, é o reajuste monetário, ou seja, cláusula de atualização da moeda, e ainda assim nos contratos de prazo inferior a um ano...’ (Celso Antônio Bandeira de Melo, ‘Contrato Administrativo — direito ao equilíbrio econômico-financeiro — reajustes contratuais e os Planos Cruzado e Bresser’, in ‘Revista de Direito Público’, n. 90, 1989) 6. Em suma: a) os contratos *sub examine*, com prazos de duração inferiores a um ano, foram firmados sob a égide do Decreto-lei n. 2.284/86, que vedava a inclusão de cláusula de reajuste; b) muito embora a possibilidade de, nos termos do art. 55, II, ‘d’, do Decreto-lei n. 2.300/86, realizar-se atualização dos preços inicialmente ajustados, os recorrentes não lograram comprovar o desequilíbrio, consoante ressaltado pelas instâncias ordinárias; c) o Decreto-lei n. 2.300/86 não revogou o Decreto-lei n. 2.284/86, porquanto o primeiro trata de preservação do preço ao passo que este versava a proibição de inclusão de cláusula de reajuste monetário; d) conseqüentemente, não há direito ao reajuste monetário. 7. Por fim, a criação de novos dispêndios fora dos editais e dos contratos deve ser revista com reservas, por isso que, a época da própria licitação, soubessem as partes concorrentes que haveria indexação, esse fato econômico poderia interferir no preço, o que impõe a adstricção à soberania do edital, ainda que o vínculo seja de trato sucessivo. 8. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 511.224/DF; REsp (2003/0038276-4), DJ, 19-12-2003, p. 344, rel. Min. Luiz Fux, j. 20-11-2003, 1.ª Turma).

⁸ Civil e processual. Cobrança de mensalidades escolares em atraso. Multa. Redução indevida. Lei n. 9.298/96. Inaplicabilidade a contratos anteriores a sua vigência. I. A multa decorrente do atraso no pagamento das mensalidades escolares e devida no percentual estabelecido no contrato firmado entre as partes, inaplicável a redução prevista na Lei n. 9.298/96 em relação aos pactos celebrados anteriormente à sua vigência. II. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 404.612/SP; REsp (2002/0000670-5), DJ, 26-5-2003, p. 363, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 11-3-2003, 4.ª Turma).

casos, a retroatividade se justificaria, em atenção ao princípio da proporcionalidade. Como exemplos de tais situações, de constitucionalidade duvidosa, mas de inegável justiça, citem-se: a Súmula 205 do STJ, que admite a aplicação da Lei n. 8.009/90 (Bem de Família) às penhoras efetivadas antes mesmo de sua vigência, e, bem assim, recente decisão do mesmo tribunal que admitiu o reconhecimento de união estável dissolvida antes da vigência da Lei n. 8.971/94, com a possibilidade de fixação dos alimentos à companheira necessitada⁹.

4. CONFLITOS NA APLICAÇÃO DAS NORMAS CONTRATUAIS EM FACE DO CC-02

Conhecendo todas as premissas aqui relembradas, cuidou o legislador de consagrar as disposições do Livro Complementar, compreensiva de dezenove artigos (arts. 2.028 a 2.046), que cuidam de regular normas de transição, visando a acomodar no plano fático os atos e situações jurídicas constituídos sob a normatização anterior, embora não definitivamente esgotados ou exauridos.

Nesse diapasão, cumpre-nos destacar a disposição do art. 2.035 do Código Civil, que tem por objeto, precisamente, os negócios jurídicos — implicitamente os contratos — celebrados antes da sua vigência, a saber:

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”¹⁰

A primeira observação que se impõe é que a enunciada “regra de ouro” já foi, *de plano*, flexibilizada por tal disposição legal.

Todavia, a pergunta que mais nos angustia, neste ponto de nossa investigação, é, precisamente, a seguinte: haveria o legislador, neste dispositivo, violado o *ato jurídico perfeito*? Seria, pois, a referida norma inconstitucional? Ou seria perfeitamente válida, sob o prisma constitucional?

É o que veremos no próximo tópico.

⁹ Noticiário do Superior Tribunal de Justiça, 14-8-2002, disponível em: <www.stj.gov.br>

¹⁰ “Art. 2.045. Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 — Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850.”

4.1. Da (in)constitucionalidade do art. 2.035 do Código Civil

Muita controvérsia tem causado, ainda em nível doutrinário, e brevemente no plano dos Tribunais Superiores, a constitucionalidade do art. 2.035 do Código Civil.

Discute-se, pois, acerca da *validade material* desta norma, ou seja, da existência ou não de sua compatibilidade com as superiores regras da Constituição da República, especialmente o seu art. 5.º, XXXVI, que resguarda o *ato jurídico perfeito*.

É basilar o princípio de que as leis em geral, inclusive as de natureza civil, não têm retroatividade, não podendo, portanto, interferir em atos e negócios jurídicos anteriormente celebrados, tendo em vista a necessidade de se resguardar a segurança jurídica.

Ocorre que, como pudemos ver acima, o presente dispositivo, ao fazer uma "cisão" no tratamento dos negócios jurídicos em geral (dos contratos também, por consequência), estabeleceu critérios diferenciados de orientação hermenêutica, ao conduzir o intérprete a *não aplicar retroativamente as normas referentes ao PLANO DE VALIDADE dos negócios jurídicos*, e ao admitir, por outro lado, a *incidência imediata das regras concernentes ao seu PLANO DE EFICÁCIA*.

Vale dizer, normas de validade não se aplicariam a contratos anteriores, ao passo que normas de natureza eficaz teriam incidência desde logo, aplicando-se, assim, a negócios já pactuados, cujo prazo de vigência ainda não houvesse se consumado.

Façamos, pois, uma releitura do dispositivo, salientando bem o tratamento dicotômico consagrado pelo codificador (validade x eficácia):

"Art. 2.035. A VALIDADE dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, *obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045...* mas os seus EFEITOS, *produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam*, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução"

O parágrafo único, por sua vez, traz-nos uma regra aplicada aos contratosleoninos ou abusivos, fulminando de *nulidade absoluta* todo e qualquer negócio, anterior ao Código de 2002, que afronte a função social do contrato ou da propriedade.

E afinal de contas, será que a opção feita pelo legislador, neste artigo, seria *inconstitucional*?

ANTÔNIO IEOVÁ SANTOS, em interessante obra, sustenta a respeito do tema o seguinte:

"O legislador tentou resolver um problema óbvio e criou vários outros. A primeira parte do art. 2.035 contém o óbvio. Os atos jurídicos consolidados

antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 estarão sob a égide da lei anterior. A segunda parte, que tentou resolver problema grave e sério de direito intertemporal, não alcançou o fim desejado. Ao pretender que os efeitos dos negócios jurídicos ocorridos depois da vigência do novel Código a ele se subordinem, vulnerou o legislador o art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República.

(...)

Vê-se, portanto, que uma lei nova não pode estender-se, com a finalidade de regê-los, aos efeitos futuros de contratos anteriormente pactuados, pois, se tal situação se revelasse possível, o Estado passaria a dispor de um inaceitável poder de interferir na esfera das relações contratuais privadas, afetando, em seus aspectos essenciais, a própria causa geradora daquelas consequências jurídicas”

E mais adiante arremata:

“Em sendo assim, os contratos de trato sucessivo que sobreviveram ao novo Código, ou melhor, a cujos efeitos se protraem e se protrairão mesmo depois da vigência do Código Civil de 2002, não gozarão de aplicação imediata e geral dessa novel legislação”¹¹.

De fato, inteira razão assiste ao autor, quando duvida da constitucionalidade deste dispositivo, em face da imperiosa necessidade de respeito ao *ato jurídico perfeito*.

A lei, ademais, não poderia ser irretroativa sob um aspecto (validade) e retroativa por outro (eficácia).

Apenas observamos que o *parágrafo único do art. 2.035* teria plena eficácia (inclusive retroativa), em face de sua indiscutível natureza constitucional, uma vez que, mesmo para os contratos anteriores ao novo Código, não se poderiam reputar como válidas as cláusulas que vulnerassem os princípios da *função social do contrato e da propriedade*.

Aliás, o fato é que não se precisaria do Código Civil para anunciar o *ocaso* das cláusulas abusivas, se se cuidasse de aplicar a Constituição Federal em todos os seus termos.

A verdade, porém, é que, em certas matérias, notadamente no campo jurídico tradicional, às vezes é preciso se explicitar o óbvio para que ele efetivamente se realize...

4.2. Entendendo o art. 2.035 do Código Civil

Tecidas, pois, as necessárias e pertinentes críticas ao referido artigo de lei, cuidaremos, finalmente, de analisar, detalhadamente, o conteúdo da presente norma.

¹¹ Antônio Jeová Santos, *Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 61, 66 e 68.

Assim o faremos, pois, enquanto o Supremo Tribunal Federal não cuidar de firmar a sua inconstitucionalidade em nível geral, a referida regra, *ainda em vigor*, deverá ser plenamente entendida pelo aplicador do direito.

Ademais, compreender o sentido e alcance da norma, na forma como se encontra, é imprescindível em um livro que se pretende didático, ainda que a tese da inconstitucionalidade não prospere, no que não se acredita.

Este dispositivo, aliás, deve ser realmente muito bem apreendido, uma vez que a sua correta inteligência irá interferir em toda a disciplina dos negócios jurídicos e, conseqüentemente, dos contratos, celebrados antes da vigência do Código de 2002.

Em sua primeira parte, a norma estabelece que “*a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores*”.

Em princípio, entendemos pouco técnica a inserção da expressão “e demais atos jurídicos”, visto que, em nosso pensamento¹², apenas os *atos jurídicos negociais* são apreciados sob a perspectiva de um plano de validade¹³.

Assim, preferiríamos ler a regra com menção apenas aos *negócios jurídicos*, os quais, se celebrados antes da entrada em vigor do novo Código, continuarão regidos pelas leis anteriores (Código Civil de 1916, Código Comercial), no que tange aos seus *pressupostos de validade*, e, bem assim, a sua *nulidade e anulabilidade*.

Destarte, tomando como exemplo um contrato de mútuo (empréstimo de coisa não fungível) celebrado em 2000, não poderá o intérprete invocar os pressupostos de validade do art. 104 do CC-02, uma vez que continuará a ser aplicada a regra anterior do Código revogado (art. 82 — agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei).

Da mesma forma, não se deve pretender aplicar as regras da lesão e do estado de perigo, inauguradas pelo Código de 2002 (arts. 156 e 157), restando ao hermeneuta recorrer a outros meios de colmatação, eventualmente aplicáveis, e a luz da disciplina normativa anterior.

Por tais razões, um contrato celebrado por um menor de 18 anos, antes de 11 de janeiro (data da entrada em vigor do novo Código), continua sendo *anulável* (art. 147, I, do CC-16), a despeito da redução da maioridade civil (18

¹² Cf. Pablo Stolze Gagliano, “O Novo Código Civil e os Contratos Celebrados antes da sua Vigência”, publicado no *Diário do Poder Judiciário do Estado da Bahia*, em 11 de fevereiro de 2003, e também disponível em <www.novodireitocivil.com.br>.

¹³ Sobre o tema, confira-se o tópico 7 (“Ato jurídico em sentido estrito”) do Capítulo IX (“Fato Jurídico em Sentido Amplo”) e Capítulo XII (“Plano de Validade do Negócio Jurídico”) do v. I (“Parte Geral”) desta obra.

anos), já que, à época da celebração do negócio, segundo a lei então vigente, o ato seria considerado inválido.

Nessa mesma linha de intelecção, o culto MÁRIO DELGADO, ao analisar o art. 2.035, observa que:

“Estabelece o dispositivo retrotranscrito que os requisitos de validade dos negócios e demais atos jurídicos serão aqueles estabelecidos na lei anterior, mas os seus efeitos, desde que produzidos após a vigência do novo Código, a ele estarão subordinados. Assim, um contrato celebrado antes de 11/01/2003, ainda que uma das partes estivesse, por exemplo, em estado de perigo (art. 156), será válido, ou pelo menos por tal vício não haverá de ser anulado”¹⁴

Aliás, esta impossibilidade de retroação dos efeitos da lei nova para atingir a validade dos negócios já celebrados apenas consubstancia a observância da regra constitucional que impõe o respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5.º, XXXVI, da CF).

No entanto, se, por um lado, não pode a lei nova atingir a *validade* dos negócios jurídicos já constituídos, por outro, a teor do presente dispositivo, se os *efeitos* do ato penetrarem o âmbito de vigência do novo Código, deverão subordinar-se aos seus preceitos, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Esta parte final do *caput* deverá causar polémica e abrir margem à insegurança jurídica, consoante já anotamos, linhas acima.

Mas tentaremos explicá-lo.

Para melhor entendê-lo, cumpre-nos marcar, mais uma vez, neste ponto, um divisor de águas: quanto ao aspecto de sua *validade*, não poderá o Código de 2002 atingir negócios celebrados antes da sua vigência; no entanto, quanto ao seu aspecto *eficaz*, ou seja, de executoriedade ou produção de seus efeitos, caso estes invadam o âmbito temporal de vigência da nova lei, estarão a esta subordinados.

Um exemplo.

Imaginemos um contrato de financiamento celebrado em 1999, de execução repetida no tempo (trato sucessivo), em que o financiado se obrigou a pagar, mensalmente, prestações pecuniárias à instituição financeira pelo prazo de 5 anos. Pois bem. Entra em vigor o novo Código Civil. Este, por expressa dicção legal, *não poderá interferir na validade do negócio celebrado, embora os*

¹⁴ Mário Delgado, *Problemas de Direito Intertemporal: Breves Considerações sobre as Disposições Finais e Transitórias do Novo Código Civil Brasileiro*, in *Questões Controvertidas — Série Grandes Temas de Direito Privado*, São Paulo: Método, 2003, v. 1, p. 502.

efeitos do contrato — de execução protraída no tempo — se sujeitem às suas normas (art. 2.035).

Com isso, regras como as relativas à “resolução por onerosidade excessiva”¹⁵ (arts. 478 a 480), à “correção econômica das prestações pactuadas” (art. 317), ao “aumento progressivo de prestações sucessivas” (art. 316), ou às “perdas e danos” (arts. 402 a 405), para citar apenas alguns exemplos, poderão ser imediatamente aplicadas aos negócios jurídicos já constituídos, *por interferirem, apenas, em seu campo eficaz ou de executoriedade.*

Também nesse diapasão, o supramencionado Professor MÁRIO DELGADO:

“Entretanto, contratos anteriores, que ainda estejam sendo executados, como nos casos de financiamento a longo prazo, poderão ser revistos ou resolvidos sempre que, por evento imprevisível, ocorrido após 11/01/2003, venham a se tornar excessivamente onerosos para um dos contratantes (art. 478). Nas repactuações que venham a ser realizadas após a entrada em vigor do novo Código, aplicam-se integralmente todas as novas regras, desde que compreendidas como novo contrato”¹⁶

Entretanto, nos termos da parte final do art. 2.035, se as partes houverem previsto outra forma de execução, a exemplo da execução instantânea (que se consuma imediatamente, em um só ato), ou se expressamente afastaram a incidência de determinadas regras consagradas na lei nova — que não tenham substrato de ordem pública — a exemplo do aumento progressivo das prestações sucessivas, poderá ser evitada a incidência da nova lei.

Mas observe: determinadas normas, como a que prevê a resolução por onerosidade excessiva ou a correção econômica das prestações pactuadas, em nosso pensamento, por seu indiscutível caráter publicístico e social, não podem, *aprioristicamente*, ser afastadas pela vontade das partes. Têm base constitucional nos *princípios de socialização da propriedade* e de resguardo da *dignidade da pessoa humana*.

Finalmente, conforme mencionado, o parágrafo único do artigo sob comento, utilizando linguagem contundente, determina que “*nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social dos contratos e da propriedade*”.

Utilizando a expressão “nenhuma convenção”, o legislador impõe a todos os negócios jurídicos, não importando se celebrados antes ou após a entrada em vigor do novo Código, a fiel observância dos seus preceitos de ordem pública, especialmente a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁵ Trata-se da construção legal desenvolvida a partir da teoria da imprevisão.

¹⁶ Mário Delgado, *ibidem*.

Assim, contratos que violem regras ambientais ou a utilização econômica racional do solo, assim como as convenções que infrinjam deveres anexos decorrentes da cláusula de boa-fé objetiva (lealdade, respeito, assistência, confidencialidade, informação), expressamente prevista no art. 422 do novo Código, não poderão prevalecer, ante a nova ordem civil.

Aliás, no que tange aos deveres éticos decorrentes da norma geral de boa-fé e da própria socialização da figura do contrato, vale relembrar, os juristas que se reuniram em Brasília, na Jornada de Direito Civil, realizada de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a presidência do Dr. Renzo Leonardi, firmaram entendimento, concretizado na proposição sobre o art. 422, aprovada por maioria, no sentido de que:

“Em virtude do princípio da boa fé, postulado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”¹⁷.

Tal conclusão, a que chegaram os doutrinadores, entremostra a relevância conferida pelo codificador à necessidade do tratamento mais socializante dos negócios jurídicos — especialmente os contratos —, em atenção, principalmente, aos princípios constitucionais que conduzem à noção de função social em toda e qualquer atividade humana de circulação de bens e riquezas.

Essas ideias, aliás, já haviam sido anunciadas pelo grande jurista J. M. ARRUDA ALVIM, quando, em uma de suas insuperáveis obras, pontificou:

“O que ocorreu, crescentemente, ao longo do século XIX, e, mais acentuadamente, nesse século XX, é que, mesmo no âmbito do contrato clássico ou tradicional, aumentou o espectro das normas de ordem pública, e, por isso mesmo, correlatamente, diminuiu o âmbito da livre manifestação dos contratantes. Pode-se acentuar que a razão em decorrência da qual aumentou o espectro das normas de ordem pública foi, precisamente, a falência, aos olhos da sociedade, do modelo clássico ou tradicional, na sua originária (início do século XIX) e absoluta pureza. Desta forma, o que se verificou, mesmo em sede do contrato tradicional, foi a modificação paulatina — sem o desaparecimento da autonomia da vontade — do caráter intensamente dispositivo das regras atinentes aos contratos, passando a aumentar o número de regras imperativas”¹⁸.

E todo esse escopo *socializador* deve ser considerado também quando da interpretação das disposições temporais do novo Código, em todas as suas repercussões, no que não se poderia excluir, dada a sua importância, a seara contratual.

¹⁷ Tribuna da Magistratura, caderno especial jurídico, publicação oficial da Associação Paulista dos Magistrados, autor da proposição: Prof. Wanderlei de Paula Barreto, ano XIV, n. 122, setembro de 2002. Confira-se, ainda, o Capítulo V (“Boa-Fé Objetiva em Matéria Contratual”) do presente tomo.

¹⁸ J. M. Arruda Alvim, *Direito Privado — Coleção Estudos e Pareceres*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. II, p. 109.

Capítulo XIX

Introdução aos Contratos em Espécie

Sumário: 1. Contratos em espécie. 2. A proposta do próximo tomo.

1. CONTRATOS EM ESPÉCIE

Conhecidas as regras gerais para a disciplina jurídica dos contratos, faz-se mister dominar a regulamentação específica de cada modalidade contratual.

Isso porque tudo que foi aqui trabalhado é aplicável a essas modalidades, mas, dentro de suas peculiaridades, em função da sua natureza ou do objeto da prestação, sempre será possível, para o legislador, estabelecer um tratamento mais pormenorizado de cada estipulação contratual.

O conhecimento sistemático da teoria geral dos contratos, porém, é imprescindível para a compreensão dessa disciplina específica que busca apenas reger as peculiaridades de cada vontade contratual.

E quais serão os contratos abordados na nossa obra?

2. A PROPOSTA DO PRÓXIMO TOMO

Na busca por completude, no próximo tomo deste volume estudaremos, detidamente, os contratos em espécie.

Abordaremos, de forma minuciosa, os seguintes contratos:

1. compra e venda;
2. troca ou permuta;
3. estimatório;
4. doação;
5. locação;
6. empréstimo (mútuo e comodato);
7. prestação de serviços;
8. empreitada;
9. depósito;
10. mandato;
11. comissão;

12. agência e distribuição;
13. corretagem;
14. transporte;
15. seguro;
16. constituição de renda
17. jogo e aposta;
18. fiança.

Transação e compromisso, também previstos expressamente no CC-02, por razões didáticas (eram matérias originariamente ensinadas na disciplina "Direito das Obrigações" nos cursos de graduação em Direito), já foram vistos em nosso volume II (Obrigações)¹, mas resolvemos abordá-los também no tomo 2 deste volume IV, porém, com enfoque próprio do estudo dos contratos em espécie.

Todavia, como estudamos neste tomo, a liberdade de contratar e a própria criatividade humana permitem a criação de diversas outras formas contratuais.

Dessa forma, observará o nosso caro leitor que a tarefa de discorrer não apenas acerca dos contratos típicos previstos no Código Civil, mas também, inclusive, acerca de outras modalidades contratuais, previstas em leis especiais, ou sem regramento legal predefinido (contratos atípicos), é algo inesgotável.

Por isso, além das figuras contratuais aqui lembradas, também procuraremos abordar a disciplina jurídica de outras figuras contratuais, destinatárias de regras próprias em nosso ordenamento.

Essa é a nossa proposta.

É claro que, com a interatividade que temos com nosso público leitor, estamos dispostos a ampliar, ainda mais, a análise de outras figuras contratuais, sendo a relação aqui feita apenas o mínimo a ser enfrentado.

Feitas tais observações, convidamos o nosso caro amigo a continuar o fascinante estudo dos Contratos em Espécie, o que, pelas razões expostas na nota dos autores, ficou programado para um segundo tomo.

¹ Confirmam-se os Capítulos XVI ("Transação") e XVII ("Compromisso — Arbitragem") do v. II ("Obrigações") desta obra.

Referências

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- . *Obrigações e Contratos — Projeto de Código Civil*, disponível no site do Conselho da Justiça Federal: <www.cjf.gov.br>.
- ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil Comentado* (coord. Ricardo Fiuza). São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALVIM NETTO, J. Manoel de Arruda. "A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil". *RT*, v. 815 e *RF*, n. 371.
- . *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- . *Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. II. (Col. Estudos e Pareceres.)
- . *Manual de Direito Processual Civil — Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. I.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato Eletrônico no Novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri-SP: Manole, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil. In: *Questões Controvertidas — Série Grandes Temas de Direito Privado*, v. II.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- . *Manual do Processo de Execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- . *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-Fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e, em Especial, Onerosidade Excessiva (*Laesio Enormis*). In: *Questões Controvertidas — Série Grandes Temas de Direito Privado*. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método: 2004. v. 2.
- . *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas: 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Projeto do Código Civil — O Princípio da Boa-Fé nos Contratos*, in <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>>
- . *Negócio Jurídico — Existência, Validade e Eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

- AZI, Camila Lemos. *O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil*. Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA — Universidade Federal da Bahia.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1982.
- BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos Eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentado pelos Autores do Anteprojeto* — Ada Pellegrini Grinover e outros. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato — Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Campinas: RED Livros, 2000.
- . *Filosofia Geral*. São Paulo: EDUSP-Grijalbo,
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Contractos*. 19. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTRO, Hermano Flávio Montanini de & CASTRO, Danilo Flávio Montanini de. Eviscção no Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, n. 25, set./out. 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2000.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.
- CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de Corretagem Imobiliária — Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. Martins Fontes, 1999.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé Objetiva no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- . *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COSTA, Anna Guiomar Nascimento Macêdo. *A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito da UFBA — Universidade Federal da Bahia, 2003.

COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos Contratos Onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade de Pessoa Humana: O Conceito Fundamental do Direito Civil. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DELGADO, Mário. Problemas de Direito Intertemporal: Breves Considerações sobre as Disposições Finais e Transitórias do Novo Código Civil Brasileiro. In: *Questões Controvertidas — Série Grandes Temas de Direito Privado*, São Paulo: Método, 2003. v. 1.

DELGADO, Mário Luiz & ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. v. I.

———. *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2004. v. II.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DEMOGUE, René, *Traité des Obligations en Général*. Paris, 1924. t. IV.

DIDIER JR., Fredie. “Da exceção: o direito de defesa e as defesas”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, no site www.unifacs.br/revistajuridica, edição de agosto/2004, seção “Corpo Docente”.

———. *Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2003.

———. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. “Tutela Específica do Adimplemento Contratual” In: *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA — 2001.2*, Salvador: s/ed., 2001, p. 322, também acessável na Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS, no site www.unifacs.br/revistajuridica, edição de julho/2002, seção “Corpo Docente”.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

———. “Electa una via non datur regressus ad alteram”. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro — Teoria Geral das Obrigações*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. II.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro — Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. III.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro — Responsabilidade Civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. VII.

———. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v.

- . *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 5 v.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro — Introdução e Parte Geral*. Salvador — Bahia: Joaquim Riberio, 1918. v. I.
- FABIAN, Cristoph. *O Dever de Informar no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- . *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIAS, Cristiano Chaves de & GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Testemunha de Jeová e a Possibilidade de Recusa a Tratamento com Transfusão de Sangue*, artigo inédito.
- FERRAZ IR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Atlas, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Protecção*. Coimbra: Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Legislação Bancária, o Código de Defesa do Consumidor e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Palestra proferida no IV Fórum Brasil de Direito, realizado pelo JusPodivm, no Centro de Convenções de Salvador — Bahia, maio 2002.
- . *A Responsabilidade Extracontratual no Novo Código Civil e o Surpreendente Tratamento da Atividade de Risco*. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 19, 1.^a Quinzena de Outubro, 2002. Texto 3/19551.
- . *Algumas Considerações sobre a Teoria da Imprevisão*. *Jus Navigandi*, Teresina, 1.5, n. 51, out. 2001, disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto/asp?id=2006>>, acessado em 4-11-2003.
- . *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2004. v. XIII.
- . *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Coord.. Arruda Alvim e Teresa Alvim. Forense. v. XVII (inédito).

- . *O Condomínio Edifício no Novo Código Civil*. 2003.
- . O Novo Código Civil e os Contratos Celebrados antes da Sua Vigência. *Diário do Poder Judiciário do Estado da Bahia*, em 11-2-2003, e também disponível no <<http://www.novodireitocivil.com.br>>
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I.
- . *Novo Curso de Direito Civil — Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. II.
- . *Novo Curso de Direito Civil — Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.
- GHERSI, Carlos. Derecho e Información. *Revista de Direito Privado*, n. 14, abr./jun. 2003.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- . *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- . *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.
- . *Direito das Obrigações — Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1998 (Col. Sinopses Jurídicas, v. 5).
- . *Direito das Obrigações — Parte Especial — Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. t. I (Col. Sinopses Jurídicas v. 6).
- . *Direito das Obrigações — Parte Especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6.
- . *Direito das Obrigações — Parte Especial — Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. t. II (Col. Sinopses Jurídicas, v. 6).
- GRANDE DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO RIDEEL. Org. por H. Maia de Oliveira. São Paulo: Rideel, 1978. v. 4.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito — Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP — Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI (SC), em 25-10-2002.
- . *Direito Civil — Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- HORA NETO, João. O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun. 2002.

- HOUAISS, Antônio & VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HULSMAN, Louk. *Penas Perdidas — O Sistema Penal em Questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano (Römisches Privatrecht)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do Individualismo e Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LEWICKI, Bruno. Panorama da Boa-Fé Objetiva. In: *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LIEBMAN. Ações concorrentes. In: *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- LLAMBÍAS, Jorge I. *Tratado de Derecho Civil — Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1973. t. I.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes Temas da Atualidade — Dano Moral — Aspectos Constitucionais, Cíveis, Penais e Trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . *Direito das Obrigações*. São Paulo: Brasília Jurídica, 1999.
- . Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 55, mar. 2002, ano 6. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em 7-12-2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto & LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (coords.). *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História — Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil — Fontes das Obrigações: Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. III.
- . *Exceções Substanciais: Exceção de Contrato não Cumprido (Exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *A Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MAIA, Álvaro Marcos Cordeiro. *Disciplina Jurídica dos Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. & MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1.º a 74: Aspectos Materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MASSIMO BIANCA. *Diritto Civile — Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. III.
- MATTIETO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Trad. R. Fontanarossa, Sentis Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJEA, 1952. t. II.
- . *Il Contratto in Genere*. Milano: Giuffrè, 1973. t. 1.
- MIRANDA, Andréa Paula Matos Rodrigues de. *A Boa-Fé Objetiva nas Relações de Consumo*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito da UFBA — Universidade Federal da Bahia, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXII.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.
- MORAES, Walter. Conceção Tomista de Pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, jul./set. 2000.
- MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. A Pós-Eficácia das Obrigações. In: TEPE-DINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 187-241.
- NALIN, Paulo Roberto. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno — Em Busca de Sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.
- . Ética e Boa Fé no Adimplemento Contratual. In: *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Coord. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- NERY JR., Nelson. Contratos no Código Civil. In: *Estudo em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coords. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.
- NERY JR., Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais (Autonomia Privada, Boa-Fé, Justiça Contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Anísio José de. *A Teoria da Imprevisão nos Contratos*. 3. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 2002.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. "A disciplina do contrato preliminar no novo Código Civil brasileiro". In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2004, v. II, e in LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (coords.). *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2003.
- . "A Equidade no Direito do Trabalho". *Forum* (Revista do IAB — Instituto dos Advogados da Bahia), edição especial do 1.º Centenário de Fundação, Salvador-BA, Nova Alvorada, 1997.
- . *O Dano Moral na Relação de Emprego*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo & VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do Trabalho Doméstico*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras Parcelares da Boa-Fé Objetiva e *Venire Contra Factum Proprium*. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc, acessado em 20 jul. 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. I.
- . *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. v. III.
- . *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Régis Fichtner. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PIMENTEL, Alexandre Freire. "Evicção e Denúnciação da Lide no Novo Código Civil". In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2003, v. I. p. 149-68.
- PINTO, José Augusto Rodrigues & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de Conceitos Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.
- POPP, Carlyle. *Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002.
- PRADO, Rodrigo Murad do. A Jurisdição Internacional, os Novos Endereços Jurisdicionais, o Direito Processual Civil Internacional e as Cortes Internacionais de Justiça, disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=4753>, acessado em 20 jul. 2008.

- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- . *O Contrato Promessa e o Seu Regime Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal — Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- . *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- . *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Campinas: Bookseller, 2000.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil — Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- . *Direito Civil — Parte Geral das Obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- . *Direito Civil — Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.
- . *Direito Civil — Responsabilidade Civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 1. ed. bras. 4. tir. São Paulo: LTr, 1996.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999.
- SÁ, Almeno de. Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e o Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003.
- SANCHES, Sidney. *Denúnciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- SANGUINÉ, Odone. “Função Simbólica da Pena”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Aequitas-Editorial Notícias, 1995.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. *Revista Brasileira de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, abr./jun. 2002.
- SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIDOU, J. M. Othon. *Resolução Judicial dos Contratos — Cláusula “Rebus Sic Stantibus” — e Contratos de Adesão — No Direito Vigente e no Projeto do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

SIMÃO, José Fernando. A Boa-Fé e o Novo Código Civil — Parte III, disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm, acessado em 20 jul. 2008.

———. *Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor — Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão & BARROSO, Lucas Abreu. Os Princípios Informadores do Novo Código Civil e os Princípios Constitucionais Fundamentais: Lineamentos de um Conflito Hermenêutico no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Privado*, n. 14, abr./jun. 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas & TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. I.

TARTUCE, Flávio. A Revisão do Contrato pelo Novo Código Civil. Crítica e Proposta de Alteração do art. 317 da Lei n. 10.406/02. In: *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2003, v. I.

TEPEDINO, Gustavo. A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). *RF*, 306/75 e s.

———. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

———. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JR., Humberto. *O Contrato e Seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

———. *O Contrato e Sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TICIANELLI, Joelma. “Limites Objetivos e Subjetivos do Negócio Jurídico na Constituição Federal de 1988”. In: *Direito Civil Constitucional — Cadernos 1*, org. por Renan Lotufo. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TRIBUNA DA MAGISTRATURA. Caderno especial jurídico. Publicação oficial da Associação Paulista dos Magistrados, autor da proposição: Prof. Wanderlei de Paula Barreto, ano XIV, n. 122, set. 2002.

VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil — Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2001. v. I.

———. *Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. II.

———. *Direito Civil — Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2001. v. III.

———. *Direito Civil — Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. IV.

VICENTE, Dário Moura. "A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002". *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, p. 3-20, abr./jun. 2004.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral das Obrigações*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. II.

———. O Contrato: Passado, Presente e Futuro. *Revista Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros, 1.º Semestre de 2000.

———. O Novo Código Civil e o Solidarismo Contratual. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jul./set. 2003, ano 6.

———. *Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.