

LEONARDO GOMES DE AQUINO

TEORIA GERAL dos contratos

TEORIA GERAL

dos contratos

O livro se utiliza de uma linguagem fácil e direta, traz a sensação de que o leitor está conversando com o autor.

A construção do texto foi árdua. A consulta diária dos principais autores sobre teoria geral dos contratos, observando os escritos sobre contratos empresariais e civis (existenciais).

A busca na doutrina, na jurisprudência e na forma cobrada nos concursos públicos foi farta e com o intuito de apresentar um texto que trouxesse certa verticalização do assunto.

Isto porque a pretensão do texto não é outra senão proporcionar ao leitor uma visão sistêmica e didática da dogmática contratual para os alunos do programa de graduação, especialização e estudantes de concurso público, de forma objetiva, simples e prática.

O autor se preocupou ao construir o livro na ideia de aplicação das regras da teoria geral dos contratos dentro de uma perspectiva uniforme, isto porque "contratos empresariais possuem racionalidade própria, que não se confunde com a racionalidade própria de determinados contratos existenciais, como os contratos de trabalho e os contratos de consumo" (REsp 1.773.478/DF).

O texto se utiliza do negrito para gerar no leitor uma visão panorâmica do conteúdo explanado, facilitando a fixação dos pontos mais importantes.

Utiliza-se de recursos gráficos como fluxogramas e tabelas para auxiliar o estudo e memorização dos principais temas abordados.

Em todo o texto o leitor poderá observar que o autor se preocupou em apresentar situações práticas, apresentando exemplo práticos, de forma a tornar mais palpável e compreensivo o estudo da teoria geral dos contratos.

A celeridade das relações jurídicas, os riscos e as incertezas do futuro nos levam cada dia mais a regular as nossas relações e nesse espectro o contrato desempenha uma função primordial de segurança e garantia.

Assim, além de colaborar com o estudo sobre os contratos, no âmbito da teoria geral, esta obra fornece ferramentas para a atuação concreta do profissional que deseja atuar nas relações contratuais.

ISBN 978-65-89904-34-2



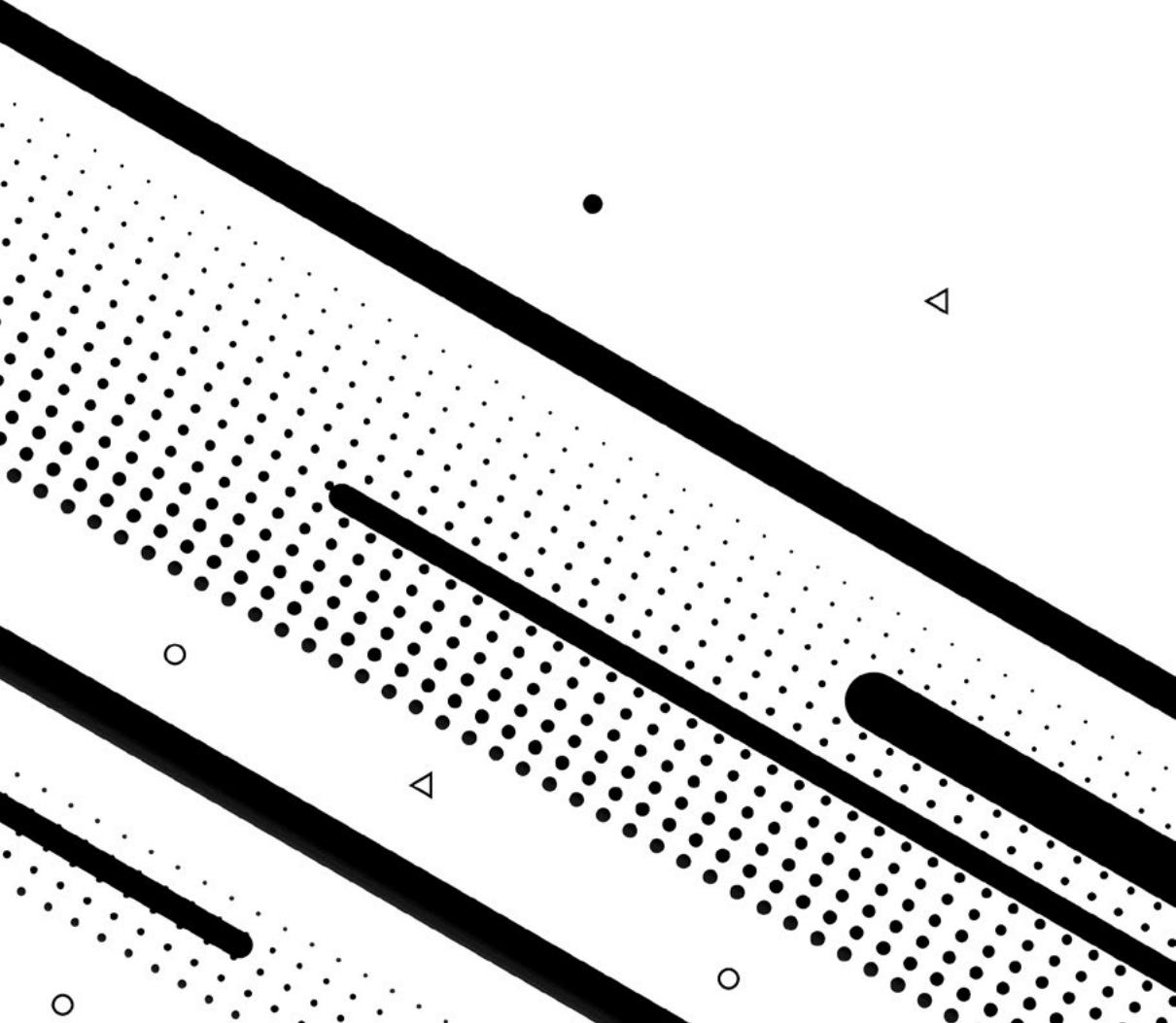
9 786589 904342 >



EXPERT
EDITORIA DIGITAL

LEONARDO GOMES DE AQUINO

TEORIA GERAL dos contratos



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

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

AQUINO, Leonardo Gomes de.
Teoria Geral dos contratos /Leonardo Gomes de Aquino, Belo Horizonte
Editora Expert 2021.

ISBN: 978-65-89904-33-5

1.Direito Civil 2. Direito - 3. Contratos 4. Mineração II. Título
CDD: 342.1

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
[contato@editoraexpert.com.br](mailto: contato@editoraexpert.com.br)





Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

*À Renata, minha luz e parceira de vida, que me
ensina todos os dias a crescer e a superar os desafios,
bem como chamar a minha atenção quando necessário.*

Prefácio

As regras patrimoniais privadas são apoiadas em dois institutos básicos: direitos de propriedade e contratos.

Enquanto as normas sobre propriedade regulam a forma pela qual pessoas físicas e jurídicas podem usufruir dos bens que produzem, cabe ao contrato disciplinar os termos pelos quais estes mesmos bens podem ser trocados no mercado.

Diante disso, torna-se inegável constatar que qualquer estrutura econômica organizada depende, para sua eficiência, de regras e análises adequadas sobre direitos de propriedade e contratos.

A presente obra, de autoria do Prof. Leonardo Aquino, se dedica à abordagem das regras jurídicas disciplinadoras deste amplo e, como dito, fundamental instituto do contrato.

Ao fazê-lo, oferece sólidas reflexões sobre os elementos componentes da generalidade das relações contratuais, além de uma visão extremamente atualizada sobre o tema.

Ao mesmo tempo, toma o cuidado de diferenciar entre contratos de cunho eminentemente patrimonial e aqueles nos quais questões ditas existenciais são o objeto da contratação.

Trata-se, portanto, de obra que concilia, com sucesso, a visão tradicional do instituto com a necessária releitura de alguns de seus mais importantes aspectos.

Eduardo Goulart Pimenta

Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da UFMG
Professor Adjunto de Direito Empresarial na Faculdade de Direito da UFMG e da PUC/MG
Procurador do Estado de Minas Gerais

Sumário

Capítulo 1

Evolução Histórica e o Conceito de Contrato	17
1.1. O contrato no Direito Romano.....	19
1.2. O contrato no direito inglês medieval.....	21
1.2.1. O contrato dentro do conceito Clássico.....	21
1.3. O contrato dentro do conceito Contemporâneo	24

Capítulo 2

Os Contratos entre a Teoria dos Negócios Jurídicos e a Teoria das Obrigações.....	30
2.1. O contrato como negócio jurídico	32
2.2. O contrato como fonte das relações jurídicas obrigacionais.....	34
2.3. O contrato no sistema jurídico de direito privado	38
2.3.1. O contrato e a empresa.....	38
2.3.2. O contrato e a propriedade	40
2.3.3. O contrato e a família.....	42

Capítulo 3

O Valor do contrato analisado pela sua função.....	45
3.1. Valor liberdade	47
3.2. Valor econômico	50
3.3. Valor coletivo	51
3.4. Valor jurídico	52

Capítulo 4

A Unificação das obrigações: unidade ou diversidade de tratamento dos contratos.....	54
--	----

Capítulo 5

A Principiologia dos contratos	58
5.1. Autonomia privada	63
5.2. Consensualismo	75
5.3. Obrigatoriedade	77
5.4. Relatividade dos efeitos do contrato ou relativismo contratual..	82
5.5. Supremacia da ordem pública e dos bons costumes.....	87
5.6. Boa-fé	92
5.6.1. Boa-fé subjetiva	92
5.6.2. Boa-fé Objetiva	94
5.6.3. Funções da Boa-fé.....	97
5.6.4. Desdobramento ou subprincípios da boa-fé objetiva	116
5.6.4.1. <i>Venire contra factum proprium</i>	117
5.6.4.2. <i>Supressio e Surrectio</i>	126
5.6.4.2.1. <i>Supressio</i>	126
5.6.4.2.2. <i>Surrectio</i>	130
5.6.4.3. <i>Tu quoque</i>	130
5.6.4.4. <i>Exceptio doli</i>	132
5.6.4.5. O Dever de não agravar o próprio prejuízo (<i>duty to mitigate the loss</i>)	133
5.6.4.6. <i>Cláusula de Stoppel</i> (Estoppel).....	135
5.7. Equivalência material das prestações.....	135

5.7.1. Lesão	140
5.7.2. Revisão (princípio da conservação)	143
5.8. Função Social.....	150
5.8.1. Deveres positivos e negativos gerados pela Função social	156
5.8.2. Efeitos internos do contrato gerados pela função social.....	159
5.8.3. Efeitos Externos do contrato gerados pela função social	167

Capítulo 6

Fontes dos contratos	177
6.1. A Constituição Federal	180
6.2. A Lei.....	181
6.2.1. O Código Civil.....	183
6.2.2. O Código de Defesa do Consumidor (CDC).....	185
6.3. O Direito Aplicável aos contratos internacionais	187
6.3.1. As convenções internacionais e os Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais	191
6.3.2. Os Incoterms	197
6.3.3. <i>A lex mercatoria</i>	216
6.4. Os usos e costumes	218
6.5. A jurisprudência.....	222
6.6. A doutrina.....	224
6.7. O Poder negocial	224
6.8. Diálogo das Fontes.....	225

Capítulo 7

Os Requisitos e os Pressupostos dos contratos	230
7.1. Condições de validade do contrato.....	235
7.1.1. Requisitos subjetivos	236
7.1.2. Requisitos objetivos	244
7.1.3. Requisitos formais	247

Capítulo 8

Classificação dos Contratos	250
8.1. Quanto aos direitos e deveres das partes envolvidas, quanto aos efeitos ou quanto ao sinalagma (unilateral, bilateral ou plurilateral).....	252
8.2. Quanto sacrifício patrimonial ou proveito das partes (onerosos ou gratuitos)	258
8.3. Quanto ao momento do aperfeiçoamento (consensual, real ou com eficácia real)	260
8.4. Quanto aos riscos da prestação (comutativo, aleatório ou parciário)	263
8.5. Quanto à previsão legal (típico ou atípico)	276
8.6. Quanto à negociação do conteúdo (tipo/formulário, paritário ou adesão)	278
8.7. Quanto à presença de solenidades e formalidades (solenes ou não solenes e formais ou não formais)	283
8.8. Quanto ao nome do contrato (nominais ou inominados)	285
8.9. Quanto a independência (principais, acessórios, derivados, coligados e complexos)	286
8.10. Quanto à pessoalidade (<i>personalíssimo</i> e <i>impessoais</i>)	297

8.11. Quanto ao tempo de execução	298
8.12. Quanto à definitividade (preliminar ou definitivo)	304
8.13. Quanto ao número de sujeitos envolvidos (individual subjetivo, individual plúrimo, individual homogêneo, coletivo, difuso e autocontrato)	306
8.14. Quanto à matéria (de direito público ou privado)	308
8.15. Quanto à nacionalidade (nacional ou internacional)	316
8.16. Quanto à função econômica	322

Capítulo 9

Formação e Conclusão do Contrato.....	325
9.1. A formação do contrato pelo Código Civil.....	329
9.1.1. A fase das negociações preliminares ou tratativas	330
9.1.2. A Fase de proposta, políciação ou oferta.....	335
9.1.2.1. Conceito	336
9.1.2.2. Forma	338
9.1.2.3. Força vinculativa e hipóteses de força não vinculante da proposta	340
9.1.3. A fase da aceitação	346
9.1.3.1. Conceito	346
9.1.3.2. A forma: Expressa, Tácita ou Presumida e Verbal ou Escrita.....	347
9.1.3.3. Força vinculativa.....	349
9.1.3.4. Hipóteses de força não vinculante da aceitação.....	351
9.1.4. Particularidades acerca do objeto do contrato.....	355
9.1.5. A fase do contrato preliminar	356

9.1.5.1. Modalidades de contrato preliminar.....	359
9.1.5.2. Requisitos essenciais.....	362
9.1.5.3. A sentença definitiva	365
9.1.6. A fase do contrato definitivo	367
9.2. A formação do contrato pelo Código de Defesa do Consumidor: Oferta e práticas abusivas.....	367
9.2.1. Da oferta	367
9.2.2. Das Práticas Abusivas.....	371
9.3. A formação do contrato pela via eletrônica	374
9.4. Lugar do contrato	377
9.5. Tempo do contrato	379

Capítulo 10

Efeitos dos contratos.....	383
10.1. Efeitos decorrentes da obrigatoriedade do contrato	385
10.1.1. Efeitos quanto ao momento do adimplemento do contrato .	385
10.1.2. Efeitos quanto à irretratabilidade e à intangibilidade do contrato	387
10.2. Efeitos do contrato quanto à sua relatividade	387
10.2.1. Efeitos do contrato em relação aos contratantes	388
10.2.2. Efeitos do contrato em relação aos sucessores.....	388
10.2.2.1 <i>Sucessão a título universal</i>	388
10.2.2.2 <i>Sucessão a título particular (singular)</i>	388
10.2.3. Efeitos do contrato em relação a terceiros.....	389
10.2.3.1. Estipulação em favor de terceiro.....	389
10.2.3.2. Promessa de fato de terceiro	390

10.2.3.3. Contrato com pessoa a declarar	391
10.2.4. Efeitos do contrato em relação ao objeto.....	392
10.3. Efeitos particulares do contrato	392
10.3.1. Retenção	393
10.3.2. Riscos próprios do contrato e o contrato aleatório	393
10.3.3. Vícios redibitórios	394
10.3.3.1. <i>Conceito e distinções</i>	394
10.3.3.2. <i>Fundamento jurídico: O papel da garantia</i>	395
10.3.3.3. <i>Condições de exibilidade da garantia de acordo com Código Civil</i>	397
10.3.4.4. <i>Vício redibitório e o Código de defesa do consumidor</i>	399
10.3.4.5. <i>Tutela jurídica do lesado</i>	401
10.3.4.5.1. <i>Tipos de pretensões edilícias</i>	402
10.3.4.5.2. <i>Prazos decadenciais</i>	402
10.3.4.6. <i>Responsabilidade pelos vícios redibitórios</i>	406
10.3.4.7. <i>Hipóteses de descabimento das ações edilícias</i>	407
10.3.5. Evicção.....	407
10.3.5.1. <i>Conceito e os sujeitos</i>	408
10.3.5.2. <i>Fundamento jurídico: O papel da garantia</i>	413
10.3.5.3. Requisitos	418
10.3.5.3.1. <i>Onerosidade da prestação</i>	419
10.3.5.3.2. <i>Perda ou privação parcial ou total do direito do adquirente (evicto)</i>	428
10.3.5.3.2.1. <i>Perda parcial e total</i>	428
10.3.5.3.2.2. <i>Direitos que podem sofrer a evicção</i>	429

10.3.5.3.3. Anterioridade ou preexistência do direito do terceiro (evictor) reconhecido de maneira administrativa ou judicial.....	434
10.3.5.3.4. Desconhecimento por parte do adquirente (evicto) da titularidade alheia (preexistência do direito do terceiro)	435
10.3.5.4. Extensão da garantia: A Cláusula de reforço, diminuição e exclusão da garantia (cláusula de <i>non praestanda evictione</i>)	436
10.3.5.5. Direitos do evicto e como calcular do <i>quantum</i> indenizatório devido ao adquirente (evicto)	438
10.3.6. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	446

Capítulo 11

Extinção ou dissolução do contrato (cessação da relação contratual)	449
11.1. Modo Normal de extinção	450
11.1.1. Adimplemento (Exaustão ou cumprimento).....	451
11.1.2. Verificação de fator eficacial	453
11.2. Causas anormais anteriores ou contemporâneas à formação do contrato	455
11.2.1. Nulidade absoluta e relativa	456
11.2.2. Direito de arrependimento (arras).....	457
11.2.3. Cláusula resolutiva expressa ou convencional	459
11.2.4. Redibição	465
11.3. Causas supervenientes à formação do contrato.....	465
11.3.1. Resilição	466
11.3.1.1. Distrato e sua forma e efeitos (resilição bilateral).....	467
11.3.1.1.1. <i>Forma</i>	470
11.3.1.1.1. <i>Efeitos</i>	471
11.3.1.2. Resilição unilateral (revogação, renúncia, resgate)	472
11.3.1.2.1. <i>Situações de Resilição prevista no CC</i>	475

11.3.1.2.2. A notificação: forma e prazo	482
11.3.2. Resolução	483
11.3.2.1. O inadimplemento voluntário do contrato (Cláusula resolutiva tácita ou presumida)	487
11.3.2.2. Resolução por inexecução involuntária do contrato	493
11.3.2.3. Resolução por onerosidade excessiva	496
11.3.2.3.1. Contrato de execução no tempo	498
11.3.2.3.2. O fato superveniente extraordinário e imprevisto	499
11.3.2.3.3. Desequilíbrio que acarreta a onerosidade excessiva para um dos contratantes e a extrema vantagem para o outro.	501
11.3.2.3.4. Resolução ou modificação	502
11.3.3. Morte da pessoa natural ou extinção da pessoa jurídica.....	503

Capítulo 12

Interpretação e Integração do Contrato	505
12.1. Os métodos utilizados na interpretação.....	507
12.2. Funções da Interpretação do contrato	513
12.3. A Interpretação do contrato	514
12.3.1. A Interpretação do contrato internacional	518
12.3.2. A Interpretação do contrato nacional	519
12.3.3. A Interpretação do contrato de consumo	525
12.4. Critérios legais de interpretação contratual	527
12.5. Integração do contrato	531
 REFERÊNCIAS.....	533

Capítulo 1

Evolução Histórica e o Conceito de Contrato

Há indícios da existência do contrato desde o aparecimento do homem e sua agregação em comunidade. Por esse motivo, Clóvis Beviláqua dispõe que “dada a coesão e solidariedade dos grupos sociais primitivos, as relações, que avultam contra, são, justamente, as que se travam entre eles, como unidades corporativas. São, portanto, as obrigações de grupo a grupo, de corpo social a corpo social as que realmente iniciam a construção de direitos obrigacionais. Não era, porém, necessário que todo o clã ou toda a tribo se abalasse para ir pactuar com outro grupo social equivalente. É possível que isso acontecesse algumas vezes, mas regularmente, eram os indivíduos, e, normalmente, os chefes, na sua qualidade de gestores dos negócios comuns, ou os comissários por eles designados, que entravam em transações, obrigando, solidariamente, os seus co-associados”¹. Assim, a falta da palavra dada, poderia provar até guerras devastadoras.

Analogicamente a outros institutos, a relação negocial denominada de “contrato” remonta tempos remotos e vem se desenvolvendo e se transformando ao longo dos tempos.

Dentro deste espectro **os hebreus conheceram o instituto do contrato** antes da fundação de Roma, pois a cobrança de juros era proibida em contratos celebrados entre nacionais, mas dada como lícita nos contratos celebrados com estrangeiros. E, no caso de inadimplemento da obrigação, era ainda proibida a penhora de bens indispensáveis à subsistência do devedor e de seus dependentes.

O contrato de compra e venda entre pais e filhos na babilônia, conforme o direito babilônico era passível de anulação.²

No direito grego é possível distinguir os contratos mediante fiança; o contrato de compra e venda admitia arras; o contrato de arrendamento civil poderia ser temporário ou perpétuo (no direito romano passou a ser denominado de enfiteuse).

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, p. 32.

² ALTAVILA, Jayme. *Origem dos direitos dos povos*. 4 ed. São Paulo: Ed. Melhoramentos, 1954, p. 33.

Orlando Gomes afirma que **o conceito moderno de contrato se formou em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais (a) a dos canonistas, baseado no consenso e na fé jurada; (b) a da escola do direito natural, que tem o seu condão introdutório na livre vontade dos contratantes.**³

1.1. O contrato no Direito Romano

O *Corpus Juris Justiniano* consolidou o conceito de contrato em três formas distintas: a convenção, o pacto e o contrato propriamente dito.

Os contratos possuem mais de um sentido, isso porque os romanos empregavam o termo “**convenção**” (*pacto conventio*), com significado do amplo contrato, considerando-a o gênero, eis que abarcava toda espécie de acordo de vontades, quer resultasse ou não obrigações; e o termo “**contrato**” (*contractus*), que aparecia como espécie era a relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações civis⁴. Os pactos não podiam ser reclamados judicialmente, ou seja, não geram ação, mas tão somente exceção. O direito romano, portanto, distingua o contrato de convenção. O contrato e o pacto eram espécies do gênero convenção.

3 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 6.

4 “*Contractus*, expressão elíptica de *negotium contractum* ou *contractus negotii*, significa para os romanos a relação que se constituía com base num acordo se não no próprio acordo; não qualquer acordo sobre objeto e relações jurídicas, mas apenas aquele que originava obrigações entre as partes, de modo que por esse termo não se entendia nunca o negócio destinado a criar vínculos familiares ou a constituir direitos reais, a dissolver ou a modificar obrigações, como podem ser, por exemplo, a adoção, o casamento, a *solutio* e a qualquer negócio liberatório, mas apenas e exclusivamente o contrato obrigatório. O acordo, isto é, o elemento *conventio*, *conventum*, *pactio*, donde o significado mais amplos que estes termos é especialmente o primeiro tem, como correspondente totalmente a *consensus*. Mas, ao lado deste, tiveram um outro significado mais restrito e preciso, quando passaram a designar toda a série de acordos (*pacta*, *pacta conventa*), que, privados das formas e das solenidades prescritas pelo direito para poderem elevar-se à categoria de contratos, ficam fora desta categoria e, de acordo com o princípio romano segundo a qual a simples convenção não gerava ação nem produzia vínculo obrigatório, não recebem senão uma proteção indireta do pretor mediante a *exceptio pacti conventi*”. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2^a ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005, v. 3, p. 296.

A convenção abrangia os contratos propriamente ditos, ou as relações previstas e reconhecidas no direito civil, com força obrigatória, e os pactos comuns, não previstos pelo direito civil, e despidos de força e amparo de uma ação.

Assim, o en quanto do contrato nascia obrigação de consensual ou real, do pacto nascia uma exceção, que corresponde em uma forma de não adimplir com a obrigação, como na situação no caso de um contrato celebrado por um menor que confessa a dívida de um contrato de mútuo, mas se põe o pagamento utilizando a sua idade.⁵

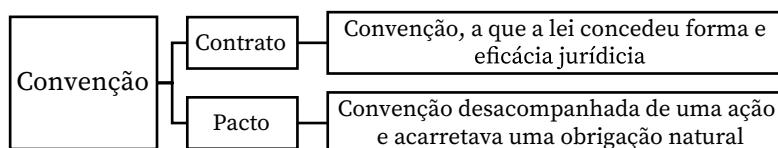


Figura 1: Contrato no Direito Romano⁶

Segundo Carlos Roberto Gonçalves “as expressões convenção, contrato e pacto são empregadas hoje como sinônimas, malgrado a praxe de se designar os contratos acessórios de pactos (pacto comissório, pacto antenupcial etc.)”.⁷

No direito romano apareciam quatro tipos de contratos: (a) **contratos consensuais** (se formam pelo simples acordo de vontades – locação, compra e venda, mandato e sociedade); (b) **contratos reais** (para se formar é primordial a entrega da coisa – depósito, mútuo e comodato); (c) **contratos literais** (se realizam pela forma escrita); e (d) **contratos verbais** (eram concluídos por meio da *stipulatio*, que consistia na observância de uma forma oral solene envolvendo uma

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 28^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 173.

⁶ FRANÇA, R. Limongi. Contrato. *Encyclopédia Saraiva de Direito*. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 19: 137-146, p. 137-138. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2^a ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005, v. 3, p. 301.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 23.

pergunta do credor e correspondente resposta do devedor – promessa de dote e promessa de prestação de um serviço do escravo liberto)⁸.

Em suma, **o contrato no direito romano era de caráter estritamente obrigatório**, criando obrigações de cunho pessoal ou real (**os contratos são acordos feitos com base na vontade das partes**), de forma a ser capaz de transferir o domínio.

1.2. O contrato no direito inglês medieval

O direito inglês (*common law*) medieval não tinha a figura do contrato como instrumento autônomo e figura legal institucionalizada para a circulação de riquezas, de maneira a conceber como uma regra obrigatória de compromissos firmados pelas partes.

Se a promessa foi mal ou totalmente adimplida, o promissário pode fazer valer as suas razões com uma ação. Assim, a sua ação era tutela pelo direito da responsabilidade civil e não pela tutela do direito contratual. A **violação do contrato era considerada um agravo e um dano (como se fosse a destruição de uma propriedade)**.

Só mais tarde, após uma longa e tormentosa evolução é que se reconheceu, na *common law*, a ideia do contrato como **fonte autônoma e causa de sancionamento jurídico do acordo**, como veste legal típico das operações econômicas.

1.2.1. O contrato dentro do conceito Clássico

A feição clássica do contrato vem moldada desde a época romana, tendo como padrão à vontade humana direcionada a criação de direito e obrigações (*pacta sunt servanda*). Contudo, os contratos existentes no período romano não podiam satisfazer às exigências de um comércio já em desenvolvimento.

As sociedades primitivas não conheciam as regras contratuais como as existentes hoje, pois as relações negociais contratuais estão

⁸ Moreira Alves afirma que o conceito de contrato, no direito romano, clássico, é muito controvérsio. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 120-257.

sempre em evolução⁹. Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que “sua origem provável, segundo Weber, está na Idade Média, quando começaram a se tornar mais impessoais as relações obrigatorias, fato este que tem relação também com o surgimento dos títulos de crédito”.¹⁰

Como o contrato tem a sua essência na concepção da autonomia da vontade, dois grandes diplomas legais, *code civil* de 1804 – francês e BGB *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900 – código civil alemão, ainda vigentes, trouxeram a ideologia da liberdade contratual, por isso a ideologia da liberdade contratual encontra matrizes próprias nos contextos nacionais, influenciados por razões históricas, econômicas, sociais e culturais próprias de cada país.¹¹

O **Código Civil francês** (Código de Napoleão) é o primeiro código da Idade Moderna, o primeiro dos códigos burgueses. Ele está impregnado pelos ideais revolucionários de 1789¹², **consagrados nos**

9 “Os tipos contratuais como conhecemos hoje não existiam nas sociedades primitivas”. DIAS, Carlos Alberto da. Moderno dirigismo econômico e direito contratual. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 114, p. 229-236, abr./jun. 1992, p. 231.

10 A referência à gênese do contrato, bem como a referência a Weber está inserida no artigo de autoria de Tércio Sampaio Ferraz Junior. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Destino do Contrato. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 3, n. 9, p. 49-54, abr./jun., 1982, p. 49-51).

11 Tércio Sampaio Ferraz Junior “distingue a liberdade no sentido positivo e no sentido negativo. A equalização dos contratantes é a chamada liberdade no sentido negativo e implica generalização mútua. A autonomia da vontade é a liberdade no sentido positivo. O contrato harmoniza esses dois tipos de liberdade, posto que a autonomia da vontade está inserida no contexto de uma sociedade de massa. Nesse tipo de sociedade, as igualdades suplantam as diferenças. O dirigismo econômico confronta-se com o direito contratual”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Destino do Contrato. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 3, n. 9, p. 49-54, abr./jun., 1982, p. 51.

12 “A concepção revolucionária se baseia na *liberté, égalité, fraternité* (em francês, liberdade, igualdade, fraternidade) é utilizado constantemente para resumir os ideais da Revolução Francesa (1789-1799). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na sua versão original de 1789 ou nas seguintes, de 1793 e 1795 trazem um conjunto de definições perfeitas para o esclarecimento dos termos utilizados no lema. O conceito de liberdade, por exemplo, pode ser definido de acordo com o artigo sexto da versão de 1793, da seguinte forma: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique os outros. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem ou mulher não tem limites que não sejam os que garantem outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”. Já o segundo termo, igualdade, é definido no artigo terceiro da mesma carta como: “Todos os homens são iguais por natureza e perante a lei”. A Declaração de 1795 traz ainda, no seu artigo terceiro, que: “A igualdade consiste em

princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. A disciplina dos contratos eleita pelo legislador francês atende às exigências da França pré-revolucionária, onde prevaleciam os interesses e anseios de uma sociedade encaminhada para novas formas de organização econômica-social, ou mais exatamente das classes que saíram vitoriosas na Revolução Francesa (classe mercantil e a fundiária). Por isso, o *Code Civil* trata o contrato como mecanismo de aquisição da propriedade, logo está subordinado à propriedade, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual são ordenados todos os demais. Destarte, **o contrato surge** na consideração do legislador francês como mecanismo de transferência dos direitos reais, **em decorrência do fator obrigacional gerado pelo acordo**¹³. Desta maneira, **o contrato na perspectiva do direito francês decorre de um equilíbrio entre a pretensão da classe mercantil, de apropriação dos recursos do solo, e as exigências da classe fundiária, defesa da propriedade, onde a transferência da propriedade somente ocorrerá se existir um duplo consenso.**

Por outro lado, **o direito germânico (BGB) trata o contrato dentro de uma sistemática jurídica complexa de negócios jurídicos de circulação de riqueza, de acordo com a lealdade e a confiança das partes (Boa-fé Objetiva - Treu und Glauben - lealdade e confiança).** A legislação germânica ocorreu quase um século após a francesa. Não obstante, esse atraso e a consequente mudança do conceito histórico e de condições socioeconômicas, juntamente com a tradição científica germânica, fizeram com que a disciplina do contrato, no BGB, tivesse uma característica própria, mas mantendo a liberdade de contratar como princípio basilar. **O BGB contém regras próprias do contrato de uma forma geral (Vertrag) e a cada contrato típico (venda, man-**

uma lei que seja a mesma para todos, seja ao proteger, seja ao punir. A igualdade não admite qualquer distinção de nascimento ou herança de poder". O terceiro conceito do lema, a fraternidade está bem definida em uma parte do artigo sexto da declaração de 1793: "Não faças aos outros o que você não gostaria que fizessem a você, faça o bem aos outros à mesma medida que gostaria de o receber". FRANÇA. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789.

13 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002, p. 38.

dato, locação, doação, empreitada, empréstimo, etc.), uma série de normas relativas ao negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*). Essas normas se aplicam também ao contrato, uma vez que as regras concernentes à figura geral valem, quando não expressamente afastada, também para os tipos específicos naquele não abrangido.¹⁴

Ao contrário do direito francês, onde a uma compra e venda aplicam as normas concernentes aos contratos em geral, além das normas desta espécie particular de contrato; o direito alemão, além das normas gerais contratuais e específicas da compra e venda aplicam-se as normas relativas ao negócio jurídico.

O **contrato no direito francês** acarretava a aquisição da propriedade, já no **direito alemão** a propriedade não é adquirida pelo contrato, mas sim pelo registro do bem imóvel ou pela tradição no caso do bem móvel.

1.3. O contrato dentro do conceito Contemporâneo

A análise contemporânea do contrato inicia-se com a mudança do paradigma do contrato como elemento abstrato e estático, observado na **visão clássica ou liberal**¹⁵ para uma realidade viva, dinâmica e vinculada ao processo de satisfação socioeconômico¹⁶ e digno da

14 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. 4^a ed. Madrid: Fundación cultural del notariado, 1998, p. 703-723.

15 A concepção que qualificamos como clássica ou liberal, é aquela que herdámos do século XIX, que foi o período das grandes codificações e, ao mesmo tempo, uma era de grandes construções doutrinárias, tais como as de direito subjetivo, de pessoa jurídica e de negócio jurídico, tão fundamentais que hoje seria impensável a ciência jurídica sem elas. É essa a concepção tradicional dos contratos que ainda hoje inspira os grandes compêndios, tanto os nacionais como os estrangeiros, responsáveis pelo embasamento teórico da esmagadora maioria dos juízes, advogados e operadores do Direito. Essa concepção tem na sua base dois princípios fundamentais, o da liberdade contratual e o da obrigatoriedade do cumprimento do contrato. AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112, p. 75.

16 Não podemos ver os contratos apenas como a imagem instantânea do momento da sua conclusão como se eles não produzissem efeitos durante mais ou menos longo compasso, dando origem a situações que se desenrolam o futuro, seja ele mais ou menos próximo, é o que a doutrina alemã chama de “relação obrigacional complexa”. RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contra-*

pessoa, dentro da qual se insere a **concepção contemporânea (moderna ou social)**¹⁷. E, dentro da perspectiva criada pela denominada “crise do contrato”, o “dirigismo contratual” é o fator fundamental de observação.

Isso se dá porque o consensualismo existente no contrato nunca foi de todo uma pedra angular de interesses paritários e da mesma forma, o tempo pode acarretar na realização das prestações contratuais um desequilíbrio, não convergindo na ideia central do contrato como um mecanismo de realizações e de circulação de riquezas¹⁸. Além é claro da constante globalização das relações jurídicas que acarretam uma massificação dos contratos¹⁹.

Por isso, **a vontade de contratar deve ser protegida dela mesma, por meio de princípios** (tais como a boa-fé, equivalência das prestações e função social) **e mecanismos jurídicos eficazes, que fora devidamente positivado na legislação**, tais como a possibilidade de

tuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 17.

17 Esta concepção inclui além dos princípios fundamentais já existentes na outra concepção (Princípio da liberdade contratual e o da obrigatoriedade do cumprimento do contrato) os boa-fé e justiça contratual. Sobre a questão da boa-fé vide CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II; e sobre a justiça contratual vide TELLES, Inocêncio Galvão, “Aspectos Comuns aos Vários Contratos”. *Revista Forense*. vol. CXXXVII, ano XLVIII, fas. 581, Rio de Janeiro: Saraiva Ed., 1951, p. 37-63; aonde acrescenta que a justiça contratual se encontra no seio da causa, na equivalência das prestações ou sacrifícios que na sua reciprocidade orgânica formam a causa como um todo, ou um sistema; MACHADO, João Baptista, “Do Princípio da Liberdade Contratual”. In. *Obra Dispersa*, vol. I, Scientia Juridica: Braga, 1991, p. 623 e ss. CANARIS, Claus-Wilhelm, “A Liberdade e a Justiça Contratual na Sociedade de Direito Privado”. *Contratos: Actualidade e Evolução: Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, (coord.) António Pinto MONTEIRO. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, 49-66, p. 55-60.

18 Segundo Luhmann as funções básicas do contrato enquanto instituição capitalista são: (a) modalidades de troca; (b) institucionaliza a autonomia da vontade e a liberdade contratual; (c) protege as partes contra os riscos econômicos e (d) permite a equalização dos contratantes. A referência a Luhmann está inserida no artigo de autoria de Tércio Sampaio Ferraz Junior. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Destino do Contrato. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 3, n. 9, p. 49-54, abr./jun., 1982, p. 51-53.

19 Segundo Pietro Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107), “(...) no ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do indivíduo, mas também àquele da coletividade”.

anulação em decorrência dos vícios do consentimento e a resolução/modificação em caso de acontecimento imprevistos e extraordinários que acarretem uma modificação do *status* contratual original. Além é claro da positivação da função social e da boa-fé nas relações contratuais.

Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro observa que o **consenso das partes, de uma maneira geral deve ser observado em conjunto com o contexto social em que se manifesta a relação contratual.**²⁰

Por isso, afirma que o contrato pode ser encarado por um viés triplio em que há um **plano de interação**, que envolve as partes, um **plano da instituição** em que há conexões com o mercado e por último um **plano da sociedade** que compreende um aspecto social do contrato²¹, dentro de uma perspectiva equilibrada dos planos em si e entre si.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald²² disciplinam que “o epicentro do contrato se desloca do poder jurígeno da vontade e do trânsito de titularidades, para um concerto entre o interesse patrimonial inerente à circulação de riquezas e o interesse social, que lateralmente àquela se projeta”, o que demonstra a necessidade imperiosa de conjugação entre os princípios da liberdade e da solidariedade.²³

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam que o contrato deve “criar um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não

20 RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11-15.

21 TEUBNER *apud* RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

22 FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 184.

23 Afirma Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro que o contrato deve possuir um “desempenho funcional, como mecanismo jurídico de conformação de relações sociais. Numa visão alargada, o consenso das partes é pensado em conjunto com o ‘ambiente’ em que se manifesta, integrando, como fator constitutivo e modelador, um sistema de coordenação vinculativa de ações individuais aberto à comunicação com outros sistemas de enquadramento de referência”. RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 14-15.

fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrentes da boa-fé e do princípio da função social".²⁴

Por outro lado, a Carta Magna de 1988, de forma explícita, condiciona que a livre iniciativa, observada como a liberdade personalíssima da pessoa em seu meio social e comunitário, deve ser exercida em consonância com a função social (art. 170, III), e, à vista disso, o contrato, enquanto segmento dinâmico da circulação de riquezas, não poderia estar desvinculado da proteção do Estado.

Eros Grau demonstra que a “livre-iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valiosos”²⁵. Logo, a conformação aos valores sociais implica impreterivelmente em limitação, orientação e controle públicos e sociais.

Assim, **diante da Carta Magna de 1988, o contrato passou a ser analisado dentro de uma perspectiva econômica-social**, em que o mesmo é construído a partir da autonomia privada do indivíduo, mas a autorregulamentação das partes não está desvinculada de observar as regras cogentes existentes para as relações jurídicas²⁶, tais regras, estão sedimentadas em princípios como a dignidade da pessoa humana, igualdade, livre iniciativa, proibição da concorrência desleal.²⁷

24 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 62.

25 GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*- São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 200.

26 Na Constituição de 1988 podem ser sublinhadas as seguintes diretrizes fundamentais, para o direito contratual: (a) Valores sociais da livre-iniciativa (Cláudia^{1º}, IV); (b) Defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V); (c) Garantia ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI); (d) Ordem Econômica (art. 170); (e) Liberdade de atividade econômica (art. 170, parágrafo único); (f) Vedações ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º); (g) Intervenção normativa e regulação da atividade econômica (art. 174) e; (h) controle de produção e comercialização de substância perigosas (art. 225 §1º, V). BRASIL. STF. RE 201819, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27.10.2006. p. 64, ement. v. 02253-04, p. 577. RTJ, v. 00209-02, p. 821.

27 BRASIL. STJ. HC 12547/DF, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1.6.2000, DJ 12.2.2001, p. 115. BRASIL. STF. RE 161243 ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 7.10.1999, DJ 17.12.1999, p. 00004, ement v. 01976-02, p. 415. BRASIL. STF. ADIn 319, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.1993, DJ 30.4.1993, p. 07563, ement v. 01701-01,

Se acolhermos a ideia **do contrato como sendo um processo**²⁸ dirigido a um certo objetivo, que é a execução das prestações das partes, e ele terá que se desenvolver de acordo com um programa, no qual teremos que admitir que poderá, no transcorrer da execução, ocorrer em situações que impliquem mudanças ou adaptações²⁹. Diante da questão de desequilíbrio entre o momento da celebração e a execução das obrigações contratuais, o **Código Italiano** positivou a **o princípio da Rebus sic Stantibus**, que permite aos contratantes renegociar o contrato na ocorrência de um acontecimento fundamental que cause um desequilíbrio no mesmo, não estando o acontecimento acobertado pelos riscos próprios do contrato³⁰.

O Código Civil Brasileiro por sua vez agregou as percepções anteriores apresentadas (autonomia privada, consensualismo, obrigatoriedade, relativismo, supremacia da ordem pública e os bons costumes, boa-fé objetiva, equivalência das prestações) em diversos artigos e incluiu como limite da contratação a função social ao estipular: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (art. 421 do CC).

Por isso, o **contrato é um mecanismo jurídico de relacionamentos interpessoais, trazendo no seu bojo as declarações negociais comuns das partes que o integram e além do adimplemento das prestações, observando as normas cogentes, bem como os con-**

p. 00036. BRASIL. STJ. REsp 680.815/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20.3.2014, DJe 3.2.2015.

28 O contrato, escreveu Enzo Roppo, “não é um elemento da realidade física, cuja existência se possa propriamente constatar, tal como é possível constatá-la quanto aos objetos do mundo natural”, e de consequência, “a formação de um contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de atos e comportamento humanos”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 84-85.

29 AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112, p. 75.

30 CÓDIGO CIVIL. Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (...) II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.

textos situacionais em que a relação contratual se estabelece e se desenrola.

Em síntese o contrato no âmbito interno é o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta de um lado e de outro a aceitação) contrapostas, mas perfeitamente harmonizados entre si, que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses desde que não alteradas as circunstâncias em que se deu a vinculação.

Capítulo 2

Os Contratos entre a Teoria dos Negócios Jurídicos
e a Teoria das Obrigações

As normas obrigatoriais existentes no Código Comercial de 1850 foram abolidas pela unificação das obrigações geradas pelo Código Civil ao determinar no art. 2.045, que a primeira parte da Lei n. 556 de 1.850, denominado Código Comercial, fora revogada de forma expressa, ou seja, parcialmente revogada (derrogada).

Assim, as questões contratuais passaram a ser reguladas pelo Código Civil e pelas leis especiais existentes, diante desta percepção pode-se afirmar que o “**contrato antes de tudo** é um conceito jurídico, construído a partir da ciência jurídica elaborada com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética uma série de princípios e regras de direitos, uma disciplina jurídica complexa”.³¹

Isto se dá porque a demarcação primária entre **matérias atinentes aos contratos** é incluída na teoria do negócio jurídico e há também **matérias relativas ao contrato, que são inseridas no direito das obrigações**. Isto ocorre porque na visão Mario Allara “o contrato é um fenômeno decorrente das relações jurídicas.”³²

O pressuposto lógico da demarcação estaria na distinção entre o contrato configurado como negócio bilateral ou plurilateral quanto à formação, e o contrato, como uma fonte, entre outras, de efeitos obrigatoriais.

É certo que os efeitos dos **contratos**, no direito brasileiro, se **restringem, às questões obracionais patrimoniais e extrapatrimoniais, excluindo aqui os direitos reais**, mas a relação contratual não se descarteriza, quando invade os campos do direito empresarial, administrativo, consumerista, financeiro, internacional ou mesmo processual.

31 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7.

32 ALLARA, Mario. *La teoria generale del contratto*. Corso di diritto civile. G Giappichelli Editore: Torino, 1955, p. 7-39. O autor procura situar o contrato na teoria do negócio jurídico, na teoria das obrigações e conclui que o contrato comportar situações envolvendo diversos direitos, como família, sucessão, processual, administrativo e internacional, e afirma que o contrato não é um instituto exclusivo do direito das obrigações, mas sim um instituto próprio dos negócios jurídicos, visto que cria, modifica, conserva e extinguir relações jurídicas.

Mas, por que enquadrar o **direito contratual como um direito obrigacional bilateral**, se por **exemplo** o contrato em favor de terceiro, regulado pela lei é considerado pela doutrina como uma relação que beneficia um terceiro que não celebrou o pacto.

Há uma perfeita ligação entre os institutos em tela, uma vez que no Código Civil o contrato se encontra tratado em sua Parte Especial, como um dos títulos do Livro, do direito das obrigações. O contrato se coloca como uma das fontes das obrigações.³³

Isto ocorre necessariamente porque o contrato é uma das três fontes das obrigações ao lado das obrigações unilaterais e dos atos ilícitos.

Por outro lado, **diversas regras dos negócios jurídicos são aplicáveis aos contratos, em especial a condição, estão os defeitos do negócio jurídico e a própria concepção existencial do contrato**, ao afirmar que o contrato para ter validade deve preencher certos requisitos subjetivos, objetivos e formais do negócio jurídico.

2.1. O contrato como negócio jurídico

É certo que **todo contrato é um negócio jurídico, mas nem sempre todo negócio jurídico é contrato**. Isso se dá porque os negócios jurídicos podem ser classificados em unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

Os **negócios unilaterais** são aqueles que se perfazem ou se concretizam por uma única declaração de vontade, podendo ser divididos em: **receptivos**, quando aqueles em que a declaração de vontade tem de se tornar conhecida do destinatário para produzir efeitos (ex: proposta ou oferta, promessa de recompensa, procuraçao, denúncia de um contrato, aval e etc.); e não **receptivos** são aqueles em que o conhecimento por outra parte é irrelevante (ex. testamento, confissão de dívida e etc.).

³³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 213.

Os **negócios bilaterais** são os negócios jurídicos que há a exteriorização de duas declarações de vontades por coincidentes sobre o objeto ou bem jurídico tutelado, ou seja, deve existir o consentimento mútuo ou acordo de vontades, podem ser simples ou sinalagmáticos. Os **simples** (unilaterais – não sinalagmáticos) são aqueles em que somente uma das partes aufera vantagens, enquanto a outra arca com os ônus, como (ex. contrato de comodato e o de doação) e os **sinalagmáticos** (bilaterais perfeitos) são aqueles em que há uma reciprocidade de direitos e obrigações, estando as partes em situação de igualdade (ex: contrato de compra e venda e o de locação). Se existir várias pessoas no pólo ativo e no passivo, o negócio jurídico não deixará de ser bilateral, pois há a existência de duas declarações contrapostas (ex. contrato de compra e venda, locação, prestação de serviço).

Os **plurilaterais** ocorrem quando se conjugam, no mínimo, duas vontades paralelas, admitindo-se número superior, todas direcionadas para a mesma finalidade. Carlos Roberto Gonçalves, afirma que “a doutrina menciona os negócios jurídicos plurilaterais como figura diferenciada dos contratos e os trata como acordos, em razão de se destinarem à adoção de decisões comuns em assuntos de interesse coletivo” (ex: contrato de sociedade e contrato de consórcio), posição está minoritária.³⁴

No caso dos negócios jurídicos **unilaterais**, são em regra objeto de regulamentação própria, em quase todos os aspectos especiais, em relação ao regime jurídico geral dos negócios jurídicos ou mesmo com ele conflitante. A proposta (oferta ou políciação) e a procuração são (quase sempre, está, sempre, aquela) negócios funcionalmente subordinados aos contratos.

A razão da diferença entre negócios unilaterais e bilaterais conduz-se a uma ideia elementar de que ninguém deve ser onerado como obrigações ou privado de um direito seu, ou seja, ninguém pode

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Parte Geral.* 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 290.

ser exposto a sacrifícios econômicos, por efeito de vontade alheia, mas só por efeito da sua própria vontade.

Questão interessante que se pode ponderar é a seguinte: **para que serve conceber algo mais geral do que o contrato para depois usar apenas em relação aos contratos?** Se o contrato continua a ser o núcleo central e efetivo do negócio jurídico e fonte de obrigações aplicáveis diretamente aos ramos do direito privado, melhor seria construir diretamente a teoria do contrato aplicável aos contratos civis (existenciais), empresariais, administrativos e financeiros e enunciar claramente as regras jurídicas que lhes são aplicáveis.

Em confronto as percepções apontadas, há **três modos distintos de observar o contrato**, “acentuando um o plano da relação entre as partes, privilegiando os outros dois o lado externo do contrato, a sua interação na ordem econômica e na ordem jurídica global”³⁵, ou seja, há o **plano de interação** das partes na relação pactual; o **plano institucional** que a conexão do contrato com o mercado (função ou valor econômica) ; e o **plano da sociedade** que envolve a questão função ou valor social que o contrato deve preencher³⁶, dentro de uma perspectiva equilibrada dos planos em si e entre si.

Assim, **juridicamente o contrato está situado nas regras do direito das obrigações, mas a sua formação depende necessariamente das regras dos negócios jurídicos.**

2.2. O contrato como fonte das relações jurídicas obrigacionais

É importante ressaltar que situações obrigacionais como as decorrentes da célebre obra de Shakespeare, **o mercador de veneza**, aonde a personagem Antônio contrata com o agiota Shylock (sempre um judeu!), oferecendo como garantia do inadimplemento do empréstimo contraído nada menos do que uma libra de carne de seu corpo,

35 RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

36 TEUBNER *apud* RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

não são mais admitidas no direito contemporâneo. Isto porque, o objeto dado em garantia não possível, logo afrontaria a validade da garantia dada ao contrato de empréstimo.

A construção das **obrigações contratuais** (qualificado por direito de crédito ou pessoal) possui limites impostos pela legislação ou mesmo pelas partes, **pois há normas cogentes e dispositivas**. Desta forma, o **inadimplemento** contratual acarreta **responsabilidade ilimitada do devedor**, ou seja, o devedor responde com todos os seus bens no presente e no futuro, ressalvado as questões proibitivas da norma.

O contrato é um negócio jurídico bilateral na sua formação e uma das fontes geradoras de obrigação. **Mas o que vem a ser obrigação?**

Washington de Barros Monteiro descreve a obrigação como sendo uma “relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento por meio de seu patrimônio”³⁷. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho demonstram que o termo “obrigação” pode ser encarada como a “relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credora), faz-se necessário analisar a sua constituição estrutural”³⁸. Carlos Roberto Gonçalves conceitua a obrigação como o “vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação”³⁹. **A obrigação pode ser encarada como sendo é o vínculo jurídico por virtude do qual um sujeito fica adstrito para com o outro à realização de uma prestação.**

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4, p. 8.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Obrigações*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 42.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 21.

Assim, este conceito mostra que existem dois sujeitos, o credor (sujeito ativo) e o devedor (sujeito passivo), onde é conferido a um sujeito o poder de exigir de outro a realização de uma prestação. Esta relação é exercida a partir de um caráter de colaboração ou cooperação entre as partes.

A concepção apresentada demonstra a evidência do lado passivo da relação, mostrando a subordinação do devedor em face do credor. O devedor tem o ônus jurídico “de adotar certa conduta para a obtenção ou conservação de uma vantagem própria”⁴⁰, não sendo essa conduta imposta por lei.

Assim, nas relações jurídicas mais simples, o sujeito ativo, denominado credor, irá se beneficiar das obrigações que o passivo (devedor) deverá adimplir, podendo ser uma prestação patrimonial de dar, fazer ou não fazer (objeto da prestação), como no caso do contrato de doação, onde o doador tem a obrigação de entregar a coisa objeto do contrato. No entanto, nas relações jurídicas mais complexas, os contratantes são parte interligadas, onde simultaneamente teremos de um lado um credor e de outro lado um devedor. Como ocorre nos contratos de contrato de compra e venda onde o comprador é credor da coisa e devedor do preço; ao passo que o vendedor é credor do preço e devedor da coisa.

Em síntese, o termo obrigação abrange tanto o lado ativo como o passivo da relação que giram em torno de uma prestação. Desta forma, **os elementos essenciais desta relação são o credor, o devedor e a prestação.**

A prestação é o ato pelo qual o devedor cumpre a obrigação na forma estabelecida, solvendo-a totalmente. Assim, a prestação é o objeto da obrigação, isto é, o elo que une as partes da relação obrigacional. Não há exigência de que a prestação seja certa ou ao mesmo determinada, basta que corresponda ao interesse do credor e seja digna de proteção legal ou contratual, podendo ser obrigação de dar coisa certa ou incerta, de fazer e de não fazer.

⁴⁰ COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das obrigações.*, 4^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 40.

As partes ao realizar contratos estão gerando obrigações de cunho patrimonial ou mesmo extrapatrimonial, para a satisfação de seus interesses, sem, contudo, acarretar a transferência da propriedade, pois para isso ocorrer é necessário a tradição para os móveis e o registro no Cartório para os imóveis.

Logo, é indispensável fixar que a relação jurídica contratual possui, além das partes e do consensualismo: **um objeto imediato/direto (operação em si – a conduta humana – a prestação) e um objeto mediato/indireto (a coisa, o bem ou as vantagens).**

A **operação em si (objeto imediato)** corresponde no ato ou negócio jurídico em si (a compra e venda, a doação, a locação de coisa, a prestação de serviço, etc) compreendo-se a atividade que o obrigado deve exercer, qual seja: o pagamento do preço, a entrega da coisa, a realização de um serviço, e assim por diante. O **objeto mediato** é um bem da vida, isto é, o bem ou a coisa, qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo, suscetível de valoração econômica.⁴¹

Concluindo, a **obrigação possui por objeto imediato a prestação positiva (por ex. pagar o preço ou então dar ou fazer algo) ou negativa (não fazer) e por objeto mediato o bem (res) ou coisa, podendo ser positiva (tarefa a ser realizada) ou negativa (não entregar a coisa ou se abster de fazer a tarefa).** E, Roberto Senise Lisboa comenta que “**o contrato possui objeto imediato a operação jurídica e por objeto mediato o bem da vida.** A coisa (*res*), portanto, que é o interesse realmente visado pelo credor, na relação obrigacional, e pela parte, na relação contratual, é sempre considerada o objeto mediato da relação jurídica”.⁴²

Para melhor compreensão tomemos como exemplo a seguinte situação: Antônio está incumbido de pagar a quantia de R\$500.000,00 (quinquinhentos mil reais) em 100 parcelas iguais, mensais e sucessivas de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para a aquisição de um imóvel. O objeto

41 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 8.

42 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 9.

imediato do contrato, genérico e abstrato, é a compra e venda. Seu objeto mediato é o imóvel. Analisando-se o objeto das obrigações do comprador, temos cem prestações consistentes em obrigação de dar quantia certa, que constituem o objeto específico e concreto, tendo por objeto mediato o dinheiro. O vendedor, por outro lado, possui a obrigação imediata de entregar, cujo objeto mediato é o imóvel, com a efetiva transcrição no registro de imóveis

Todas as relações contratuais devem ser pontualmente cumpridas, sob pena da parte inadimplente vir à responsabilizada pelo seu não cumprimento. Logo, na relação contratual é necessária a cooperação entre os indivíduos que fazem parte da relação.

2.3. O contrato no sistema jurídico de direito privado

O contrato no sistema jurídico brasileiro é um dos mais importantes elementos delineadores das relações jurídicas entre os sujeitos. Para entender o seu papel é imprescindível analisarmos ele, sob o prisma de outros direitos existentes no ordenamento jurídico, com a finalidade de individualizar as suas conexões funcionais com estes e a posição recíproca no sistema.

Assim, o que se procura responder neste tópico é se existe interferência da empresa e da família na liberdade e na capacidade de contratação e se o contrato tem o condão de transferir a propriedade dos bens.

2.3.1. O contrato e a empresa

Atualmente o processo econômico é determinado e impulsionado pela atividade empresarial organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (empresa). Mas, para que o exercício da empresa (da atividade) seja desenvolvido é necessário a existência de sujeitos (o empresário individual, a Eireli ou a sociedade empresária). No caso do empresário individual e da Eireli para sua regularização é necessário o preenchimento de um negócio jurídico unilateral (ato de

inscrição). Enquanto nas sociedades o ato a ser inscrito é um contrato social (art. 981 do Código Civil), por isso **a estrutura típica da sociedade é, portanto, uma estrutura contratual e participar da sociedade com quotas, significa ser parte de um contrato.**

Se isso só não bastasse, a estrutura interna e externa da empresa é composta de diversos atos que nada mais são do que contratos: de relação trabalhista; a aquisição e venda de bens, de empréstimos ou a prestação de serviço.

Assim, **a existência de um sistema separado para os contratos (civis e empresariais) não mais responde às exigências da sociedade brasileira**, pois com o advento da produção, da distribuição e consumo em massa, acarretou o alargamento do sistema econômico, e perderam importância as “razões de um duplo regime jurídico dos contratos, visto que toda a disciplina contratual se adequou uniformemente às exigências da empresa, porque a empresa se tornou a forma geral das atividades econômicas”.⁴³

É claro que a divisão de contrato mercantil e civil (**existenciais**) não perdeu a sua importância, pois há princípios próprios para cada **tipo contratual**. Isto ocorre que porque, a unificação das obrigações não impede que, no interior de uma disciplina de favor geral para os interesses dos empresários, existam normas sobre contratos, inspiradas em favor geral para os empresários, ou que levem em conta a particulares exigências conexas com o exercício de uma atividade simples (intelectual). Da mesma forma, não há impedimento que alguns tipos contratuais pressuponham, pela sua natureza, que uma das partes necessariamente desenvolva uma atividade empresarial, e, portanto, vinculadas aos princípios contratuais que lhe sejam próprias, como no caso do contrato bancário.

A relação entre a empresa e o contrato, pode ser observada pela construção de Ronald H. Coase ao afirmar que a empresa é um feixe de contratos, em que há a formação de uma série de contratos, os quais

43 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 68.

servem para reduzir os seus custos operacionais⁴⁴. Esses contratos (ou feixe de contratos) permitem a organização dos fatores de produção e redução dos custos de transação.

2.3.2. O contrato e a propriedade

Os sujeitos utilizam do contrato para delinear um complexo feixe de relações jurídicas. Assim, **ao constituírem um contrato os sujeitos desejam estabelecer relações jurídicas que possam contribuir de alguma forma para o acréscimo patrimonial**, visto que o contrato é uma das formas de aquisição desses direitos. **Por meio dessa dinâmica aquisitiva se questiona se o contrato poderia por si só acarretar aquisição efetiva do direito de propriedade?**

José Carlos Moreira Alves afirma que

No Direito Romano o critério divisório obedecia à ordem de importância da época, de uma sociedade eminentemente agrícola, onde as “*res mancipi*” os chamados fundos itálicos, que compreendiam o solo romano e da península itálica; as servidões prediais sobre os fundos itálicos, os escravos e os animais de carga e de trabalho, demandam forma solene e cercada de garantias para sua transferência. Por outro lado, as “*res nec mancipi*” compreendiam: o dinheiro; os metais preciosos; móveis; e demais animais domáveis, que se transmitiam pela simples tradição. Essa divisão foi suprimida pelo Código Justiniano, entretanto, permanece entre nós até hoje, a divisão entre bens móveis e imóveis, herança do período pós-clássico, que vem do sistema romano-germânico, passando pela Idade Média, onde a propriedade era sinônimo de poder e soberania, que se insere nas condições atuais, tendo em vista que é no imóvel que se encontra o substrato da riqueza.⁴⁵

44 COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. São Paulo: Saraiva, 2016.

45 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I, p. 281-321.

O contrato não transfere a propriedade, mas é um instrumento para aquisição de coisas⁴⁶, isto ocorre porque o regime jurídico adotado pelo Brasil determina que a propriedade somente será transferida pela tradição no caso de bens móveis e pelo registro no registro do título aquisitivo no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.226 e 1.227, Código Civil).

Nosso legislador **adotou o sistema da tradição para os móveis⁴⁷ e o registro para os imóveis⁴⁸**, frente à estrutura deficiente do país, onde com o contrato há apenas a obrigação (o direito pessoal), por isso, no caso dos imóveis há presunção “*juris tantum*” e não “*jure et jure*”, onde a “transferência é título hábil à transmissão da propriedade” e enquanto o registro não for anulado, tem eficácia à presunção. A partir dessas acepções podemos verificar que o registro, para imóveis, e a tradição, para móveis, se destinam a conferir segurança a certos atos e negócios jurídicos.

46 Civil - Processo Civil - Recurso Especial - Alienação Judicial de bem adquirido por meio de Cessão de Direitos - arts. 1112 e 1117, do CPC - Ausência de Registro do Título - Transferência da propriedade não consumada - Impossibilidade. 1 - O novo CC (Lei nº 10.406/2002), no que tange à forma de aquisição da propriedade imóvel, manteve a sistemática adotada pelo diploma anterior, exigindo, para tanto, a transcrição do título translativo em registro público apropriado (art. 1.245). Ademais, conforme reza o art. 108, do mesmo diploma legal, “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”. 2 - No caso, observo que, além de não obedecer à forma prescrita em lei, a cessão de direitos em questão não foi levada a registro, deixando de produzir, portanto, o necessário efeito translativo da propriedade, fato este que permitiria a recorrente que se utilizasse do procedimento da alienação judicial, inserto na lei processual civil, com vistas à vender o imóvel em preço. Destarte, não transmitida a propriedade, mas apenas cedidos os direitos em relação ao bem em contenda, impossibilita a sua alienação judicial, nos termos dos arts. 1.112, IV, e art. 1.117, II, ambos do CPC. 3 - Recurso não conhecido. (BRASIL. STJ. REsp: 254875 SP 2000/0035278-0. Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 05/08/2004, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.08.2004 p. 289
LEXSTJ vol. 182 p. 122
REVJUR vol. 323 p. 104
RJADCOAS vol. 62 p. 75
RSTJ vol. 182 p. 342).

47 CÓDIGO CIVIL. Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

48 CÓDIGO CIVIL. Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

A tradição é modo derivado de aquisição do domínio da coisa, pela entrega real, simbólica (chaves do veículo) ou ficta (cláusula constituti). A propriedade das coisas móveis não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição, salvo nos casos em que a lei requer o registro, tal como no caso de veículo automotor.

Não importa se o bem negociado é corpóreo ou incorpóreo haverá a necessidade de registro no órgão competente para aquisição da propriedade, que no caso de transferência de tecnologia será o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Por meio do registro, os membros da sociedade têm conhecimento da realização e de detalhes relevantes desses atos e negócios jurídicos públicos ou privados. Assim, pode ser conceituado como “o instituto criado com o fim de tornar público os atos jurídicos, o estado e a capacidade das pessoas, estabelecendo a autenticidade, a segurança e a validade das obrigações e de certas relações de direito passíveis de tutela legal e sujeita à transferência, modificação ou extinção⁴⁹.

Em resumo, **o contrato gera direito pessoal**, por ser “o instrumento fundamental de gestão de recursos e de propulsão da economia”⁵⁰, mas não acarreta a transferência da propriedade, pois nesse caso, há necessidade de atos complementares para a aquisição da propriedade.

2.3.3. O contrato e a família

Na antiguidade a família possuía um papel fundamental e hierárquico na organização político-econômica, por esse motivo os membros da família sacrificavam a sua autonomia e iniciativa individual à autoridade de um chefe. Sendo assim, à liberdade contratual encontra um obstáculo objetivo no *status familiar*.

Atualmente, **a família não possui interferência nas relações contratuais dos seus membros**, mas por outro lado, se coloca ques-

⁴⁹ NEVES, 1987, apud SILVA, Américo Luís Martins da. *Registro público da atividade empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

⁵⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 66.

tões importantes tomando como uma das formas de constituição da família, o casamento. Assim, a interseção entre a família e o contrato surgiria inicialmente na constituição da família, visto que o casamento seria um contrato? Os representantes legais poderiam interferir nas relações contratuais realizadas pelos “incapazes” membros da família? Como se dá a administração dos bens comuns aos cônjuges?

A natureza jurídica do casamento circula entre três teorias: (a) **contratualista**; (b) **institucionalista**; e (c) **eclética**. A contratualista afirma que o casamento como mecanismo de formação da família tem a sua origem como ato civil e solene, disciplinado na lei e estruturado pela norma civil, por assim ser, o casamento é um contrato civil, cuja validade e eficácia decorrem da vontade das partes, aperfeiçoando-se com o consentimento dos nubentes, que há de ser recíproco e manifestado por sinais exteriores. A corrente institucionalista comprehende a relação conjugal denominada de casamento decorre de regras impostas pelo Estado, onde os nubentes têm apenas a possibilidade de aderir, e ao realizar a adesão a vontade dos cônjuges individualizados desaparece, pois se formou uma instituição. A terceira corrente comprehende o casamento como ato complexo, onde na sua formação temos um contrato é uma instituição em seu conteúdo.

Em relação a interferência da família nos contratos em que há incapazes em um dos pólos dos contratos, podemos afirmar que a família não exerce poder, pois no caso dos incapazes que irão exercer poder de influência totalmente ou parcialmente determinante serão os responsáveis legais do incapaz. Desta forma, **a família não limita a capacidade e a liberdade dos sujeitos incapazes, mas apenas supre a natural impossibilidade de estipular por si os seus próprios contratos**.

Uma outra hipótese de interferência é oferecida pelas normas que disciplinam a administração da comunhão dos bens entre os cônjuges. A “administração dos bens comuns e de certos bens particulares, em virtude do regime matrimonial ou pacto antenupcial, será exercida pelos cônjuges” (art. 1.567 do Código Civil), cumprindo a ambos cuidar da direção material da família (art. 1.565 do Código

Civil). Os atos praticados abusivamente em desvio de administração por qualquer deles podem ser anulados pelo outro, especialmente se não concedeu a outorga, como no caso **na obrigatoriedade de outorga no caso de concessão de fiança, aval, alienação ou gravação de ônus reais os bens imóveis ou mesmo no caso de doação aos descendentes, ascendentes ou cônjuge** (art. 1.647 do Código Civil). Aqui a limitação à liberdade e a capacidade de contratar (individualmente) é estabelecida com o objetivo de tutelar os interesses mútuos dos cônjuges face às decisões arbitrárias do outro cônjuge.

Capítulo 3

O Valor do contrato analisado pela sua função

A escolha da expressão valor para nomear o título, decorre da ideia de que durante a existência do “ser” é feita de escolha, baseada diariamente em valores.

A expressão valor segundo José Afonso da Silva consiste

Em sentido normativo, é tudo aquilo que orienta (indica diretrizes) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atrai, consciente ou inconsciente, o ser humano. O *valor* comporta julgamento, pois há uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes. Isso porque cada valor corresponde a um desvalor.⁵¹

E por isso Miguel Reale⁵² afirma que “**viver é, por conseguinte, uma realização de fins**”, logo se perdemos de vista os valores, “**perderemos a substância da própria existência humana**”.

Ao cogitar a celebração de um determinado contrato o sujeito realiza um juízo de valor para adequar a um fim, dentro de uma perspectiva e não proibida pelo direito. **Por isso a expressão valor será apresentada** como um objeto de sensibilidade ou como o centro de uma preferibilidade (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa⁵³, ou seja, **como tudo aquilo que possa satisfazer determinada necessidade**⁵⁴, embora aparentemente extraídos do ordenamento jurídico, não são provenientes dessa estrutura, mas são a ela antecedentes, impondo-se e sobrepondo-se ao ordenamento jurídico.

A busca pelas necessidades nem sempre será racional, pois a escassez poderá impor aos sujeitos escolhas irracionais, por causa da falta do objeto da relação negocial, bem como a falta de informações pode acarretar-lá.

51 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3^a ed. São Paulo: Malleiros, 2007, p. 35.

52 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 26.

53 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 112.

54 HESSEN, J. *Filosofia dos valores*. Trad. L. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 39.

Assim, o ponto de gatilho da celebração do contrato será incentivo que “emanam das possibilidades de melhorar a fortuna ou evitar uma desvantagem por ocasião dos contratos com a natureza ou terceiros”.⁵⁵

Mas, como as necessidades humanas estão subordinadas aos ditames legais e a norma é resultado de valores criados pelo Poder Legislativo, podemos afirmar que **há uma complementação sistêmica entre o Direito e a Sociedade.**

Por isso os indivíduos antes de realizar negócios jurídicos em especial contratos procura analisar a tomada de decisão pelo seguinte procedimento, mesmo que imperceptível: (a) procura inventariar os resultados desejados (valores); (b) identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); (c) determinar em que medida cada contribui para o resultado desejado e seu custo (valoração); e (d) adotar aquela que contribuir mais (escolha). Em suma, o procedimento adotado nada mais é que o juízo de valor adotado pelo sujeito, dentro de uma perspectiva normativa.

E dentro desse feixe de valores o contrato está. **O contrato possui valores, mas quais seriam eles?**

No contrato há interesses dos contratantes (individuais e conjuntos) e da própria sociedade e isto ocorre porque as partes sobreponem nele o seu **ser** e o seu **ter**, enquanto a sociedade impõe o **conviver** e o Direito o **protege**, para que os indivíduos possam satisfazer as necessidades que os levam a contratar.

3.1. Valor liberdade

A Liberdade possui três significados fundamentais⁵⁶, correspondentes a três concepções que se sobrepuiseram ao longo da história

⁵⁵ ROUSSEAU, Stéphane e, MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

⁵⁶ O direito fundamental à liberdade possui conteúdo complexo. RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 268.

e que podem ser caracterizadas das seguintes maneira⁵⁷: 1^a liberdade como autodeterminação ou autocausalidade, segundo a qual a liberdade é ausência de condições e de limites; 2^a Liberdade como necessidade, que se baseia no mesmo conceito da precedente, a autodeterminação, mas atribuindo-a à totalidade a que o homem pertence (Mundo, Substancia, Estado); 3^a Liberdade como possibilidade ou escolha, segundo a qual a Liberdade é limitada e condicionada, isto é, *finita*".⁵⁸

A concepção de contrato pressupõe o poder de autodeterminação, porque implica na possibilidade de um sujeito integrar, por sua livre vontade, relações jurídicas, patrimoniais ou existências.⁵⁹

Assim, a autodeterminação “assinala o poder de cada sujeito de gerir livremente a sua esfera jurídica de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”⁶⁰ dentro da livre vontade.⁶¹

Por isso, o poder de autodeterminação apoia-se nos dados ontológicos e culturais que levam afirmar que o sujeito como um ser aberto ao mundo que rodeia, isto porque o animal vive e a pessoa

57 A liberdade é um dos principais e mais antigos direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, CF/1988).

58 “Esse termo tem três significados fundamentais, correspondentes a três concepções que se sobrepuçaram ao longo da história e que podem ser caracterizadas das seguintes maneira: 1^a liberdade como autodeterminação ou autocausalidade, segundo a qual a liberdade é ausência de condições e de limites; 2^a Liberdade como necessidade, que se baseia no mesmo conceito da precedente, a autodeterminação, mas atribuindo-a à totalidade a que o homem pertence (Mundo, Substancia, Estado); 3^a Liberdade como possibilidade de escolha ou escolha, segundo a Liberdade é limitada e condicionada, isto é, *finita*”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 699.

59 “O contrato se constitui em importante e essencial instrumento para o desenvolvimento econômico e se constitui, no vértice da pessoa humana, em meio de aprimoramento e desenvolvimento da personalidade”. POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 21, temática n. 5, 2008: 45-72, p. 66.

60 RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

61 “O direito fundamental à liberdade sofre indissociável apego à dignidade, pois a liberdade humana frequentemente se debilita quando o homem cai em extrema necessidade. Assim, quanto maior for a proteção à dignidade, maior será a liberdade real”. POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 21, temática n. 5, 2008: 45-72, p. 60.

conduz a sua existência, visto que se traduz na aptidão do ser humano em controlar com a sua razão a sua vontade os fatores internos e as condicionantes externas que influenciam a sua conduta.

E dentro desta perspectiva a liberdade dos contratos é observada como a autonomia da vontade e, nada mais é que um conceito de valor⁶², ligado, consequentemente, ao reconhecimento do valor da pessoa humana, como um fim em si, é uma forma de expressão da dignidade e individualidade próprias. Por isso, o valor jurídico liberdade se desdobra em autonomia privada (aspecto jurídico da liberdade) e livre iniciativa (aspecto econômico da liberdade), visto que o exercício da liberdade deverá estar em consonância com sistema jurídico e social.

De igual modo, a valoração dos seus interesses cabe aos próprios sujeitos interessados, já que apenas eles podem decidir se uma mudança de situação representa um ganho para si, ou seja, o sujeito é soberano na valoração e no destino a dar aos bens que estão na sua exclusiva esfera de domínio.⁶³

O valor da liberdade acarreta a própria restrição da liberdade, pois quando por **exemplo** o sujeito realiza a venda de um objeto por meio de um contrato de compra e venda acaba por restringir o direito de dispor da coisa, gerando ao outro a aquisição de um direito. Mas, no caso da aquisição da propriedade será necessário o registro para bens imóveis ou a tradição para bens móveis.

Destarte, **o valor liberdade exterioriza** jurídica e socialmente um sujeito livre, satisfazendo **uma necessidade do seu “ser”**, gerando os princípios da **autonomia privada**, da **obrigatoriedade do contrato** (*pacta sunt servanda*) e da **eticidade** (é aquele que impõe justiça contratual e boa-fé nas relações jurídicas).

62 RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

63 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 41-43.

3.2. Valor econômico

As **relações contratuais geram valor econômico**, independentemente de serem classificados os contratos como onerosos ou gratuitos, pois mesmo nos gratuitos as partes contratantes esperam vantagens indiretas na contratação, como por **exemplo** um conjunto musical que se compromete a realizar, gratuitamente, um show para determinado grupo de pessoas. As pessoas somente irão aceitar a apresentação se observar nela a possibilidade de satisfação de alguma necessidade (ouvir uma boa música). Entretanto, se perguntarmos aos integrantes desse grupo de pessoas quanto eles estariam dispostos a pagar pelo espetáculo musical, teremos respostas que darão a medida do seu valor econômico. Da mesma forma, o conjunto musical ao realizar o concerto espera indiretamente divulgar a sua música.⁶⁴

Por isso, ao imaginar a contratação os contratantes esperam obter direta ou indiretamente algum tipo de vantagem econômica, e nisso reside seu valor econômico do contrato.⁶⁵

Assim, **o valor econômico satisfaz uma necessidade do “ter”** exteriorizada pela ideia de aquisição de patrimônio, ou seja, com o ganho (ainda que imediato) que cada parte poderá alcançar, e seu papel é fundamental para levar os sujeitos a contratar.

Os contratos auxiliam no processo de circulação das riquezas, na transferência de bens ou de valores, por meio do mercado⁶⁶. Os contratos são um importante meio de circulação dos produtos que circulam dentro das várias etapas da produção. Os contratos ajudam a distribuir a renda e gerar empregos.

O valor econômico do contrato **gera** o princípio da **operabilidade** do contrato dentro de uma **função econômica** que todo con-

⁶⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 12.

⁶⁵ ROUSSEAU, Stéphane e, MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 405.

⁶⁶ Segundo Ronald H. Coase, “mercado é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas”. COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 7.

trato possui⁶⁷, pois o princípio é aquele que impõe soluções viáveis, operáveis e sem grandes dificuldades na aplicação do direito, logo os contratos devem ser mantidos e não resolvidos.

3.3. Valor coletivo

Todo sujeito para “ser” e para “ter” deve respeitar a coletividade, por força da ideia prevalência do social sobre o individual, mas como correlacionar o valor da liberdade que cada sujeito possui com o valor coletivo.

O valor coletivo é alcançado pelo padrão do valor social do contrato que é prover a sociedade de bens e serviços, fornecendo ao sujeito bases para uma vida digna.⁶⁸

Adverte o art. 1º, IV da Constituição Federal sobre o “valor social” do trabalho e da livre iniciativa. Nessa esteira, salienta José Afonso da Silva que “no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social não se pode ter como valor o lucro pelo lucro”⁶⁹

Nesse diapasão, comprehende que a finalidade individualista e egoísta, que o direito privado gozava e privilegiava, cedeu espaço à sociabilidade⁷⁰, pelo prisma do encadeamento das relações econômicas. Agora, a sociedade também deverá ser protegida nas relações jurídicas contratuais e não apenas nos interesses dos contratantes⁷¹. Acima da

67 Na opinião de Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 100-101) o contrato é um instituto de origem “econômica e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei” e acrescenta em linhas posteriores que o “contrato sem função econômica simplesmente não é contrato”.

68 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

69 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

70 “Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”. REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, nº. 752, ano 87, jun. 1998, p. 22-30.

71 Enzo Roppo (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23-25) expõe que “Uma vez que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema

vontade absoluta das partes, pairam altos valores sociais, que o Estado tutela, se não quiser que os componentes de seu território sejam lesionados, em prejuízo da sociedade em geral.⁷²

Por isso, o valor social é a medida atribuída pela sociedade ao **conviver**, em outras palavras, **não se quer sacrificar a dimensão individual no contrato em nome do coletivo**. Ao contrário, o valor social coloca os indivíduos e a sociedade lado a lado, com esta legitimando as condutas daquelas, por isso o valor social tem a visão de garantir que o interesse dos contratantes seja juridicamente tutelado.

3.4. Valor jurídico

O **valor jurídico dos contratos vem da lei** e é conferido nos limites da sua utilidade social pelo que não pode o pacto dissociar-se das condições gerais da sociedade em que é celebrada e executada.

O sujeito comprehende que pode assinar um contrato, visto que se não houver adimplemento, há mecanismos jurisdicionais que determinarão o cumprimento, dentro de uma sistemática de direitos e garantias – é a segurança que gera a confiança no sistema. A segurança jurídica existe, porque há um mínimo de princípios instituidores e mantenedores do sistema. Ao imaginar ou realizar qualquer relação jurídica (pública ou privada), sabe-se que a garantia de seu cumprimento está no próprio sistema jurídico-normativo, tendo em vista

resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra pelo modelo de organização econômica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica – que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais – corresponde instrumentalmente à realização dos objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, dá resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”.

72 SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 75.

conjunto de normas legais e contratuais, que se descumprido poderá o ofendido se valer da jurisdição.⁷³

Por isso, **as partes ao imaginarem uma relação contratual criam uma expectativa de valor de proteção**, sabendo que caso seja realizado o pacto, o judiciário poderá ser acionado para proteger os direitos, pois pode, pode o Poder Judiciário intervir no pacto a fim de restabelecer a igualdade e o equilíbrio entre as partes.⁷⁴

O art. 421 em seu parágrafo único estabelece que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

O art. 107 do CC dispõe que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Assim, esse valor está vinculado ao princípio da segurança jurídica das relações contratuais, pois visa **proteger** os contratantes das intempéries dos contratos.

73 CF art. 93 (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (...).

74 CÓDIGO CIVIL. Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Capítulo 4

A Unificação das obrigações: unidade ou diversidade de tratamento dos contratos

O art. 2.044 do Código Civil determinou a *vacatio legis*⁷⁵ de 1 (um) ano após a sua publicação e ao mesmo tempo o art. 2.045 determinou a *ab-rogação*⁷⁶ da Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a *derrogação*⁷⁷ da Parte Primeira do Código Comercial, Lei no 556, de 25 de junho de 1850.⁷⁸

Com a revogação da parte primeira do Código Comercial de 1.850 (art. 2.045 do CC), desapareceu a categoria das obrigações e contratos mercantis. Com a derrogação da primeira parte do Código Comercial estão em vigor apenas as regras do Direito Marítimo, o que acaba por realizar uma unificação das relações contratuais⁷⁹. Antes da revogação estávamos com dois sistemas reguladores das obrigações: (a) o Código Civil com as obrigações civis que regulava as relações entre particulares não comerciantes; e (b) O Código Comercial que regulava as obrigações entre comerciantes, que visualizaram o contrato como um instrumento de especulação mercantil⁸⁰.

É importante ressaltar que, apesar da unificação das obrigações e contratos, incluindo o direito societário no Código Civil de 2002, não acarretou a perda da autonomia do direito empresarial (direito comercial ou mercantil), visto que Código Civil não logrou unificar

75 É o período entre a data da publicação da norma e o início de obrigatoriedade (vigência), podendo ser instantâneo (entra em vigor na data da publicação), ou em omissão (entrando em vigor quinze dias após a publicação) ou, ainda, prazo determinado (entra em vigor em X dias da publicação). As normas que podem acarretar repercussão significativa na sociedade devem prever um prazo de vacância, ou seja, para assimilação do conteúdo de uma nova lei e, durante tal vacância, continua vigorando a lei antiga. A identificação da *vacatio legis* vem expressa ao final da norma, em forma de artigo.

76 É a revogação total de uma norma anterior.

77 É a revogação parcial de uma lei e ocorre quando uma parte dela continua em vigor e outra desaparece do ordenamento jurídico, em decorrência da publicação de uma nova lei que expressamente declare revogada determinada parte da norma.

78 Entre inúmeras decisões a respeito da matéria, veja-se a seguinte, proferida durante a *vacatio legis* do Código Civil vigente: BRASIL. STJ. *REsp 49011/SP*, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.3.2002, *DJ* 6.5.2002.

79 BRASIL. TJSC. *APC 0302006-27.2014.8.24.0080*, de Xanxerê, rel. Janice Goulart Garcia Ubiali, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 10-12-2019.

80 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 17.

todas as obrigações civis e comerciais na sua plenitude, pois manteve a dicotomia entre sujeitos que podem ser empresários e não empresários.

Miguel Reale dispõe que

Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alongam e se desdobram, sem se desprenderam, ramos normativos específicos, que, com aquelas matrizes, continuam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial.⁸¹

A autonomia do direito empresarial pode ser verificada em diversas acepções⁸²: legislativa ou formal; jurídica ou substância; didática; e científica. O aspecto **formal** ocorre porque o art. 22, I da Constituição Federal de 1988 (CF) determina ser a competência privativa da União, para legislar sobre Direito Comercial. Pelo aspecto **jurídico**, as regras só podem ser aplicadas a determinados sujeitos (o empresário, a sociedade empresarial e a empresa individual de responsabilidade limitada). O aspecto **didático** refere-se à obrigatoriedade de existência do estudo do conteúdo desse direito. E o aspecto **científico** refere-se à existência de princípios específicos no ramo jurídico.⁸³

81 REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais*, nº. 752, ano 87, jun. 1998, p. 56 o autor diz, expressamente, que a unificação do direito obrigacional seria imperfeita caso não integrasse as regras acerca dos títulos de crédito e das atividades negociais.

82 Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro afirmam que “em direito, não há falar em *autonomia absoluta* entre os diversos ramos do direito. Se, por um lado, é fundamental que se limite o objeto a ser estudado, por outro não se pode perder de vista que nosso sistema jurídico é dotado de uma *unidade absoluta*, sendo tarefa impossível a total e estanque delimitação do direito comercial e seu estudo distanciar dos demais ramos do direito”. BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

83 AQUINO, Leonardo Gomes de. *Curso de direito empresarial: Teoria da empresa e direito societário*, Brasília: Kiron, 2015, p. 23.

A unificação do direito privado foi parcial⁸⁴. Mas, com a unificação do direito das obrigações todos os contratos estão subordinados ao Código Civil de 2002, ressalvado as questões expressas, como no caso das relações de consumo, que se aplica o Código de Defesa do Consumidor, e bem como a legislação especial, como por exemplo o contrato de locação de imóveis urbanos (art. 2.036 do Código Civil)⁸⁵.

Mas, é importante ressaltar que é necessário **compatibilizar os princípios** aplicáveis aos contratos existenciais (civis) e aos contratos empresariais (visam lucro), pois o direito empresarial é sedimentado **em certas características** que lhe são próprias.⁸⁶

84 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações.* 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 17.

85 CÓDIGO CIVIL. Art. 2.036. A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida. A locação de prédio urbano é disciplinada pela Lei nº. 8.245/1991, norma especial que não foi revogada pelo Código Civil de 2002. Qualquer aplicação subsidiária da nova codificação pressupõe lacuna no texto legal extravagante. Mas, de toda forma, o Código Civil é norma central da ordem civil, sendo que haverá nítida convergência entre a Constituição Federal, o Código Civil e os microssistemas, no caso a Lei do Inquilinato, com constante influxo dos princípios daquelas esferas para essa e, imediatamente, do exposto no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil que determina que nenhuma convenção prevalecerá se contrários à ordem pública.

86 Características: (a) simplicidade ou informalismo (as relações econômicas empresariais não possuem excesso de formalismo); (b) onerosidade (intuito econômico e especulativo); (c) elasticidade (absorve como fonte os usos e costumes); (d) agilidade (para acompanhar as relações econômicas); (e) individualismo (o lucro está vinculado ao interesse individual); (f) cosmopolitismo (ideia de intercâmbio) e; (g) tutela do crédito, uma vez que o crédito é um elemento essencial para a atividade empresarial (a lógica do direito empresarial é a proteção do credor de boa-fé). AQUINO, Leonardo Gomes de. *Curso de direito empresarial: Teoria da empresa e direito societário*, Brasília: Kiron, 2015, p. 25-26.

Capítulo 5

A Principiologia dos contratos

Os princípios enunciam as diretrizes do ordenamento jurídico e, por conseguinte, fundamentam as regras criadas pelo aplicador do direito. São princípios cardeais de todo o direito à justiça e à equidade. Sua aplicação às situações jurídicas concretas dá-se por meio da incidência de um sem número de regras, como as relativas à responsabilidade civil (art. 187 e 927 do Código Civil), ou à redução da cláusula penal excessiva (art. 413 do Código Civil). Estas são normas que concretizam os princípios embora com eles não se confundam.

Os princípios são tão fortes que, sequer, há necessidade de serem enunciados pelo legislador para que possam ser aplicados. Não raro, as normas postas na legislação simplesmente sobrepõem sua existência, sem que haja referência expressa. Há também princípios aplicáveis à parte do direito, como por exemplo, aqueles que regem a atuação da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal) ou mesmo princípios constitucionais, aplicáveis nas relações contratuais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica⁸⁷.

Todo esse Estado Princiológico contaminou o Direito Civil, por meio da constitucionalização do Direito Civil. Os princípios da operabilidade, eticidade e socialidade nortearam a construção da norma civil.

Miguel Reale⁸⁸ sustenta que

a) Princípio da sociabilidade é aquele que impõe prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, respeitando os direitos fundamentais da pessoa humana.

b) Princípio da eticidade é aquele que impõe justiça e boafé nas relações civis. A opção do legislador, por normas genéricas ou

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 66. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 118.

⁸⁸ REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, nº. 752, ano 87, jun. 1998, p. 20-23.

cláusulas gerais (função social e boa-fé), em algumas situações, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de dar a razão de ser dos modelos jurídicos e orientar profissionais do direito em sua interpretação teórica e em sua aplicação prática. Por isso, o CC confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto.

c) **Princípio da operabilidade** é aquele que impõe soluções viáveis, operáveis e sem grandes dificuldades na aplicação do direito. A operabilidade traz concepção de que o contrato deve ser funcionalizado para que se torne contínuo, dinâmico, solidário e Instrumento de geração de riquezas, não simplesmente um instrumento fechado e inflexível. A regra tem que ser aplicada de modo simples, ou seja, é o respeito à facilidade para aplicação do texto legal nos mais variados casos.

Não foi diferente com a seara contratual, desde o apogeu dos contratos, quando da Revolução Francesa, até os dias atuais.

O regime jurídico-legal dos contratos assenta-se em alguns princípios básicos que, inobstante toda transformação que se operou no sistema geral dos contratos através dos tempos, permanecem vigentes, pois formam todo o alicerce em que se assenta a estrutura do instrumento.

O direito dos contratos também possui seus próprios princípios; partes deles estão expressos na legislação (art. 421 e 2.035 do Código Civil) e outra parte pressuposta, que proporcionam ao aplicador do direito visar a composição de múltiplos interesses.

Nessa senda, tem **princípios liberais**, da época da revolucionária, e **princípios intervencionistas (sociais)**, acrescidos modernamente, em nítido diálogo e aplicação direta a casos concretos, com carga normativa e aptidão para solução de problemas. Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predo-

minaram no Estado Liberal) — isto é, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual⁸⁹ em seu tríplice aspecto, como as 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 (ou da relatividade subjetiva) que os efeitos do contrato atingem apenas os contratantes, sucessores ou cessionários⁹⁰ — mas limitam, profundamente, seu alcance e seu conteúdo⁹¹. São princípios:

Princípios	
Princípios liberais ou individuais	Autonomia privada
	Consensualismo
	Obrigatoriedade
	Relativismo
	Supremacia da ordem pública
Princípios sociais	Equivalência material das prestações
	Função social
	Boa-fé

Figura : Classificação dos princípios contratuais

⁸⁹ MACHADO, João Baptista, “Do Princípio da Liberdade Contratual”. In. *Obra Dispersa*, vol. I, Scientia Iurídica: Braga, 1991, p. 623 e ss

⁹⁰ Os limites subjetivos da eficácia contratual interna restringem-se as partes, aos sucessores e ao cessionário de direitos. Os sucessores a título universal, ao obterem os direitos a eles transmitidos por causa do falecimento do contratante – quando não houver renúncia, indignidade ou deserdação –, não têm a qualidade de terceiros, pois passam a ingressar no pólo da relação jurídica, com a partilha dos bens. Responderão pelos débitos, entretanto, na porção que lhes couber do monte partível (arts. 1.792 e 1.997 do CC). Sucessor de parte, portanto, é parte. Em se tratando de sucessor de contrato *intuitu personae*, a título singular, ou clausulado com a intransmissibilidade pela morte das partes aos herdeiros, não há o que se falar em continuidade do vínculo jurídico, o qual se extingue. Nestes casos, o sucessor é terceiro.

⁹¹ LÔBO, Paulo. *Comentários ao código civil*, parte especial: das várias espécies de contratos (arts. 481 a 564). (coord.) Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 15.

Disciplina Flávio Tartuce, que o aludido Estado Principiológico acabou por promover aproximação entre diversos braços do direito, em nítido diálogo das fontes⁹². Assim, os princípios sociais passaram a transitar, atentos às nuances de cada ramo do direito, por isso surge uma nova teoria geral dos contratos, como bem pontua o Enunciado nº 167 da 3^a Jornada de Direito no sentido de que “com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.⁹³

Em decorrência do dirigismo contratual os princípios liberais passaram a sofrer uma interferência dos princípios sociais, por isso a autonomia privada passou a ter a interferência da supremacia da ordem pública e dos bons costumes. O consensualismo em sua acepção ampla passou a sofrer a interferência da boa-fé objetiva. A obrigatoriedade do contrato passou a sofrer a incidência do princípio da equivalência material das prestações. O princípio do relativismo contratual passou a ter flexibilidade em virtude do princípio da função social.⁹⁴

Por isso, há de se construir análise dos princípios pelo aspecto liberal e pelo aspecto intervencionista.

Princípios	
Liberais	Intervencionistas
Autonomia Privada	Supremacia da Ordem Pública e dos bons costumes
Consensualismo	Boa-fé Objetiva
Obrigatoriedade	Equivalência Material das Prestações
Relativismo	Função Social

Figura : Classificação dos princípios contratuais

92 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 34-38.

93 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 171 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

94 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 191-195. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 60-68.

Justamente sobre tais princípios contratuais que se passará a discorrer, em tópicos apartados, propugnando sua releitura consoante em os valores repersonificados e despatrimonializados do Direito Civil vigente.

5.1. Autonomia privada

A **autonomia representa no direito contratual a própria vontade**, portanto **o contrato sem vontade não é contrato**, por isso Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que a autonomia é a ideia fundamental do Direito Civil, devendo ser compreendida: (a) quer no aspecto da liberdade de exercer ou não os poderes de que se é titular; (b) quer no aspecto mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente ou por ato unilateral os interesses próprios.⁹⁵

A **autonomia** da vontade representa o ápice do liberalismo. Era o princípio máximo do Estado burguês, onde todos eram iguais perante a lei e detinham a liberdade de escolha. Tal liberdade fundava-se na máxima da **pacta sunt servanda**, segundo a qual as partes deveriam seguir, obrigatoriamente, o que haviam estipulado no contrato, já que esse representa o resultado da vontade das partes. Com o Estado Social e, principalmente, com o Estado Democrático de Direito, as relações entre particulares passam a sofrer interferências legais (constitucionais ou não), numa busca pela igualdade material e justiça social, onde os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana mitigam o absolutismo da liberdade contratual, passando assim essas relações a serem reguladas pela autonomia privada (privada), o que significa que os contratantes detêm a liberdade de regulamentar as suas relações dentro dos limites legais.

Assim, enquanto a **autonomia da vontade** (dita também o poder negocial⁹⁶, poder de autodeterminação, ou autovinculação dos

⁹⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 42.

⁹⁶ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 9. Esse autor prefere denominar a autonomia privada “poder negocial” que dá origem ao contrato, como expressão peculiar do normativo, que não é apenas

interesses das partes⁹⁷) tem como padrão a liberdade individual em seu sentido mais amplo (**concepção subjetiva**), já que os sujeitos eram considerados livres e iguais perante a lei – igualdade formal – (valores consagrados pelo liberalismo), a **autonomia privada** (dita também autorregramento⁹⁸ ou autorregulação) se mostra como a esfera de liberdade do sujeito dentro de uma regulamentação jurídica (**concepção objetiva**), ou seja, a autonomia privada se apresenta como a ilação do solidarismo, igualdade substancial e da funcionalização do direito, visto que o dirigismo contratual passou a mitigar o caráter absoluto dos direitos subjetivos em benefício da coletividade, de maneira que a legislação criou limites, de ordem pública, ao exercício da liberdade contratual (autonomia contratual). A liberdade, dentro do exercício da autodeterminação do contrato, é reflexo do reconhecimento da liberdade humana.

Sobre o tema, imprescindíveis são os ensinamentos de Francisco Amaral, pois segundo ele,

Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde existindo entre ambas uma sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’, tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada

legislativo, na sequência do que ministrou Kelsen.

97 Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro explica, ao tratar da diferença de autodeterminação e autonomia da vontade, que: a autonomia privada, de que a liberdade contratual é uma componente e a mais relevante manifestação, é um processo de ordenação que facilita a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam. A “autodeterminação, segundo o próprio autor, é o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências – é um conceito pré-jurídico, mais amplo e de valor”. RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22-23.

98 O autorregramento da vontade foi concebido por Pontes de Miranda como alternativa ao princípio tradicional da autonomia da vontade, como espaço que o direito destina às pessoas, dentro dos limites prefixados tornar jurídicos os atos humanos e, assim, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo concreto e real.⁹⁹

Assim, a **autonomia da vontade** “parte da vontade humana: é a potencialidade jurígena do comportamento humano livre”. A **autonomia privada** então “parte da norma jurídica: é a permissão jurídica-privada de produção de efeitos jurídicos”.¹⁰⁰

Flávio Tartuce sustenta que a autonomia privada como um princípio que pode ser conceituada como

Sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação dos contratos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais.¹⁰¹

A autonomia privada assenta exatamente na liberdade contratual, no poder dos contratantes disciplinar os seus interesses mediante o acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não os contratos, sem qualquer ingerência do Estado, sendo o contrato típico ou mesmo atípico.

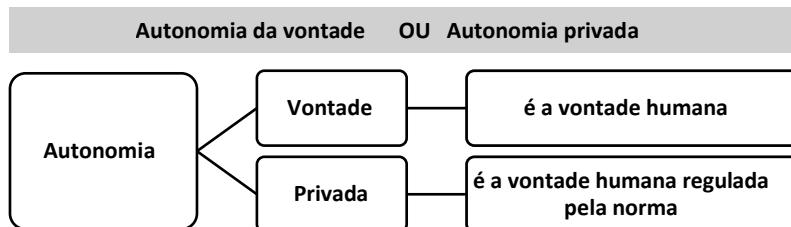


Figura: Abrangência do termo autonomia

⁹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21.

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2002, p. 180.

Devemos, entretanto, observar que, de maneira geral, a autonomia privada poderá assumir uma dupla dimensão¹⁰², sendo uma dimensão material e outra a dimensão conflitual.



Figura : Divisão da autonomia privada

Dentro do prisma, da dimensão material imaginemos o seguinte **exemplo:** Antônio decide abrir uma empresa e para tanto procura um ponto comercial para instalar a sua nova loja de doces. Estuda diversos locais (imóveis) por alguns meses e, ao final, seleciona dois deles. Entrar em contato com os respectivos proprietários e iniciar as negociações preliminares. Antônio decide prosseguir com as negociações com Beto. Ambos discutem os termos do futuro contrato e celebram um contrato preliminar para evitarem prejuízos. Há diversos contratos definitivos que podem ser celebrados, tais como locação, compra e venda, comodato, *built suit* ou mesmo locação com opção de compra. Depois de diversas reuniões negociais, as partes resolvem celebrar um contrato de locação comercial pelo prazo de 5 (cinco) anos.

O exemplo acima demonstra as três facetas do contrato no âmbito da **dimensão material**, visto que eu ela comporta análise sobre três aspectos: (a) a **faculdade de contratar e de não contratar** (de contratar se quiser), que sofre mitigação, visto que determinadas relações jurídicas contratuais estão subordinadas a concretização de contratos obrigatórios, como no caso de licenciamento de veículos que é condicionado à celebração do seguro obrigatório ou como a proibição de

¹⁰² RAMOS, Rui Gens Moura, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p. 453; distingue-se tradicionalmente, dentro do princípio da autonomia, entre a autonomia privada propriamente dita ou autonomia material e a conflitual ou de escolha pelas partes da ordem jurídica que regulará o contrato.

compra e venda de bens confiados à administração (art. 497, do CC). A restrição da faculdade de contratar acarreta o surgimento dos chamados contratos coativos ou necessários, entendidos como pactos que trazem consigo o máximo do dirigismo contratual. Há uma verdadeira imposição de celebração do contrato¹⁰³; (b) **escolha do outro contratante** (de contratar com que quiser), que admite mitigações, principalmente nas relações contratuais envolvendo a administração pública e as questões referentes à proteção das práticas discriminatórias; e (c) **a escolha do conteúdo** (de contratar sobre o quiser), onde as partes possuem a liberdade de modelação dos direitos e obrigações emergentes do contrato, mas também sofre limitações determinadas pelas cláusulas gerais, decorrentes dos princípios da boa-fé, da supremacia da ordem pública, da função social ou, mesmo, os bons costumes.¹⁰⁴

Seguindo na concepção da autonomia privada, o **Enunciado nº 582 da CJF**, aprovado na 7ª Jornada de Direito Civil afirma que “com suporte na liberdade contratual e, portanto, em concretização da autonomia privada, as partes podem pactuar garantias contratuais atípicas”¹⁰⁵. Trata-se de mais uma expressão da liberdade nas relações negociais, atingindo, especificamente, as garantias contratuais, visto que as garantias contratuais não são *numerus clausus*, uma vez que no

103 Na situação o contrato necessário ou coativo teremos a figura de um pacto de adesão, com cláusulas predispostas, em um fenômeno de um contrato imposto. GAGLIA-NO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 77-78. Já Sílvio Salvo VENOSA (*Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 497) afirma que a questão do contrato coativo não haveria uma relação contratual, mas apenas uma aparência de contrato.

104 José de Oliveira Ascensão expõe que a autonomia privada se manifesta em quatro zonas: (a) Liberdade de negociação; (b) Liberdade de criação; (c) Liberdade de estipulação; e (d) Liberdade de vinculação. Onde a **liberdade de negociação** é a preparação das questões preliminares do contrato; a **liberdade de criação** permite às partes criar novas figuras além das prevista na norma (contratos atípicos), a **liberdade de estipulação** que é a faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio; **liberdade de vinculação** se trata da faculdade de celebrar ou não o negócio. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Ações e fatos jurídicos.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 80-81.

105 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 582 Aprovado pela Plenária da 7ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

direito de escolher o conteúdo do contrato encontra-se o de arquitetar a garantia contratual que convém aos contratantes.

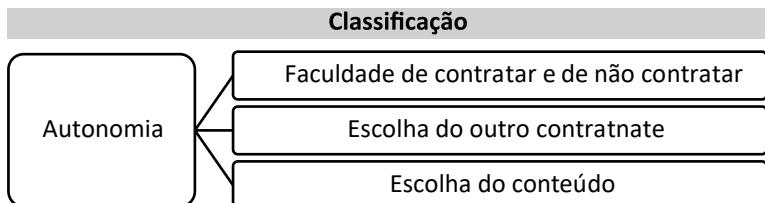


Figura : Divisão da dimensão material

Nesse sentido, é interessante deixar claro que a função social na opinião de Flávio Tartuce “não elimina totalmente a autonomia privada ou a liberdade contratual, mas apenas atenua ou reduz o alcance desse princípio”¹⁰⁶. Esse é o teor do **Enunciado nº 23 da CJF**, aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil:

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 metaindividual ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷

Já, a dimensão **conflictual** é compreendida como **a possibilidade reconhecida aos contraentes de escolherem o sistema jurídico que funcionará como norma reguladora do contrato**, e consequentemente, balizará a liberdade contratual das partes, **incluindo nessa perspectiva a escolha do juiz para julgar uma possível lide entre os contratantes, podendo ser um órgão do judiciário ou mesmo uma arbitragem**¹⁰⁸.

106 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 82.

107 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 23 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

108 AZEVEDO, Álvaro V. *Curso de direito civil: teoria geral dos contratos.* 4ª ed. São

É importante ressaltar que a **dimensão conflitual** as partes contratantes podem, desde que não ofendam a ordem pública¹⁰⁹: (a) **eleger o foro de eleição**¹¹⁰ que se trata do local onde será resolvida possíveis controvérsias, acerca da relação contratual (cidade)¹¹¹; (b) **eleger o juízo competente** para julgar a demanda, podendo ser arbitral¹¹² ou togado¹¹³; (c) **eleger o procedimento** a ser seguido no eventual processo (negócio jurídico processual)¹¹⁴; (d) **eleger a lei aplicável ao contrato**¹¹⁵.

Paulo: Saraiva, 2018, p. 99-114. Acerca das regras da arbitragem veja Lei 9.307/1996.

109 Foro e juízo são expressões distintas. O foro revela a extensão territorial na qual o julgador, no exercício de sua função, conhece as questões propostas. Enquanto o juízo é o foro competente para julgar determinadas propostas. Portanto, a expressão foro é mais ampla que a de juízo, posto que esta, integrante da primeira, indica uma espécie determinada e específica de foro.

110 BRASIL. STF. Súmula 335. É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.

111 CPC. Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. § 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. § 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. § 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.

112 Lei 9307/1996. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

113 CPC. Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

114 CPC. “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no Direito das Garantias – O exemplo da propriedade fiduciária. *Revista de direito privado*. V. 67. Ano 67. p. 129-186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

115 No que se refere à lei que será aplicável aos contratos internacionais, há que se ter em mente duas situações: (a) quando as partes não estipularem, por meio de uma cláusula, qual a lei aplicável em caso de eventuais conflitos (princípio da autonomia privada conflitual); (b) quando, utilizando dessa prerrogativa (autonomia), elegem voluntariamente a lei aplicável. Não indicando as partes a lei aplicável, o contrato reger-

a) A **eleição do foro** ocorre quando as partes optam pela escolha de determinada jurisdição para resolução de determinada lide referente ao contrato¹¹⁶.

b) as partes podem também incluir no contrato uma cláusula para determinar **o juízo competente** (togado ou arbitral) para julgar a lide, na forma do art. 853, do CC estabelece que é “permitida nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

A **Lei 9.307/1996, disciplina a arbitragem**, trazendo como facultativa o seu uso. Desta forma, dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). E, ainda, “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante **convenção de arbitragem**, assim entendida a **cláusula compromissória e o compromisso arbitral**” (art. 3º).

-se-á o princípio da *lex fori* (lei do lugar onde a ação está sendo demandada). No Brasil, o sistema aplicado aos contratos internacionais é o *locus regit actum*, dispõe o art. 9º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem” (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). E, em relação aos contratos de compra e venda, e em especial aplicar-se-á a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980.

116 CPC. “Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. § 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. § 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. § 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão”.

Convenção de arbitragem	
Cláusula compromissória	Compromisso arbitral
Trata de incluir um árbitro para analisar no futuro um eventual conflito entre os contratantes	As partes estão diante de um conflito atual e específico e ajustam que um terceiro irá resolvê-lo.

Fonte: Autor

A **cláusula compromissória** pode ser conceituada como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”, logo transfere algo para o futuro se houver pendência. É o pacto adjeto autônomo (nulidade dela não gera nulidade do contrato - art. 8º) em contratos empresariais e civis, tanto na esfera interna como no internacional, principalmente os de sociedade, ou em negócios unilaterais, em que se estabelece que, na eventualidade de uma possível e futura divergência entre os interessados na execução do negócio, eles deverão lançar mão do juízo arbitral. A cláusula compromissória “deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira” (art. 4º, §1º da Lei 9.307/1996). Desta forma, a cláusula compromissória poderá ser: (i) **cheia (plena)** ou (ii) **vazia (incompleta ou em branco)**. A **primeira** determina que as regras de arbitragem irão acontecer segundo determinado órgão arbitral, sendo que os próprios contratantes escolhem as normas que irão reger a arbitragem. A **segunda** ocorre quando, apesar de inserida no contrato ou no documento específico, não transfere em seu bojo a forma como irá ocorrer o procedimento.¹¹⁷

O **compromisso arbitral**, na forma do art. 9º da Lei 9.307/1996 é a convenção pela qual as “partes submetem um litígio à arbitragem, de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”¹¹⁸. As

¹¹⁷ VILAS-BÔAS, Renata Malta. A convenção de arbitragem. MESC. *Manual de mediação, conciliação e arbitragem*. Ana Paula Rocha Bonfim e Hellen Monique Ferreira de Menezes (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 83-113. VILAS-BÔAS, 2008, p. 83-113.

¹¹⁸ A Lei 9.307/1996 dispõe: “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo

partes contratantes já estão em conflito, mas optam por indicar a arbitragem como meio de resolução do conflito, nos próprios autos do processo judicial ou em documento escrito particular, assinado por duas testemunhas ou por meio de assinatura digital com certificação, na forma da legislação.

(c) os contratantes podem **eleger o procedimento** a ser seguido no eventual processo (negócio jurídico processual). A ideia decorre do princípio da cooperação e que deve nortear a conduta dos contratantes na realização do contrato ou mesmo em uma demanda judicial, sendo que tanto as partes como o juiz devem cooperar para chegar a uma resolução do conflito.

A alteração convencional do procedimento exige o preenchimento de alguns requisitos: (i) versar a lide sobre direitos que admitam autocomposição; (ii) as partes devem ser plenamente capazes; (iii) a convenção deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes, salvo as questões envolvendo os poderes do julgador.

O ajuste acerca do procedimento poderá ocorrer na construção do contrato ou durante a existência do processo, respeitando sempre o equilíbrio material das prestações e os demais princípios e garantias processuais.

(d) as partes podem **eleger a lei aplicável ao contrato**, em especial nos contratos internacionais, visto que os contratos de aplicação interna, não gera o conflito com as normas estrangeiras.

A escolha do direito aplicado aos contratos internacionais se faz necessário para evitar que a relação contratual fique num vácuo jurídico.

ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juiz ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.

dico ou mesmo que haja um conflito de dois ordenamentos jurídicos que possam ser aplicados ao contrato. Situação que não será aplicável aos contratos de aplicação interna, pois há nesses contratos apenas um ordenamento jurídico aplicável ao pacto.¹¹⁹

E caso exista duas normas aplicáveis ao contrato interno o julgador irá usar das regras de interpretação para aplicar a que achar mais adequada a resolução da lide, como por exemplo: no contrato de compra e venda entre duas pessoas, poderemos ter a aplicação do CDC e/ou CC, nesta situação o julgador irá analisar se as partes são fornecedor e consumidor e se o objeto está inserido no mercado de consumo, caso falte alguns dos elementos para incidência do CDC será aplicado o Código Civil.

Em outros momentos a própria norma irá determinar qual lei é aplicável, como ocorre com o contrato de locação de imóveis urbanos. O CC estipula no “art. 2.036. A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida”.

Em relação ao conflito referente às regras do Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002. O atual Código prevê que

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.

119 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato Internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003, p. 47-48.

E, dentro desse espectro o **Enunciado nº 300 da 4^a Jornada de Direito Civil** foi no sentido de que “a lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evide a anacronismo da lei revogada, o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio”.¹²⁰

Dimensão conflitual da autonomia privada	Eleição do Foro
	Eleição do Juízo
	Eleição do Procedimento
	Eleição da Lei aplicável

Figura : Formas de visualizar a autonomia privada na esfera conflitual

Mas de toda forma, a **dimensão conflitual também sofre restrições:** (a) **nos contratos de consumo** a cláusula de eleição de foro em favor do fornecedor do produto ou serviço, em prejuízo do consumidor é ilegal (art. 51, IV do CDC); (b) também não se aplica a eleição de foro **nos contratos trabalhistas;** (c) **arbitragem** não é cabível nos **contratos de consumo** e nem nos **contratos trabalhistas** e; (d) a **escolha da lei aplicável somente é possível nos contratos internacionais** e desde que não seja de consumo ou de trabalho.

Como se pode observar, a autonomia da vontade passou a ser encarada como autonomia privada justamente por causa da intervenção estatal nas relações privadas, em especial, nos contratos. Assim, o princípio da autonomia privada segundo Maria Helena Diniz “é conferido, definido e limitado pela lei, em suma, as restrições decorrem do **dirigismo contratual**, que é a intervenção do Estado na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que, se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando

120 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 300 Aprovado pela Plenária da 4^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

qualquer cláusula sem que o magistrado pudesse interferir, mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica”.¹²¹

Em suma, a **autonomia privada é a liberdade assistida**¹²², pois segundo Pietro Perlingieri a autonomia não é um valor em si mesmo, uma vez que o poder de autonomia, nas mais variadas manifestações é “submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre o ato e a atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado de outro”¹²³. Ou seja, é uma liberdade assistida onde a limitação da liberdade está nas fronteiras delimitadas pelo legislador.

Isto significa que a autonomia privada deve se relacionar com outros valores que também estruturam normativamente a esfera das relações jurídicas, tais como a boa-fé, função social, a confiança.

5.2. Consensualismo

O contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que tem por fim imediato a criação de um vínculo obrigacional. Ora, o vínculo nasce, justamente, do desejo das partes de efetivamente estabelecer-lo, isto é, se há mútuo consenso acerca do objeto do contrato. Isto por si basta para a validade do mesmo, não obstante, para alguns contratos, chamados reais, a lei imponha a tradição do objeto, para que sejam considerados válidos.

Antes da existência do consensualismo, temos os contratantes utilizando-se da autodeterminação de suas vontades, por meio da

121 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23-24.

122 “O liberalismo econômico, que fez dos contratos o reino da liberdade, não tardou a mudar-lhes a face. A liberdade transporta em si o germe da autodestruição e o seu desenvolvimento tende a limitar-se e, até, a aniquilar-se”. O Rüthers (*apud* RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 503) dispõe que “a liberdade contratual tem, pois, que ser protegida contra a liberdade contratual, ou dito de outro modo: a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada”.

123 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 77.

declaração de suas vontades, no âmbito do contrato. Por isso, no direito contratual, em regra, a compensação adequada dos interesses contrapostos acarreta na vontade contratual, a fim de determinar o seu conteúdo.

Assim, temos o **consensualismo puro** onde o fator fundamental é o acordo de vontades acerca do objeto e no caso, **por exemplo**, da formação do contrato de compra e venda é necessário que exista o acordo de vontades acerca do preço e do objeto (art. 482 do CC). Já o **consensualismo real** é fundamental que ocorra além do acordo de vontades, a tradição do objeto, como **por exemplo** o contrato de comodato (art. 579 do CC) e o contrato de depósito (art. 627 do CC).

Formas de apresentação do Consensualismo		
Consensualismo	Puro	Acordo de vontades
	Real	Acordo de vontades + Tradição

Figura : Divisão do consensualismo

O **consensualismo é da essência do contrato** e não representa senão, o acordo das vontades das partes manifestada na direção de um objetivo comum; é o traço característico, por assim, dizer, da relação contratual, compondo e harmonizando em uma vontade convergente, duas vontades opostas. Mas, se um dos contratantes imprime a sua vontade na construção das regras contratuais de forma a determinar unilateralmente o conteúdo do contrato, estaremos perante uma heterodeterminação e não numa autodeterminação, é o que denominados de contrato de adesão e não paritário.

Assim, **o consensualismo está intimamente ligado à concepção de confiança mútua e de uma forma geral a sua manutenção cumpre a realização da função social.**

Esse princípio do consentimento recíproco é, portanto, fundamento do contrato, podendo ser externado de maneira verbal ou escrita e expressa ou tácita.

A necessidade de o contrato adotar uma certa solenidade escrita tem a função de que o Estado optou para que certas relações jurídicas

possuíssem mais segurança jurídica. Desta maneira, Caio Mário da Silva Pereira, disciplina que

Mais modernamente, contudo, sentiu o direito a imperiosa necessidade de ordenar certas regras de segurança, no propósito de garantir às partes contratantes, contra as facilidades que a aplicação demasiado ampla do princípio de consensualismo vinha difundindo. E engendrou então certas exigências materiais, que podem ser subordinadas ao tema do formalismo, as quais abalam a generalização exagerada do consensualismo. Assim é que se exige a elaboração de instrumento escrito para a venda de automóveis; exige inscrição no registro imobiliário, para que as promessas de compra e venda sejam dotadas de execução específica com eficácia real (art. 1.417 do Código), e se impõe o registro na alienação fiduciária em garantia (parágrafo 1º do art. 1.361 do Código).¹²⁴

O consensualismo, portanto, é a regra, e o formalismo, a exceção.

5.3. Obrigatoriedade

O princípio da força obrigatória (*da pacta sunt servanda*, da força vinculante, da imutabilidade ou da irretratabilidade do contrato), é analisado no sentido de que aquilo que nele for estipulado deve valer como lei entre as partes¹²⁵. Já vem consagrado desde o Direito Canônico por meio da regra da *pacta sunt servanda*¹²⁶(mas positivado pelo Código Francês), o que traduz na ideia de que aquilo que é validamente

124 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17.

125 Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13) explica que a obrigatoriedade é “decorrência natural de sua função social”.

126 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 38.

pactuado pelas partes deve ser fielmente adimplido. Ou seja, o efeito fundamental do contrato é a criação de obrigações para as partes. Os contratos nascem para serem adimplidos, essa é a regra do direito privado.

Isto é assim, em primeiro lugar, **porque é pactuado no contrato e acarreta lei entre as partes celebrantes**. Segundo, **porque o não adimplemento das obrigações pactuadas** (inadimplemento da obrigação contratual) é sancionado pelo direito, ficando autorizado o credor da obrigação contratual não satisfeita a promover a invasão da esfera jurídica patrimonial do devedor inadimplente, por meio da execução.

É justamente a **confiança** que o celebrante tem na **garantia do cumprimento do pacto**, garantia essa que lhe é assegurada pelo ordenamento jurídico, **que o leva a celebração do contrato de forma válida**¹²⁷. E, a essa confiança acarreta segurança jurídica, pois segundo Carlos Roberto Gonçalves “a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada gerando a balbúrdia e o caos”.¹²⁸

Assim, **o contato tem força obrigatória para aquilo que nele expressamente se contém, obrigando as partes nos limites das obrigações assumidas, constituindo uma verdadeira lei particular**, de observância impositiva, sendo admitida a escusa do inadimplemento do pactuado ante a ocorrência de caso fortuito ou força maior¹²⁹ ou, ainda, a modificação do contrato por força da aplicação da premissa do *Rebus Sic Stantibus*.

O fundamento da obrigatoriedade contratual é discutido, tendo sido formuladas várias teorias para explicá-la, ora entendendo que a

127 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17.

128 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 48.

129 CÓDIGO CIVIL. “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, cujo efeito não era possível evitar ou impedir”.

obrigatoriedade decorre do dever de veracidade, pois a própria lei natural obriga o homem a dizer a verdade, ora que o fundamento da obrigação residiria no fato de ser conveniente ao sujeito respeitar o direito alheio, para que o seu também o seja. Há, ainda, os que entendem que o fundamento da obrigatoriedade contratual advém do fato de que as partes, tendo se manifestado de forma livre, devem em decorrência, respeitar a obrigação assumida.¹³⁰

Não se esgota aí o elenco das teorizações a respeito do fundamento da obrigatoriedade do contrato, encontrando-se na doutrina várias outras interpretações, o que, entretanto, como afirma Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça “é pura metafísica”¹³¹, pois, evidente, **o contrato obriga justamente por ser um instrumento adequado para garantir a estabilidade da ordem jurídica e social**, por meio da combinação dos interesses individuais com a utilidade social. Toda obrigação assumida deve ser fielmente adimplida, pelo que atua o direito no sentido de preservar a ordem social, impondo a sanção como fundamento estabilizador dos relacionamentos jurídicos.

A **obrigatoriedade** envolve uma gama de premissas e conceitos inerentes não só à natureza do ser humano, mas, também, à finalidade do contrato. O seu fundamento reside na lei que, ou diretamente ou de forma oblíqua, **a impõe como necessária a tutela para aquilo que foi, de forma válida, desejado pelas partes**, como manifestação de uma restrição voluntária da liberdade individual, assegurando-se, desta maneira, a harmonia necessária às relações estabelecidas de forma livre e consciente.¹³²

Darcy Bessone de Oliveira de Andrade disciplina que nas relações jurídicas, a declaração ou manifestação da vontade

130 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. Fontes das obrigações: contratos.* 5^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 43-44.

131 MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações.* 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 112.

132 GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 38.

É um instrumento natural e indeclinável. Para ser eficaz, porém é necessário que seja obrigatória, sem que possa afetar interesses alheios. [...] A sanção é essencial à segurança jurídica das relações jurídicas”, pois quem é beneficiário de uma promessa deve poder contar com sua execução. Aí está, portanto, uma razão ou necessidade social justificativa da obrigatoriedade das declarações que afetem ou possam afetar interesses alheios, e, por consequência, do contrato, que sempre os afeta.¹³³

Ainda de acordo com Darcy Bessone de Oliveira de Andrade quem permite, podendo deixar de fazê-lo, cria, voluntariamente, um limite à própria liberdade, relativo ao ato de abstenção.¹³⁴

Ao jurista deve bastar a consideração de que, sobre corresponder a uma necessidade social, a de segurança das relações jurídicas, a obrigatoriedade haure sua força da autonomia privada, por constituir a oferta e em união com aceitação, gera o contrato que acarreta a uma perpétua renúncia da própria liberdade.

De fato, quando contratamos alguma coisa, assumimos uma responsabilidade pessoal que produz reflexos na ordem social, e, por conseguinte, deve o seu adimplemento ser efetivamente assegurado pelo ordenamento jurídico, o que se dá pela sanção à obrigatoriedade dos pactos.

Diante disso, Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça disciplina que “essa ordem, portanto, vem se pôr defronte do indivíduo, por assim, dizer, conciliar-se com seus interesses, tornando obrigatório os contratos de outro modo impraticáveis”.¹³⁵

133 ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 21.

134 ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 23.

135 MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 113.

Da mesma forma, Silvio Rodrigues¹³⁶ propõe que o desejo de ser obrigar

Envolve uma espontânea restrição da liberdade individual, provocando consequências que afetam o equilíbrio da sociedade. Por conseguinte, a ordenação jurídica, na defesa da harmonia das relações inter-humanas, cria elementos compulsórios do adimplemento.

Com efeito, é a lei que torna obrigatório o adimplemento do contrato. E, o faz para compelir aquele que livremente se vinculou a manter sua promessa, procurando, desse modo, assegurar as relações assim estabelecidas.

Por isso, o contrato é elevado à categoria de autêntica norma jurídica individual concreta, fazendo parte das fontes do direito civil¹³⁷. E, logo acarreta, em regra, a **irretratabilidade** e a **intangibilidade** da vontade manifestada e exteriorizada pelos contratantes.

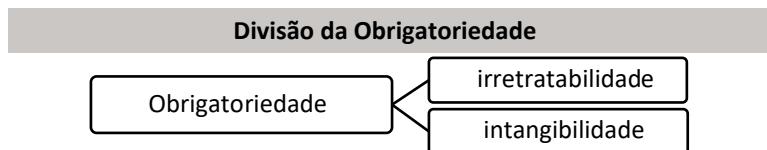


Figura : Composição da força vinculante (*pacta sunt servanda*)

A **irretratabilidade** refere-se ao elemento subjetivo do contrato em que as partes não podem, em regra, arrepender-se ou denunciar o contrato¹³⁸. A **intangibilidade** refere-se ao elemento objetivo do contrato em que as partes não podem modificar unilateralmente as regras do contrato.¹³⁹

136 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 03, p. 12-13.

137 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178-179.

138 São formas permitidas de retratabilidade: (a) inclusão da cláusula de arrependimento (arras); (b) resilição unilateral; (c) resilição bilateral (distrato).

139 Em decorrência da sociabilidade o juiz ou o árbitro poderá revisar as cláusulas contratuais ou mesmo a resolução integral do contrato, quando presentes circunstâncias que o importem em manifesta desproporção entre as vantagens e os sacrifícios

O Código Civil, de forma indireta, consagra o princípio da obrigatoriedade do contrato, isto é, pune, como resarcimento de perdas e danos, o inadimplemento da obrigação ou a falta de seu cumprimento¹⁴⁰, partindo o legislador da promessa da obrigatoriedade do adimplemento do contrato como regra fundamental, ou seja, a obrigatoriedade é a regra, da qual o inadimplemento é a exceção.

Posto assim, o **contrato é intangível, salvo as hipóteses legais de quebra ou modificação do vínculo contratual**. Pondera Orlando Gomes que “essa força obrigatoria atribuída pela lei aos contratantes é pedra angular da segurança do comércio jurídico”.¹⁴¹

Assim, o **fundamento da obrigatoriedade contratual está na lei**, que atribui essa força para aquilo que foi validamente estipulado pelas partes, autorizando a execução do patrimônio do devedor inadimplente, ou seja, daquele que deixa de adimplir a obrigação contratual na forma assumida, o que acarretará sua responsabilidade na execução que lhe será movida pelo credor.

5.4. Relatividade dos efeitos do contrato ou relativismo contratual

O contrato gera efeitos inicialmente aos contratantes, mas por força da vontade das partes ou por força da lei, os contratos podem também gerar efeitos para terceiros. Uma das imposições legais é o respeito à função social do contrato.

Expõe Orlando Gomes, que há efeitos internos e externos dos contratos (verdadeiros efeitos pan-contratuais) – os primeiros se limitam aos contratantes e a eles se reduzem e circunscrevem,

originalmente estabelecidos pelas partes no contrato.

140 Código Civil. O art. 389 diz que: “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”.

141 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 38.

Em regra, não é possível criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é relativa; seu campo de aplicação comporta, somente, as partes. Há contratos que, fugindo à regra geral, estendem seus efeitos a outras pessoas, quer criando, para estas, direitos, quer impondo obrigações.

Roberto Senise Lisboa¹⁴² manifesta-se da seguinte maneira:

São internos os efeitos que incidem sobre os contratantes, o que é decorrência natural do princípio da relatividade (*res inter alios acta*). Igualmente internos são os efeitos contratuais, nas hipóteses de sucessão e de transmissão da obrigação ou do contrato.

Consideram-se efeitos externos aqueles que influenciam os terceiros e seus respectivos interesses, que podem vir a ser favorecidos, nomeados ao vínculo ou, ainda, prejudicados pela constituição do liame jurídico.

Assim, pode-se classificar os efeitos de duas formas: internos e externos. ¹⁴³ O **efeito interno do contrato só atinge as partes**, ocasionado pelo princípio da relatividade do contrato (*res inter alios acta*). O contrato obriga pelo que nele se contém, é decorrência lógica que os efeitos das obrigações assumidas hão de atingir somente as partes contratantes envolvidas no negócio por ele regulado, uma vez que somente a elas interessa o contrato e suas consequências. A transmissão inter vivos ou causa mortis da obrigação ou contrato acarretam consequências internas na relação jurídica, ou seja, inter partes.

Sendo o **contrato** uma manifestação (declaração) da autonomia privada, “**não poderia atingir senão as esferas jurídicas dos participantes do consentimento**”¹⁴⁴, pois, sendo que seus efeitos se produ-

¹⁴² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 116-117.

¹⁴³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 38-39.

¹⁴⁴ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*, Rio de Janeiro: Forense, 1960,

zem exclusivamente entre as partes, não atingindo terceiros (*res inter alios acta, allis neque nocet prodest*). Assim, o contrato firmado entre Tício e Mélvio não poderá, em princípio, atingir Caio. Isto porque, o relativismo se relaciona ao ideário da autodeterminação¹⁴⁵, por isso, Carlos Roberto Gonçalves disciplina que o relativismo remete ao modelo contratual clássico, geneticamente concebido para satisfação de desejos exclusivamente individuais, mediante o acordo de vontades.¹⁴⁶

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato, todavia, não pode ser entendido com rigidez absoluta, eis que contempla **algumas exceções**, como por **exemplo**, o caso da estipulação em favor de terceiro, a promessa de fato de terceiro ou mesmo o contrato com pessoa a declarar, entre outras possibilidades, **como no caso da locação de imóveis em que a morte do locador ou locatário (inquilino), não acarretará, automaticamente, a extinção do contrato**, pois este seguirá com seus respectivos sucessores. Ademais, a alienação da coisa não gerará a extinção do contrato, havendo o adquirente de respeitá-lo caso haja termo certo e cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel (art. 8º da Lei nº 8.245/1991).

As **exceções contemplam** a noção de que **os contratos devem ocasionar ganhos ou mesmo evitar prejuízos à sociedade (função social)**, carrega consigo uma mitigação do relativismo.

Paulo Lôbo¹⁴⁷ disciplina que a função social do contrato tem o condão de contenção do relativismo contratual, visto que os “terceiros integram necessariamente o âmbito social do contrato, que não tem apenas o dever de respeitá-lo, mas também de não serem por ele prejudicados”, o que pode ser denominado de efeitos internos do contrato.

O fato de os chamados efeitos internos se restringirem às partes, sucessores ou cessionários não implica que a execução das chamadas obrigações contratuais seja indiferente às demais pessoas. (b) Os **efe-**

p. 212.

145 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

146 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 47.

147 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64-65.

tos externos do contrato, podem decorrer **da lei¹⁴⁸** ou **do contrato¹⁴⁹**, por isso a **doutrina¹⁵⁰** e a **jurisprudência¹⁵¹** admitem a possibilidade

148 Um bom exemplo de estipulação de vinculação de terceiro independentemente de previsão contratual é o caso do seguro de vida. Código Civil. “Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência”.

149 Decorre da estipulação no contrato de regras que possibilitem que terceiros sejam beneficiados ou sejam vinculados a adimplir determinada obrigação, em caso de anuência. A estipulação no contrato poderá ocorrer por exemplo nas seguintes hipóteses: São formas mecanismos contratuais de vinculação de terceiro no contrato: (a) A estipulação em favor de terceiro, quando no contrato celebrado entre duas sujeitos, denominadas estipulante e promitente, convenciona-se que a vantagem resultante do ajuste reverterá em benefício de terceira pessoa, alheia à formação do vínculo contratual (art. 436 a 438 do CC); (b) A promessa de fato de terceiro está prevista nos artigos 439 e 440 do Código Civil e ela implica no fato de que uma pessoa se compromete com outra a obter o consentimento de uma terceira pessoa na conclusão de um contrato sem ter recebido preliminarmente o consentimento desta última pessoa para a conclusão deste contrato. A eficácia deste contrato depende da ratificação posterior da terceira pessoa que não está, a priori, obrigada a nada e; (c) preceitua o Código Civil em seu artigo 467 que 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 (art. 467 a 471 do CC).

150 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 128. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 47. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 77-78.

151 “Civil. Seguro. Ação indenizatória. Denunciação. Acolhimento. Seguradora. Responsabilidade solidária. Decorrência. Título judicial. Cláusula contratual. Sistema de reembolso. Aplicação restrita ao âmbito administrativo. I - O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, em razão da estipulação contratual em favor de terceiro existente na apólice, a seguradora pode ser demandada diretamente para pagar a indenização. II - Se a seguradora poderia ter sido demandada diretamente, não resta dúvida de que, ao ingressar no feito por denunciação, assumiu a condição de litisconsorte. Nessa situação, submete-se à coisa julgada e, no caso de condenação, é legitimada para figurar no pólo passivo da execução, cabendo-lhe o adimplemento do débito nos limites da sua responsabilidade. III - Julgado procedente o pedido indenizatório e a denunciação da lide, a responsabilidade solidária da seguradora passa a ser fundada no título judicial e não no contrato. Assim, sem perquirir acerca da nulidade ou abusividade da cláusula prevendo que a seguradora será responsabilizada apenas pelo reembolso ao segurado, conclui-se ficar restrita sua aplicação aos pagamentos efetuados administrativamente. No que sobejar, a execução poderá ser intentada contra a seguradora. Recurso provido”. (BRASIL. STJ. *REsp 713.115/MG*, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21.11.2006, DJ 4.12.2006, p. 300).

de se exigir que terceiros cumpram as prestações, bem como lhes é conferido o direito de exigir o respectivo adimplemento, desde que tenham anuído ou quando decorrer da função social do contrato.

Quando terceiros são afetados positivamente ou negativamente pela relação negocial, temos os efeitos externos do contrato.

A execução do contrato, todavia, não pode violar direitos de terceiros, nem a estes é conferido o direito de desrespeitar os termos pactuados, salvo previsão contratual¹⁵² ou legal¹⁵³. O mesmo se diga, ainda, daqueles que sofrem danos ou prejuízos em decorrência de contratos celebrados entre outras pessoas, como é o caso de subempreiteiros de obras e serviços, e mesmo na questão da responsabilidade civil objetiva ou, ainda, nas convenções trabalhistas que são pactuadas entre sindicatos dos empregados e patronais, vinculando os empregadores e empregados.

E, dentro desse espectro o **Enunciado nº 21 da 1ª Jornada de Direito Civil** foi no sentido de que “a função social do contrato, prevista no art. 421 o novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio do relativismo dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.¹⁵⁴

Da mesma maneira, o STJ tem se posicionado por meio da seguinte **Súmula nº 529** “no seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano”.

152 A inserção de garantias fidejussórias podem gerar responsabilidade patrimoniais aos terceiros que anuíram a sua responsabilidade.

153 O CPC no art. 789 estipula que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Por outro lado, o art. 790 permite que os sócios de uma sociedade devedora respondam pelas dívidas da sociedade na forma da lei. Uma destas formas ocorre na sociedade limitada quando o capital social não estiver totalmente integralizado, na forma do art. 1.052 do CC que estabelece “na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

154 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 24 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

O princípio da relatividade dos contratos segundo Sílvio Salvo Venosa¹⁵⁵ “**se aplica** tanto em relação às partes como em relação ao objeto. O contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros”, ou seja, caso o objeto não seja dos contratantes, não haverá contrato ou ainda, no caso de evicção. Por isso, Orlando Gomes¹⁵⁶ afirmou que o “contrato tem efeito apenas a respeito das coisas que caracterizam a prestação”. E, para esclarecer a questão apresentou o seguinte **exemplo**: “Se o objeto da prestação, recebido pelo credor em virtude do contrato comutativo, tem defeito oculto que torna improprio ao uso a que é destinado ou lhe diminui o valor (víncio redibitório), ou se dele vem a ser privado em virtude de sentença que reconhece o direito de outrem (evicção), a eficácia do contrato estará comprometida”.

Contudo, a regra é de que os efeitos do contrato atingem somente as partes contratantes, produzindo consequências pessoais e patrimoniais restritas somente a elas, não gerando vinculações com terceiros.

5.5. Supremacia da ordem pública e dos bons costumes

O princípio da autonomia privada não significa que, na manifestação (declaração) da vontade, em que o mesmo deve estar assegurado, não haja limitações, ou seja, não significa que a liberdade contratual pode ser exercida de forma ilimitada e absoluta, pois, se o que se pretende por meio do contrato é o reconhecimento pelo Direito da validade do negócio jurídico celebrado. Este há de ser convencionado sobrelevando-se os interesses sociais inerentes à ordem pública, não podendo exercitar a autonomia privada, estipulando convenções contrárias ao ordenamento, de sorte que a **liberdade contratual** estará sempre balizada pelos princípios maiores da coletividade, os quais, em seu conjunto, constituem a **chamada ordem pública**.

155 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 385.

156 GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47.

O Código Civil prevê que

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.¹⁵⁷

Jacob Dolinger afirma que

O princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia-sócio-política-cultural de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos político, jurídico, moral e econômico de todo o Estado constituído. [...] A ordem pública afere-se pela mentalidade e pela sensibilidade média de determinada sociedade em determinada época.¹⁵⁸

157 E, dentro desse espectro o Enunciado nº 300 da 4^a Jornada de Direito Civil foi no sentido de que “a lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada, o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 300 Aprovado pela Plenária da 4^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

158 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral, 2.^a ed., Renovar Ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 324.

João Baptista Machado¹⁵⁹ afirma que “(...) a ordem pública não só pode ser induzida de um conjunto de normas ou quadros normativos que imperativamente organizam as instituições jurídicas e de certos valores fundamentais com assento constitucional” e complementa que

(...), como pode ser a expressão da lógica intrínseca de uma instituição, ou ainda da idéia de ‘razoabilidade’, no sentido do que os americanos chamam o *negative clearing-test*: no sentido de que o direito se recusa a dar cobertura ao exercício de uma discricionariedade manifestamente irrazoável (proibição do excesso).¹⁶⁰

A ordem pública não é definível em valores precisos, porque estes devem acompanhar a evolução da sociedade. Cabe ao poder Judiciário, ao Estado de Direito, sentir que a “ordem pública” não se manifestará necessariamente em normas de direito positivo, em princípios, costumes e outras fontes. A ordem pública não é um fator endógeno, como já vimos, mas representa valores que pairam sobre as leis, logo ela é exógena¹⁶¹. Assim, uma lei será imperativa, isto é, será aplicada em detrimento de qualquer norma internacional concorrente, indicada pelas regras de conflitos de leis, enquanto abrigar valores de ordem pública e assegurar a devida segurança jurídica das relações negociais.¹⁶²

O **Enunciado nº 363** da 5ª Jornada de Direito disciplina que “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação”.¹⁶³

159 MACHADO, João Baptista. Do Princípio da Liberdade Contratual. In. *Obra Dispersa. Braga: Scientia Iuridica*, 1991, v. I: 623-646, p. 642-643.

160 MACHADO, João Baptista. Do Princípio da Liberdade Contratual. In. *Obra Dispersa. Braga: Scientia Iuridica*, 1991, v. I: 623-646, p. 642-643.

161 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 188-207.

162 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral, 2.ª ed., Renovar Ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 341-342.

163 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 363 Aprovado pela Plenária da

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa a probidade consiste

Na honestidade de que as partes devem revestir-se ao entrarem em negociações objetivando contratar, honestidade está tomada sob o aspecto genérico, mas também aplicada a circunstâncias diferenciais em certas áreas da atividade empresarial”, nos quais se denota a existência de comportamentos determinados, tal como ocorre, **por exemplo**, em operações nas Bolsas de Valores. Nestas, quando se pensa na responsabilidade do corretor pelo cumprimento de uma ordem verbal de um cliente para compra ou venda de títulos, verifica-se que está presente um nível de probidade e de boa-fé muito mais intenso do que em uma compra e venda comum de qualquer mercadoria. (Grifo nosso) ¹⁶⁴

A análise da **confiança** denota ter crédito, ter esperança e ganhar importância no plano da eficácia do contrato porque **confere ao acordo o que corresponde às expectativas legítimas dos contratantes**, aplicando-se na responsabilidade pré-negocial, assim como na negocial e, na pós-negocial. ¹⁶⁵

Além disso, a autonomia privada está limitada à observância dos **bons costumes**, ou seja, daqueles que se “cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita de variação de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país em uma mesma época”¹⁶⁶, identificando o alicerce moral em que repousa a estrutura da sociedade, isto é, aquelas “regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador

5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

164 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 210.

165 LISBOA, Roberto Senise. Confiança contratual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 143-176.

166 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 22.

do sistema jurídico¹⁶⁷. Assim, os bons costumes são usados como um complexo de regras e princípios impostos pela observância das normas de convivência, dentro de um padrão social de decoro e de conduta estabelecido pelos sentimentos morais da época. O costume pode ser encarado por **dois prismas: externo e interno, correspondendo o primeiro à prática, inveterada e universal, e o segundo ao consenso, à convicção, à opinião jurídica**. Por isso, em outro aspecto, dividimos o costume em *secundum legem* (costume interpretativo), *praeter legem* (supre lacunas) e *contra legem* (contra lei).

Assim, o princípio da supremacia da ordem jurídica e dos bons costumes constitui um entrave à autonomia privada por isso, não significa que os contratantes podem exercida de forma irrestrita e abusiva a sua autonomia, valendo a regra expressa prevista no art. 2035 parágrafo único do Código Civil que dispõe 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”.

Ordem Pública	A vontade individual está subordinada à vontade coletiva, que no caso são normas públicas ou cogenentes.
Bons Costumes	São regras de boa convivência entre os indivíduos dentro de um período temporal.

Fonte : Abrangência dos termos

Em suma, **o respeito aos bons costumes e a ordem pública acarretam barreiras à celebração do contrato.**

¹⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 03, p. 17.

5.6. Boa-fé

Associa-se a origem da boa-fé ao direito romano e por isso se caracterizava como um sistema de ações¹⁶⁸, e não de direitos¹⁶⁹ e se **diferencia dos bons costumes**, pois esses fixam exigências de condutas gerais para qualquer caso e a **boa-fé** fixa deveres de condutas¹⁷⁰ que só poderão ser estabelecidas, ou verificadas, diante do comportamento dos contratantes antes, durante e depois do contrato¹⁷¹, inclusive devendo ser realizada na constância dos processos judiciais, visto que o enunciado do art. 14, II, do CPC dispõe que “é dever das partes, de seus procuradores e de todos que de qualquer forma participam do processo proceder com lealdade e boa-fé”.

A significação da boa-fé remete à leitura de dois conceitos de micro-racionalidades diversas. Em primeiro, momento, o conceito romano, interno, psíquico de fidelidade à palavra dada, dentro da perspectiva **subjetiva** (*bona fides*). Em um segundo momento, o conceito alemão, externo, comportamental, traduzido no *treu und glauben* (lealdade e confiança), denominada de boa-fé **objetiva**.

5.6.1. Boa-fé subjetiva

José Carlos Moreira Alves assevera que “a *bona fides* no direito romano das obrigações significava a fidelidade da palavra dada com o dever de cumprimento da promessa. A sua função consistia em exi-

168 A boa-fé normatiza certos fatos que são fontes da eficácia negocial, ou seja, reside no fato de que a boa-fé determina o respeito aos negócios em si. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 18-20.

169 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 138-139.

170 “Os deveres de conduta são emprestados pela boa-fé ao negócio jurídico, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor como sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 150.

171 RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 509.

gir que os contratantes atuassem sem dolo e segundo o critério legal, exigindo comportamento honesto e positivo. No direito clássico, os *iudicia bonae fidei* concedem ao magistrado maior liberdade de apreciação, alargando o *officium judicis*. Já no direito pós-clássico, a boa-fé se transforma em cláusula geral de direito material que domina todo o sistema contratual”.¹⁷²

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a *bona fides* “teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfego”.¹⁷³

A codificação de Clóvis Beviláqua (Código Civil de 1916) tinha como parâmetro a **boa-fé subjetiva** e pode ser conceituada como “**uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito** do agente que realiza determinado ato ou vivência de dada situação, sem ter ciência de vício que a inquina”.¹⁷⁴

Ter boa-fé subjetiva seria equivalente a desconhecer os fatos impeditivos ao exercício de uma dada prerrogativa, reconhecendo, dentro do respectivo nível de compreensão da situação que a própria conduta está correta. Traduz a ignorância, naquela situação, sobre a realidade dos fatos e lesão a direito alheio.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁷⁵ disciplina que a boa-fé subjetiva é uma norma de interpretação, servindo à consciência daquele que está agindo, supostamente, conforme o direito. Para Paulo Lôbo¹⁷⁶ a boa-fé subjetiva liga-se à honestidade e retidão.

172 ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 120-121.

173 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 105.

174 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 100.

175 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 54-56.

176 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73-74

Deve-se deixar claro que a boa-fé subjetiva não se aplica, em regra, aos contratos¹⁷⁷, contudo, nos direitos reais a essa boa-fé continua sendo aplicada, em especial, na análise do instituto da posse.

5.6.2. Boa-fé Objetiva

A boa-fé objetiva foi positivada pelo Código Civil no art. 113, relativo à interpretação contratual¹⁷⁸, no art. 187, que trata do abuso de direito¹⁷⁹, como mecanismo de limitação, e no art. 422, como cláusula geral de boa-fé (mecanismo de integração), que deve ser observada pelos contratantes¹⁸⁰, no âmbito dos contratos internos e no âmbito dos contratos internacionais.¹⁸¹

177 “Mesmo no amplo setor obrigacional não há óbice à incidência da boa-fé subjetiva, como se extrai da inteleção do art. 765 do Código Civil, dedicado ao contrato de seguros”. BRASIL. STJ. REsp 1419731/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 7.8.2014, DJe 9.9.2014.

178 CÓDIGO CIVIL. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

179 CÓDIGO CIVIL. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

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

181 Esta referência também é utilizada no art. 1.7, comentário n.º 2, dos *Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, trad. do Ministério da Justiça, Roma, 1995 (atualmente este comentário está presente no n.º 3, do art. 1.7, dos Princípios do UNIDROIT de 2004); assim, podemos dizer, em harmonia, que tal boa-fé não deve ser aplicada nos moldes das diversas ordens jurídicas nacionais, ou seja, deve ser interpretada de acordo com as condições do próprio comércio internacional, devendo esta variar conforme o próprio contrato, pois a boa-fé possui um caráter subjetivo. Vide MAJO, Adolfo di. L’osservanza della Buona Fede nei Principi UNIDROIT sui Contratti Commerciali Internazionali. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. (COORD) Michael J. BONELL e di Franco BONELLI. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p.

No espectro do direito empresarial, agir em conformidade com a boa-fé é adotar o comportamento jurídico e normalmente esperado dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado, sempre de acordo com o direito.¹⁸²

Antes de sua positivação pelo Código Civil, a boa-fé objetiva já podia ser verificada no Código de Defesa do Consumidor nos arts. 4º, III¹⁸³, e 51, IV¹⁸⁴. Evidentemente, o fato de poder ser aplicada ao direito civil (deixando de se restringir ao direito do consumidor) disseminou sua aplicação no campo dos contratos.

Muito embora a redação do Código Civil menciona apenas que os contratantes deverão guarda os princípios da probidade e da boa-fé na conclusão e na execução dos contratos, não há dúvida de que a cláusula geral da boa-fé atua nos contratos em **três fases: na fase pré-contratual, na fase contratual propriamente dita (ou chamada de fase de execução do contrato) e na fase pós-contratual**.

Nesse espectro a **1ª Jornada de Direito Civil no Enunciado nº 25 estipula que** “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo

145-160. ALPA, Guido. La Protezione della Parte Debole di Origine Internazionale (com Particolare Riguardo al Diritto Uniforme). Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT. (COORD) Michael J. BONELL e di Franco BONELLI. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 225-246. UNIDROIT. Principles of International Commercial Contracts 2004. Roma: UNIDROIT, 2004.

182 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95-99.

183 CDC. “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios”: [...] “III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

184 CDC. “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:” [...] “IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüideade”

julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.¹⁸⁵

Em outro momento, a doutrina por meio do **Enunciado nº 170** da **3ª Jornada de Direito Civil** disciplinou que “a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.¹⁸⁶

Assim, a boa-fé objetiva é **endógena** e **horizontal** e deve ser analisada em relação ao comportamento das partes contratantes.

O legislador por meio da **positivação da boa-fé objetiva** acabou por regulamentar uma **regra de comportamento ético**¹⁸⁷. É a denominada boa-fé objetiva, “sendo que, independentemente do subjetivismo do agente, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contrantante”¹⁸⁸. Por isso, **o conteúdo da boa-fé é observado conforme o caso concreto**, sendo uma espécie de confiança qualificada, visto que a boa-fé deve “ser examinada as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico”.¹⁸⁹

A **boa-fé objetiva pressupõe:** (a) **uma relação jurídica** que ligue dois sujeitos, impondo-lhes especiais **deveres mútuos de conduta;** (b) **padrões de comportamento exigíveis do profissional competente,**

185 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 25 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

186 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 170 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

187 Conforme já decidido por esta Corte “a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo” (BRASIL. STJ. *REsp 1.073.595/MG*, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, *DJe* 29.4.2011).

188 BRASIL. STJ. *REsp 1.230.711/RS*. Relator Napoleão Nunes Maia Filho. 05/12/2011.

189 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 524-525.

naquilo que se traduz como *bonus pater familias*; (c) **reunião de condições** suficientes para ensejar na outra parte um estado **de confiança** no acordo celebrado.¹⁹⁰

Assim, a **boa-fé objetiva** é uma cláusula aberta de obediência necessária e obrigatória (**norma cogente**) e seu descumprimento pode propiciar o desfazimento do contrato com a imputação das perdas e danos à parte faltosa.

Para clarear podemos diferenciar a **boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva da seguinte forma**: A primeira corresponde a um proceder retilíneo, a um dever de comportamento exigível no domínio das obrigações assumidas, enquanto a segunda se demonstra por uma situação ou fato de ordem psicológico, em verdade, um fato volitivo.

E, na busca de padrões contratuais, a **boa-fé objetiva funciona como um modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração contratual**, devendo o princípio agir de maneira articulada com outras normas integrantes do ordenamento, a fim de lograr adequada concretização.

5.6.3. Funções da Boa-fé

A **boa-fé possui três funções**¹⁹¹: (a) **interpretativa** e de colmatação do contrato; (b) a de norma de criação de deveres jurídicos anexos ou de proteção (**integradora**) e; (c) a norma de **limitação** ao exercício

190 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 142.

191 CÓDIGO CIVIL. “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à 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. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”. “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

de direitos subjetivos e potestativos¹⁹². As três funções da boa-fé operando em conjunto no contrato são suplementares entre si. Em suma, é o efetivo comportamento do sujeito que deve agir de acordo com o contrato assinado. A **tríplice função do contrato** é: **interpretação** relativa (a interpretação deve sempre favorecer a boa-fé ética); **criadora** de deveres jurídicos anexos ou protetores e; **limitantes** do exercício de direitos subjetivos (a intenção não é levada em conta, para evitar abuso de direito, já que a quebra da boa-fé gera responsabilidade civil).

Devendo inclusive prevalecer a presunção de boa-fé do particular perante o poder público.

Funções	Abrangência
Interpretativa	O contrato deve ser interpretado inicialmente no seu sentido objetivo, tomando como fonte matriz de análise o princípio da confiança.
Integrativa	Percebe-se que o contrato contém deveres, poderes, faculdades e direitos principais e acessórios.
Limitadora	Relacionada às limitações na liberdade contratual.

Fonte : Os tipos de funções da Boa-Fé

(a) na **função interpretativa ou colmatação (*adjuvandi*)** o princípio da boa-fé exerce papel importante, pois o princípio por ser uma cláusula aberta, permite ao juiz procurar a verdade real declarada das partes, usando a boa-fé para auxiliá-las a chegarem a essa vontade. Ou seja, na existência de duas ou mais interpretações acerca do sentido de uma norma contratual, deve se privilegiar aquela que esteja mais próxima da vontade das partes, observando as disposições do negócio, da racionalidade econômicas das partes e esteja de acordo com a exigência de atuação segundo a boa-fé, dentro de uma confiança mútua.

¹⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 105. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 148-149.

A **ideia fundamental é a tutela da confiança**, pois o contrato deve ser interpretado de acordo com o dever imposto pela boa-fé, ou seja, dá-se ao acordo o significado que as partes devem agir com lealdade, lisura e retidão, entre outros.

Essa função busca sua **fundamentação legal no art. 113 do CC** que dispõe “**os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração**”, sem esquecer que “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”.¹⁹³

É importante ressaltar que de acordo com a Lei da Liberdade Econômica deve-se interpretar os negócios jurídicos “em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”¹⁹⁴, não se aplicando em regra ao direito tributário e ao direito financeiro.

A regra do art. 113 do CC propõe critérios objetivos para dos negócios jurídicos ao dispor:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

¹⁹³ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 27 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

¹⁹⁴ Art. 1º, §2º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Sendo que é direito de toda pessoa, natural ou jurídica, e essenciais para o desenvolvimento e para o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal a presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário

(b) **na função integradora da boa-fé (*supplendi*)**, o juiz deve buscar suprir as lacunas e cláusulas duvidosas do contrato, integrando-o conforme a boa-fé objetiva. A **fundamentação da função integrativa se encontra prevista no art. 422 do CC** que estipula “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, incluindo a fase pré-contratual e a pós-contratual.

A função *supplendi* é aquela que faz alargar o vínculo contratual ordinário, impondo uma **série de deveres jurídicos anexos ou de proteção** (acessórios, conduta, laterais, implícitos ou instrumentais)¹⁹⁵,

¹⁹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 401-406.

cujo **inadimplemento leva à violação positiva do contrato** (adimplemento ruim), que corresponde ao inadimplemento de um dever acessório.¹⁹⁶

O STJ comprehende que “a violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual”, em decorrência da boa-fé objetiva.¹⁹⁷

Os deveres podem ser divididos em **positivos** (refere-se a busca do adimplemento) ou **negativos** (evitar comportamentos que acarretam o adimplemento ruim) de acordo com Giuliana Bonanno Schunck

Os deveres **positivos** são aqueles cuja prestação reflete uma ação ou parte do contratante como o dever de informar e o de aconselhar. Por seu turno, os deveres **negativos** são aqueles cuja prestação reflete uma omissão do contratante, como ocorre no dever de sigilo, de confidencialidade. Portanto, na fase contratual, a boa-fé aponta a maneira como o contratante deve agir, sempre orientado para a consecução de sua prestação contratual.¹⁹⁸ (Grifo nosso)

Em caso de ruptura do contrato, em decorrência da sua violação positiva, os efeitos patrimoniais do descumprimento deverão ser observados no caso concreto, acarretando as consequências decorrentes da responsabilização. Desta forma, podem ser considerados como violação positiva do contrato os seguintes **exemplos**: (i) no âmbito da publicidade empresarial, uma sociedade contrata uma empresa de marketing para realizar uma campanha em determinada cidade. Na execução do contrato a empresa de marketing disponibiliza as informações publicitárias em diversos pontos, em que o público alvo da empresa não seria aquele, ou então coloca anúncios em outdoors em

196 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 160.

197 BRASIL. STJ. REsp 595.631/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 391.

198 SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no código civil. Críticas e questões controvertidas.* São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 70.

locais de difícil acesso e visualização, situação na qual o público alvo não será atingido; e (ii) uma empresa proprietária de haras adquire um cavalo de raça e reprodutor e, em razão de falha no transporte, o animal chega ao destino magro e fragilizado, o que impede o seu uso.

Nas duas situações estaremos perante um inadimplemento, que poderá ser considerado absoluto, visto que a finalidade objetivada não foi alcançada, tendo em vista que o dever de proteção e colaboração não foram respeitados pelo contratante que realizou a prestação e vendeu o animal.

Por isso, nós socorremos a **ideia da dignidade da pessoa humana como o meio de proteger a esfera jurídica dos contratantes, tendo em vista o dever de informação e de cooperação que as partes devem ter perante a existência de uma relação.**¹⁹⁹

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam os seguintes **exemplos de deveres**: lealdade e confiança recíproca, assistência, informação, sigilo ou confidencialidade.²⁰⁰

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²⁰¹ por seu turno divide em três categorias os deveres anexos: (i) deveres de lealdade; (ii) deveres de esclarecimento e; (iii) deveres de proteção. Os deveres anexos não são taxativos e seu conteúdo é diverso dependendo do tipo de contrato.

(i) **o dever de lealdade e o de cooperação** se encontram presente no ordenamento jurídico que prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem necessariamente observados pelos contratantes da relação negocial, os quais se traduzem na ordem genérica da boa-fé tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular.

O dever de lealdade é a fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a

199 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 160-161.

200 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 106-112.

201 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil.* Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 604.

probidade (inspirada no dogma da eticidade). O dever de lealdade é aquele segundo o qual uma das partes não pode agir de maneira a causar prejuízo imotivado à outra parte²⁰². Trata-se em geral de uma abstenção que evita causar danos desnecessários ao outro contratante (*duty to mitigate the loss*²⁰³).

O STJ reconheceu a aplicação do duty to mitigate the loss:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imó-

202 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 401-406. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 107.

203 Foi disposto no Enunciado nº 169 da 3^a Jornada de Direito Civil: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 150 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

vel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de resarcimento).²⁰⁴

O Enunciado nº 26 da 1ª Jornada de Direito Civil estipula que “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.²⁰⁵

Em suma, esse dever vincula as partes a abster-se, no quadro do contrato, de comportamentos que possam falsear o seu objetivo, desequilibrar as prestações dele emergentes ou perturbar a harmonia do seu sistema interno.²⁰⁶

São exemplos: (1) Do **dever de lealdade pré-contratual**: falta com a lealdade ao participar de negociações preliminares por **simples especulação**, gerando na contraparte uma expectativa frustrada, um prejuízo financeiro ou mesmo simples perda de tempo; (2) Do **dever de lealdade na conclusão do contrato como em sua execução**: não pode um credor permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos; (3) Do **dever de lealdade pós-contratual**: Se alguém **vende um ponto comercial** com o estabelecimento (fundo

204 BRASIL, STJ, REsp 758518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 28/06/2010.

205 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 26 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

206 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 606.

de comércio) consagrado **e ao lado abre um negócio concorrente**, ou firma um novo contrato completamente incompatível com o primeiro; (4) **Na renovação contratual quando:** Uma seguradora que, após manter **seguro de vida** por longos anos com segurado, recebendo os prêmios pontualmente, **recusa-se a renovar** quando este já se encontra em idade mais avançada e, portanto, mais propenso à ocorrência de sinistro.

A questão do **dever de lealdade** pode ocorrer por uma conduta **comissiva** (agir de forma a cooperar removendo os obstáculos que atrapalhem o interesse da outra parte) ou **omissiva** (abster de prosseguir ou travar negociações sem intenção de concretizar o negócio, prestar informações falsas etc.).²⁰⁷

O **dever de lealdade** pressupõe que o contratante atue de forma honesta, correta, prestigiando a confiança que o outro deposita no negócio (o dever de não exigir cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações).

O **dever de cooperação** decorre da ideia de que os contratantes devem praticar os atos necessários à realização plena dos objetivos visados pelo outro contratante.

Nesse sentido o STJ decidiu que

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 Código Comercial).²⁰⁸

O fator cooperação é fundamental para a construção do contrato, visto que as partes possuem um dever recíproco de apoio na conces-

207 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 156. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil. Coleção de Teses,* Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 607.

208 BRASIL. REsp 256.456/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 22/03/2001, DJ 07/05/2001, p. 147.

são das informações, ou seja, o dever de cooperação é um mecanismo natural do contrato tanto na formação como na sua execução, visto que os contratantes não podem ser observados de forma isolada e estranhas, mas sim em conjunto na concepção dos fins almejados no contrato.

(ii) os **deveres de esclarecimento e de informar** incidem sobre a obrigação de prestar a outra parte, todas as informações que se façam necessárias para a realização e manutenção do contrato²⁰⁹. Isto ocorre porque dentro de uma estrutura de mercado, a informação adequada e correta é capaz de minimizar os custos transacionais, respeitando as cláusulas de sigilo eventualmente existentes nas relações contratuais.

Por isso, **toda conduta pessoal contratual é caracterizada por uma comunicação entre o emissor e o receptor da mensagem, criando-se expectativas para o declaratário que, legítimas, autoriza-no a exigir o adimplemento ou a conversão em perdas e danos, se houver prejuízo.** Desta forma, somente o desconhecimento justificado e, portanto, não culposo, da informação a ser transmitida e da desinformação cabe demonstrar que a contraparte conhecia ou deveria conhecer a informação.

As informações e dados do contrato devem ser transparente, uma vez que a leitura e compreensão deve ser adequada, clara e certeira, visto que o dever de informação se encontra diretamente relacionado ao princípio da transparência.²¹⁰

Assim, as expectativas de esclarecimentos podem ser observadas da seguinte maneira; (a) **expectativas de conselhos** (saber dos caminhos); (b) **expectativas de advertência** (saber das consequências); (c) **expectativa de informação** (saber dos fatos).

209 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 401-406. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 605.

210 “O dever de informação encontra-se diretamente relacionado ao princípio da transparência, uma vez que as informações devem ser claras e certeiras, para que assim, as partes tenham pleno conhecimento de todo o conteúdo contratual”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 342-343.

Esse **dever instrumentaliza a relação contratual** envolvendo a fase das pré-contratual²¹¹, sobrevivendo até a fase pós-contratual²¹² e sua omissão voluntária poderá configurar dolo (informações essenciais e detidas pela parte) e aquelas em relação às quais houve expressa solicitação e/ou manifesta preocupação da outra parte, cuja omissão violaria então o dever de boa-fé.

211 “Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Violação do Art. 535 do CPC. Ausência. Declaratórios procrastinatórios. Multa. Cabimento. Contrato. Fase De Tratativas. Violação do Princípio da Boa-Fé. Danos Materiais. Súmula nº 7/STJ. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motivar adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. “No caso, não se pode afastar a aplicação da multa do art. 538 do CPC, pois, considerando-se que a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC’ (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011). 3. A responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material. 4. As instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, reconheceram que houve o consentimento prévio mútuo, afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo das tratativas, o prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido. A desconstituição do acordão, como pretendido pela recorrente, ensejaria incursão no acervo fático da causa, o que, como consabido, é vedado nesta instância especial (Súmula nº 7/STJ). 5. Recurso especial não provido”. (BRASIL. STJ. REsp 1051065/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.2.2013, DJe 27.2.2013).

212 “Consumidor. Inscrição em Cadastro de Inadimplentes. Quitação da Dívida. Cancelamento do Registro. Obrigaçao do Credor. Prazo. Negligência. Dano Moral. Presunção. 1. Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento da dívida, devem providenciar o cancelamento do registro negativo do devedor. Precedentes. 2. Quitada a dívida pelo devedor, a exclusão do seu nome deverá ser requerida pelo credor no prazo de 05 dias, contados da data em que houver o pagamento efetivo, sendo certo que as quitações realizadas mediante cheque, boleto bancário, transferência interbancária ou outro meio sujeito a confirmação, dependerão do efetivo ingresso do numerário na esfera de disponibilidade do credor. 3. Nada impede que as partes, atentas às peculiaridades de cada caso, estipulem prazo diverso do ora estabelecido, desde que não se configure uma prorrogação abusiva desse termo pelo fornecedor em detrimento do consumidor, sobretudo em se tratando de contratos de adesão. 4. A inércia do credor em promover a atualização dos dados cadastrais, apontando o pagamento, e consequentemente, o cancelamento do registro indevido, gera o dever de indenizar, independentemente da prova do abalo sofrido pelo autor, sob forma de dano presumido. Precedentes. 5. Recurso especial provido”. (BRASIL. STJ. REsp 1149998/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7.8.2012, DJe 15.8.2012).

Este dever anexo nasce de uma necessidade efetiva de que “há uma pessoa que possui uma informação e a outra que a necessita”²¹³, por isso a informação²¹⁴ deverá ser clara e adequada²¹⁵, por força do dever de lealdade das partes.

São exemplos de condutas de informação ou esclarecimento: **(a)** disponibilização prévia de manuais de instalação e operação do produto ou serviço; **(b)** no caso das empresas de capital aberto que tem o dever de informar os fatos relevantes da sua atividade; **(c)** dever de informar os eventuais defeitos ocultos ou vícios redibitórios existentes no objeto do contrato (decorre da utilidade esperada da coisa e/ou à utilidade da coisa conforme a função).

O contrato de franquia é um **exemplo** em que o dever de informação está como causa de sua validade, visto que o franqueador deve apresentar informações claras acerca dos valores a serem pagos, das obrigações em adquirir bens pelo franqueado, entre outras informações constantes da circular de oferta de franquia, na forma do art. 2º da Lei 13.966/2019. Sendo que a falta das informações exigidas pela lei

213 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 157.

214 “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 contém 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”. (BRASIL. STJ. *REsp 330.261/SC*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2001, DJ 08/04/2002, p. 212).

215 Superior Tribunal de Justiça, informação adequada é a informação completa, gratuita e útil: “O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor” (BRASIL. STJ. *REsp 1.144.840/SP*, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma., DJe 11-4-2012).

ou informações falsas na circular de oferta poderá acarretar a nulidade ou anulação do contrato, sem prejuízo das sanções penais e civis cabíveis.²¹⁶

Nas relações empresariais, em especial, na constituição de sociedades anônimas, por meio da subscrição pública, é fundamental que acionistas apresentem o prospecto²¹⁷, que conterá deverá mencionar, com precisão e clareza, as bases da companhia e os motivos que justifiquem a expectativa de bom êxito do empreendimento a ser constituído.

Podemos citar, ainda, como **exemplo** a situação dos **contratos de prestação de serviços médicos** em que com frequência os médicos são acusados de não **informar suficientemente aos seus pacientes os riscos a que são submetidos**. Estes deveres não incumbem apenas aos médicos, **mas também aos pacientes, que têm o dever de informar o médico com verdade sobre sua história clínica**²¹⁸. E no caso das rela-

216 “APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FRANQUIA. QUEBRA CONTRATUAL PELO FRANQUEADOR. DEVOLUÇÃO DOS ROYALTIES. PEDIDO PROCEDENTE. 1. Numa operação de franchising bem estruturada, a circular de oferta da franquia é elaborada por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente, dentre muitas outras, as informações relativas à remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties). 2. A mesma exigência - informação clara e por escrito - subsiste na hipótese de renovação ou alteração do contrato. 3. Com o descumprimento das disposições contratuais pela franqueadora - que aumentou o percentual dos royalties - houve prejuízos suportados pela franqueada, o que gera à franqueadora o dever de restituir tais parcelas, devidamente corrigidas e acrescidas de juros moratórios”. (BRASIL. TJDFT. Acórdão 866515, 20110111997900APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO, 2ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 29/4/2015, publicado no DJE: 15/5/2015. Pág.: 107).

217 O prospecto é o documento elaborado pelo ofertante em conjunto com a instituição líder da distribuição, obrigatório nas ofertas públicas de distribuição de que trata a Instrução CVM 400/2003, e que contém informação completa, precisa, verdadeira, atual, clara, objetiva e necessária, em linguagem acessível, de modo que os investidores possam formar criteriosamente a sua decisão de investimento (art. 38 da LSA). Ele nada mais é que a exposição clara e precisa das bases da sociedade anônima e dos motivos que justificam a expectativa de bom êxito do empreendimento (art. 84 da LSA) (AQUINO, Leonardo Gomes de. *Curso de direito empresarial. Teoria da empresa e direito societário*. 4ª ed. Brasília: Kiron, 2020, p. 218).

218 “Recurso Especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo

ções de consumo, o CDC é claro em relação às informações da oferta ao dispor que:

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.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

Assim, no CDC o dever de informar faz parte da obrigação principal de fornecimento de produtos e serviços e não um dever anexo (acessório ou lateral).

Desta maneira, **a informação além de ser transmitida ao contratante e deve também ser compreendida, os contratantes devem**

efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventuais danos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximiente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso Especial a que se nega provimento”. (BRASIL. STJ. REsp 1180815/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.8.2010, DJe 26.8.2010).

passar as informações de forma adequada e clara, proporcionando toda a verdade sobre o que será adquirido, são nessas situações que a boa-fé se manifesta²¹⁹.

O termo “**adequação**” remete ao escopo que se almeja alcançar com a informação.

A informação prestada deve ser **adequada** ao fim que se almeja. Já a característica da **clareza** da informação refere-se a uma mensagem inteligível, facilmente identificada pelo Contratante.

(iii) **os deveres de proteção (segurança ou cuidado)** incidem sobre a obrigação de evitar danos, pessoais ou patrimoniais, para qualquer uma das partes, no quadro da execução do contrato. Não decorrem do contrato propriamente dito, mas do princípio da boa-fé. Representam a transferência para o campo contratual do velho princípio *neminem laedere* (que corresponde ao dever de não lesar a ninguém e a não contrariar o direito de outrem) e caso ocorra o desrespeito haverá lugar à responsabilidade civil por violação positiva do contrato.²²⁰

Nesse sentido, **como exemplo, o dano em veículos em caso de fornecimento de estacionamento gratuito aos clientes**. Não será válida a cláusula contratual na qual o estacionamento de veículos se exime da responsabilidade, alegando que o serviço prestado é gratuito. Na situação exposta o fornecimento do estacionamento há uma remuneração indireta por parte do consumidor. A **Súmula 130 do STJ** vem abraçar esta ideia, dispondo que “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento”.

(c) **na função limitadora da boa-fé (*corrígendi*)** autoriza o juiz a intervir ativamente no contrato, redimensionando o equilíbrio ne-

219 Em caso de contratante considerado como pessoa com deficiência o art. 9º da Lei 13.146/2015 determina o “acesso a informações e disponibilização de recursos de comunicação acessíveis”.

220 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 405. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 604. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 155.

gocial entre as partes ou reduzindo cláusulas abusivas, seja por elas representarem falta de lealdade de uma das partes, seja por haver onerosidade excessiva ou outro motivo que autorize a intervenção judicial.

A função ***corrigendi*** é evitar o exercício do direito de maneira abusiva, sendo assim, a boa-fé irá limitar o exercício de direitos potestativos (subjetivos). A abusividade será verificada quando os contratantes no exercício da autonomia privada estipularem regras em contrariedade à lealdade e confiança recíprocas que devem estar presentes nas relações negociais. A ideia interpretativa está no contexto de vedação de comportamentos que venham ou possam colidir com direitos dos contratantes. O exercício limitativo do abuso de direito está relacionado com a função limitadora da boa-fé nos contratos, por a interpretação emergente do contrato.

O **fundamento dessa função é localizado no art. 187 do CC** que dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

É importante ressaltar que a função de controle (limitadora) que a boa-fé exerce está vinculada ao seu desdobramento²²¹, que pode ser

221 “Direito civil. Contrato de locação de veículos por prazo determinado. Notificação, pela locatária, de que não terá interesse na renovação do contrato, meses antes do término do prazo contratual. Devolução apenas parcial dos veículos após o final do prazo, sem oposição expressa da locadora. Continuidade da emissão de faturas, pela credora, no preço contratualmente estabelecido. Pretensão da locadora de receber as diferenças entre a tarifa contratada e a tarifa de balcão para a locação dos automóveis que permaneceram na posse da locatária. Impossibilidade. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Honorários advocatícios. Julgamento de improcedência do pedido. Aplicação da regra do art. 20, §4º, do CPC. Inaplicabilidade do §3º desse mesmo dispositivo legal. Precedentes. - A notificação a que se refere o art. 1.196 do CC/02 (art. 575 do CC/02) não tem a função de constituir o locatário em mora, tendo em vista o que dispõe o art. 1.194 do CC/16 (art. 573 do CC/02). Ela objetiva, em vez disso, a: (i) que não há a intenção do locador de permitir a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado (art. 1.195 do CC/16 - art. 574 do CC/02; (ii) fixar a sanção patrimonial decorrente da retenção do bem locado. Na hipótese em que o próprio locatário notifica o locador de que não será renovado o contrato, a primeira função já se encontra preenchida: não é necessário ao locador repetir sua intenção de não prorrogar o contrato se o próprio locatário já o fez. A segunda função, por sua vez, pode ser considerada também preenchida pelo fato de que é presumível a ciência, por parte do locatário, do valor das diárias dos automóveis pela tarifa de balcão. Haveria, portanto, em

observado nos padrões do *Venire contra factum proprium*; do *Supressio* e do *surrectio*; e do *Tu quoque*.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam o seguinte **exemplo**: “da cláusula contratual que preveja a impossibilidade de se aplicarem as normas da teoria da imprevisão (da onerosidade excessiva) em benefício da parte prejudicada”²²². Tal regra é visivelmente abusiva porque desobedece a função social do contrato e também viola o princípio da boa-fé, no aspecto objetivo. A regra contratual tem a intenção de prejudicar o outro contratante, pois a parte que incorrer em desvantagem excessiva sofreria um prejuízo enorme. A **Súmula 302 do STJ** disciplina que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Outro **exemplo** pode ser observado da seguinte forma: Suponha que um credor, envolvido com devedor em negociações amigáveis para a renegociação (reestruturação) de uma dívida, proponha repentina e ação judicial exercendo o seu direito, contratualmente previsto, de pleitear a resolução do contrato e o pagamento da multa em valor previamente estipulado. Tal situação viola a boa-fé, no fator das expectativas geradas pela negociação amigável da dívida.

princípio, direito em favor da locadora à cobrança de tarifa adicional. - Se o acordão recorrido estabelece, contudo, que não houve qualquer manifestação do credor no sentido da sua intenção de exercer tal direito é, mais que isso, o credor comporta-se de maneira contraditória, emitindo faturas no valor original, cria-se, para o devedor, a expectativa da manutenção do preço contratualmente estabelecido. - O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios (*'tu quoque'*; *vedação ao comportamento contraditório*; *"surrectio"*; *'supressio'*). - O instituto da *'supressio'* indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gera no devedor a justa expectativa de que esse não-exercício se prorroga no tempo. - Nas hipóteses de improcedência do pedido, os honorários advocatícios devem ser fixados com fundamento no art. 20, §4º do CPC, sendo inaplicável o respectivo §3º. Aplicando-se essa norma à hipótese dos autos, constata-se a necessidade de redução dos honorários estabelecidos pelo Tribunal. Recurso especial parcialmente provido”. (BRASIL. STJ. REsp 953.389/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, REPDI 11/05/2010, DJe 15/03/2010).

222 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 164.

O STJ, há muito, adota a tese das três funções da boa-fé objetiva, interpretativa, integrativa e limitadora, bem como a noção da existência de deveres anexos nos contratos e como exemplo podemos citar no REsp 1237054/PR²²³ disciplinou que

A boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, impondo, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.

As múltiplas funções exercidas pela boa-fé no curso da relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação, podem ser vislumbradas em três grandes perspectivas, que foram positivadas pelo Código Civil de 2002:

- a) interpretação das regras pactuadas (função interpretativa);
- b) criação de novas normas de conduta (função integrativa);
- c) limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito)

A função integrativa da boa-fé permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que nascem diretamente da vontade das partes (art. 422 do CC/2002).

Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou accidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. En-

²²³ BRASIL. STJ. REsp 1237054/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22.4.2014, DJe 19.5.2014.

quanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (v.g. dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (v.g. deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado).

Decorre, portanto, justamente da função integradora do princípio da boa-fé objetiva, a necessidade de comunicação expressa ao ex-empregado de possível cancelamento do plano de saúde caso este não faça a opção pela manutenção no prazo de 30 dias.

E mais, não pode a operadora do plano de saúde proceder ao desligamento do beneficiário sem a prova efetiva de que foi dada tal oportunidade ao ex-empregado.

[...]

Por fim, destaco que o entendimento aqui firmado encontra guarida na Resolução Normativa 279 da ANS, de 24 de novembro de 2011, editada posteriormente aos fatos do presente processo, que “dispõe sobre a regulamentação dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e revoga as Resoluções do CONSU nºs 20 e 21, de 7 de abril de 1999.

Diante dos deveres anexos, o adimplemento contratual passou a demandar análise mais larga, apta a atender não apenas o cumprimento dos deveres contratuais principais, mas também os anexos.

Por isso a doutrina por meio do **Enunciado nº 24** da 1^a Jornada de Direito Civil estipulou que “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.²²⁴

²²⁴ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 24 Aprovado pela Plenária da 1^a Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos

O STJ no **REsp 595631/SC** disciplinou que “o dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa”.²²⁵

5.6.4. Desdobramento ou subprincípios da boa-fé objetiva

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²²⁶ e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²²⁷ apontam os seguintes desdobramentos da boa-fé: o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli* que desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*, a inalegabilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a *supressio* e a *surrectio*.

Flávio Tartuce²²⁸ trabalha os desdobramentos pela perspectiva da boa-fé objetiva integrativa, optando pelos seguintes institutos: o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli*, desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*, a *supressio* e a *surrectio*.

Por outro lado, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald²²⁹ disciplina o desdobramento a partir do exercício abusivo do direito,

Judiciários, 2003.

225 “Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o quantum determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos”. (BRASIL. STJ. *REsp 595631/SC*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 8.6.2004, *DJ* 2.8.2004, p. 391).

226 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 661-853.

227 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 117-125.

228 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 120-127.

229 FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 167-177.

que poderá ser: (a) desleal o exercício de direitos; (b) desleal o não exercício de direitos; (b) desleal a constituição de direitos e; (d) *duty to mitigate the loss*.

A doutrina tem compreendido que o *venire contra factum proprium* seria o gênero do qual as suas espécies seriam o *tu quoque*, a *supressio* e a *surrectio*.

5.6.4.1. *Venire contra factum proprium*

A proibição do *venire contra factum proprium* ou *nemo potest venire contra factum proprium* (exercício inadmissível da posição jurídica ou proibição do comportamento contraditório ou doutrina dos atos próprios) é de origem germânica e decorre da existência de dois **comportamentos** não vinculantes²³⁰, **omissivos** (deixar de manter contato) ou **comissivos** (assinar contrato com outro) **e distintos de um dos contratantes na relação negocial**, ou seja, pressupõe dois comportamentos de uma parte, **ambos lícitos**, se isoladamente considerados, mas se tomados em conjunto pode se observar a contradição, gerando uma quebra da expectativa da outra parte.

O princípio decorre da boa-fé objetiva de que todo contratante confia na conduta da outra parte, logo o princípio proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana.

O fundamento do *venire contra factum proprium* decorre do princípio da boa-fé objetiva, especialmente na sua vertente voltada para a tutela da confiança.²³¹

230 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.136.

231 “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA POR MÁ-FÉ DO DEVEDOR. Não se deve desconstituir a penhora de imóvel sob o argumento de se tratar de bem de família na hipótese em que, mediante acordo homologado judicialmente, o executado tenha pactuado com o exequente a prorrogação do prazo para pagamento e a redução do valor de dívida que contraíra em benefício da família, oferecendo o imóvel em garantia e renunciando expressamente ao oferecimento de qualquer defesa, de modo que, descumprido o acordo, a execução prosseguiria com a avaliação e praça do imóvel. De fato, a jurisprudência do STJ incluiu-se no sentido de que o bem de família é impenhorável, mesmo quando indicado à constrição pelo devedor. No entanto, o caso em exame apresenta certas peculiaridades que tornam válida a renúncia. Com efeito, no caso em análise, o executado agiu

O Enunciado nº 362 aprovado pela Plenária da 4^a Jornada de Direito Civil prevê que “ a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.²³²

Anderson Schreiber aponta 4 (quatro) pressupostos para aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório que são: **(a)** o *factum proprium* (uma conduta inicial); **(b)** a legítima confiança (manutenção do sentido de uma conduta inicial no caso concreto); **(c)** *Venire* (contradição ao *factum proprium* – comportamento posterior contraditório e objetivo) e; **(d)** dano efetivo ou potencial (prejuízo a partir da contradição).²³³

A Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) positivou de maneira implícita, o *veneri factum proprium* ao disciplinar no inciso I do parágrafo 1º do art. 113 do Código Civil que “a interpretação do

em descompasso com o princípio *nemo venire contra factum proprium*, adotando comportamento contraditório, num momento ofertando o bem à penhora e, no instante seguinte, arguindo a impenhorabilidade do mesmo bem, o que evidencia a ausência de boa-fé. Essa conduta antiética deve ser coibida, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário, que validou o acordo celebrado. Se, por um lado, é verdade que a Lei 8.009/1990 veio para proteger o núcleo familiar, resguardando-lhe a moradia, não é menos correto afirmar que aquele diploma legal não pretendeu estimular o comportamento dissimulado. Como se trata de acordo judicial celebrado nos próprios autos da execução, a garantia somente podia ser constituída mediante formalização de penhora incidente sobre o bem. Nada impedia, no entanto, que houvesse a celebração do pacto por escritura pública, com a constituição de hipoteca sobre o imóvel e posterior juntada aos autos com vistas à homologação judicial. Se tivesse ocorrido dessa forma, seria plenamente válida a penhora sobre o bem em razão da exceção à impenhorabilidade prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/1990, não existindo, portanto, nenhuma diferença substancial entre um ato e outro no que interessa às partes. Acrescente-se, finalmente, que a decisão homologatória do acordo tornou preclusa a discussão da matéria, de forma que o mero inconformismo do devedor contra uma das cláusulas pactuadas, manifestado tempos depois, quando já novamente inadimplentes, não têm força suficiente para tornar ineficaz a avença. Dessa forma, não se pode permitir, em razão da boa-fé que deve reger as relações jurídicas, a desconstituição da penhora, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário”. BRASIL. STJ. *REsp 1.461.301-MT*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.3.2015, DJe 23.3.2015.

232 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 362 Aprovado pela Plenária da 4^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

233 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*.* 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.132-161

negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio". Em síntese, veda-se que a parte negocial caia em contradição por conduta posterior ao momento da contratação.

Na caracterização do “*venire contra factum proprium*” não é necessário que os comportamentos sejam praticados pelos mesmo sujeitos, seja o ativo ou mesmo o passivo.

Vejamos a situação em que o agente ativo não é o mesmo, mas a conduta é aplicável àquele que não praticou, como no caso de empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

Exemplifica Anderson Schreiber no caso das empresas ao atuarem no mercado despertam despertando a confiança da realização do negócio e atuando no sentido de contratação, sendo que sua controladora, sem justificativa, encerra todas as negociações, comunicando que não fechará negócio algum, independentemente do que vem sendo negociado com a empresa controlada, daí porque prega que o *factum proprium* não precisa ser, necessariamente de um mesmo sujeito, bastando vir do mesmo centro de interesses.²³⁴

Vejamos a situação em que o agente passivo não é mesmo:

Exemplifica Anderson Schreiber com a hipótese de o comportamento de uma empresa que substitui os veículos vendidos, em caso de defeito, no prazo de dois anos, apesar de no contrato constar a garantia apenas por um ano, sendo que tal prática é consolidada no tempo e de conhecimento público, apta a atrair a legítima confiança do público em geral. Um consumidor opta por adquirir o veículo dessa marca exatamente por conta dessa boa prática, porém, transcorrido o prazo da garantia contratual, o veículo desse consumidor apresenta algum defeito, mas a empresa se recusa a substituir o bem, invocando a garantia contratual de apenas um ano. A recusa é vedada por violação ao princípio do comportamento contraditório, mas destaca que o consumidor não fora alvo de conduta alguma anterior para que houvesse a quebra de confiança pela conduta subsequente de não substituir o

²³⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*.* 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.157-158.

veículo, visto que não houve qualquer publicidade por parte do fornecedor.²³⁵

Vejamos como os tribunais têm aplicado o *Venire contra factum proprium*

O STJ no REsp 95.539-SP aplicou o *Venire contra factum proprium*

Promessa de Compra e Venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. ***Venire contra factum proprium***. Boa-fé. Preparo. Férias. 1. Tendo a parte interposto o seu recurso e, depois disso, recolhida a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. Votos vencidos. 2. **A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciaçāo de outra lide, e nada impugna contra a execuçāo do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários-compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva.** **Doutrina dos atos próprios.** Art. 132 do CC. Recurso conhecido e provido. REsp 95.539-SP. (Grifo do nosso)²³⁶

Outra **decisão interessante** ocorreu no TJRS na Apelação Cível, nº 591028295

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**

235 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.156.

236 BRASIL. REsp 95.539/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 3.9.1996, DJ 14.10.1996, p. 39015.

industrializa-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 à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da re. Voto vencido, julgando improcedente a ação.²³⁷

Nos contratos empresariais com garantias podemos também observar a aplicabilidade do princípio no julgamento do TJDFT na Apelação Cível nº 0010838-37.2017.8.07.0001

Civil. Cédula de crédito. Pessoa jurídica. Compromisso de aval pelo representante legal. Qualificação do avalista. Única assinatura. Compromisso integral. Boa-fé objetiva. **Princípio da vedação ao comportamento contraditório.** Sentença reformada. 1. A boa-fé que norteia as relações contratuais veda o comportamento contraditório das partes (*venire contra factum proprium*). 2. **Se a cédula de crédito é contratada por pessoa jurídica e a qualificação de seu representante legal consta do contrato, na qualidade de avalista, a assinatura do documento sela os compromissos assumidos tanto como pessoa física quanto como representante legal.** 3. Recurso provido.²³⁸

Uma **outra situação** envolve cheque pré-datado e dano moral, isto porque a **Súmula nº 370 do STJ** disciplina que “caracteriza-se dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”.

²³⁷ BRASIL. TJRS. *Apelação Cível 591028295*, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em: 6.6.1991.

²³⁸ BRASIL. TJDFT. *Apelação Cível 0010838-37.2017.8.07.0001*. Acórdão n. 1183115, Relator: Josapha Francisco dos Santos, 5^a Turma Cível, Data de Julgamento: 3.7.2019, Publicado no PJe: 10.7.2019.

Outra decisão do TJDFT pode ser observa

Apelação Cível. Promessa de Compra e Venda de Imóvel. Congelamento do Saldo Devedor. Possibilidade. Proibição ao Comportamento Contraditório (*Venire Contra Factum Proprium Non Potest*). Dano Moral não Configurado. 1. **Afronta o princípio da boa-fé objetiva, sobretudo o da vedação ao *venire contra factum proprium*, o comportamento contraditório das promitentes vendedoras de cobrar o valor atualizado do saldo devedor, depois de ter assegurado aos promitentes compradores que esse saldo ficaria congelado por determinado tempo.** 2. Meros aborrecimentos decorrentes de comportamento contraditório da construtora não configuram danos morais. 3. Recurso conhecido e parcialmente provido. Unânime.²³⁹ (Grifo nosso).

As decisões dos tribunais são claras ao demonstrar que há dois comportamentos distintos, um existente no momento da celebração e outro no momento da execução. Há dois comportamentos lícitos e sucessivos, onde o segundo é invariavelmente contrário ao primeiro (*factum proprium*), gerando uma quebra da confiança. No caso da decisão do **STJ** o *factum proprium* foi não assinar o contrato e o segundo é a oposição à escritura definitiva, o que são contraditórios, visto que durante 17 (dezessete) anos consentiu com a venda do imóvel. Na decisão do **TJRS** o *factum proprium* foi o fornecimento das sementes de tomate e o segundo foi a decisão de não adquirir os frutos (tomates – a safra), o que também foi considerado como contraditório. Na decisão do **TJDFT** o *factum proprium* foi assinatura do sujeito como representante e como avalista do título de crédito, não pode o sujeito alegar que não é avalista do título, pois haverá uma contradição no comportamento. Na questão envolvendo a **Súmula** fica claro a existência dos

²³⁹ BRASIL. TJDFT. Apelação Cível 20130111132646, Acórdão n.843203, Relator: Fátima Rafael, Revisor: Ana Cantarino, 3^a Turma Cível, Data de Julgamento: 21.1.2015, publicado no DJE: 4.2.2015. p. 255.

pressupostos, sendo que o *factum proprium* foi que o credor aceitou o que só poderia apresentar o cheque na data futura e o segundo comportamento contrário é que apresentou fora do prazo, situação que acarretou o dano moral. Já na última situação demonstrada, decida pelo **TJDFT** vislumbro aplicação do *Venire contra factum proprium*, visto os comportamentos contraditórios da vendedora na cobrança dos juros em relação ao saldo, mas não considerou a responsabilidade pelo dano moral.

O Código Civil disciplina em alguns artigos situações que podem ser consideradas como caracterizadores do “*Venire contra factum proprium*”.

A **primeira situação** pode ser encontrada no art. 175, Código Civil²⁴⁰, ao expor que o contratante que, voluntariamente, iniciou a execução do negócio jurídico anulável, não pode mais invocar essa nulidade. O suporte fático do dispositivo legal evitar o comportamento contraditório do contratante, visto que voluntariamente adimplir uma obrigação passível de anulação²⁴¹, não pode depois adotar medidas para requerer nulidade relativa do pacto, visto que ocorreu uma confirmação decorrente do comportamento.²⁴²

A **segunda situação** considerada pode ser encontrada no art. no art. 973, do Código Civil em que se estabelece que a “pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas”. Ou seja, caso a pessoa exerça a empresa mesmo impedida responderá pelas obrigações contraídas e caso demonstrem que estão no rol dos impedimentos responderão e não podem alegar o fato impeditivo para se eximir da responsabilidade.

²⁴⁰ CÓDIGO CIVIL. Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

²⁴¹ CÓDIGO CIVIL. Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

²⁴² CÓDIGO CIVIL. Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Vejamos a seguinte situação em que ***Venire contra factum proprium*** foi gerado de por uma **conduta comissiva**: imaginemos um atleta que assinou com uma grande marca de material esportivo um contrato para vinculação de sua imagem a marca, mas após a assinatura do contrato, o atleta passa a ter comportamento incompatível com um atleta de alto rendimento, podemos que perquirir a aplicação do comportamento contraditório comissivo.

Vejamos o exemplo de uma conduta omissiva na aplicação do *Venire contra factum proprium* onde um artista inicia as tratativas com uma empresa de telecomunicação, inclusive participando de entrevistas, inclusive informando que já se encontra contratado pelo emissora, mas em momento posterior deixa de assinar o contrato com a emissora e indo inclusive trabalhar na emissora concorrente. **Temos aqui a aplicação do comportamento contraditório omissivo.**

Imaginemos o seguinte **exemplo** que demonstra que a aplicação do *venire contra factum proprium* poderá ser utilizada nas questões processuais: o sujeito “A” solicitar um empréstimo para adquirir um imóvel, dando em garantia o próprio imóvel. Caso não venha a pagar o financiamento não poderá o sujeito “A” alegar a impenhorabilidade do imóvel, por força do Em razão disto, no enunciado do §1º do art. 649 do CPC consta que a impenhorabilidade não é oponível à execução do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

Em suma, o primeiro comportamento de um dos contratantes gera confiança no outro contratante, que é quebrado pelo segundo comportamento.

Das situações descritas podemos concluir que o princípio do *venire contra factum proprium* tem como premissa a ideia que as partes contratantes devem agir com comportamentos adequados e coerentes²⁴³, por consequência lógica da confiança depositada.

243 “Agravio 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

É importante esclarecer que o fator inadimplemento contratual não se encontra inserido no *venire contra factum proprium* tendo em vista que o inadimplemento se encontra na esfera do risco previsível do contrato, não sendo necessário recorrer a teoria do comportamento contraditório.

Mais, **uma vez caracterizado** *Venire contra factum proprium qual a consequência?* Em situações gerais irá caber indenização por caracterização do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil²⁴⁴ e de acordo com o caso concreto será possível ainda, o impedimento da conduta contraditória, na forma do art. 251 do Código Civil²⁴⁵.

VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM	
Condutas	Incial.
	Posterior e contrária.
Finalidade	Proteger uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente
Consequência	Indenização e/ou impedimento da conduta contraditória.

Figura : síntese

De acordo com a teoria do *venire contra factum proprium*, decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva²⁴⁶, é inadmissível o abuso

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 nú-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos aluguéis não adimplidos. 4. Agravo regimental improvido". (BRASIL. STJ. AgRg no AgRg no Ag 610.607/MG, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25.6.2009, DJe 17.8.2009). Grifo nosso.

244 CÓDIGO CIVIL. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

245 CÓDIGO CIVIL. Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigará, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado pelas perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

246 "O ordenamento jurídico pátrio veda o comportamento contraditório das partes,

de direito decorrente da inesperada mudança de comportamento das partes, gerado por condutas contraditórias de uma das partes, com vistas a frustrar as expectativas da outra parte.

5.6.4.2. *Supressio e Surrectio*

A *Surrectio* e a *Supressio* são as duas faces da mesma moeda, visto que a existência de uma acarreta o aparecimento da outra, ou seja, **enquanto o sujeito que se mantém na surrectio tem uma perda de um direito subjetivo, no surrectio o outro sujeito tem a aquisição de um direito subjetivo.**²⁴⁷

5.9.4.2.1 *Supressio*

A *supressio* consiste na restrição do conteúdo do contrato, implicando a supressão de direito inicial existente, frente à inércia de um dos contratantes no tocante ao exercício dos direitos inerentes da avença. Em outras palavras, certo direito está contratualmente previsto, porém o contratante que titulariza mantém-se inerte, preferindo não o exercer por um prazo considerável. Esse não exercício, entretanto, cria na contraparte uma legítima expectativa de que aquela faculdade não mais será exercida.

O STJ no **REsp 1202514/RS** compreendeu que “a *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectati-

aplicando-se a teoria do *venire contra factum proprium non potest* (exercício inadmissível da posição jurídica ou proibição do comportamento contraditório ou doutrina dos atos próprios), modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança - decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva -, segundo o qual se proíbe a inesperada mudança de comportamento, contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, com vistas a frustrar as expectativas de terceiros”. (BRASIL. TJDFT. Acórdão 1025898, 20150111117050APC, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 14/6/2017, publicado no DJE: 12/7/2017. Pág.: 158-174).

247 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4, p. 172

va de ter havido a renúncia àquela prerrogativa". A situação analisada teve como parâmetro a situação de uma empresa que durante 6 (seis) abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, com isso, a manutenção do contrato, o que impede a empresa após o fim da relação contratual de "exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual".²⁴⁸

Em resumo: trata-se de mecanismo apto a proteger uma parte contra o exercício repentino de direitos pela outra parte.

Em outras palavras, **aquele que injustamente não exercitou seus direitos gerou uma renúncia tácita do seu direito**, ou seja, que deslealmente protraí seu exercício por considerável lapso de tempo, não mais poderá exercê-lo, se isso implicar a quebra de legítimas expectativas da outra parte.

Para a **configuração da supressio** é necessário o transcurso de considerável lapso temporal sem o exercício de um **direito contratualmente assegurado**, com justas expectativas de que não mais venha a ser exercido, e que esse exercício repentino acarrete para a outra parte em desequilíbrio contratual no sentido de que o benefício do credor com o exercício do direito seja menor que o prejuízo do devedor.

A *supressio* não se trata de prescrição (perda da pretensão) ou decadência (perda do direito) situações com prazos previsto na norma, mas de um silêncio acerca do interesse de exercitar o direito contratual previsto²⁴⁹ decorrente da confiança de que o contratante não irá exercer o direito²⁵⁰, visto que se exercitar o direito posteriormente ao comportamento estaria configurado a *supressio*.

248 BRASIL. STJ. *REsp 1202514/RS*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 30/06/2011.

249 "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" GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 120.

250 "A *supressio* guarda semelhanças com institutos como a prescrição e a decadê-

A *suppressio* está vinculada restrito a omissão no comportamento do contratante (comportamento omissivo), ou seja, à inação do contratante acarretando a ineficácia do direito correspondente.

Neste sentido o STJ no **REsp 214.680/SP** decidiu que um condomínio depois de 20 anos de inércia não poderá reivindicar o uso de uma área comum, que anteriormente foi incorporada a matrícula de outro condomínio, em virtude de mudança arquitetônica no prédio.²⁵¹

Outra decisão do STJ pode ser observada na seguinte situação: “em contrato de locação de frota de veículos ajustado a termo, a locatária manifestou, meses antes do escoamento do prazo, não ter interesse na renovação. Quando vencido, no entanto, somente parte da frota de veículos foi devolvida. A locatária manteve em sua posse parte dos veículos locados, sem ensejar, esse fato, qualquer oposição da locadora, que continuou a emitir as faturas relativas à parte da frota não devolvida, conformemente aos valores estabelecidos no contrato”.²⁵²

O fundamento do *suppressio* decorre do princípio da boa-fé objetiva, especialmente observada na tutela da confiança.

cia, pois na base do problema está a discrepância entre uma regulação jurídica e a efetividade social, adaptando-se aquela em função desta em razão do tempo. Mas as distinções são sintetizadas por Karl Larenz. Enquanto na prescrição e na decadência os critérios decisivos são o transcurso do tempo e a inatividade de seu titular, na *suppressio* demanda-se a confiança da contraparte, motivada pela inatividade do oponente a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exerceceu o direito. Por isso que o tempo para a perda do direito não se submete a prazos rígidos”. FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4, p. 172.

251 “Alguns moradores de um condomínio utilizavam, em caráter de exclusividade, área originalmente destinada a um corredor externo aos seus apartamentos (configurando, portanto, área de uso comum do prédio). Em virtude de alterações no projeto condominial, essa área perdera a destinação a que estava *ab initio* projetada, então passando a ser utilizada exclusivamente por alguns dos condôminos, que, inclusive, unificaram as unidades contíguas e assim obtiveram matrícula predial única. Isso, não obstante, uma outra condômina, vinte anos passados, veio reclamar o uso da área que, comprovadamente, não era indispensável às necessidades condominiais”. (BRASIL. STJ. *REsp 214.680/SP*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/1999, DJ 16/11/1999, p. 214).

252 BRASIL. STJ. *REsp 953389/SP*. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 23.02.2010. DJ de 15.03.2010.

Diferença entre	
<i>Venire contra factum proprium</i>	<i>Supressio</i>
O “venire” é a confiança em determinado comportamento que delimita no cotejo com a conduta antecedente.	A “supressio” das expectativas são projetadas apenas pela inércia injustificada por um lapso temporal considerável do titular.
Há dois comportamentos contraditórios	Há apenas um único comportamento de inércia.

Figura: distinções

Desta maneira, podemos apontar o seguinte **exemplo de supressio**: Foi realizado um contrato em que se estipulou que o contratante Mévio e Tício, onde aquele iria pagar a sua compra em 24 parcelas mensais no domicílio do credor Tício. Após 6 meses o devedor começou a se encontrar com o credor na sua loja, onde por lá o pagamento das prestações começou a ser efetuado. Com a continuidade desta conduta reiterada (pagamento em local diverso do pactuado), presume-se que houve uma renúncia ao previsto no contrato, ou seja, o comportamento do credor que aceita receber o pagamento por diversas vezes em local diverso daquele previsto, ocorrendo, dessa forma, a supressio.

A ideia apontada no exemplo acima pode ser observada com base no art. 330 do Código Civil, na seção que versa sobre o local do pagamento: **“O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”**. Ou seja, a inação do credor gera no outro contratante a legítima ideia que poderá continuar a realizar os pagamentos no local em que escolheu, isto se dá principalmente porque o devedor não está em mora (art. 394, CC).

5.9.4.2.2 *Surrectio*

A *surrectio* consiste na aquisição de conteúdo do contrato, implicando a aquisição de direito subjetivo. Em outras palavras, certo direito não está contratualmente previsto, porém o contratante o adquire diante da inércia da outra parte, ou seja, a *surrectio* implica uma nova fonte de direito subjetivo, visto que há uma estabilização de uma nova situação com o decorrer do tempo.

Diferença entre	
<i>Venire contra factum proprium</i>	<i>Surrectio</i>
O fator da <i>venire</i> decorre da quebra da confiança do contratante no outro, em decorrência de dois comportamentos antagônicos do mesmo contratante.	Na <i>surrectio</i> há aquisição de um direito em decorrência de um comportamento que aumenta os direitos obrigacionais não pactuados originalmente.
Há dois comportamentos contraditórios	Há apenas um único comportamento de ampliação.

Figura: distinções

Assim, a ideia do art. 330 do Código Civil acarreta de um lado a *supressio* e para o outro contratante a *surrectio*, visto que o novo comportamento do devedor em pagar o débito em local distinto do contrato acarretou tacitamente uma mudança na regra contratual, gerando uma nova regra contratual.

Da mesma forma, podemos apontar como **exemplo** a seguinte situação: A duradoura distribuição de lucros da sociedade empresarial em desacordo com o estatuto ou contrato social pode gerar o direito de recebê-los do mesmo modo, para o futuro.

5.6.4.3. *Tu quoque*

O *tu toque* corresponde a proibição de que um sujeito que des cumpriu uma norma legal ou contrato, estabilizando determinada po-

sição jurídica no tempo, não possa depois exigir de outro contratante o adimplemento do preceito que ele próprio não cumpriu.

A ideia é que um contratante pensa que há uma norma que se aplica a ele à outra parte aplica-se outra lei.

Um **exemplo** desta conduta pode ser observado no art. 180 do Código Civil que estipula: “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”.

Um **exemplo** interessante pode ser encontrado no art. 787 Código de Processo Civil que dispõe “se o devedor não for obrigado a satisfazer sua prestação senão mediante a contraprestação do credor, este deverá provar que a adimpliu ao requerer a execução, sob pena de extinção do processo”.

O STJ no **REsp 1192678/PR** comprehende estar presente o *tu quoque* na situação em que o emitente de uma nota promissória fez a assinatura escaneada ao arrepio do que Lei Uniforme de Genebra (Decreto 57.663/66), determina como requisito de existência e validade do título de crédito a assinatura do emitente de próprio punho. Executado alega a nulidade do título, sendo que a decisão negou provimento afirmando que o devedor se utilizou de conduta contrária à boa-fé sob o desdobramento do *tu quoque*.²⁵³

O *tu quoque* veda-se que a parte contratante invoque contra a outra a cláusula que ela mesmo anteriormente descumpriu ou a nulidade a que deu causa. É o caso, por **exemplo**, da locadora que pretendeu a desconstituição do distrato que ela própria redigiu alegando a ausência da forma exigida.²⁵⁴

253 BRASIL. STJ. *REsp 1192678/PR*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012.

254 BRASIL. STJ. *REsp 1040606/ES*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012.

Diferença entre	
<i>Venire contra factum proprium</i>	<i>Tu quoque</i>
O <i>venire</i> os comportamentos (inicial e final) isolados são lícitos, mas quando analisados em conjunto verifica-se uma contradição entre si.	No <i>tu quoque</i> um dos contratantes tem um comportamento abusivo e não permite que os demais contratantes tenham o mesmo comportamento.
Há dois comportamentos contraditórios	Há dois comportamentos, um permitindo a conduta própria e outro negando a conduta alheia.

Figura: distinções

Desse modo, está vedado que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo (regra de ouro).

5.6.4.4. *Exceptio doli*

A *exceptio doli* é conceituada como a defesa do réu contra ações dolosas, contrárias à boa-fé, ou seja, a *exceptio doli* ou exceção de dolo ocorre quando o sujeito não age com boa-fé aquele que atua intuito não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária, seria algo como um assédio processual.

A *exceptio doli* pode ser dividida em duas maneiras: *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*.

A *exceptio doli specialis* nada mais seria do que uma participação da *exceptio doli generalis* referida a atos de caráter negocial e atos dele decorrentes, quando o primeiro houvesse sido obtido com dolo. Assim, a *generalis*, como o próprio nome já 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 preserva-

do pelas figuras anteriormente consideradas, na medida em que tem pressupostos concretos de verificação.²⁵⁵

Desta forma, aquele que requerer judicialmente uma pretensão de forma dolosa será responsabilizado pela conduta, por isso, o “**comportamento contraditório pode e deve ser alegado processualmente como matéria de defesa ou exceção substancial, para obstar qualquer pretensão que tenha como fundamento comportamento contraditório**”.²⁵⁶

Por exemplo aquele “que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar 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” (art. 940 do Código Civil).

5.6.4.5. O Dever de não agravar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*)

O dever de não agravar a própria situação tem seu respaldo no dever de lealdade e cooperação dos contratantes, visto que ninguém poderá se aproveitar da própria torpeza para agravar a sua situação econômica. É o que a doutrina denomina de ***duty to mitigate the loss***²⁵⁷. Por isso, o credor não pode ficar inerte diante da inação do devedor, ou seja, o credor necessita ter um comportamento proativo na realização das suas obrigações, inclusive avisando ao devedor que

255 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras Parcelares da Boa-fé Objetiva e Venire Contra Factum Proprium*. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em 14/08/2021.

256 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 390.

257 “É o chamado *duty to mitigate the loss* em matéria contratual, que consiste na obrigação do credor de buscar evitar o agravamento do devedor. O credor de uma obrigação precisa colaborar com o devedor quando na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido se restrinja às menores proporções possíveis”. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 58-77.

a obrigação dele está em atraso, de forma a evitar o agravamento do inadimplemento do devedor.

Por exemplo, “uma instituição financeira não pode permanecer inerte quando o consumidor não encerra a conta corrente e dele é cobrada uma quantia mensal para manutenção da conta. Muitas vezes, o Banco permanece inerte, esperando alcançar um montante razoável para executar o consumidor, quando poderia notificá-lo para providenciar o encerramento”.²⁵⁸

E dentro dessa perspectiva **o STJ decidiu que há o dever de mitigar o próprio prejuízo**. “Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano gerando o agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor”, sendo assim, teremos a infringência aos deveres de cooperação e lealdade.²⁵⁹

258 Tal obrigação acabou consagrada na doutrina do direito civil brasileiro com a aprovação do enunciado no 169 na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal/STJ, o qual estabeleceu que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”, e tem sido prestigiada na jurisprudência. Na VIII Jornada realizada em 2018 atribuiu-se o efeito prático da teoria ao ser aprovado o enunciado 629 no seguinte teor: “A indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização.”

259 “Direito civil. Contratos. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracte-

5.9.4.6 Cláusula de Stoppel (Estoppel)

A expressão *Cláusula de Stoppel* é utilizada no âmbito do direito internacional, e tem como centro de aplicação a segurança jurídica nos contratos internacionais, de maneira a ser observada a preservação da boa-fé.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁶⁰ apresenta a seguinte situação fática como **exemplo**:

Um exemplo pode ser vislumbrado no 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 Petrobras, para investir naquele País, e, em seguida, baixou ato contrário ao esperado, rompendo a norma ética que se traduz na Cláusula de Stoppel.

Situação de **Stoppel poderia ocorrer na situação de um contratante se vincula verbalmente a uma conduta, mas no momento de comprometer por escrito**, tenta afastar a sua manifestação anterior, como no caso de submissão a arbitragem, visto que após a abertura do processo, tenta excluir a jurisdição arbitral sob o argumento que não pactuou por escrito a submissão. Há nitidamente um comportamento malicioso que deve ser afastado e mantido a arbitragem.

5.7. Equivalência material das prestações

O princípio da equivalência material das prestações (justiça contratual) requer a ordenação objetivamente justa das relações

rização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de resarcimento). 6. Recurso improvido". (BRASIL. STJ. REsp 758.518/PR, Rel. Ministro Vasco della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17.6.2010, REP. DJe 1.7.010, DJe 28.6.2010).

260 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 124.

entre os contratantes, tanto no **pré-contratual** até **pós-execução** do contrato, que supere e torne inócuas a desigualdade fática das partes. Assim, o **princípio do equilíbrio material do contrato** reside no fato de que o contrato terá as prestações e as contraprestações equivalentes. Já o **princípio da revisão** se trata de um mecanismo, aplicável ao caso de desproporcionalidade entre o momento da contratação e o momento da execução do contrato.²⁶¹

Paulo Lôbo afirma que:

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, entre outros. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O **aspecto objetivo** 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 de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes. (Grifo nosso)²⁶²

Manifesta-se a equivalência das prestações: (a) na proibição de cláusulas abusivas²⁶³; (b) na justa distribuição de ônus e riscos do

261 “O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a 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”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70-72.

262 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

263 O Código Civil não possui uma norma específica, que trate diretamente da questão das cláusulas abusivas. Há, em verdade, algumas normas que disciplinam a matéria da abusividade, mas apenas em casos específicos. Já o art. 51, §4º do CDC estipula que “é facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de

contrato (arts. 234²⁶⁴ e 492²⁶⁵ do CC); **(c)** na proibição da lesão²⁶⁶ que acarreta a anulação²⁶⁷ e; **(d)** pela equivalência objetiva das prestações e da contraprestação, conforme propõe a exceção do contrato não adimplido²⁶⁸, na limitação da cláusula penal²⁶⁹, na possibilidade de abatimento do preço em caso de evicção²⁷⁰ e vício redibitório²⁷¹ ou defeito oculto nas relações consumeristas²⁷².

cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”.

264 CÓDIGO CIVIL. “Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos”.

265 CÓDIGO CIVIL. “Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador. § 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste. § 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiverem em mora de serem receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados”.

266 CÓDIGO CIVIL. “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. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

267 CÓDIGO CIVIL. “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”. Referindo-se ao artigo 184 do CC 2002, Paulo Roberto Speziali informa: “Trata-se do princípio da conservação do negócio jurídico, segundo o qual o juiz deve procurar dar utilidade e funcionalidade ao negócio jurídico, evitando negar-lhe efetividade, ainda que tenha que modificar ou expurgar uma ou mais cláusulas inválidas”. SPEZIALI, Paulo Roberto. *Revisão Contratual*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 185.

268 CÓDIGO CIVIL. “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

269 CÓDIGO CIVIL. “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

270 CÓDIGO CIVIL. “Art. 449. Não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu”.

271 CÓDIGO CIVIL. “Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço”.

272 CDC. “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e

Gladston Mamede²⁷³ coaduna o princípio como uma expressão do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da probidade, pois a busca pelo equilíbrio é essencial para a justa contratação. Mas, de toda forma, o princípio da equivalência material deve ser analisado com cuidado, pois a equação necessita ser considerada em dois aspectos: (i) a liberalidade na contratação e (ii) a incerteza do Direito. Isto ocorre porque o desequilíbrio pode ter sido gerado conscientemente e como adequar de maneira justa a relação entre o objeto ou prestação e o preço.

Nas **relações contratuais, sempre se pressupõe a existência de igualdade das partes**. No entanto, a igualdade abstrata ou formal cedeu lugar à igualdade real ou concreta das partes, na relação jurídica, mediante a utilização de mecanismos como a lesão ou o reequilíbrio contratual.

Assim, a **falta de equivalência material** do contrato **poderá acarretar a anulação do contrato**, pelo motivo da lesão, a **conservação ou a resolução do contrato**, por causa da teoria da imprevisão ou da excessiva onerosidade.²⁷⁴

o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes” (...). “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes” (...).

273 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos*. São Paulo, 2010, v. 5, p. 39.

274 “A Teoria da Imprevisão não é sinônimo da Teoria da Onerosidade Excessiva. Embora ambas as teorias exigem para sua configuração pressupostos semelhantes, como fato superveniente, onerosidade excessiva para uma das partes e impossibilidade de adimplemento contratual, a Teoria da Imprevisão exige ainda que tal fato gerador do ônus seja também imprevisível pelas partes no momento de celebração do contrato, diferenciando-se nesse aspecto da Teoria da Onerosidade Excessiva, a qual dispensa que o fato seja imprevisto”. ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor. Coleção Esquematizada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 479.

No CDC Luiz Antônio Rizzato Nunes disciplina que nas questões envolvendo o CDC:

A onerosidade excessiva para o consumidor está ligada ao princípio da equivalência contratual, conforme já abordamos. Ela tem que ser aferida no caso concreto. Pode acontecer de, no ato do fechamento do pacto, a cláusula não ser abusiva, mas, posteriormente, em razão de fatos supervenientes, vir a tornar-se excessivamente onerosa. Nesse caso, haverá dois caminhos: (a) a declaração de nulidade, com o esforço de integração visando a manutenção da avença com base no princípio da conservação do contrato fundado no § 2º do art. 51; (b) a revisão da cláusula contratual e de seus efeitos, com vistas a corrigir o desvio, com fundamento no art. 6º, V.²⁷⁵

Nos contratos que tenham a incidência do CDC não há necessidade dos eventos caracterizadores da quebra da base negocial seja extraordinário e imprevisto, para que possa o consumidor pleitear a revisão do contrato por onerosidade excessiva.²⁷⁶

Contudo, a intervenção estatal deve ser mínima e sendo excepcionalmente permitida a revisão do contrato.

Mas, em linhas gerais, deve se ter em conta que o magistrado não deve ter o poder de modificar *ex officio*²⁷⁷ o preço e o objeto de um contrato de compra e venda previamente pactuado, nem mesmo

²⁷⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. (com exercícios). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 503.

²⁷⁶ “A Teoria do Rompimento da Base Objetiva do negócio jurídico, diferenciando-se da Teoria da Imprevisão e sendo a adotada pelo nosso CDC. Trata-se de decorrência do princípio da confiança a aplicação da teoria do rompimento da base objetiva do negócio jurídico no caso do advento de fato superveniente gerador de onerosidade excessiva para o consumidor, como ocorreu na década de 1990 com os contratos de leasing firmados em moeda estrangeira”. ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 480.

²⁷⁷ CÓDIGO CIVIL. 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. (Grifo nosso).

em nome de uma maior equidade e em busca da tal justiça contratual²⁷⁸, do contrário, estaremos diante de séria ameaça ao princípio da segurança jurídica, pois o juiz não pode reescrever o contrato para as partes.

Por isso, a interpretação da relação negocial deve ponderar o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (art. 113, do CC).

5.7.1. Lesão

A lesão é um vício da vontade do negócio jurídico que se **caracteriza pela obtenção de um lucro exagerado por se valer uma das partes da inexperiência ou necessidade econômica da outra**. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob preeminente necessidade, ou inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, sendo que a avaliação dessa desproporção será feita segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado.

Na 5ª Jornada de Direito Civil foi aprovado o **Enunciado nº 410** que buscou dar sentido ao conceito. Assim, a “inexperiência a que se refere o art. 157 não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha o hábito de celebrar especificamente a modalidade negocial em causa.²⁷⁹

²⁷⁸ RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 555.

²⁷⁹ Justificativa do Enunciado: “De acordo com os termos do art. 157 do Código Civil, ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência,

Para a sua aplicação é fundamental a existência dos seguintes requisitos: (a) **requisito subjetivo**: Deve haver uma deficiência, desequilíbrio psicológico de uma das partes **proveniente de inexperiência para o negócio ou de sua premente necessidade econômica**; (b) **requisito objetivo**: É a manifesta desproporção entre as prestações (Onerosidade Excessiva)²⁸⁰. Consiste em ofensa à comutatividade dos contratos, pois não há equivalência entre prestações, uma das partes irá experimentar um empobrecimento desproporcional (**por exemplo**: venda de imóvel por quantia 50% inferior ao valor de mercado para poder quitar dívida com instituição financeira. A desproporção entre as prestações deve ser verificada de acordo com os valores vigentes à época do negócio.

Requisitos	
Subjetivo	Premente necessidade ou inexperiência
Objetivo	Onerosidade excessiva

Figura : Divisão

O vício é concomitante à formação do contrato, pois se for superveniente à celebração do contrato estaremos perante a teoria da

se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. A precisa conceituação dos elementos subjetivos que caracterizam o vício da lesão origina dúvidas intrincadas. Quanto à inexperiência, cabe entender que ela reflete ora a ausência de conhecimento das coisas da vida em geral, ora a falta de discernimento necessário para a prática de um determinado contrato. A inexperiência pode configurar-se, assim, tanto em relação ao sujeito completamente imaturo ou inculto, quanto em casos mais específicos, como se dá quando uma pessoa celebra uma modalidade negocial a cuja prática não esteja habituada. Por isso, até mesmo um indivíduo de distinto saber, diante de certas circunstâncias, pode ser considerado inexperiente para o efeito da lei. Deve-se averiguar as especificidades características do contrato realizado e levar em consideração as condições psíquicas do agente, para que caiba identificar a sua vivência ou conhecimento acerca das circunstâncias fáticas em que se insere, e, consequentemente, apurar se cabe ou não considerá-lo inexperiente para fins da caracterização do vício da lesão". CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 410 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

280 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte geral.* 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 224-226.

imprevisão, por meio da qual se procura manter o equilíbrio econômico e financeiro do negócio (art. 478, do CC).

Segundo o **Enunciado nº. 150**, da 3^a Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça afirma que o “Art. 157: A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”²⁸¹, que é aquele que traz um benefício patrimonial para o agente.

Diante da norma prevista no Código Civil **se o contrato estiver viciado com a lesão será, em regra, anulável**, ou seja, terá a sua nulidade relativa declarada com **efeito ex nunc** (art. 171, II). Porém o parágrafo 2º do art. 157 estabelece que “**não se decretará a anulação do negócio**, se foi oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

O **Enunciado nº 149 aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil** o “art. 157 em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.”²⁸²

Segundo o **Enunciado nº. 290**, da 4^a Jornada de Direito Civil disciplina que:

Art. 157. A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado.²⁸³

281 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 150 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

282 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 149 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

283 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 290 Aprovado pela Plenária da 4^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

Segundo o **Enunciado nº. 291**, da 4^a Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça afirma que o “Art. 157. Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço”.²⁸⁴

Segundo o **Enunciado nº. 292**, da 4^a Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça afirma que o “Art. 158. Para os efeitos do art. 158, § 2º, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu reconhecimento por decisão judicial”.²⁸⁵

Silvio Rodrigues, procurando facilitar a compreensão do instituto, apresenta os caracteres básicos de aplicação²⁸⁶: (a) só é admissível nos contratos comutativos; (b) a verificação da desproporção entre as prestações deve ser verificada na formação do contrato; (c) a desproporção deve ser excessiva; (d) o desfazimento do contrato depende de decisão judicial e; (e) é possível ocorrer o reequilíbrio do contrato.

Desta forma, o autor do pedido judicial poderá optar pela anulação ou revisão do contrato por motivos preexistentes à sua formação.

5.7.2. Revisão (princípio da conservação)

A concepção do princípio da revisão das regras contratuais tem a sua origem histórica no brocardo latim *rebus sic stantibus*²⁸⁷. Segundo

²⁸⁴ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 291 Aprovado pela Plenária da 4^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

²⁸⁵ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 292 Aprovado pela Plenária da 4^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

²⁸⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte geral. 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 224-225.

²⁸⁷ A origem linguística da cláusula remonta às Decretais de Graciano e à glosa posterior de Bártilo ao fragmento de Neratius – D. 12.4.8: “*lo que se da como dote antes de unirse el matrimonio, al darse con el fin de que quede como dote, no puede repetirse en tanto exista la posibilidad de que quede como dote*”. No entanto, também poderia ser remontada a outro fragmento de Africanus – D. 46.3.38 pr: “(...) la estipulación parece impli-

Carlos Roberto Gonçalves esse princípio opõe-se ao princípio da obrigatoriedade²⁸⁸. No entanto, a **concepção da revisão do contrato é uma harmonização dos princípios**, visto que, nos contratos de execução no tempo (contratos de trato sucessivo e execução diferida), poderão ocorrer modificações que acarretam desequilíbrios no contrato²⁸⁹ e é nessa seara que o princípio da revisão se harmoniza com o princípio da obrigatoriedade²⁹⁰, podendo as partes inclusive acrescentar cláusulas (cláusula de *Hardship*²⁹¹) que regulamentem a forma de conduzir e realizar o equilíbrio contratual.²⁹²

*car ciertamente el convenio de si permanece en la misma situación". CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa-Fé no Direito Civil. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 938-947; Para Darcy Bessone de Oliveira Andrade (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira, *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 281-297) e Nelson Borges (BORGES, Nelson, *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus à Teoria da Imprevisão*. Coimbra: Ed. Minerva, 1988, p. 15) a ideia da cláusula *Rebus Sic Stantibus*, deriva da fórmula "contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futurum, *Rebus Sic Stantibus intelliguntur*", na opinião deste último autor; este enunciado pretendia que "os contratos que tivessem trato sucessivo, ou fossem a termo, ficassem subordinados todo o tempo ao mesmo estado de subsistência das coisas. Reduzida, posteriormente, à sua essência, passou a ser conhecida apenas por *Rebus Sic Stantibus* que, no contexto do universo fático, queria dizer permanecendo inalterados os factos, ou estando assim às coisas, ou ainda subordinados os factos a todo o tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas". FONSECA, A. Medeiros, *Caso Fortuito e a Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 29-33.*

288 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 50.

289 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 474.

290 Na opinião de René Savatier (SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd’hui*. 2^a ed. Paris: Dalloz, 1952, p. 26) estes dois princípios são forças poderosas que "emanam da mesma fonte, porquanto um tenta se firmar economicamente, no terreno do mundo fático" e o outro princípio procura "o seu lugar ao sol, em nome da justiça, tão-somente como regra de exceção", quando impossível a conformação à regra geral de respeito do compromisso assumido. E completa linhas abaixo, "enquanto o primeiro se liga a ideia de segurança jurídica, o segundo, no contexto social, procura se sustentar fundamentado na equidade".

291 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005.

292 "Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual". CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 23 Aprovado pela Plenária da 1^a Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado

A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projecção no tempo da liberdade contratual. Os contratantes são obrigados a realizar as prestações pactuadas. O direito contemporâneo restringiu a *pacta sunt servanda*, interpretando a *Rebus Sic Stantibus*, ou seja, **enquanto as situações das partes não sofrerem modificações perdurará a força vinculante²⁹³**. Porém, **no caso de haver transformações será permitida uma revisão ou readaptação dos termos contratuais, a fim de reequilibrar novamente o contrato.**

Mas qual o padrão para ocorrência desta revisão contratual? A doutrina aponta diversos fundamentos teóricos para aplicar a revisão contratual na existência de elementos que acarretem uma modificação no adimplemento contratual²⁹⁴. Mas, o fator tempo e o fator equilíbrio estão no cerne da possibilidade de revisão, uma vez que a temporalidade contratual passa do evento estático para o evento dura-

Coordenador Científico do evento. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

293 WALD, Arnaldo. *Direito Civil. Direito das obrigações. Teoria geral dos contratos.* 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v 2, p. 211.

294 Entre os fundamentos podemos apontar as teorias: (a) *rebus sic stantibus* (tacitamente inserta nos contratos); (b) lesão superveniente (de Mantica); (c) pressuposição (de Windscheid); (d) vontade marginal (de Osti); (e) cessação do mútuo consenso (de Cogliolo e Bruzin); (f) teoria da revisão por desaparecimento da causa da obrigação (de De Simone); (g) reserva negocial (de Krückmann); (h) fim negocial (de Locher); (i) noção moral de equivalência das prestações (de Voirin); (j) noção de direito como fundamento da imprevisão (de Bonnecase); (k) enriquecimento sem causa (de Popescu); (l) impossibilidade econômica (de Volkmar, De Szladists, Thilo e Simonius); (m) solidarismo (de Loveau); (n) tendências limitativas (de Hauriou); (o) teorias mistas (de Cardini e Abgar Soriano de Oliveira); (p) dever de esforço (Hartmann); (q) estado de necessidade (de Lehmann); (r) base negocial subjetiva (Ortmann); (s) fatores objetivos e subjetivos da base do negócio (Larenz); (t) teoria do erro (de Gioenne); (u) boa-fé (de Wendt e Naquet); (v) teoria da equidade e a imprevisão (de Ruggiero e Pestalozza); (x) o abuso de direito (de Simonius); (x) teoria da imprevisão (origem francesa) e; (z) teoria da excessiva onerosidade. BORGES, Nelson. *Da cláusula rebus sic stantibus à teoria da imprevisão*. Coimbra: Minerva, 1988, p. 27-70. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A teoria da imprevisão no direito civil português*. Lisboa: Quid Juris?, 2001, p. 29-88. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. “Da Alteração das Circunstâncias: Concretização do Artigo 437 do C.C. à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974”. *Separata dos Estudos em Memória do Dr. Paulo Cunha*. Lisboa: AAFDL, 1987, p. 14-17. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. 3. ed., Coleção teses, Coimbra: Almedina, 2007, p. 982-1100. SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no código civil. Críticas e questões controvertidas*. São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 34-56.

ção, i.e., quando a realidade paulatinamente impõe a necessidade de celebrarem contratos duradouros, esticados no tempo que proporcionam adimplemento de obrigações e contraprestações adimplidas no tempo.

O direito brasileiro positivou três normas expressas acerca da possibilidade de alterações das normas contratuais.

A **primeira pode ser observada no art. 6º, inc. V do CDC** que dispõe: “a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas(...)”, **importante ressaltar que a aplicabilidade do dispositivo citado somente poderá ocorrer nas relações de consumo.** Fabrício Bolzan de Almeida afirma que “prevalece na doutrina que o Código de Defesa do Consumidor não adotou a teoria da imprevisão, na medida em que o art. 6º, inciso V, em nenhum momento exigiu o requisito da imprevisibilidade. Desta forma, basta a ocorrência do fato superveniente para legitimar a revisão do contrato caso este venha a se tornar excessivamente oneroso ao consumidor”, visto que a teoria adotada pelo CDC seria da base objetiva do contrato.²⁹⁵

E a **segunda no art. 478 a 480 do CC** que disciplina a questão da seguinte forma:

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 à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

295 “Ocorrendo o rompimento da base objetiva do negócio jurídico — marcado pelo surgimento de fato superveniente capaz de gerar onerosidade excessiva ao consumidor —, necessária será a revisão do contrato”. ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 412.

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.

Para a aplicabilidade dos respectivos dispositivos deve-se observar: **(a)** o fato deve ser imprevisto e extraordinário; **(b)** o outro contratante necessariamente precisa tirar proveito direto da desproporção das prestações; **(c)** cabe a resolução do contrato, podendo o réu oferecer a modificação equitativa das condições do contrato.

O Enunciado no 176 da 3^a Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, ao afirmar que “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”²⁹⁶. Sendo que “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.²⁹⁷

Contudo, é importante ressaltar que as regras do art. 478 a 480 podem ser utilizadas nos contratos aleatórios desde que os risco não façam parte exclusivamente do fundamento de aplicabilidade do contrato, ou seja, será possível a revisão contratual quando o evento imprevisível, causador do desequilíbrio contratual, não tiver relação com o risco assumido no contrato e tão pouco seja o gatilho de realização do adimplemento do contrato. Sendo assim, a empresa seguradora não poderá alegar o evento imprevisto de uma batida de carro para não cumprir o contrato, visto que o imprevisto é elemento fundamental para que a segurada cumpra o contrato.

²⁹⁶ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 176 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

²⁹⁷ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 175 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

E a terceira está prevista no art. 317 do CC permite que “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”.

O art. 317 possui as seguintes características: (a) que o fato gerador seja imprevisível, pouco importando que o mesmo extraordinário; (b) a sua aplicação poderá ocorrer nos contratos de execução no tempo (execução diferida e de trato sucessivo); (c) não há necessidade que a parte tenha se beneficiado com a desproporção gerada pelo fato imprevisto; (d) a parte não pode requerer a resolução com fulcro no art. 317 do CC.

No tocante a pandemia do COVID-19 a decisão do TJSP vem no tocante de não permitir a revisão contratual por não preencher os requisitos legais do Código Civil

De fato, indiscutíveis os impactos extremamente graves ocasionados pela pandemia do coronavírus (COVID-19), pelas diversas medidas de isolamento social e de alteração dos níveis e padrões de consumo. (...) **em que pese a evidente imprevisibilidade da atual situação sanitária, com as suas inerentes implicações econômicas, não estão presentes os requisitos para a revisão contratual com fundamento nos artigos 317 e 478 do Código Civil.** O impacto econômico sobre a atividade da autora não implica quebra da base econômica objetiva do negócio jurídico, não acarretando um desequilíbrio entre a prestação de uma parte e a contraprestação devida pela outra”.²⁹⁸ (grifmos)

Em sentido oposto o TJDFT admitiu a revisão de um contrato empresarial, observando que os riscos e prejuízos decorrentes do

298 BRASIL. TJSP. *Apelação Cível 1008548-52.2020.8.26.0048*; Relator (a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Atibaia - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/07/2021; Data de Registro: 15/07/2021.

COVID-19 devem ser suportados por todos os envolvidos na relação negocial.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE ALUGUEL. SHOPPING CENTER. VALOR. READEQUAÇÃO. FORÇA MAIOR. COVID-19. 1. A pandemia provocada pelo COVID-19, que notadamente levou várias unidades da federação, inclusive o Distrito Federal, a adotar medidas restritivas de circulação e de isolamento social que afetam substancialmente a atividade econômica, constitui força maior a justificar revisão das mais diversas relações jurídicas, nos termos dos arts. 317 do Código Civil. **2. A interpretação e aplicação da revisão contratual, diante da onerosidade excessiva, deve privilegiar a maximização do princípio da solidariedade social, de tal modo que os ônus decorrentes da pandemia COVID-19 não podem ser suportados exclusivamente por um dos contratantes.** 3. Readequação do valor de contrato de aluguel devido. 4. Recurso de apelação conhecido e não provido. (grifamos) ²⁹⁹

O Enunciado nº 25 aprovado pela Plenária da 1^a Jornada de Direito Comercial dispõe que “a revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.³⁰⁰

Sendo, possível ainda, uma opção contratual, que é a estipulação de uma cláusula de *hardship*³⁰¹ que permite a renegociação na ocor-

299 BRASIL. TJDF. Apelação Cível 07141438020208070001, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7^a Turma Cível, data de julgamento: 28/4/2021, publicado no DJE: 14/5/2021.

300 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 25 Aprovado pela Plenária da 1^a Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

301 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade

rência de acontecimento fundamental que cause um desequilíbrio no mesmo, não estando o acontecimento acobertado pelos riscos próprios do contrato.³⁰²

A **conclusão a** que se pode chegar é a de **que os princípios da obrigatoriedade** (*Pacta Sunt Servanda*) e **da revisão** (*Rebus Sic Stantibus*) **não colidem. Antes, se completam**, isto é, se harmonizam perfeitamente, quando realmente se tem em vista a estabilidade do comércio jurídico. Um não pode existir sem o outro. A *Pacta Sunt Servanda* refere-se ao contrato em espécie e o *Rebus Sic Stantibus* à situação do contrato. Uma cláusula envolve a outra, ambas estão subordinadas e ligadas pelo princípio da boa-fé, e compreendidas dentro de uma realidade existencial.³⁰³

O **Enunciado nº 22** dispõe que “a **função social** do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que **reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas**”³⁰⁴. Podemos afirmar que os dois princípios têm como liame a boa-fé dos contratantes, e devem ser apreciados sempre dentro do âmbito social em que as partes se encontram.

5.8. Função Social

O art. 421 do Código Civil dispõe que “a **liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato**”. A liberdade de contratar é exercida em razão³⁰⁵ da auto-

de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005.

302 CÓDIGO CIVIL. Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (...) II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.

303 BORGES, Nelson, *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus à Teoria da Imprevisão*. Coimbra: Ed. Minerva, 1988, p. 92-93.

304 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 22 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

305 Judith Martins-Costa (*apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Um contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey

nomia da vontade que a lei outorga às pessoas³⁰⁶, pois a função social é o limite³⁰⁷ e não razão de ser da liberdade contratual³⁰⁸, podendo se enquadrar no plano da validade e da eficácia³⁰⁹, conforme o caso concreto.³¹⁰

Preceitua Miguel Reale que **a função social do contrato é decorrência lógica da função social da propriedade**, prevista no texto da Carta Magna de 1988 (art. 5º, XXIII), **do princípio da ordem econômica** (art. 170 da CF) e da incidência **do “valor social da livre-iniciativa”** (art. 1º, IV, da CF)³¹¹. Já Véra Maria Jacob de Fradera leciona que a concepção social do contrato decorre do princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I da CF³¹². Por outro lado, a justificativa do projeto

editora, 2011, p. 76) “afirma que se trata de um elemento integrativo do campo da função da autonomia privada no domínio da liberdade de contratar, com eficácia intersubjetiva e transsubjetiva”.

306 Maria Celina Bodin Moraes (MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. In. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013, 1-24, p. 23. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Data de acesso: 20.7.2017) afirma que a função social deve analisada de forma a se opor a autonomia privada à utilidade social, por isso a autonomia privada deve ser observada em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir, ou seja, seria a própria causa do contrato, que seria a função econômica-social. Contudo, discordamos da autora porque a função social não é causa do contrato, mas sim os limites de exercício da autonomia privada. LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

307 Judith Martins-Costa (*apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Um contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2011, p. 77) explica que os limites estão polarizados “entre duas teses: a dos *limites externos* ao direito, e a dos *limites internos*”.

308 BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Um contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2011, p. 77.

309 Diversos são os doutrinadores que asseveram que a função social dos contratos incide, na verdade, sobre a liberdade contratual, e não, sobre a liberdade de contratar. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 58-77. RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 509. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 71.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 55-60.

310 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 58-77.

311 REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

312 O que se tem por solidarismo constitucional foi traduzido pelo princípio da socia-

do Código Civil de 2002 descreve que “o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais” (...) de forma a “*ad instar* do que se dá com o direito da propriedade” para que haja “a adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica”.³¹³

Gladston Mamede³¹⁴ disciplina que o art. 421 do Código Civil é “meio jurídico para, no plano infraconstitucional, garantir os fundamentos do Estado Democrático de Direito e, ademais, a concretização dos objetivos fundamentais da República, vale dizer, interpreta-se e aplica-se tendo em vista a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, devendo se afastar da concepção socialista do direito e indo ao encontro do princípio da sociabilidade.³¹⁵

Por isso, a função social é **exógena** e **vertical** e caracteriza-se por uma garantia fundamental e por outro não pode estar dissociada da ordem econômica, do respeito à dignidade e os direitos fundamentais da pessoa (art. 1º, III da CF)³¹⁶ e não devem ferir valores amplos, como os ambientais³¹⁷, por isso que a doutrina afirma que a previsão da fun-

lidade aplicável a todo o sistema e alicerce do Código Civil. Solidarismo é uma expressão da Constituição italiana que se liga à ideia de valor da pessoa. Também essa Constituição fala em solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil – construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF). A CF no art. 3º estipula que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. FRADERA, Véra Jacob de. Direito das obrigações. Comentários ao art. 421 do novo Código Civil. In. *Jornada de direito civil*. Ruy Rosado de Aguiar (coord). Brasília: CJF, 2003, p. 206.

313 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 635, de 1975 (Poder Executivo. Mensagem nº 160/75. Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados. 1975, p. 108 e 116-117.

314 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. Teoria geral dos contratos. São Paulo, 2010, v. 5, p. 29.

315 Carlos Roberto Gonçalves afirma que “o Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 24.

316 Em nosso sistema, há uma relação entre a dignidade, os direitos sociais – previstos nos art. 5º da Constituição, especialmente o inciso XIII, 6º e 7º, além do inciso XXXII, e a livre iniciativa. Ou seja, na aplicação do princípio da função social dos contratos, necessariamente, deve-se verificar a igual dignidade social da pessoa.

317 Flávio Tartuce (*Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 3ª

ção social do contrato no CC é tanto uma cláusula geral³¹⁸ quanto um princípio³¹⁹, o que acarreta a sua análise segundo o caso concreto e dentro de uma perspectiva constitucional.³²⁰

Conforme explicita Paulo Lôbo “o princípio da função social do contrato importa a especialização, no âmbito das relações negociais, do princípio constitucional da justiça social”.³²¹

O princípio da função social do contrato positivado no CC deriva da concepção protetiva dos direitos de “direitos de terceira geração” (solidariedade e fraternidade).

A necessidade de adequação da livre iniciativa com a justiça social e a consequente funcionalização do contrato enseja uma maior intervenção estatal nas relações privadas que tutelam especialmente interesses existenciais de seus contratantes, com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana³²². E, dentro deste espectro se insere a

Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 103) e Paulo Lôbo (*Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69) com muita acuidade, aludem neste ponto à hipótese de um contrato que seja inteiramente construtivo se considerados os seus efeitos entre as partes contratantes, mas que se revela ruim para a sociedade por ter funcionando como intermediário de dano ambiental.

318 Cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas pre- cipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral. Quando se insere de- terminado princípio geral (regra de conduta que não consta do sistema normativo, mas se encontra na consciência dos povos e é seguida universalmente) no direito po- sitivo do país (Constituição, leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 27. FARÍAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4, p. 183. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 538.

319 Os princípios jurídicos podem ser definidos como sendo um conjunto de padrões de conduta presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13.

320 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 53-54.

321 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

322 BRASIL. STF. ADIn 319, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado

função social, pois o princípio não objetiva coibir a liberdade contratual³²³, mas a sua legitimação, visto que decorre das finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem jurídica constitucional.³²⁴

Humberto Theodoro Júnior³²⁵ aponta os **seguintes exemplos:**

- (a) alugar quartos de apartamento de prédio residencial, transformando-o em pensão; (b) alugar imóvel em zona residencial para fins comercial incompatíveis como zoneamento da cidade; (c) induzir a massa de consumidores a contratar a prestações ou aquisições de certo serviço ou produto sob a influência de propaganda enganosa; (d) qualquer contrato que, no mercado, importe o exercício de concorrência desleal; (e) ajustar contrato simulado para prejudicar terceiros; (f) qualquer negócio de disposição de bens em fraude de credores; (g) A agência de viagem que sob a aparência de prestação de serviço de seu ramo, contrata na realidade o chamado “turismo sexual”, ou a mediação de contrabando ou atividades de penetração ilegal em outros países; (h) desviar-se a empresa licitamente estabelecida em determinado empreendimento, para a contratação de operações legalmente não pactuadas, como no caso de exigir garantias contratuais indevidas para a situação, como vedação de constituição da retrovenda em caso de empréstimo bancário e; (i) enfim, qualquer tipo de contrato que importe desvio ético ou econômico de finalidade, com prejuízo para terceiros.

Assim, a inserção do princípio da função social tem como objetivo o de conciliar o exercício da liberdade contratual aos ditames da sociedade, sem perder de vista a necessária proteção dos interesses

em 3.3.1993, DJ 30.4.1993, p. 07563, ement v. 01701-01, p. 00036.

323 A doutrina afirma que o Código Civil confere ao princípio da função social do contrato a incumbência de limitar a liberdade de contratar.

324 Norberto Bobbio dispõe que “a noção de função se possa dizer social (solidarismo) e a da individual não são perspectivas dissociáveis. Ao contrário, a análise funcional do direito deve abordá-las num mesmo espectro, em que o Estado atua de modo não só a controlar os comportamentos humanos, mas a dirigi-los a certos objetivos queridos” (*apud* SILVA, Pedro Paulo Abreu e. Função Social do Contrato: Um Estudo sobre a nova ótica contratual. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*. Disponível em: <https://app.vlex.com>). Acesso em 16.7.2017.

325 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 57-58.

individuais (tutela dos direitos individuais sociais). Em razão disso, **a função social procura conciliar a tutela dos interesses dos contraentes com aqueles relevantes para a coletividade.**

O legislador estabeleceu no art. 421 que a função social deverá ser analisada como limite do exercício da liberdade contratual.³²⁶

O **princípio da função social do contrato** é uma norma geral do ordenamento de ordem pública (**norma cogente**)³²⁷, pelo qual o contrato deve ser necessariamente visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade (controle de merecimento) e uma vez desrespeitada irá acarretar a nulidade absoluta virtual³²⁸ do contrato ou da cláusula. Diante disso, **para se analisar a função social do contrato, há de se partir da relação do contrato com o seu meio social externo, desde que relevante, sem se esquecer da relação inter partes.** Ou seja, é uma das formas de mitigar o princípio da relatividade, pois o contrato passa a proteger e obrigar a coletividade.

O Princípio da função social ostenta segundo Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald³²⁹ uma notável “plasticidade e adaptabilidade às inúmeras possibilidades de colisões entre os interesses individuais e coletivos” e por isso, que a violação da função social poderá “acarretar à invalidade ou à ineeficácia do contrato ou de suas cláusulas”.³³⁰

326 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 89.

327 Na medida em que o art. 421 do Código Civil é norma jurídica cogente, que não define uma sanção específica para sua transgressão, uma das sanções possíveis seria a nulidade, nos termos do art. 166, inc. VII, do Código Civil. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 191.

328 A expressão “nulidade absoluta virtual” é cunhada por Flávio Tartuce (*Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 103) ao expressar que o “contrato assim celebrado estará eivado de *nulidade absoluta virtual*, nos termos do art. 166, VII, 2^a parte, do CC, segundo o qual: “é nulo o negócio jurídico quando: (...) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

329 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 191.

330 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 431 Aprovado pela Plenária da 5^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento.

Há de se assinalar como consequência da função social há funcionalização das estruturas jurídicas que atinge todos os fatos jurídicos, tanto de forma estrutural como funcional. Por conseguinte, há dois efeitos e dois deveres. **São efeitos:** (a) **aspecto interno** (intrínseco, individual ou utilidade particular) e (b) **aspecto externo** (extrínseco, público ou utilidade pública). **São deveres** da função social: (a) **positivos** e (b) **negativos**.

Dever	Positivo. Negativo.
Efeito	Interno, intrínseco, individual ou utilidade particular. Externo, extrínseco, público ou utilidade pública.

Figura : Consequências da função social

5.8.1. Deveres positivos e negativos gerados pela Função social

A concepção da **função social gera deveres** que resulta da necessidade de que cada sujeito agir com comportamentos, no sentido e visando a função econômica, pois o contrato permite a circulação de riquezas dentro da sociedade e, por conseguinte proporciona o progresso da sociedade³³¹. Sendo assim, os contratantes ao exercerem o seu poder e devem observar **deveres positivos e negativos**³³², com atenção aos efeitos (interesses) **intrínsecos** (referente aos contratantes) e **extrínsecos** (referente à coletividade) da relação negocial.

Os **deveres positivos decorrem da postura ativa que as empresas de fomento mercantil cumprem adotar**. Em sintonia com as regras da Constituição, art. 170 e seus incisos, enunciam-se as seguintes idéias: (a) fortalecimento dos princípios da livre iniciativa, da pro-

Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

331 Teresa Ancona Lopez *apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Um contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2011, p. 71-72.

332 MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. A função social do fomento mercantil. In. *Revista ANFAC - Fomento Comercial: Grandes Empresas, Grandes Negócios*. Ano XIV, 57, nov. 2005, p. 13.

priedade privada, da livre concorrência e do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte; o fomento mercantil atua em apoio a setor vital da economia, as pequenas, médias e microempresas; às empresas-clientes encontram na atividade factoring maiores facilidades burocráticas em comparação com os serviços dos bancos e obtêm inegáveis vantagens ao transformar suas vendas a prazo em vendas à vista, além de incrementar suas produções e baratear seus custos com a aquisição de insumos a preços mais atrativos; suporte técnico de consultoria mercadológica que torna as empresas-clientes mais eficientes em mercado cada vez mais competitivo; (b) cumprimento de importante desempenho a partir da vigência da Lei nº 11.101 de 9/2/2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária; as empresas de fomento mercantil podem contribuir na elaboração do plano de recuperação judicial, pois conhecem os problemas e dificuldades das empresas-clientes, e auxiliar no custeio de insumos para a produção com aquisição direta de matéria-prima.³³³

Nelson Juliano Schaefer Martins expõe que

Os deveres negativos impostos às empresas de fomento mercantil no exercício de sua função social estão relacionados com restrições à liberdade e podem ser assim discriminados: (a) proibição da prática ou da superação dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, boa-fé, bons costumes; na contratação e execução do negócio envolvendo factoring devem ser observados os princípios da probidade, lealdade, boa-fé, diligência, ética e respeito (Código Civil, arts. 187, 421, 422 e 1.011); (b) observância severa dos preceitos jurídicos que proíbem a realização de operações privativas de instituições financeiras e abuso das necessidades da empresa-cliente com a obtenção de vantagens excessivas, sob as penas da Lei

³³³ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. A função social do fomento mercantil. In. Revista ANFAC - Fomento Comercial: Grandes Empresas, Grandes Negócios. Ano XIV, 57, nov. 2005, p. 13.

nº 7.492 de 16/6/1986, art. 16 e Lei nº 1.521 de 26/12/1951, rt. 4º; (c) atenção às origens dos títulos apresentados para negociação para que não se configure infração à Lei nº 9.613 de 3/3/1998, que dispõe sobre crimes de lavagem de bens, direitos e valores.

Por **exemplo**, no caso de fusão e incorporação entre empresas, temos a imposição do **dever positivo** de prever formas pelas quais a empresa se resguarde de dominar o mercado. Já como **dever negativo**, podemos ter **exemplo** a proibição de concorrência no contrato de trespasso, visto que as partes podem ou não estipular o prazo e a abrangência de cobertura da não concorrência. Contudo a situação do dever negativo decorrente da função social é inútil, pois o art. 187 do CC³³⁴ traz a consequência da infringência da norma, que é o dever de indenizar, tendo como consequência lógica a cessação da concorrência.

A ideia do contrato é que também venha a desempenhar uma função, capaz de harmonizar a vida social, aproximando as pessoas e, enquanto adimplidas as suas cláusulas, atendendo aos respectivos interesses, sem perder de vista os interesses relevantes da coletividade.

A função social aplicada aos contratos deve garantir a igualdade, por consequência, acaba por garantir a confiança, pois é de interesse que as relações estejam em situação de equilíbrio, de igualdade material, considerando-se a situação concreta de cada parte, inclusive a situação no próprio negócio.³³⁵

Em suma, é importante ressaltar que a função social do contrato somente será aplicada quando a ordem jurídica não estipular norma expressa para solucionar o conflito existente. Mas, se faz necessário compreender a amplitude da função social do contrato, de forma a não apenas estabelecer a correlação entre as razões de fato e a atuação

³³⁴ CÓDIGO CIVIL. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³³⁵ GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos contratos*. A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 250-255.

do princípio, quanto discerni-lo de outros princípios, regras e institutos legais.

5.8.2. Efeitos internos do contrato gerados pela função social

A função social do contrato exerce importante finalidade “sindicante de evitar que o ser humano seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pálio da liberdade contratual, culminou, por instrumentalizá-lo”.³³⁶

Nesse sentido, o Enunciado nº 360 da 4ª Jornada de Direito foi no sentido de que “**o princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes**”.³³⁷

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald³³⁸, André Osório Gondinho³³⁹, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁴⁰, Flávio Tartuce³⁴¹, Paulo Lôbo³⁴² e Ricardo Libel Waldman³⁴³ se posicionam

³³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 190.

³³⁷ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 360 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

³³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 187-191.

³³⁹ GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos contratos. A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 254.

³⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 81-85.

³⁴¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 90-102.

³⁴² LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67-70.

³⁴³ O autor conclui que a função social possui quatro aspectos: “função social de promoção o livre desenvolvimento da pessoa humana, que consagra a liberdade contratual e, como consequência desta, a obrigatoriedade e a relatividade dos contratos; a função social da cooperação, que justifica os princípios do equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva, bem como fundamenta o enfraquecimento da relatividade dos contratos ao admitir que o efeito de contratos perante terceiros podem gerar responsabilidade aquiliana para os contratantes; a função social *stricto sensu*, de promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana e que servem de padrão para o estabelecimento do que é equilíbrio entre prestações, onerosidade excessiva ou boa-fé objetiva, no caso concreto e, por fim, a função econômica de operacionalizar juridicamente, dando garantia estatal para a circulação de riquezas”. WALDMAN, Ricardo Libel. O sobre-princípio da função social do contrato: da filosofia à dogmática jurídica. In. *Re-*

no sentido de ser a função social interna dos contratos uma forma de assegurar contratos substancialmente equilibrados, em que os contratantes são os protagonistas que, todavia, devem ter sua dignidade assegurada pela ordem jurídica.

Leonardo de Faria Beraldo disciplina que a eficácia interna possui duas formas de ser analisada: (a) direta e (b) indireta. A eficácia direta se concretiza diante da ausência de norma específica ao caso concreto. A eficácia indireta teria sua função na interpretação da norma de forma ampliativa e bloqueadora.³⁴⁴

Os **fundamentos da eficácia interna** são apontados por Flávio Tartuce³⁴⁵ da seguinte forma: (a) mitigação da força obrigatória do contrato³⁴⁶; (b) proteção dos vulneráveis contratuais, caso dos consumidores aderentes³⁴⁷; (c) vedação da onerosidade excessiva; (d) proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade³⁴⁸; (e) nulidade ou ineficácia de cláusulas sociais abusivas³⁴⁹; (f) objetivo de conservação contratual, sendo a sua extinção subsidiária.³⁵⁰

vista de direito do consumidor, v. 15, n. 59, p. 127-149, jul./set. 2006, p. 139.

344 BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Um contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2011, p. 70.

345 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 90.

346 Os artigos 6, V, 39 e 51 do CDC, segundo Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 91) mantém uma “relação direta com a função social, propondo a mitigação da *pacta sunt servanda*”. E completa em linhas seguintes que o “art. 46 da Lei 8.078/1990, é outro preceito relacionado com o comando social invocado”.

347 BRASIL. STJ. Súmula 308. “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

348 De acordo com o Enunciado nº 411 da 5^a Jornada de Direito Civil “o descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 411 Aprovado pela Plenária da 5^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

349 Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald afirmam que a situação de ineficácia superveniente seria mais eficaz que a nulidade, em decorrência lógica da aplicação do art. 2.035 do CC. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 191).

350 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.

No entanto, a onerosidade excessiva³⁵¹, a nulidade ou ineficácia de cláusulas sociais abusivas³⁵² e a conservação do contrato³⁵³ não podem ser considerados fundamentos para aplicabilidade do princípio da função social, pois o amparo das situações apontadas se encontram sedimentadas em outros princípios como equivalência material das prestações, da boa-fé e da conservação contratual e das normas jurídicas.

Contudo, a análise dos fundamentos da eficácia interna da função social será observada pelo seguinte prisma: (i) Proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade e (ii) Proteção dos vulneráveis.

(i) A proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade há de ser assegurada³⁵⁴, visto que são irrenunciá-

3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 90.

351 A vedação da onerosidade excessiva acarreta em linhas gerais a possibilidade de modificação ou a resolução do contrato, por força do arts. 317, 478 a 480 do CC.

352 Segundo Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 89-97) o art. 421 do CC é uma norma cogente (de ordem pública) e uma vez desrespeitada irá acarretar a nulidade absoluta virtual do contrato ou da cláusula. O art. 51 do CDC disciplina que são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, logo, o contrato será preservado. O parágrafo 2º do art. 51 do CDC consagra a ideia de conservação do contrato ao estabelecer que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. A Súmula 302 do STJ dispõe que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Em suma, a função social deve ser vista em uma das suas vertentes como um mecanismo de extirpação de conteúdos abusivos, mantendo-se o contrato em detrimento a sua extinção.

353 O objetivo de conservação contratual, sendo a sua extinção subsidiária. O art. 170 do CC permite a ideia de conservação dos contratos nulos, quando “o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. A jurisprudência se encontra na mesma esteira ao dispor que a redução da cláusula penal é “preservar a função social do contrato, afastando o desequilíbrio contratual e o uso da mesma como instrumento de enriquecimento sem causa”. BRASIL. STJ. REsp 1212159/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.6.2012, DJe 25.6.2012.

354 É o que os constitucionalistas denominam de eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamento sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Di-

veis³⁵⁵. Nessa linha coloca-se o Enunciado 542 da 5ª Jornada de Direito disciplina “a recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do contrato”.³⁵⁶

A **dignidade da pessoa humana relaciona-se com a questão da possibilidade de um contrato envolvendo o direito de personalidade**³⁵⁷, sendo esta relação visa impedir que o ser humano possa servir como garantia em qualquer tipo de contrato ou mesmo possa objeto de escárnio pela sua natureza social, econômica ou intelectual, como acontece nos programas de pegadinhas ou mesmo charge de jornais. Por exemplo, as situações dos *reality shows* e das pegadinhas.

reito Comparado e no Brasil. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

355 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 190-191.

356 Justificativa do Enunciado: “Nos seguros de vida, o avanço da idade do segurado representa agravamento do risco para a seguradora. Para se prever, as seguradoras costumam estipular aumento dos prêmios conforme a progressão da idade do segurado ou, simplesmente, comunicar-lhe, às vésperas do término de vigência de uma apólice, o desinteresse na renovação do contrato. Essa prática implica, em muitos casos, o alijamento do segurado idoso, que, para contratar com nova seguradora, poderá encontrar o mesmo óbice da idade ou enfrentar prêmios com valores inacessíveis. A prática das seguradoras é abusiva, pois contraria o art. 4º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01/10/2003), que dispõe: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”. A prática também é atentatória à função social do contrato. A cobertura de riscos é da essência da atividade securitária, assim como o mecanismo distributivo. Os cálculos atuariais permitiriam às seguradoras diluir o risco agravado pela idade entre toda a massa de segurados, equalizando os prêmios em todas as faixas de idade, desde os mais jovens, sem sacrificar os mais idosos. A recusa discriminatória de renovação dos contratos de seguro representa abuso da liberdade de contratar das seguradoras e atenta contra a função social do contrato de seguro, devendo, como tal, ser coibida. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 542 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judicários, 2012.

357 Essa questão pode ser observada na disponibilidade de tais direitos: (a) o direito autoral regulado pela Lei nº 9.610/98, no qual o autor comercializa uma criação intelectual; (b) a cessão gratuita de órgão ou tecido, contemplada na Lei nº 9.434/97 e; (c) a disposição gratuita do próprio para fins científicos ou de transplante, autorizada pelo art. 14 do Código Civil.

O **Enunciado nº 23** da 1^a Jornada de Direito Civil foi no sentido de que os contratos não podem violar os “interesses individuais relacionados com a proteção da dignidade humana”.³⁵⁸

Por isso, o princípio da função social do contrato é uma consequência lógica e inevitável do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, além da valorização social do trabalho e da livre iniciativa e, ainda, da solidariedade social, princípios sem os quais não poderíamos obter alcance concreto à função social do contrato.

(ii) A **proteção dos vulneráveis** é encarada a partir do conceito de vulnerabilidade e pode ser encarado como sendo aquele estado de pessoa em que, por qualquer motivo, tenha sua capacidade de autor-regramento (autonomia privada) reduzida, principalmente no que se refere ao consentimento livre e esclarecido para participar de uma relação contratual³⁵⁹. Assim, a vulnerabilidade no campo das relações de consumo³⁶⁰, bem como o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Mas, a vulnerabilidade pode ser referenciada em **quatro espécies factual e uma legal**³⁶¹: (a) **vulnerabilidade fática** que é a baixa condição socioeconômica do consumidor ou do comprador; (b) **vulnerabilidade jurídica** que é a ausência de conhe-

358 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 23 Aprovado pela Plenária da 1^a Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judicários, 2003.

359 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

360 A relação jurídica qualificada por ser de consumo não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para a interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específica, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedor e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a todas as pessoas, determináveis ou não expostas às práticas comerciais abusivas. (BRASIL. STJ. REsp 476.428/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.4.2005, DJ 9.5.2005, p. 390).

361 ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 50-58.

cimento jurídico, contábil ou econômico relacionado com o produto ou o serviço contrato; (c) **vulnerabilidade técnica** que é aquela em que o comprador ou o consumidor não tem conhecimento técnicos sobre o bem adquirido ou da relação jurídica completa; (d) **vulnerabilidade pessoal** que decorre das condições pessoais do sujeito, como no caso da pessoas idosas³⁶² e; (e) **vulnerabilidade legal** que decorre da presunção legal de particular está sempre de boa-fé em relação à Administração Pública.³⁶³

Paulo Lôbo disciplina que “**até mesmo entre empresas pode ocorrer vulnerabilidade**”, isto ocorre “quando uma delas esteja submetida a condições gerais dos contratos predispostos pela outra”, o que decorre de relações jurídicas duradouras.³⁶⁴

A vulnerabilidade não pode ser confundida com a hipossuficiência. Uma vez que a primeira se trata de um conceito de direito geral e material, enquanto a segunda é um conceito particularizado e processual³⁶⁵. Paulo Lôbo disciplina que a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência, que é “um conceito eminentemente econômico ou conceito jurídico fundado na insuficiência das condições econômicas pessoais”³⁶⁶. Mas, podemos afirmar que todo hipossuficiente é vulnerável, mas a recíproca não é verdadeira.

362 Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro afirma que a diversidade de natureza dos sujeitos, acarreta, por si só, uma disparidade de meios, materiais e humanos, no manejo do instrumento contratual, por isso determinados sujeitos podem ter um grau maior de organização e intelecto, o que acarreta uma disparidade, ou seja, não há uma simetria, pelo menos na formação da relação. RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 345-347.

363 A ponderação da vulnerabilidade do particular em relação ao Estado depende de Regulamentação. Art. 2º, in. IV e parágrafo único da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

364 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141.

365 CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6-7. ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 58.

366 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

O STJ comprehende que o representante comercial pode ser encarado como um sujeito hipossuficiente³⁶⁷ e por isso as cláusulas contratuais podem ser analisadas e se caracterizada a hipossuficiência a mesma será nula. Por isso, no **REsp 579.324/SC** determinou que “a competência estabelecida pelo art. 39 da Lei n. 4.886, com a redação da Lei 8.420/93, é de natureza relativa, permitindo que as partes ajustem o foro de eleição, o qual deve prevalecer a não ser nos casos em que caracterizada a hipossuficiência” e nessa linha tem o voto da decisão de Cesar Asfor Rocha que comprehendeu que a cláusula de eleição do foro é válida tendo em vista que tanto a representada como a representante possuem porte razoável.³⁶⁸

Em outra decisão, o **STJ (REsp 533.230/RS)** comprehendeu que o contrato de representação comercial é um contrato de adesão, devendo prevalecer as regras legais quanto ao foro competente para a demanda que é o do representante, desde que o mesmo seja considerado hipossuficiente, pois caso contrário estaria contrariando o princípio da ampla defesa.³⁶⁹

Rubens Edmundo Requião, afirma que na relação contratual de representação comercial o representante é reconhecidamente mais fraco do ponto de vista jurídico e econômico, sem possibilidade de reagir à pressão do primeiro, exercida vitoriosamente na totalidade dos casos.³⁷⁰

367 Para uma análise pormenorizada dos termos veja LIMA, Stéfanni Machado de. Vulnerabilidade e Hipossuficiência na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do CAAP.* n. 2, vol. XVII. Belo Horizonte, 2011, p. 241 a p. 259.

368 BRASIL. STJ. *REsp 579.324/SC*, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 07/08/2006, p. 227.

369 BRASIL. STJ. *REsp 533.230/RS*, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 03/11/2003, p. 323.

370 REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Nova regulamentação da representação comercial autônoma. O contrato de agência e de distribuição no Código Civil de 2002.* 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33-70.

Contudo, infere-se **ser possível a percepção de vulnerabilidade, inclusive, em contrato civil³⁷¹ ou mesmo empresarial³⁷²**, com o reequilíbrio das regras contratuais. A vulnerabilidade é apontada pela doutrina como caso da **nulidade de cláusula contratual abusiva**. Nessa perspectiva a doutrina estabelece que “no contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão”³⁷³. Da mesma forma disciplina que “a cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão”.³⁷⁴

A análise da vulnerabilidade é fundamental para verificar a situação das partes: (i) individualmente; (ii) em relação ao contrato e ao negócio; (iii) em relação ao mercado; (iv) em relação umas às outras.

Arnoldo Wald comprehende que a função social não pode ser encarada como “sinônimo de proteção à parte economicamente mais fraca da relação contratual, bem como de que a referida cláusula faria *tabua rasa* do respeito a atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos”.

³⁷⁵

Leonardo de Faria Beraldo disciplina que a função social não pode ser observada como elemento de proteção da parte mais fraca,

³⁷¹ Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação. A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. Negado provimento ao agravo. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 687.239/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.4.2006, DJ 2.5.2006, p. 307).

³⁷² SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182-187.

³⁷³ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 364 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

³⁷⁴ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 433 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

³⁷⁵ WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. In. *Revista trimestral de Direito Civil*. V. 17, ano 5. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar. 2004: 13-20, p.13.

pois há regras jurídicas no ordenamento capazes de proteger a parte mais fraca da relação contratual.³⁷⁶

Em suma, o princípio da função social analisado pelo prisma da vulnerabilidade valoriza o equilíbrio das relações contratuais, pois o contrato serve, além de gerar riquezas, também para a realização de valores existenciais dos contratantes.

5.8.3. Efeitos Externos do contrato gerados pela função social

O aspecto externo (extrínseco, diagonal, público ou utilidade pública) tem em análise o contrato em relação à coletividade, visando seu impacto social. A ideia central da utilidade pública da função social é conformar os interesses individuais aos sociais.³⁷⁷

André Osório Gondinho comprehende que a função social no **nível exterior disciplina os efeitos da relação em relação de terceiros**, pois o contrato passa a ser analisado também em face dos “efeitos que gera diante da coletividade e tutelado no que diz respeito às ingerências lesivas e indevidas de terceiros para o cumprimento das prestações ajustadas pelas partes contraentes”.³⁷⁸

Flávio Tartuce expõe que a **eficácia externa da função social dos contratos (tutela externa do crédito)** pode ser extraída das hipóteses em que um contrato gera efeitos perante terceiros (...); bem como das situações em que uma conduta de terceiro repercute no contrato. Também, denota-se essa eficácia externa pela proteção de direitos metaindividuais e difusos.³⁷⁹

E, dentro desse espectro o **Enunciado nº 21 da 1ª Jornada de Direito Civil** foi no sentido de que “a função social do contrato, pre-

376 BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Um contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2011, p. 81.

377 LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

378 GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos contratos*. A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 254.

379 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 90. TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2002, p. 72-74.

vista no art. 421 o novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio do relativismo dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito".³⁸⁰

Os **fundamentos da eficácia externa (efeitos diagonais)** são apontados por Flávio Tartuce³⁸¹, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald³⁸² da seguinte forma: **(i)** contrato ofensivo a interesses (direitos) metaindividuais; **(ii)** contratos que ofendem terceiros (tutela externa do crédito) e; **(iii)** terceiros que ofendem a relação contratual.

O direito contratual, abarcando como um dos seus alicerces o princípio da função social, significa dizer que o contrato deixou de ser somente coisa dos contratantes, e passou a interferir negativamente e positivamente, também, em relação aos terceiros.³⁸³

(i) O contrato não pode ser ofensivo a interesses (direitos) metaindividuais, por isso o legislador optou por definir os interesses metaindividuais no CDC da seguinte forma:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

380 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 21 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

381 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 103.

382 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 191-206.

383 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31.

II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Há outros diplomas que tratam dos interesses metaindividuais, além do CDC. São direitos metaindividuais previstos genericamente na Lei 7.347/1985 (art. 1º, IV), de que são exemplos os diplomas editados à tutela do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 14, § 1º); da probidade administrativa (Lei 8.429/1992, art. 17); do patrimônio público e da moralidade administrativa (Lei 8.625/1993, art. 25, IV, “b” — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); dos direitos da criança e do adolescente (Lei 8.069/1990, art. 210); dos deficientes físicos (Lei 7.853/1989, arts. 3º e 7º); dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/1989, arts. 1º e 3º); do mercado financeiro (Lei 6.024/74, art. 46); da ordem econômica (Lei 12.529/2011); e do patrimônio genético (Lei 8.974/1995, art. 13, § 6º).

Flávio Tartuce³⁸⁴ afirma que é possível que um contrato seja perfeitamente equilibrado entre as partes, mas se revele ruim para sociedade. A eficácia externa da função social pode-se ser observada no seguinte **exemplo**: “um contrato que causa dano ambiental ou de um contrato celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade, vinculando a última uma publicidade abusiva”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam o seguinte **exemplo**:

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

³⁸⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 103.

(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 chancelada pelo Poder Judiciário.³⁸⁵

Por essa mesma orientação o **Enunciado nº 26** Aprovado pela Plenária da **1ª Jornada de Direito Comercial** disciplina que “o contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”.³⁸⁶

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald³⁸⁷ apontam o seguinte exemplo de descumprimento da função social externa, capaz de acarretar prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial. O **exemplo** é o seguinte

Rubens Barrichello estava a uma reta da vitória em uma corrida de fórmula 1 (GP – Áustria -12.5.2002) quando foi alertado pela Ferrari, da cláusula contratual que lhe conferia a posição de 2º piloto. Culminou por ceder passagem ao alemão companheiro de equipe, em respeito à liberdade contratual? Daí se questiona se trata-se de campeonato mundial de pilotos ou de equipes?

Como nos conta a **história** Rubens Barrichello permitiu a passagem de Michael Schumacher, **o que acarretou mudança significativa no resultado da corrida e no campeonato**, além é claro **de ge-**

385 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 90.

386 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 26 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

387 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 195.

rar outros efeitos em decorrência do resultado da corrida, **como no caso dos contratos de jogo e aposta** realizados nas casas de apostas pelo mundo. Assim, desconsiderando a questão internacional que envolve o contrato, a função social do contrato foi negligenciada.

No âmbito dos contratos empresariais podemos apresentar o seguinte **exemplo:** Imaginemos que um laboratório farmacêutico celebre com determinada clínica privada um contrato de fornecimento de determinado medicamento com cláusula de exclusividade. A população da região afetada não tem como adquirir diretamente do laboratório o medicamento, por causa da cláusula de exclusividade³⁸⁸. Contudo, o juiz diante do interesse social à saúde pode determinar a inaplicabilidade da cláusula de exclusividade, em virtude da aplicabilidade da função social.

O **contrato de fornecimento exclusivo de medicamentos** é válido e eficaz, mas em virtude dos interesses da coletividade, haverá uma limitação na realização da exclusividade, **ficando a referida regra contratual suspensa até que os interesses da sociedade em questão tenham sido atendidos**. Por isso, a quebra da aplicabilidade da cláusula de exclusividade deve se pautar em uma análise efetiva e concreta da lesão ou da ameaça a um interesse socialmente relevante.

(ii) Os **contratos que ofendem terceiros** trata da eficácia trans-subjetiva do contrato.³⁸⁹

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald apontam os seguintes **exemplos** de aplicabilidade da função social em que o terceiro é ofendido³⁹⁰: **(a)** atropelamento de um transeunte decorrente do fato do produto (art. 12 c/c 17 do CDC)³⁹¹; **(b)** acidente entre veículos em que o

388 Não se trata de licença compulsória de medicamentos e tão pouco a quebra de patente, pois na situação exposta se trata de quebra da cláusula de exclusividade nos contratos de fornecimento de medicamentos, ou seja, produtos já produzidos. AQUINO, Leonardo Gomes de. *Propriedade industrial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 215-234.

389 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos paradigmas*. Belo Horizonte: Renovar, 2002, p. 230-240.

390 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 191-206.

391 CDC. Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o

causador do dano possui seguro, sendo que o ofendido não possui legitimidade para propor ação contra a seguradora³⁹²; **(c)** há necessidade de notificação para que se exerça o direito de evicção (art. 456 do CC – revogado pelo CPC)³⁹³ **e;** **(d)** os efeitos *erga omnes* decorrentes da hipoteca não se aplica a terceiros adquirentes de imóveis³⁹⁴.

É certo que a existência de norma expressa não inviabiliza a aplicação da função social. Assim, podemos afirmar que o terceiro não vinculado à relação contratual poderá se utilizar da cláusula geral ou do princípio da função social nas seguintes situações:

a) Nas relações em que o terceiro for ofendido em um direito, tomemos com exemplo a seguinte **exemplo:** um transeunte é atropelado em razão de um defeito de fabricação de um componente de veículo automotor, cujo adquirente não é consumidor, ou seja, a empresa dona do veículo adquiriu o mesmo para auxiliar no desenvolvimento de sua atividade econômica, logo na relação adquirente e vendedor (concessionária) há uma relação de compra e venda empresarial, não

importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. CDC. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

392 CÓDIGO CIVIL. “Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. § 1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuênciam expressa do segurador. § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.”

393 CÓDIGO CIVIL. “Art. 456. Para poder exercitar 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. (Revogado pela Lei n º 13.105, de 2015) Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos. (Revogado pela Lei n º 13.105, de 2015).

394 BRASIL. STJ. *Súmula 308.* A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

se aplicando CDC³⁹⁵ e tão pouco os dispositivos de vícios redibitórios por falta de previsibilidade normativa. No entanto, se a relação for consumerista não há que se falar em aplicação da função social do contrato, pois existe norma específica no CDC (art. 12 c/c 17 do CDC).

b) Situação similar ocorre nas relações contratuais de seguro, em que ocorrendo um fato superveniente e imprevisto gerador de um sinistro, o sujeito não detentor do seguro poderá adentrar com o pedido de resarcimento dos danos diretamente contra a seguradora, por força da função social. O STJ tem se posicionado por meio da seguinte **Súmula nº 529** “no seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano” (STJ. 2^a Seção. Aprovada em 13.5.2015). Contudo, doutrina por meio do **Enunciado nº 544 da 6^a Jornada de Direito Civil** estipula que “o seguro de responsabilidade civil facultativo garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora”³⁹⁶. Leonardo de Faria Beraldo disciplina que não cabe a aplicação da função social na situação apontada pois a solução poderia ser alcançada por meio dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, pela aplicabilidade do art. 51, I e IV do CDC ou art. 424 do CC, por causa da violação do princípio da boa-fé ou pela aplicabilidade dos art. 787 e 788 do CC que têm a função de proteger

395 Nesse sentido, a doutrina aprovou o Enunciado 20, cuja leitura confirma a autonomia dos contratantes empresários e, em princípio, afasta das avenças correlatas a aplicação do CDC: “Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 20 Aprovado pela Plenária da 1^a Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

396 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 544 Aprovado pela Plenária da 6^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

terceiros³⁹⁷. Ocorre que a construção apontada pelo autor e a levantada pelo STJ não parece adequada visto que em decorrência da cláusula geral da função social no aspecto externo é compatível pleitear a indenização direta perante a seguradora.

c) A hipoteca geral de imóveis em construção não deve prevalecer em relação a terceiro adquirente³⁹⁸. O art. 1.419 do CC prevê que nas dívidas com garantias reais, “o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”. Leonardo de Faria Beraldo disciplina que não cabe a aplicação da função social na situação apontada, pois a empresa financiadora da obra estaria agindo em desacordo com a boa-fé e abuso de direito³⁹⁹. No entanto, o STJ por meio da Súmula 308 estipulou que “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. Fica claro que a ideia central é proteger o terceiro por meio da função social do contrato, que tem a finalidade de viabilizar um direito constitucional que a moradia.

(iii) **Os terceiros que ofendem a relação contratual (tutela externa do crédito).** A função social por este prisma resulta na ideia de que o terceiro deve se abster de ter comportamento que afetem relações contratuais em que não esteja vinculado, mas que o seu comportamento positivo ou negativo possa resultar em problemas naquela relação⁴⁰⁰, o que Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald chama de

397 BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Um contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2011, p. 130-134.

398 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 198-199..

399 BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Um contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2011, p. 137-140.

400 Flávio Tartuce explica que esse tipo de situação não constitui uma ruptura do princípio da relatividade, mas sim seu abrandamento ou limitação parcial do princípio que corresponde à tutela externa do crédito que pune o atravessador que responderá por intervir em contrato do qual não participou, visto que o art. 608 do CC prevê apenas indenização a título de dano material não abarcando o dano moral, por não ser tarifado pela norma. TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2002, p. 162.

“conduta de um terceiro cúmplice”⁴⁰¹ e a qual possui norma expressa no que se refere ao contrato de prestação de serviço⁴⁰². Assim, vejamos a situação **exemplificativa: A situação de venda de combustíveis**, apontada por Antônio Junqueira, tem como escopo que “companhias distribuidoras de gasolina não, podem por força do princípio da função social do contrato, vender o citado combustível a postos de gasolinás que, notoriamente, mantém contrato de exclusividades de compra com outras empresas distribuidoras do mesmo ramo, pois lhes é lícito contribuírem para o inadimplemento de um contrato alheio”⁴⁰³. Nessa situação se o terceiro efetuar a venda dos combustíveis está afetando a relação contratual equilibrada entre os contratantes, mas é claro que por outro lado se o adquirente efetuar a compra está descumprindo uma cláusula contratual e poderá ser punido. Não há que se pensar em abuso de direito, pois o terceiro ao oferecer o fornecimento de combustíveis por preços mais convidativos pode não saber da existência da cláusula de exclusividade.

Por outro lado, a **situação de quebra do sigilo** referida no filme “o informante”, apontada por Teresa Negreiros que trata da tentativa de contratar um “ex-executivo de empresa de cigarros para revelar em emissora Nacional de televisão fatos estardecedores sobre os componentes utilizados na produção de fumo”⁴⁰⁴, não se trata de aplicação da função social, pois poderia ser resolvido pela norma do abuso de direito, descrito no art. 187 do CC.⁴⁰⁵

401 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 200-206.

402 CÓDIGO CIVIL. “Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

403 Antônio Junqueira *apud* GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos contratos. A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 264. Antônio Junqueira *apud* NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos paradigmas.* Belo Horizonte: Renovar, 2002, p. 244.

404 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos paradigmas.* Belo Horizonte: Renovar, 2002, p. 240-259. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 206.

405 CÓDIGO CIVIL. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim, podemos concluir que qualquer direito pode ser violado por terceiros, seja ele *erga omnes* ou *inter partes*, mas é claro que a reparação ou a proibição da conduta violadora terá maior ou menor abrangência conforme a amplitude do direito.

Contudo, a ideia de que terceiros não possam sem compelidos há abster de comportamento omissivos ou comissivos danos possam ser resolvidos pelo abuso de direito passa pela compreensão que necessário que injustiça do dano pressupõe violação a um direito subjetivo absoluto ou um dever já previamente determinado de não prejudicar, o que não ocorre com a aplicação da função social quando terceiro ofendem uma relação contratual.

Capítulo 6

Fontes dos contratos

A expressão fonte do direito pode revestir-se de vários sentidos. Para Paulo Dourado de Gusmão⁴⁰⁶, fonte de direito significa, como metáfora, de onde o direito provém. Paulo Nader⁴⁰⁷ atesta que há grande diversidade de opiniões sobre o tema; a palavra provém do latim *fons, fontis* e significa nascente de água, no direito é empregada como uma metáfora.

As fontes do direito são tanto o ponto de partida para a criação da norma (fontes materiais) como para a sua aplicação e integração no ordenamento jurídico (fontes formais). Na fonte está contida a norma jurídica. É o elemento que contém a norma.

A expressão fontes do direito tem diversos sentidos, dentre eles, destacam-se: (a) **Histórica**: Direito Romano e Direito Português; (b) **Política**: reporta-se aos órgãos donde emanam as normas; (c) **Instrumental**: os documentos que contém preceitos; (c) **Sociológica** (ou material): a circunstância que cria a norma; (d) **Orgânica**: uma autarquia, uma assembleia, um tirano etc.; (e) **Filosófica**: encara o fundamento da obrigatoriedade das normas jurídicas; (f) **Técnica-jurídica** (ou dogmática): modos de formação e revelação das regras jurídicas.

Mas, para compreender a fonte como regra é necessário a existência de pressupostos que podem ser encarados da seguinte forma: (a) **Poder** para que a fonte seja considerada uma fonte jurídica e com isso dotada de todas as características de norma jurídica, é necessário que haja um poder que venha especificar e definir o conteúdo de sorte que seja possível exigir o seu cumprimento no caso de violação, imputando assim que aquele que vier a descumprir a norma venha a sofrer as consequências previstas; (b) **Inovação** se não houver criação nova de algo, não teremos uma fonte, já que esse direito seria pré-existente, por isso há necessidade de ser algo inovador dentro do nosso ordenamento jurídico.

⁴⁰⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 34^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 101.

⁴⁰⁷ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 141.

Para Paulo Dourado de Gusmão⁴⁰⁸ as fontes do direito são divididas em fontes materiais e fontes formais. Assim, podemos afirmar que **as fontes materiais são os fatos sociais, econômicos, morais, religiosos, políticos, problemas demográficos, clima, fenômenos naturais, dentre outros fatores que dão conteúdo às normas jurídicas, ou seja, os motivos para que a norma seja criada.** As fontes formais são as formas ou os meios nos quais o direito positivado se apresenta ou é conhecido. Assim Paulo Dourado de Gusmão⁴⁰⁹ demonstra que **as fontes formais “são os meios ou as formas (lei, costume, decreto etc.) pelos quais a matéria (econômica, moral, técnica etc.), que não jurídica, mas que necessita de disciplina jurídica, transforma-se em jurídica”.**

Segundo Miguel Reale “as fontes do direito são processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, se manifestam como ordenamento vigente e eficaz”.⁴¹⁰

Analisando as Fontes Jurídicas quanto a sua criação temos:

a) As Fontes materiais (fato social e valor): Representa os elementos centrais da elaboração jurídica, a própria matéria-prima a partir da qual se produzem as normas. Correspondem ao fato social e ao valor, que são conjugados para a construção de uma lei. O fato social equivale a todo acontecimento de extrema importância para a vida coletiva, a ponto de comprometer as relações sociais se não for disciplinado pelo direito, quando menos importante, o fato permanece apenas social e eventualmente tratado por outras esferas reguladoras da conduta humana (moral, religião, moda, etc.). O valor representa o modo como a sociedade interpreta e reage ao fato, condenando-o,

408 GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 34^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 101.

409 GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 34^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 104.

410 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167-174.

tolerando-o ou exigindo-o; logo, o valor define o tratamento que a lei deve dar ao fato social, segundo parâmetros éticos da sociedade.

b) As Fontes formais (estatais e não-estatais): São os elementos que atribuem a conjugação entre fato e valor, exteriorizando o tratamento dado a eles pela sociedade por um instrumento normativo. Isso significa que toda a fonte formal tem por característica constante expressar-se enquanto regra jurídica.

As fontes criadas pelo poder público são denominadas de estatais e decorrem do exercício do poder legislativo (leis), do poder executivo (tratados e convenções internacionais) e do poder judiciário (jurisprudência). Já as fontes criadas pela sociedade ou por seus grupos e segmentos são representadas pelos costumes, pelo poder negocial (negócios jurídicos) e pelo poder normativo dos grupos sociais.

Questão fundamental a ser descortinada é a coordenação entre as fontes de direito nos contratos. Haverá um diálogo de fontes buscando a funcionalidade conjunta dos diplomas legais.⁴¹¹

6.1. A Constituição Federal

A autonomia privada tem a sua guarida constitucional em diversos dispositivos constitucionais, entre eles pode-se citar: (a) na dignidade da pessoa humana; (b) na livre iniciativa; (c) livre concorrência.

Mas, as regras constitucionais não são específicas dos contratos, pois a legislação responsável por regular os tipos contratuais é a lei ordinária. Contudo, a invocação da Constituição em matéria contratual justifica-se com maior probabilidade quando os tribunais, designadamente no âmbito da interpretação conforme à Constituição⁴¹², sejam

411 Flávio Tartuce descreve um diálogo de complementariedade, sistemático de coerência, de subsidiariedade e de influências recíprocas sistemáticas. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 34-38.

412 Interpretação conforme à Constituição é, em essência, uma espécie de interpretação sistemática. “Interpretação que, na procura do sentido e alcance de determinado dispositivo legal, não se limita a olhar para o lado (para as demais normas infracons-

chamados a decidir em matérias que impliquem, **por exemplo** (a) o preenchimento de conceitos indeterminados para aplicação de cláusulas gerais, da boa-fé, da função social, do abuso de direito, do fim econômico ou social, para aplicação deste e doutros institutos como a *culpa in contrahendo*, ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito adquirido e o adimplemento contratual; (b) a concretização de princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, princípio da proporcionalidade, princípio da confiança e o princípio da segurança jurídica e; (c) a eficácia direta de direitos fundamentais em relações contratuais.

Por último, o regime de certos tipos de relações contratuais está diretamente ou indiretamente, marcado por preceitos constitucionais, como por **exemplo** a proteção do consumidor, a proteção do trabalhador, nas relações matrimoniais ou mesmo nos contratos regulados pelo direito administrativo.

Com efeito, “o contrato é fonte constitutiva de juridicidade não pode ser arbitrariamente exonerado do sistema civil-constitucional, que preconiza uma ordem econômica apta a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 da CF), inserindo-se entre os fundamentos da República “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”⁴¹³.

6.2. A Lei

Os contratos são regulados na norma brasileira, por meio de uma teia muito complexa de normas jurídicas, em esquema, se podem considerar distribuídas em três níveis de composição: (a) nível I; (b) nível II; e (c) nível III.

titucionais), mirando também no ápice do ordenamento jurídico (na Constituição). RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição. A lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 184 out./dez. 2009: 149-170, p. 157. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479.

413 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 21.

Na base (nível I) situam-se as normas cujo domínio de aplicação se circunscreve a cada tipo (ou subtipo) legal de contrato. Que em boa parte estão codificadas como no caso dos contratos expressos no Código Civil, além das leis especiais que tratam de contratos determinados como no caso da Lei nº 4.886/1965 (Representantes Comerciais), Lei nº 6.729/1979 (Concessão Comercial), Lei nº 8.245/1991 (Lei de Locação), Lei nº 8.666/1993 (Licitações e Contratos), Lei nº 8.955/1994 (Franquia Empresarial), Lei nº 9.279/1996 (Propriedade Industrial), Lei nº 9.611/1998 (Transporte multimodal de cargas), Lei 10.188/2001 (Arrendamento Leasing residencial), Decreto-Lei 22.626/1933 (Juros nos contratos), Decreto-Lei nº 911/1969 (Alienação Fiduciária), entre outras normas.

Numa posição intermediária (nível II), dispõem-se as normas cujo domínio de aplicação corresponde a categoria mais ampla do que o tipo contratual, formadas por regras gerais aplicáveis aos contratos de uma maneira geral. O critério de delimitação é variável conforme a categoria enquadrada, podendo ser inserida dentro de um determinado ramo do direito, tomando como referência os sujeitos envolvidos na relação contratual. O critério pode ser razões técnicas de economia legislativa (unificação dos contratos civis e empresariais) ou por orientação questões de política legislativa (proteção de determinada classe de contraentes). As principais categorias contratuais que, sob o segundo critério, merecem autonomia legislativa (em alguns casos, denominada de autonomia formal): **(a) contratos civis; (b) contratos empresariais; (c) contratos consumeristas; (d) contratos trabalhistas; e (e) contratos administrativos.**⁴¹⁴

414 Segundo Fábio Ulhoa Coelho há no Brasil quatro regimes jurídicos dos contratos: (a) o de direito civil (aplicável à aquisição de insumos), (b) o do direito de tutela dos consumidores (disciplina os contratos de consumo de bens ou serviços), o do direito do trabalho (pertinente aos contratos com os empregados) e o do direito administrativo (venda de produtos, obras ou serviços para o Poder Público ou contrato referente a serviço público). (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Direito de empresa. Contratos. Recuperação de empresas.11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3, p. 4).

No **terceiro nível**, com grau mais elevado de generalidade, colocam-se as **normas aplicáveis aos contratos em geral, incluídas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor** (Lei nº 8.078/1990).

6.2.1. O Código Civil

Estas regras gerais estão no Código Civil agrupadas especialmente na parte especial, sob o título “**dos contratos**”, mas não podemos deixar de mencionar que as regras do negócio jurídico, que tratam dos elementos resultantes da formação, validade, defeitos, representação e alguns aspectos respeitantes ao conteúdo e aos efeitos interpretativos, integração, condição, termo e encargo. E, que regras gerais referentes às formas de adimplemento do contrato estão na parte especial do Código Civil no que tange às obrigações.

Destas observações podemos afirmar que nem no negócio jurídico e nem nas obrigações há correspondência perfeita entre o conjunto de normas legais e as regras aplicáveis aos contratos em geral. No primeiro grupo, a lei tem um âmbito mais extenso do que o contrato; no segundo, a estrutura legislativa sugere a aplicação para diversos tipos de obrigações e não só as contratuais. Por esse motivo o Código Civil possui um capítulo próprio para tratar da formação e extinção do contrato.

O Código Civil (CC) de 2002 trata os Contratos no Título V e VI do Livro I da Parte Especial, iniciando no artigo 421 e encerrando no artigo 853. Porém, o estudo não está limitado a esses artigos, já que analisando o Código Civil de 2002, encontramos diversas outras normas contratuais, como por exemplo, a Lei de Franquia, de Representação Comercial, de Concessão Mercantil e de Locação etc., além é claro da possibilidade que contratante possuem de criar contratos atípicos, desde que respeitados os limites da função social do contrato. Dessa forma, se num primeiro momento parece que o tema contrato está limitado a uma parte específica do Código Civil ao analisarmos o Código como um todo verificou que esse tema interage com diversos outros institutos perpassando assim por todo o Código Civil e por ou-

etros ramos do direito, como o direito comercial, direito administrativo, dentre outros, podemos visualizar a sua aplicação.

É por isso que a doutrina⁴¹⁵ empresarial tem questionado acerca da necessidade de ser criada uma teoria geral para os contratos empresariais, em especial por causa das particularidades dos vetores das relações jurídicas empresariais, não terem sido abrangidas na teoria geral dos contratos existentes no Código Civil.

Há **contratos que podem ser considerados como civis** que não estão disciplinados no Código Civil, como é o caso do contrato de Locação de Imóveis Urbanos residenciais e **em outro momento pode ser considerado como empresarial**, como no caso do contrato de locação empresarial regulado no mesmo diploma da locação residencial (Lei nº 8.245/1991), conforme o objeto da locação. Contudo, o contrato de locação pode ter a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor, conforme a situação concreta.⁴¹⁶

O art. 757 do CC dispõe que “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos preeterminados”. Por isso, apenas “somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada”. Desta forma, **o exercício da atividade de seguradora somente poderá ser exercido por sociedade qualificada como sociedades anônimas, como mútuas e como sociedades cooperativas** (estas terão por objeto somente os seguros agrícolas), mediante autorização do Governo Federal, estando a matéria disciplinada pelo art. 192 CF/1988, pela Lei

415 Paula Forgioni esclarece a necessidade de considerar os contratos empresariais como categoria autônoma, por força dos vetores do seu funcionamento. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56-151.

416 Recurso Especial. Contrato de Administração Imobiliária. Prestação De Serviço. Destinação Final Econômica. Vulnerabilidade. Relação de Consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL. STJ. REsp 509.304/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16.5.2013, DJe 23.5.2013). Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Locação predial urbana. Inexistência de relação de consumo. A Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – não se (BRASIL. STJ. AgRg no Ag 590.802/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 30.5.2006, DJ 14.8.2006, p. 340).

nº 8.177/1991 e pelos Decretos-lei nº 73/1966⁴¹⁷ e 2.063/1940⁴¹⁸. Assim, o contrato de seguro terá como segurador somente sociedades, que podem ser empresárias ou simples (modalidade cooperativa).

Isso é uma situação absolutamente excepcional que não modifica a categoria empresarial do contrato de seguro, podendo ser, também, regulado concomitante pelo Direito do Consumidor, quando for o caso.

Independentemente da existência de um Código Comercial é perfeitamente possível que um único diploma legal, como é o caso do Código Civil, seja capaz de dispor de um único contrato para relações jurídicas civis e empresariais.

6.2.2. O Código de Defesa do Consumidor (CDC)

A Constituição Federal no art. 5º, XXXII estipulou que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A criação da legislação deveria ser realizada no prazo de 180 dias pelo Congresso Nacional. Em cumprimento a essa determinação, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), que entrou em vigor em março de 1991, “trazendo profundas modificações à ordem jurídica nacional, estabelecendo um conjunto sistemático de normas, de naturezas diversificadas, mas ligadas entre si por terem como suporte uma relação jurídica básica, caracterizada como uma relação de consumo”.⁴¹⁹

As regras estabelecidas no CDC são normas de ordem pública e de interesse social. Desta forma, é correto afirmar que as referidas

⁴¹⁷ Art 24. Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas. Parágrafo único. As Sociedades Cooperativas operarão unicamente em seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho.

⁴¹⁸ Art. 1º A exploração das operações de seguros privados será exercida, no território nacional, por sociedades anônimas, mútuas e cooperativas, mediante prévia autorização do Governo Federal. Parágrafo único. As sociedades cooperativas terão por objeto somente os seguros agrícolas, cujas operações serão reguladas por legislação especial.

⁴¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 25.

normas são de direito privado, mas com forte interesse público, razão pela qual não pode o fornecedor ou o consumidor afastar tais regras pela autonomia privada.⁴²⁰

Por isso, as normas do CDC são aplicáveis em todas as relações jurídicas de consumo e para essa relação existir é fundamental que haja em um dos pólos um fornecedor e no outro um consumidor.⁴²¹

Por isso o CDC conceituou o **fornecedor** como

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.⁴²²

Da mesma forma, o CDC conceituou o **consumidor** como

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.⁴²³

Contudo, não se pode afirmar que as demais regras contratuais deixaram de ser aplicadas, pois tanto o Código Civil como as demais leis especiais que regulamentam os contratos continuam em vigor.

O que acontece é que nas relações de consumo, a autonomia privada dos contratantes, o Código Civil e as leis especiais **são mitigados**

420 CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

421 A relação de consumo possui três elementos: (a) subjetivo (consumidor e fornecedor); objetivo (produto ou serviço) e; (c) finalístico (o produto ou o serviço deve ser adquirido para o consumidor destinatário final). CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 29-58.

422 BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

423 BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

quando ocorre uma relação de consumo, ou seja, as partes integrantes da relação de consumo devem obedecer às regras e aos princípios estabelecidos no CDC⁴²⁴. Ademais, por serem normas de caráter co-gente, podem em regra, terem aplicação de ofício pelo magistrado.⁴²⁵

O CDC não é o único diploma a regulamentar as relações de consumo, havendo ainda leis, decretos, medidas provisórias, resoluções de agências reguladoras e o Banco Central. De acordo com o art. 24, VIII, da CF, é competência concorrente da União, Distrito Federal, Estados e Municípios legislar sobre danos ao consumidor.

Haverá, desta forma, **um diálogo de fontes buscando a funcionalidade conjunta dos diplomas legais**, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, a função social e a função econômica desempenhada pelos contratos na atual sociedade.

6.3. O Direito Aplicável aos contratos internacionais

As fontes apresentadas aplicam-se aos contratos regidos pelo direito brasileiro. Mas não são suficientes quando estejam em causa contratos internacionais, isto é, contratos cujos elementos estão relacionados com mais de uma ordem jurídica. Neste caso, é necessário começar por saber perante qual ou quais desses sistemas devem os contratos ser regulados.

As vias possíveis são basicamente duas: **mediata**, pelo emprego das normas de conflito que designam o direito ou os direitos nacionais aplicáveis⁴²⁶; **imediata**, pela regulação, total ou parcial, por meio de

424 BRASIL. STJ. *Súmula* 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

425 BRASIL. STJ. *Súmula* 381. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

426 Esta possibilidade de designação de mais que um direito para reger um contrato internacional é denominada *dépeçage* ou fracionamento que consiste no mecanismo pelo qual um contrato é dividido em diferentes partes e que será, cada uma delas submetidas às leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo próprio sistema de DIPr., no segundo, as partes têm a faculdade de determinar quando o contrato será regido por mais de uma lei (BELIARD, Géraldine; XIAO-YAN, Wang; RIQUE, Eric *Glossaire de Droit International Privé*. Bruxelas: Bruylant, 1992, p. 123). Este fraccionamento da disciplina aplicável às situações plurilocalizadas pode prejudicar

normas de direito uniforme, isto é de normas de fonte internacional (convenções ou tratados internacionais) que regulam diretamente a situação, prescindindo dos direitos nacionais potencialmente aplicáveis⁴²⁷. A escolha da norma aplicável evita que o contrato fique em um vácuo jurídico.⁴²⁸

a unidade da operação econômica envolvida (BRITO, Maria Helena, *A Representação nos Contratos Internacionais: Um Contributo para o Estudo do Princípio da Coerência em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 582-592). O ideal seria, sem dúvida, encontrar uma lei única que pudesse reger o conjunto de relações em que se desdobra o contrato de estrutura complexa. Não podemos ignorar que é um objectivo difícil de se atingir, face às exigências do clássico método analítico do DIPr.. O método tradicional continua a ser entendido como o mais adequado para atingir a justiça própria do DIPr. Almejada. O fraccionamento das situações da vida privada internacional constitui o resultado normal das regras e técnicas próprias do direito de conflitos e representa um “risco a que não pode fugir-se” (COLLAÇO, Isabel Magalhães, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado: Aspectos Fundamentais*. Lisboa: AACFDL, 1954, p. 129). Por isso se impõe a adoção de métodos e técnicas capazes de salvaguardar a harmonia dos resultados da aplicação das diversas ordens jurídicas, chamadas a regular uma mesma situação da vida privada internacional. A finalidade pretendida é a obtenção de uma disciplina coerente das situações que constituem o objecto do DIPr.. Apesar das dificuldades apontadas, a regulação das questões jurídicas internacionais não pode, no estado atual de desenvolvimento, prescindir do recurso ao método conflitual. Mesmo nos domínios em que vigore um direito material uniforme, de fonte internacional, é necessário recorrer às normas de DIPr, quer para definir o próprio âmbito de aplicabilidade das regras uniformes, quer, sobretudo, para integrar o regime, sempre incompleto, aprovado a nível internacional. Assim, para resolver o problema das relações comerciais internacionais, que entram em contacto com mais de um ordenamento jurídico, Menezes Cordeiro (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Manual de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 125) aponta três saídas “a) ou pela aplicação do direito nacional de um dos Estados em presença; b) ou pelo fato de, em momento prévio, os Direitos dos Estados em presença terem sido unificados, de tal modo que, frente-a-frente, apenas surjam normas equivalentes; c) ou pela existência duma norma material internacional aplicável ao caso”.

427 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato Internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003, p. 47-48.

428 A designação do direito ou direitos, visa evitar a tese que encara o contrato sem lei. Para uma análise das críticas ao “contrato sem lei”, vide HUCK, Hermes Marcelo, *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. São Paulo: Aquarela Ed., 1989, nota n.º 17, p. 49. Na opinião de Dário Moura Vicente (VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 105-106) a autonomia da vontade não pode existir num vácuo jurídico, pois a designação da lei só poderá surtir efeitos se fundar numa norma de conflitos de um ordenamento jurídico. Assim, a doutrina tem afirmado que será sempre necessário o respaldo de um ordenamento jurídico de base. (BARONA VILAR, Silvia; ESPLUGUES MOTA, Carlos; HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan. *Contratación Internacio-*

As normas de conflito podem ser, por sua vez, de fonte nacional ou internacional. Nesta hipótese, tem natureza de direito conflitual uniforme.⁴²⁹

Na esfera do Direito do Comércio Internacional há **extensos conjuntos de normas sobre contratos**, cartas de crédito e operações bancárias, criados pela Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), com sede em Paris. Mais recentemente, o Instituto para a Unificação do Direito Privado (“UNIDROIT”) elaborou uma bem-sucedida consolidação de princípios e regras sobre os vários aspectos dos contratos internacionais – os **Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais**. Além é claro da inserção dos Incoterms que consistem, na verdade, em um formulário de cláusulas contratuais elaborado por uma entidade privada, justificado pela necessidade de obviar a incerteza reinante nos contratos internacionais, em especial os empresariais. A **inserção dos Incoterms visa reduzir a possibilidade de interpretações controversas e de prejuízos a uma das partes envolvidas**, incluindo, assim, o momento preciso da transferência de riscos e das obrigações, retirando a responsabilidade de um contratante e repassando ao outro contratante sobre o produto exportado.⁴³⁰

nal (*Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación*). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1994, p. 51-53.

429 Por direito uniforme pode entender-se também o processo e o método de unificação jurídica. Há, entretanto, vários níveis de direito uniformes como o sistema ou ordenamento ao nível de Estados federados ou uniões regionais e a nível mundial, como é o caso da CVIM. Quanto aos Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (UNIDROIT) e aos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (Comissão Lando), sem dúvida obras relevantes de comparação jurídica, os seus objectivos de uniformização levam-nos a incluí-las na parte relativa ao direito uniforme. O direito uniforme se divide em duas vertentes: a de conteúdo imperativo (Convenções de Transportes Internacionais) e de conteúdo derrogável (CVIM). AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato Internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003, p. 63.

430 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato Internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003, p. 63.

Em face do direito atualmente vigente no Brasil, as normas de conflito aplicáveis aos contratos internacionais são de fonte diferente conforme a natureza dos efeitos que produzem.⁴³¹

Para os contratos internacionais envolvendo questões de transporte, o Brasil adota as seguintes convenções: Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Montreal 1999) - Decreto nº 5.910/2006; Acordo sobre Jurisdição em Matéria de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre os Estados Partes do Mercosul (Buenos Aires 2002) - Decreto legislativo nº 208/2004. Para os contratos de compra e venda internacional vigora a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral⁴³². As regras gerais referentes aos contratos internacionais podem ser observadas no Código de Bustamante.⁴³³

A regulação dos contratos internacionais por um só sistema jurídico nacional, ou pela aplicação conjugada de normas materiais provenientes de mais de um, em conformidade com as remissões operadas por normas de conflitos, continua a ser a regra.

431 No Brasil, a maioria das regras de direito internacional privado se encontra na atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, as normas da disciplina estão nos artigos 7º a 17 (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). “Essas regras de conexão são aplicáveis aos vários temas do direito, como o direito de família, no artigo 7º, e o relativo às obrigações, no artigo 9º entre outros. Mas há outras normas que regulam questões de DIPr e se encontram dispersas em variados diplomas legais, como por exemplo, a regulamentação da competência internacional, no Código de Processo Civil (artigos 21 a 24 e 26 a 27 - BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil) e na Resolução n.º 9 do STJ (BRASIL. STJ. Resolução n.º 9, de 4.5.2005, DJ de 6.5.2005, p. 154, Seção I), que cuida da cooperação jurídica internacional”. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Direito internacional privado e do comércio internacional: coletânea normativa [recurso eletrônico]*. 3ª ed. Curitiba, 2016. Disponível em: http://www.cisg-brasil.net/downloads/legislacao/e-book_glitz_3ed.pdf. Acesso em 3.1.2017.

432 BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980.

433 BRASIL. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929 - Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana.

A via alternativa de regulação por meio do direito uniforme material só foi conseguida em relação a alguns tipos contratuais.

6.3.1. As convenções internacionais e os Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais

A convenção internacional é o instrumento para o Direito Internacional Privado uniforme e para o Direito Uniforme substantivo ou material. O **direito brasileiro está vinculado às seguintes convenções no que tange às relações contratuais:**

- a)** Código Bustamante - Decreto nº 18.871/1929;
- b)** Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual - MERCOSUL - Decreto nº 2.095/1996;
- c)** Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile - Decreto nº 6.891/2009;
- d)** Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações para serem utilizadas no Exterior (Panamá 1975) - Decreto nº 1.213/1994
- e)** Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias, entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai - Decreto nº 1.563/1995
- f)** Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Buenos Aires 1994) - Decreto nº 2.095/1996

- g) Acordo sobre Jurisdição em Matéria de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre os Estados Partes do Mercosul (Buenos Aires 2002) - Decreto legislativo nº 208/2004
- h) Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Montreal 1999) - Decreto nº 5.910/2006
- i) Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis e o Protocolo à Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis Relativo a Questões Específicas ao Equipamento Aeronáutico (Cidade do Cabo 2001) - Decreto nº 8.008/2013
- j) Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena 1980) - Decreto nº 8.327/2014
- k) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010.
- l) The Hague Principles on choice of law in International Commercial Contracts
- m) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996)
- n) UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001)

A ideia das convenções internacionais acerca dos contratos, em especial para o comércio internacional, procura **intensificar a integração entre os países, permitindo a liberalização do comércio**, viabilizando-se a uniformização das normas jurídicas relativas aos

contratos internacionais, modernizando-as e possibilitando expressamente a autonomia privada das partes contratantes. Evitando-se que as normas internas vigentes representam entraves à atividade comercial. Tais adequações podem ser obtidas por Convenções Internacionais que versem, especificamente, sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais.⁴³⁴

Pondera-se uma necessidade de uniformização das regras aplicáveis aos contratos internacionais, no âmbito internacional, a fim de uniformizar os elementos de conexão dos respectivos contratos internacionais. Não obstante, **ser admitida a existência de uma relativa uniformização de práticas e usos do comércio internacional, permanece ainda a dúvida sobre o conflito de leis**, tendo em vista as técnicas para a sua solução atualmente existentes não serem ainda suficientes para dar plena segurança aos interesses das partes.

As tentativas de uniformização legislativa levantam enormes controvérsias, pois deram lugar a um verdadeiro dédalo, no qual a vítima é o comércio internacional.

Estas controvérsias derivam de divergências doutrinárias, ante um direito uniforme em matéria, especialmente de compra e venda. Este problema vai de encontro com a posição da doutrina clássica que prega a hegemonia em todos os sentidos das premissas do DIPr⁴³⁵ para a resolução dos conflitos de leis, sendo em consequência dispensável e até nocivo qualquer movimento no sentido de excluir as soluções previstas em cada sistema legislativo, para a implementação de tal sistema uniforme.⁴³⁶

Estas tentativas, apesar de enormes dificuldades e limitações peculiares ao DIPr clássico, não podem deixar de ser consideradas válidas, pois **se não resolvem por completo a matéria do conflito**

434 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 61-62.

435 VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 117.

436 STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 109-115.

de leis no espaço e demais factos jurisdicionais, desempenham um papel importante na funcionalização dos contratos internacionais, trazendo resultados satisfatórios para os operadores do comércio internacional.

Uma das tentativas adequadas são os Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais⁴³⁷. Estes Princípios contêm regras destinadas a regerem os contratos comerciais internacionais⁴³⁸, assim não causa surpresa que quase todas as funções enunciadas no respectivo preâmbulo digam respeito aos contratos internacionais, tendo como excepção as referências da sua utilização para interpretação ou suplementação da lei nacional ou, ainda, como modelo aos legisladores nacionais.⁴³⁹

Não há dúvidas que o Princípios do UNIDROIT representa, para quem se interessa pela evolução do comércio internacional, especialmente em relação à arbitragem internacional, **um passo positivo, um**

⁴³⁷ Para ter acesso aos Princípios do Unidroit nas quatro edições UNIDROIT Principles 2016, UNIDROIT Principles 2010, UNIDROIT Principles 2004, UNIDROIT Principles 1994, vide: <http://www.unidroit.org>. Acesso em 26.6.2017.

⁴³⁸ A restrição dos Princípios do UNIDROIT aos contratos comerciais vincula-se a circunstâncias de que é no âmbito do comércio internacional que estão presentes os operadores e os interesses que promovem e tornam possível o desenvolvimento e a operatividade dessas normas elaboradas sem a participação estatal. Por outro lado, não implica aqui fazer uma distinção civil/comercial que é desconhecida em muitos ordenamentos estadais, a não ser que tenham como objectivo fundamental deixar de lado o regime de certos contratos, como demonstra o comentário n.º 2 do Preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT, (UNIDROIT, *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*. Tradução pelo Ministério da Justiça de Portugal, Roma: Unidroit 1995, p. 22.), pois estes não se aplicam nas “operações de consumo”, ou seja aos contratos de consumo, nos quais a intervenção estatal através das normas imperativas limitam a autonomia privada das partes com a finalidade de garantir o equilíbrio contratual, dando lugar a um contexto normativo específico.

⁴³⁹ “PREAMBLE, (Objet des Principes): 1) Les Principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international. 2) Ils s’appliquent lorsque les parties acceptent d’y soumettre leur contrat.(**) 3) Ils peuvent s’appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les “Principes généraux du droit”, la “lex mercatoria” ou autre formule similaire. 4) Ils peuvent s’appliquer lorsque les parties n’ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat. 5) Ils peuvent être utilisés afin d’interpréter ou de compléter d’autres instruments du droit international uniforme. 6) Ils peuvent être utilisés afin d’interpréter ou de compléter le droit national. 7) Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux”. Os n.ºs 4 e 6 foram acrescidos na publicação dos UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts 2004*. Roma: Unidroit, 2004.

auxílio favorável para a formação gradual e uniforme de um regime jurídico⁴⁴⁰ a ser utilizado na solução concreta dos litígios comerciais internacionais.

Na opinião de Pierre Lalive⁴⁴¹, **uma das utilidades dos Princípios do UNIDROIT consiste em contribuir para a previsibilidade e a segurança do regime jurídico.**

Na procura da unificação do direito também foram alcançados resultados positivos em outros campos do âmbito internacional, como a propriedade intelectual, a arbitragem internacional, o contrato de compra e venda, além de outras áreas muito importantes para o comércio internacional. Acrescenta Nádia de Araújo⁴⁴² que outros campos do direito internacional foram abordados com vista a uma unicidade⁴⁴³, de modo que, uma codificação evolutiva do direito do comércio internacional é não só desejável, como possível.

Podemos observar que em relação à questão das vendas internacionais, há uma relativa uniformização firmada na própria identidade

440 Na opinião de Andrea Giardina (GIARDINA, Andrea. *Les Principes UNIDROIT sur Les Contrats Internationaux*). In *Journal du Droit International*, ano 122, Paris, Clunet, 1995: 547-584, p. 558) os Princípios do UNIDROIT constituem uma tentativa de codificação da *lex mercatoria*. Para verificação da abrangência dos Princípios do UNIDROIT como modelo jurídico capaz de proceder a uma harmonização normativa dos contratos comerciais internacionais, vide MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de. *Armonización Normativa y Régime Jurídico de los Contratos Mercantiles Internacionales*. In. *Diritto del Comercio Internazionale*, n.º 12.4. Giuffrè Ed., 1998, p. 859-883. Vide sobre a questão da unificação e da harmonização do direito ROSSET, Arthur, *Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform*. In *The American Journal of Comparative Law*, vol. XL, 1992, p. 683-702.

441 LALIVE, Pierre, “L’Arbitrage International et les Principes UNIDROIT”. In. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, a cura di Michael J. BONELL e di Franco BONELLI, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 73-89.

442 ARAÚJO, Nádia de. “O Direito do Comércio Internacional e o Mercosul”, in *Contratos Internacionais*, 2.ª ed. Revista e Ampliada, São Paulo, RT. Ed., 1995, 279-303, p. 287.

443 Uma prova inegável disto é a Convenção de Direito do Mar, de 1982, mais conhecida por Convenção de Montego Bay/EUA, que vem sendo considerada, após a Carta das Nações Unidas, o mais importante tratado internacional até agora celebrado, pois ascendeu a 159 assinaturas. Outra referência importante que se pode fazer é em relação à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958, que conta com 132 países signatários. AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003, p. 69, nota 139.

dos conceitos básicos do comércio internacional. Assim, a **Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CVIM)**, é uma modalidade de convenção abrangente, que praticamente engloba e permite as operações do comércio internacional. Demonstrando a importância desta Convenção, afirmamos que as regras de conflitos de leis são aplicáveis somente quando as regras substantivas estabelecidas pela Convenção possuam lacunas ou não se apliquem à espécie⁴⁴⁴.

A remissão expressa aos Princípios do UNIDROIT pelos operadores do comércio internacional é cada vez mais frequente na prática negocial internacional.⁴⁴⁵

A via mais simples e rápida para conseguir a aplicação dos Princípios do UNIDROIT é pactuá-los no contrato, como prevê o preâmbulo dos mesmos, onde está exposto que “São aplicáveis sempre que as partes acordam em submeter o contrato a estes Princípios” e “Podem aplicar-se quando as partes convencionam submeter o contrato aos “Princípios gerais de direito”, à “lex mercatoria” ou outra fórmula equivalente”.⁴⁴⁶

Destarte, ao analisar a aplicabilidade efectiva de regras dos mecanismos de uniformização, em particular os aludidos Princípios do UNIDROIT, parece oportuno verificar se estes podem ser indicados pelas partes, com fulcro na autonomia privada, como uma norma conflitual ou funcionará apenas como uma norma material.

Reiterando o já exposto, por força do princípio da autonomia privada, se as partes optarem pela arbitragem internacional e, através de uma cláusula contratual indicarem os Princípios do UNIDROIT

444 Para observar a questão do carácter da abrangência da CVIM na harmonização do direito a partir de um estudo comparado das divergências entre os diferentes sistemas jurídicos vide DOLINGER, Jacob. “Aplicação, Prova e Interpretação do Direito Estrangeiro: Um Estudo Comparado de Direito Internacional Privado”. In. *Revista de Direito Renovar*, n.º 5, Rio de Janeiro, Renovar Ed., 1996, p. 15-68.

445 BONELL, Michael J.. “The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years”. In. *Uniform Law Review*, n.º 1, Kluwer Law International, 1997, 34-45, p. 42-43. BONELL, Michael J.; MONFELI, Tommaso, Rassegna Giurisprudenziale sui Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali. *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 15.1, Milano, 2001, 169-225.

446 Preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT de 2016. UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts*. Rome: UNIDROIT, 2016.

como norma aplicável ao litígio, esta será válida⁴⁴⁷. Por outro lado, se o órgão decisório for um tribunal estatal, os Princípios do UNIDROIT não poderão actuar como regra conflitual e sim como uma regra material, isto é, a liberdade das partes na designação da lei aplicável ao contrato é tradicionalmente limitada pelas leis nacionais, bem como pelas convenções existentes.⁴⁴⁸

Por isso, há uma enorme relação de Convenções internacionais que tratam dos contratos, que nem foram assinadas pelo Brasil.

6.3.2. Os Incoterms

Os Incoterms (ou *International Commercial Terms*) surgiram em 1936, quando a Câmara Internacional do Comércio (CCI), entidade privada, com sede em Paris (França), interpretou e consolidou as diversas formas contratuais que vinham sendo utilizadas no comércio e nos investimentos internacionais.

Os Incoterms consistem, na verdade, em um formulário de cláusulas contratuais elaborado pela CCI (conhecidos como cláusula preço⁴⁴⁹), justificado pela necessidade de obviar a incerteza reinante nos contratos internacionais, em especial os empresariais.

Para os Incoterms vigorarem é fundamental a inserção de uma cláusula modelo de Incoterms no contrato, isso porque cada um dos Incoterms não provém de elementos efetivos para formar uma declaração negocial completa, e só por conexão com as outras cláusulas

⁴⁴⁷ AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003, p. 60, nota n.º 118 onde cito algumas sentenças que tiveram como lei aplicável ao mérito a *lex mercatoria*.

⁴⁴⁸ AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003, p. 60, nota n.º 144 “a título de exemplo podemos citar o art. 3º, da Convenção de Roma e o art. 12 combinado com art. 17, da CIDIP-V”. Este entendimento foi assumido pelos Princípios do UNIDROIT no seu Preâmbulo. UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts*. Rome: UNIDROIT, 2016.

⁴⁴⁹ É denominada de cláusula de preço, porque “a opção por uma ou outra condição de venda vai determinar que itens necessariamente devem ser considerados na apuração do preço final de uma operação”. FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior*. Visão e experiência brasileira. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33.

contratuais que conjuntamente com eles formem um conjunto coerente e coeso de contrato internacional.

Por isso, os Incoterms tratam apenas as obrigações das partes, vindo as estipulações específicas para completar o conteúdo da transação. Logo, os Incoterms não devem interferir em outros contratos firmados em paralelo, por conta e ordem da transação comercial⁴⁵⁰, como **por exemplo**, os contratos relativos ao seguro internacional ou mesmo transporte celebrado pelo vendedor e segurador ou transportador.

É fundamental que as partes indiquem expressamente o termo escolhido do Incoterms, com todos os esclarecimentos ou modificações pertinentes ao contrato⁴⁵¹. Para a inserção dos Incoterms em um contrato é necessário que partes procedam à análise de um conjunto de pontos, primeiramente devem individualizar o sistema jurídico aplicável ao contrato, e só depois estabelecem, à luz deste ordenamento, a eficácia da remissão das cláusulas em exame (Incoterms) e o modo como serão interpretadas.⁴⁵²

Os Incoterms por serem facultativos, têm como finalidade harmonizar os negócios internacionais⁴⁵³. Apoiados nessas regras “os empresários impõem às suas atividades maior segurança e evitam as incertezas decorrentes das diversidades sistemáticas dos diferentes países”⁴⁵⁴. Os **Incoterms são usados nos contratos internacionais para regular as relações entre exportadores e importadores, não gerando efeitos com relação aos demais envolvidos com a exportação ou importação dos produtos**, como seguradoras, despachantes, etc.

450 AQUINO, Leonardo Gomes de. *Contratos Internacionais e Regramento do Comércio Exterior*. Brasília: Unyleya, 2014, p. 59.

451 GRANZIERA, Maria Lúiza Machado. INCOTERMS. *Contratos Internacionais*. 2ª ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 147-222, p. 150.

452 AQUINO, Leonardo Gomes de. *Contratos Internacionais e Regramento do Comércio Exterior*. Brasília: Unyleya, 2014, p. 59.

453 ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza. “Estudo Comparativo sobre os Contratos Internacionais: Aspectos Doutrinários Práticos”. *Contratos Internacionais*. 2ª ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 51-90, p. 77.

454 STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 554-557.

Merece uma maior atenção a informação de que em princípio **os Incoterms não possuem força lei estatal, apenas vinculam as partes se inseridos no contrato**, passando a ter força coercitiva⁴⁵⁵, pois a CCI, ao criá-los, objetivava apenas estabelecer parâmetros a serem seguidos e observados pelas partes, envolvendo todas as ações inerentes e integradas à transferência da propriedade e da posse da mercadoria objeto do contrato. Logo, os Incoterms oferecem uma proposta de adequação e harmonização de conceitos, evidenciando as ações cabíveis a cada uma das partes contratantes.

Os Incoterms contêm regras criadas de maneira imparcial e uniforme para serem usadas na negociação no comércio entre países. Dessa forma, é necessário a análise dos diversos tipos de Incoterms. **Eles são constituídos por 11 (onze) regras (siglas de três letras) e divididos em quatro grupos (“E”, “F”, “C” e “D”), definindo de forma crescente o nível de responsabilidade e obrigações mínimas para o exportador, e, por consequência, de forma decrescente para o importador.**

GRUPO	“E”	“F”	“C”	“D”
Qualificação ou Conceito	de EX Mercadoria à disposição do importador de origem Mínima obrigação para o vendedor (exportador)	de FREE Transporte principal não pago pelo exportador	de COST Transporte principal pago pelo exportador	de DELIVERY Entrega da mercadoria ao importador no destino Máxima obrigação para o exportador
Sigla do Incoterms	EXW	FCA FAS FOB	CFR CIF CPT CIP	DPU DAP DDP

Fonte: Tipos de Incoterms⁴⁵⁶

455 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. INCOTERMS. *Contratos Internacionais*. 2^a ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 147-222, p. 153.

456 INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

Além das cláusulas citadas acima a Legislação brasileira admite as seguintes:

(i) “Cost Plus Freight = C + F (Custo mais Frete) onde o vendedor arca com os custos e riscos das tarefas no país de exportação, bem como contrata e paga o transporte internacional convencional”⁴⁵⁷. Utilizável em qualquer modalidade de transporte.

(ii) “Cost Plus Insurance = C + I (Custo mais Seguro) onde o vendedor arca com os custos e riscos das tarefas no país de exportação, bem como contrata e paga o seguro de transporte internacional convencional”⁴⁵⁸. Utilizável em qualquer modalidade de transporte.

(iii) Outra Condição de Venda = OCV qual se utiliza sempre que a transação comercial não se enquadre em qualquer das situações descritas na Resolução nº 16, de 02 de março de 2020.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ RESOLUÇÃO Nº 16, DE 2 DE MARÇO DE 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-16-de-2-de-marco-de-2020-248564145>. Acesso em 14/6/2021.

⁴⁵⁸ RESOLUÇÃO Nº 16, DE 2 DE MARÇO DE 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-16-de-2-de-marco-de-2020-248564145>. Acesso em 14/6/2021.

⁴⁵⁹ BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

Síntese dos Incoterms Especiais	
CÓDIGO	DESCRÍÇÃO
C + F	<p>COST PLUS FREIGHT Custo mais frete O vendedor arca com os custos e riscos das tarefas no país de exportação, bem como contrata e paga o transporte internacional convencional. Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p>
C + I	<p>COST PLUS INSURANCE CUSTO MAIS SEGURO O vendedor arca com os custos e riscos das tarefas no país de exportação, bem como contrata e paga o seguro de transporte internacional convencional. Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p>
OCV	<p>OUTRA CONDIÇÃO DE VENDA Utilizável em operação que não se enquadre em qualquer das situações descrita nesta Resolução (Resolução nº 16, de 02 de março de 2020).</p>

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁶⁰

As características dos Incoterms serão explicadas abaixo⁴⁶¹:

(a) Ex Works = EXW (a partir do local de produção ou comercialização)

“Ex Works” means that the seller delivers when it places the goods at the disposal of the buyer at the seller’s premises or at another named place (ie, works, factory, warehouse, etc.). Em uma tradução livre da expressão “Ex Works” **o vendedor tem a sua responsabilidade encerrada quando a mercadoria, devidamente embalada para o transporte, qualquer que seja o transporte, for disponibilizada nas suas instalações (armazém, depósito, fábrica etc) ou outro local designado em contrato ao comprador.** Pode ser utilizada EXW em qualquer tipo de transporte.⁴⁶²

460 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

461 DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-295.

462 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência bra-*

A Resolução nº 16 dispõe que “o vendedor limita-se a colocar a mercadoria à disposição do comprador no seu domicílio, no prazo estabelecido, não se responsabilizando pelo desembaraço para exportação nem pelo carregamento da mercadoria em qualquer veículo coletor.”⁴⁶³

Essa sigla representa um mínimo de responsabilidade e obrigações para o vendedor (exportador), e somente pode ser utilizado nas operações em que o comprador (importador) possa se ocupar de todas as fases envolvendo o transporte interno e desembaraço alfandegário (aduaneiro) de exportação no país de origem.

Em suma, **o adquirente deve arcar com todos os valores decorrentes dos custos e dos riscos envolvidos em retirar a mercadoria do estabelecimento do vendedor, incluindo o seguro.** Se o contrato contiver cláusula expressa descrevendo que a responsabilidade acerca dos riscos, custo envolvidos a respeito dos riscos e carregamento das mercadorias na saída poderão ser do exportador (vendedor). Contudo, a Resolução nº 16 dispõe que “em virtude de o comprador estrangeiro não dispor de condições legais para providenciar o desembaraço para saída de bens do País, fica subentendido que esta providência é adotada pelo vendedor, sob suas expensas e riscos, no caso da exportação brasileira”.⁴⁶⁴

sileira. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35. DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-295.

463 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

464 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

EXW - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)

Importador

Figura : Incoterms EXW⁴⁶⁵

(b) Free Carrier = FCA (Livre no transportador)

“**Free Carrier**” “means that the seller delivers the goods to the carrier or another person nominated by the buyer at the seller’s premises or another named place”⁴⁶⁶. Em uma tradução livre da expressão “Free Carrier” **seria o vendedor (exportador) responsável por entregar, desembaraçada para a exportação, no país de origem, ao transportador previamente indicado pelo comprador (importador), responsável pelo transporte de viagem principal, qualquer que seja o tipo de transporte.**

Nesse caso, **o comprador é responsável pelo transporte, mas se encontra livre das questões alfandegárias**. Mas quem é responsável pela transferência da mercadoria, o importador ou o exportador?

Se ocorrer nas instalações do vendedor a responsabilidade pelo carregamento será dele, caso ocorra fora da propriedade do exportador, a responsabilidade pela carga e descarga será do comprador.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira.* 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35.

⁴⁶⁶ INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms.* 2020.

⁴⁶⁷ DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão.* 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-295.

Síntese da FCA
FREE CARRIER (named place of delivery)
LIVRE NO TRANSPORTADOR (local de entrega nomeado)
O vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando entrega a mercadoria, desembaraçada para a exportação, ao transportador ou a outra pessoa indicada pelo comprador, no local nomeado do país de origem.
Utilizável em qualquer modalidade de transporte.

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁶⁸

O seguro internacional e o valor do frete recaem sobre o comprador.

FCA - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms FCA⁴⁶⁹

(c) Free Alongside Ship = FAS (Livre ao lado do navio)

“**Free Alongside Ship**” “means that the seller delivers when the goods are placed alongside the vessel (e.g., on a quay or a barge) nominated by the buyer at the named port of shipment”⁴⁷⁰. Em uma tradução livre da expressão “Free Alongside Ship” seria: **o vendedor tem a sua responsabilidade encerrada quando a mercadoria, desembaraçada para a exportação, for colocada ao lado do navio, por exemplo, em um cais ou uma barcaça, designado pelo comprador, no porto de embarque nomeado pelo comprador.** A partir desse momento a responsabilidade passa a ser do importador, por qualquer

⁴⁶⁸ BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

⁴⁶⁹ INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

⁴⁷⁰ INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

custo ou risco, envolvendo a mercadoria, no que tange ao manuseio, transporte, perdas e danos, inclusive o custo do seguro internacional.

É necessária uma atenção maior à questão que envolva navios que se encontram ancorados fora do cais do porto, caso em que a mercadoria só poderá ser embarcada em balsas para a conclusão da entrega ao navio. Assim de que será a responsabilidade pelo transporte em águas até o navio? A responsabilidade continua sendo do exportador (vendedor), pois a indicação do porto de embarque possui uma grande relevância para o transporte.⁴⁷¹

Síntese da FSA
FREE ALONGSIDE SHIP (named port of shipment).
LIVRE AO LADO DO NAVIO (porto de embarque nomeado).
O vendedor encerra suas obrigações no momento em que a mercadoria é colocada, desembaraçada para exportação, ao longo do costado do navio transportador indicado pelo comprador no cais ou em embarcações utilizadas para carregamento da mercadoria, no porto de embarque nomeado pelo comprador.
Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁷²

Importante ressaltar que a cláusula só pode existir se o transporte for aquaviário, seja marítimo (é aquele realizado por navios em oceanos e mares), fluvial ou hidroviário (é a interna, ou seja, dá-se dentro do país e/ou continente, pois é a navegação praticada em rios) ou lacustre (aquele realizada em lagos e tem como característica a ligação de cidades e países circunvizinhos).⁴⁷³

471 DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-295.

472 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

473 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

FAS - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura: Incoterms FAS⁴⁷⁴

(d) Free On Board = FOB (Livre a bordo do navio)

“Free On Board” “means that the seller delivers the goods on board the vessel nominated by the buyer at the named port of shipment or procures the goods already so delivered”⁴⁷⁵. Em uma tradução livre da expressão “Free On Board” seria: **o vendedor é responsável pelo desembarço aduaneiro de exportação e pela entrega da mercadoria a bordo no navio ancorado no porto designado pelo comprador. Somente é possível a inserção da cláusula contratual se o transporte for aquaviário interno.**

Síntese da FOB
<p>FREE ON BOARD (named port of shipment). LIVRE A BORDO (porto de embarque nomeado). O vendedor encerra suas obrigações e responsabilidade quando a mercadoria, desembalada para a exportação, é entregue, arrumada, a bordo do navio no porto de embarque, ambos indicados pelo comprador, na data ou dentro do período acordado. Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).</p>

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁷⁶

474 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira.* 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

475 INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms.* 2020.

476 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020.* Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

Assim, o importador só estará obrigado e responsável pelas obrigações após o desembarque no navio das mercadorias, até esse momento a responsabilidade corre por conta do exportador.⁴⁷⁷

FOB - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms FOB⁴⁷⁸

(e) Cost and Freight = CFR (Custo e frete)

“Cost and Freight” “means that the seller delivers the goods on board the vessel or procures the goods already so delivered”⁴⁷⁹. Em uma tradução livre da expressão “Cost and Freight” seria: **o vendedor é responsável pelo desembarço aduaneiro de exportação, pela entrega da mercadoria a bordo no navio ancorado no porto designado pelo comprador, momento em que a responsabilidade é transferida para o comprador.** Mas, o exportador continua com a responsabilidade do pagamento do frete internacional até o destino. Portanto, o frete internacional é pago na origem (pré-pago). **Somente é possível** a inserção da cláusula contratual **se o transporte for aquaviário.**⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão.* 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-295.

⁴⁷⁸ FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira.* 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

⁴⁷⁹ INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms.* 2020.

⁴⁸⁰ BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020.* Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

Síntese da CFR
COST AND FREIGHT (named port of destination).
LIVRE E FRETE (porto de destino nomeado).
Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FOB, o vendedor contrata e paga o frete e custos necessários para levar a mercadoria até o porto de destino combinado. Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁸¹

Caso queira se resguardar, o comprador deve contratar e pagar o seguro da mercadoria, isso porque os riscos de perda ou dano da mercadoria, bem como quaisquer outros custos adicionais são transferidos do vendedor para o comprador no momento em que a mercadoria esteja no convés do navio. Assim, o importador assume todos os riscos inerentes à operação (manuseio da carga e eventuais perdas e danos), sendo responsável, ainda, pelo desembarque aduaneiro no destino.⁴⁸²

CFR - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms CFR⁴⁸³

(f) Cost, Insurance and Freight = CIF (Custo, Seguro e Frete)

“Cost, Insurance and Freight” “means that the seller delivers the goods on board the vessel or procures the goods already so delivered”⁴⁸⁴. Em uma tradução livre da expressão “Cost, Insurance and

481 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

482 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

483 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

484 INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

Freight” seria: **o vendedor é responsável pelo desembarque aduaneiro de exportação, pelo seguro internacional (normalmente de valor mínimo) e pela efetiva entrega da mercadoria no convés do navio no porto de embarque. Somente é possível a inserção da cláusula contratual se o transporte for aquaviário.**

Síntese da CIF
COST, INSURANCE AND FREIGHT (named port of destination).
CUSTO, SEGURO E FRETE (porto de destino nomeado).
Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FOB, o vendedor contrata e paga o frete, custos e seguro relativo ao transporte da mercadoria até o porto de destino combinado.
Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁸⁵

A responsabilidade do comprador se inicia a partir da recepção da mercadoria, cabendo a ele, também as competentes ações vinculadas ao desembarço alfandegário da importação.⁴⁸⁶

CIF - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms CIF⁴⁸⁷

(g) Carriage Paid To = CPT (Transportes pagos até)

485 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

486 DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-295.

487 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38.

“**Carriage Paid To**” “means that the seller delivers the goods to the carrier or another person nominated by the seller at an agreed place (if any such place is agreed between parties) and that the seller must contract for and pay the costs of carriage necessary to bring the goods to the named place of destination”⁴⁸⁸. Em uma tradução realizada por Ricardo Faro e Fátima Faro a expressão “Carriage Paid To” **“o vendedor entrega a mercadoria ao transportador ou outra pessoa nomeada pelo vendedor em um local acordado (se houver tal lugar é acordado entre as partes) e que o vendedor deve contratar e pagar os custos de transporte necessários para levar a mercadoria até o local de destino nomeado”**⁴⁸⁹. A inserção da cláusula contratual pode ser feita em qualquer tipo de transporte.

Síntese da CPT
CARRIAGE PAID TO (named port of destination).
TRANSPORTE PAGO ATÉ (local de destino nomeado).
Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FCA, o vendedor contrata e paga o frete, custos necessários para levar a mercadoria até o local de destino combinado. Utilizável em qualquer modalidade de transporte.

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁹⁰

Importante ressaltar, ainda, que o vendedor tenha de contratar e pagar o transportador, os riscos por perdas e danos às mercadorias, bem como quaisquer custos adicionais que ocorram após a entrega da mercadoria à transportadora, ficam sendo de inteira responsabilidade do comprador.

488 INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

489 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38.

490 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

CPT - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms CPT⁴⁹¹

(h) Carriage and Insurance Paid to = CIP (Transporte e seguros pagos até...)

“Carriage and Insurance Paid to” “means that the seller delivers the goods to the carrier or another person nominated by the seller at an agreed place (if any such place is agreed between parties) and that the seller must contract for and pay the costs of carriage necessary to bring the goods to the named place of destination”⁴⁹². Em uma tradução livre da expressão “Carriage and Insurance Paid to” **o vendedor é responsável pelo desembarço aduaneiro de exportação, contratar o transportador e é responsável pela contratação do seguro internacional mínimo até o destino.** A inserção da cláusula contratual **pode ser feita em qualquer tipo de transporte.**⁴⁹³

Síntese da CIP
CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO (named place of destination).
TRANSPORTE E SEGURO PAGO ATÉ (local de destino nomeado).
Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FCA, o vendedor contrata e paga o frete, custos e seguro relativos o transporte da mercadoria até o local de destino combinado.
Utilizável em qualquer modalidade de transporte.

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁹⁴

⁴⁹¹ FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira.* 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38.

⁴⁹² INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms.* 2020.

⁴⁹³ INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms.* 2020.

⁴⁹⁴ BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020.* Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

Nas hipóteses de uso de mais de um meio de transporte, ou de vários transportadores, os riscos repassados do vendedor ao comprador quando da entrega da mercadoria ao primeiro transportador.⁴⁹⁵

CIP - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms CIP⁴⁹⁶

(i) Delivered At Place Unloaded = DPU (Entregue No Local Desembalado - Local de destino nomeado)

Delivered at Place Unloaded (DPU) “requires the seller to deliver the goods at the disposal of the buyer after they’ve been unloaded from the arriving means of transport”. Em uma tradução livre da expressão “Delivered at Place Unloaded” exige que o vendedor entregue as mercadorias à disposição do comprador após terem sido descarregadas do meio de transporte de chegada, sendo a única regra que obriga o vendedor a descarregar o objeto transportado no local do destino. A inserção da cláusula contratual **pode ser feita em qualquer tipo de transporte.**⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 294.

⁴⁹⁶ FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38.

⁴⁹⁷ INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

Síntese da DPU
DELIVERED AT PLACE UNLOADED (named place of destination).
ENTREGUE NO LOCAL DESCARREDOADO (local de destino).
O Vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando a mercadoria é colocada à disposição do comprador, na data ou dentro do período acordado, em local determinado no país de destino, descarregada do veículo transportador, mas não desembaraçada para importação.
Utilizável em qualquer modalidade de transporte.

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁴⁹⁸

O vendedor da mercadoria encerra sua responsabilidade quando a mercadoria é colocada à disposição do comprador, situação na qual as suas obrigações estarão completadas, levando em consideração a data ou dentro do período acordado, em local determinado no país de destino, descarregada do veículo transportador, mas não desembaraçada para importação.

DPU - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms DPU⁴⁹⁹

(j) Delivered At Place = DAP (Entregue no local designado)

“Delivered at Place” “means that the seller delivers when the goods are placed at the disposal of the buyer on the arriving means of transport ready for unloading at the named place of destination”⁵⁰⁰. Em uma tradução livre da expressão “Delivered at Place” **o vendedor cumpre as suas obrigações e encerra as suas responsabilidades quando**

498 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

499 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38.

500 INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

entrega no prazo marcado a mercadoria devidamente descarregada no local designado que não seja um terminal, ficando à disposição do importador, sem, contudo, desembaraçar a importação, que é responsabilidade do importador. A inserção da cláusula contratual pode ser feita em qualquer tipo de transporte.⁵⁰¹

Síntese da DAP
DELIVERED AT PLACE (named place of destination)
ENTREGUE NO LOCAL (local de destino nomeado)
O vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando coloca a mercadoria à disposição do comprador, na data ou dentro do período acordado, num local indicado no país de destino, pronta para ser descarregada do veículo transportador e não desembaraçada para importação.
Utilizável em qualquer modalidade de transporte.

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁵⁰²

As partes são livres para pactuarem o local onde as mercadorias serão entregues e será nesse momento e local que todos os riscos por perdas e danos, bem como todos os custos que podem ocorrer com a mercadoria serão transferidos ao comprador.⁵⁰³

DAP - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms DAP⁵⁰⁴

501 INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

502 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

503 DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 295.

504 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

(k) Delivered Duty Paid = DDP (Entregue com os direitos pagos)

“**Delivered Duty Paid**” “means that the seller delivers the goods when the goods are placed at the disposal of the buyer, cleared for import on the arriving means of transport ready for unloading at the named place of destination”⁵⁰⁵. Em uma tradução livre da expressão “Delivered Duty Paid” **as obrigações do vendedor são encerradas quando a mercadoria é entregue ao importador, no período ou data marcada, no local designado, sem, contudo, descarregar a mercadoria. O vendedor assume todos os riscos e custos, inclusive impostos, taxas e outros encargos incidentes na importação e os relativos ao desembarque. A inserção da cláusula contratual pode ser feita em qualquer tipo de transporte.**⁵⁰⁶

Síntese da DDP
<p>DELIVERED DUTY PAID (named place of destination) ENTREGUE COM DIREITOS PAGOS (local de destino nomeado) O vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando a mercadoria é colocada à disposição do comprador, na data ou dentro do período acordado, no local de destino designado no país importador, não descarregada do meio de transporte. O vendedor, além do desembarque, assume todos os riscos e custos, inclusive impostos, taxas e outros encargos incidentes na importação. Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p>

Figura : Resolução nº 16, de 02 de março de 2020⁵⁰⁷

De acordo com a Resolução nº 16, de 02 de março de 2020 o **termo DDP não poderá ser utilizado na importação brasileira**, pois o vendedor estrangeiro não dispõe de condições legais para providenciar o desembarque para entrada de bens do País, devendo ser escolhido

505 INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

506 , ICC. *ICC Guide to Incoterms*. 2020.

507 “Nota: em razão de o vendedor estrangeiro não dispor de condições legais para providenciar o desembarque para entrada de bens do País, este termo não pode ser utilizado na importação brasileira, devendo ser escolhido o DPU ou DAP no caso de preferência por condição disciplinada pela ICC.BRASIL”. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no *D.O.U.* de 30.8.2020.

o DAT ou DAP no caso de preferência por condição disciplinada pela CCI.⁵⁰⁸

DDP - quadro demonstrativo de assunção de custos							
Exportador							
Carga (na origem)	Transporte Local (origem)	Desembarço Aduaneiro (exportação)	Transporte de viagem principal	Seguro viagem principal	Desembarço Aduaneiro (importação)	Transporte Local (destino)	Descarga (no destino)
Importador							

Figura : Incoterms DAP⁵⁰⁹

6.3.3 A *lex mercatoria*

A atendibilidade dos usos e regras corporativas é especialmente visível no comércio internacional. Por isso, se observa que desde a década de 1960, há uma tendência de construir uma nova *lex mercatoria*. Na mais ampla das concepções, a *lex mercatoria* é definida **apenas pelo objeto e abrange o conjunto de regras próprias do comércio internacional.**

A *lex mercatoria* (ou usos do comércio internacional) é um conjunto de normas que compõe o sistema jurídico completo, com mecanismos de soluções de controvérsias e sanções próprias criado com o objetivo de aumentar a segurança nas diversas relações jurídicas empresariais internacionais realizadas entre sujeitos que se localizam em diferentes Estados ou que o objetivo da realização do contrato é a execução em outro Estado.

Pretende-se salientar, ou sustentar, a existência de um direito transnacional pelo qual se regulam as transações empresariais internacionais com autonomia em relação aos direitos estaduais. De modo

508 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no D.O.U. de 30.8.2020.

509 FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

mais restrito a *lex mercatoria*, definida pela origem, integra apenas, os seus próprios destinatários, isto é, pelos participantes no comércio internacional. Assim, a *lex mercatoria* seria a auto-regulamentação do comércio.

Neste sentido, as fontes indicadas para a *lex mercatoria* são: as práticas e usos profissionais, códigos deontológicos, regras relativas a transações comerciais, cláusulas contratuais gerais e modelos contratuais publicadas pela Câmara do Comércio Internacional e por outras organizações internacionais de índole corporativa, a jurisprudência dos tribunais arbitrais e os princípios gerais de direito, desde que, em qualquer caso, digam respeito ao comércio internacional.⁵¹⁰

Irineu Strenger dispõe que a *lex mercatoria* procura a sustentação nos sistemas jurídicos dos Estados para a recognição de suas fontes e a execução das decisões arbitrais⁵¹¹. Dário Moura Vicente preleciona que as bases da *lex mercatoria* se encontram estabelecidas nos seguintes fundamentos: (a) usos profissionais; (b) contratos-tipos; (c) regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas e; (d) jurisprudencial arbitral.⁵¹²

Assim, dentro da concepção da *lex mercatoria* haveria **dois tipos de fontes**⁵¹³: (a) **as primárias** que são os usos e costumes aceitos no comércio internacional e; (b) **as secundárias** que são a jurisprudência dos tribunais arbitrais e a doutrina de direito internacional.

510 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003, p. 58.

511 STRENGER, Irineu. Contratos internacionais do comércio. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 554-557.

512 VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p.136-179.

513 Dário Moura Vicente inclui nas fontes da *lex mercatoria* as legislações internacionais, nas quais estariam as convenções internacionais de unificação do direito interno (VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 145).

6.4. Os usos e costumes

Passado o auge do positivismo legalista, em que era grande a relutância em reconhecer os costumes como fonte do direito, a doutrina brasileira tem evoluído em sentido de igualar o costume ao uso e ser favorável à sua admissibilidade, embora o perfil de costume que porventura se tem em vista, não seja muito relevante no direito dos contratos.

Atualmente, não se exige que o costume, para servir como fonte de um contrato, apresente um tempo exato de vigência, basta que seja observado de modo a perfazer os seus dois elementos fundamentais. (a) o uso inveterado e (b) *opinio necessitatis*. Isto é a certeza de imprescindibilidade do costume para servir de fonte do contrato.

Por isso, Paula Forgioni⁵¹⁴ afirma que o costume é uma prática e quando questionado acerca da sua existência deve ser confirmado pelo poder judiciário, pois “o costume não aceito pelos tribunais – i.e., por eles considerado violador de norma jurídica – acaba desautorizado ou simplesmente não se consolida”. Não necessitando segundo o entendimento da jurisprudência de assentamento na Junta Comercial para a comprovação de sua existência.⁵¹⁵

O costume pode ser encarado por **dois prismas: externo e interno, correspondendo o primeiro à prática, inveterada e universal, e o segundo ao consenso, à convicção, à opinião jurídica**. Por isso, dividimos o costume sob outro aspecto: ***secundum legem*** (costume interpretativo), ***praeter legem*** (supre lacunas) e ***contra legem*** (contra lei).⁵¹⁶

Portanto, os usos e costumes “refletem complexa interação entre texto normativo, atos dos comerciantes e jurisprudência”.⁵¹⁷

514 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

515 BRASIL. STJ. *REsp 877.074/RJ*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.5.2009, *DJe* 17.8.2009.

516 No Direito brasileiro, o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevê expressamente o costume como fonte do direito, porém, subordinado à lei.

517 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos

O Código Civil evidencia a importância dos usos e dos costumes em diversos dispositivos:

Art. 111. O silêncio importa anuênciam, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§1º. A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

(...) II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defensas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

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.

Art. 445. (...) § 2º 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.

Art. 529. Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos.

Art. 569. O locatário é obrigado:

I - a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse;

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;

Art. 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade.

Art. 597. A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.

Art. 599. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato.

Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instru-

ções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.

Art. 628 (...) Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento.

Art. 658 (...) Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento.

Art. 695. O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes.

Parágrafo único. Ter-se-ão por justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos.

Art. 699. Presume-se o comissário autorizado a conceder dilação do prazo para pagamento, na conformidade dos usos do lugar onde se realizar o negócio, se não houver instruções diversas do comitente.

Art. 700. Se houver instruções do comitente proibindo prorrogação de prazos para pagamento, ou se esta não for conforme os usos locais, poderá o comitente exigir que o comissário pague incontinenti ou responda pelas consequências da dilação concedida, procedendo-se de igual modo se o comissário não der ciência ao comitente dos prazos concedidos e de quem é seu beneficiário.

Art. 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar.

Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

Art. 753. (...) § 1º Perdurando o impedimento, sem motivo imputável ao transportador e sem manifestação do remetente, poderá aquele depositar a coisa em juízo, ou vendê-la, obedecidos os preceitos legais e regulamentares, ou os usos locais, depositando o valor.

Art. 753. (...) § 4º Se o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia, a qual poderá ser contratualmente ajustada ou se conformará aos usos adotados em cada sistema de transporte.

Não é, todavia, difícil encontrar exemplos de vigência muito mais ampla com aplicação aos contratos.

6.5. A jurisprudência

A expressão “jurisprudência” significa ciência do direito e os que a sabiam. No sentido processual é tida como a orientação do poder judiciário na interpretação e entendimento de determinada *quaestio iuris*.

Maria Helena Diniz afirma que o termo jurisprudência

é empregado como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação da nor-

ma a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas.⁵¹⁸

A jurisprudência decorre das decisões reiteradas dos tribunais num mesmo sentido, numa mesma direção interpretativa. Em regra, o juiz não se encontra vinculado a jurisprudência⁵¹⁹, isto é o juiz é autônomo na interpretação (entendimento) e aplicação da lei, não sendo obrigado a respeitar, em suas sentenças os acórdãos, o que os tribunais inferiores ou superiores hajam consagrado como sendo direito.

A sentença é decisão de um juiz isolado, ao passo que os Tribunais prolatam Acórdãos (que tem o sentido de acordar, entrar em acordo) e, por tal razão, pressupõe a existência de vários magistrados. Pois bem, são tais acórdãos, desde que repetida a interpretação de certa questão jurídica por diversas vezes e em um mesmo sentido, que formam o que se convencionou denominar de jurisprudência.

Nas palavras de Miguel Reale, a jurisprudência é a forma de revelação do direito que se processa através de exercício da jurisdição, em virtude da sucessão harmônica de decisões dos tribunais.⁵²⁰

A emenda Constitucional nº 45, de 2005, criou a **Súmula Vinculante**⁵²¹, em que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em

518 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 296.

519 REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 174.

520 REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 167 e 174.

521 Constituição Federal de 1988. “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de incons-

matéria constitucional, passa a ser observado obrigatoriamente pelos demais tribunais. Assim, **a súmula vinculante acaba por restringir, em termos, a liberdade do magistrado no momento da decisão.**

6.6. A doutrina

A **doutrina, igualmente classificada como fonte indireta do direito**, nada mais é do que o direito estudado sob o prisma científico, pelo olhar daqueles que, com vasta experiência no estudo da ciência jurídica, servem de referência quando algum assunto complexo deve ser examinado pelos jurisconsultos, sendo a simples leitura da norma insuficiente para a conclusão adequada.

Na opinião de Orlando Gomes, doutrina “é o pensamento dos estudiosos do direito reduzido a escrito em tratados, compêndios, manuais, monografias, teses ou comentários à legislação”, consistindo em sua elaboração teórica.⁵²²

São **considerados doutrina**, em especial, no âmbito do direito dos contratos: Os manuais, livros de direito, os Enunciados das Jornadas de Direito Civil, Enunciados das Jornadas de Direito Comercial, os Princípios relativos aos contratos comerciais do Unidroit, os Princípios de direito europeu dos contratos.

6.7. O Poder negocial

Poder negocial na visão de Miguel Reale⁵²³ apresenta as seguintes características: (a) manifestação de vontade de pessoas legitimadas a fazê-lo; (b) forma de querer que não contrarie a exigida em lei; (c) objeto lícito; (d) paridade entre os partícipes ou pelo menos uma devida

titucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

522 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12ª ed. Atualizada por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 47.

523 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 180.

proporção entre eles. Nesse sentido, Maria Helena Diniz é **exemplo** da doutrina que inclui no conceito de contrato todos os negócios resultantes de acordo de vontades, de modo a uniformizar sua feição e excluir quaisquer controvérsias.⁵²⁴

Disso resulta o que chamamos negócio jurídico, consistindo numa auto-regulamentação dos interesses particulares pelo ordenamento jurídico, oriundo da autonomia privada das partes contratantes.

Nos dias de hoje, com maior ênfase no Estado Democrático de Direito, é cada vez mais reveladora a atuação do Direito por meio dos contratos, e também coletivos, colocando à margem, no mais das vezes, as fórmulas estatizantes do mundo jurídico, seja no campo nacional ou internacional.

6.8. Diálogo das Fontes

A concepção do diálogo das fontes é que as normas jurídicas se complementam, supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos, logo não se excluem e por isso a dicotomia entre interpretação e integração das normas não se aplica, visto que o contrato está inserido.

O CDC no art. 7º dispõe que

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivam dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.

O Diálogo entre as normas ocorre entre os dispositivos legais, assim, os dispositivos do Código Civil, Código Defesa do Consumidor (CDC) e da legislação especial, tendo como fulcro as normas e regras

⁵²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, construídas em valores fundamentais do ordenamento.

A teoria do diálogo das fontes se contrapõem a concepção da antinomia (conflito aparente de normas) prevista no art. 2º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) que estabelece que

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º Alei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Critérios de aplicabilidade da norma	
Critério Hierárquico	A lei hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior (<i>lex superior derogat inferiori</i>)
Critério da Especialidade	A lei especial prevalece sobre a geral (<i>lex specialis</i>)
Critério Cronológico	Lei posterior prevalece sobre a anterior (<i>lex posterior derogat priori</i>)

Figura : Critérios de Antinomia

Tanto o CC como o CDC trazem normas expressas acerca da formação do contrato, defeitos e vícios ocultos, responsabilidade dos contratantes entre outras. Se aplicarmos, em linhas gerais a LINDB um eventual conflito entre as normas deverá prevalecer o CDC se a relação for consumerista e nas demais situações teremos a aplicação do CC.

No entanto, Flávio Tartuce⁵²⁵ disciplina que na situação apontada deve-se buscar uma interação entre com o entre elas e não exclusão de uma norma em detrimento a outra.

De acordo com Cláudia Lima Marques⁵²⁶

O primeiro denominado de “diálogo sistemático de coerência” prevê que havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o diálogo sistemático de coerência. Como exemplo pode ser citado a Compra e venda de consumo. No caso, são aplicáveis as regras básicas do Código Civil com os princípios do Código de Defesa do Consumidor.

O segundo, denominado “diálogo de complementaridade ou diálogo de subsidiariedade”, ocorre se o caso for de aplicação coordenada de duas leis. Assim sendo, uma norma pode completar a outra, de forma direta (diálogo de complementaridade) ou indireta (diálogo de subsidiariedade). Como exemplo destacam-se os contratos que são de consumo e de adesão ao mesmo tempo. Aplicação da

proteção do aderente (arts. 423⁵²⁷ e 424⁵²⁸ do Código Civil) e da proteção do consumidor.

O terceiro é denominado de “diálogo de influências recíprocas sistemáticas”, que ocorre quando os conceitos

525 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 34-38.

526 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, António Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor.* São Paulo: RT, 3^a Edição, 2010, pp. 108-122 *apud* TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 34-38.

527 CÓDIGO CIVIL. “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

528 CÓDIGO CIVIL. “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

estruturais de uma determinada lei sofrem influências de outra. Nas palavras de Cláudia Lima Marques, *et al.*, “é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*”⁵²⁹. Como exemplo, tem-se a situação jurídica em que o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil. A hipótese é contemplada na discussão da amplitude do art. 931⁵³⁰ do Código Civil.

A resolução dos conflitos pela regra da antinomia não nos parece adequada dentro de uma perspectiva civil-constitucional, necessitando observar a dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que o diálogo das fontes foi, inclusive, reconhecido pelo **STF, em 7.6.2006, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.591/DF**, oportunidade em que restou estabelecida a possibilidade de aplicação do CDC a todas as atividades bancárias.

Isto se deve porque é necessário revisar os conceitos, uma vez que não há mais como proteger o interesse individual sem imaginar seu reflexo no corpo social. Por isso, Francisco Amaral demonstra que a construção de novas e adequadas estruturas jurídicas de resposta, capazes de assegurar a realização da justiça”⁵³¹. Junte-se a isso a constatação de que a padronização das relações civis, um dos traços mais marcantes dos códigos de inspiração liberal, é incompatível com os valores fundamentais na sociedade e na dignidade humana, adotadas pelas Constituições modernas.⁵³²

529 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, António Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 3^a ed., 2010. p. 114 *apud* TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 34-38.

530 CÓDIGO CIVIL. “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

531 AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

532 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51-52.

Surge entanto **um sistema orientado por normas fundamentais, onde as normas de caráter privada é gradativamente substituído pelo processo de constitucionalização do direito privado**, por isso as antinomias apesar de existirem devem ser relegadas ao plano inferior de interpretação, visto que é necessário o diálogo das fontes para alcançar o interesse fundamental da nossa ordem jurídica que é a proteção da dignidade da pessoa humana como centro do Direito.

Por conseguinte, o compromisso do intérprete é procurar a funcionalização das estruturas contratuais de maneira reflexa, harmonizando as expectativas existenciais com os reais interesses da comunidade.

Capítulo 7

Os Requisitos e os Pressupostos dos contratos

Os pressupostos e os requisitos significam a condição necessária para o alcance de uma determinada finalidade, isto porque eles estão internamente ligados à ideia de existência/validade/eficácia da relação contratual.

Orlando Gomes afirma que os **pressupostos são as condições externas** sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato e agrupam-se em três categorias: (a) aos sujeitos; (b) o objeto; (c) à situação dos sujeitos em relação ao objeto⁵³³. Desta forma todo contrato pressupõe: capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo. Os **requisitos são elementos internos** indispensáveis à validade de qualquer contrato: o consentimento, a causa, o objeto e a forma.⁵³⁴

Ao final o autor conclui que “os pressupostos e os requisitos se completam, confundem-se, apesar de serem elementos diversos”. Por simplificação, diz que “são requisitos essenciais à validade do negócio jurídico: a capacidade do agente a possibilidade do objeto e a forma, está quando prescrita em lei”.⁵³⁵

A concepção trifásica do contrato é observada por três planos da escada ponteana: existência, validade e eficácia. Por isso, temos contratos inexistentes, contratos inválidos e contratos ineficazes.

Como esclarece Antônio Junqueira de Azevedo, “plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se obtém plena realização”.⁵³⁶

A partir da ideia apresentada, poderemos organizar a estrutura do negócio jurídico, em especial, o contrato da seguinte forma:

533 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52.

534 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 86. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52.

535 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52.

536 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

- a) Plano da existência**, relativo ao *ser*, isto é a sua estruturação, de acordo com a presença dos elementos básicos, fundamentais, para que possa ser admitido, considerado (pessoa, objeto, forma e vontade);
- b) Plano da validade**, dizendo respeito à aptidão do negócio frente ao ordenamento jurídico para produzir efeitos concretos (agentes capazes⁵³⁷, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei e a vontade livre e consciente);
- c) Plano da ficácia**, tendo pertinência com a sua capacidade de produzir, desde logo, seus efeitos jurídicos ou ficar submetido a determinados elementos acidentais (condição, termo e encargo) que podem conter ou liberar tal eficácia.

Assim, os requisitos seriam os elementos do plano da existência enquanto os pressupostos estão vinculados ao plano da validade.⁵³⁸

A importância dos pressupostos já implica a existência desse negócio jurídico denominado contrato; seus elementos essenciais já se encontram presentes, caso contrário, não haveria nem mesmo como se passar para a análise do contrato sob a perspectiva da validade e eficácia.⁵³⁹

Isto ocorre porque no plano da existência é necessário preencher os seus elementos, enquanto no plano da validade é primordial

537 A utilização da expressão agentes capazes no plural decorre de que todo contrato é necessariamente um negócio bilateral, sendo primordial a existência de no mínimo duas pessoas em posição contraposta. Mas, há também os contratos plurilaterais que necessariamente haverá duas pessoas, mas não em posição contraposta, mas sim com vontades paralelas direcionadas ao mesmo fim, como no caso das sociedades (art. 981 do Código Civil).

538 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 55-60.

539 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 121.

que estejam presentes os requisitos de validade e, finalmente, no plano da eficácia, encontram-se os fatores da eficácia ou acidentais⁵⁴⁰. Pois, há na construção definitiva do contrato uma análise progressiva, tendo como plano prejudicial é imprescindível a existência.

Antônio Junqueira de Azevedo propõe que

Há certo paralelismo entre o plano de existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substância, no sentido aristotélico do termo: o negócio existe e os elementos são; o segundo, grosso modo, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as qualidades que os elementos devem ter. Há no primeiro plano: a existência, o negócio existente e os elementos sendo. Há, no segundo: a validade, o negócio válido e os requisitos são qualidades dos elementos.⁵⁴¹

O art. 2.035 do Código Civil, trata da retroatividade motivada e prevê que

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.

A redação da regra legal propõe duas constatações: (1) a norma não adota o plano da existência de forma destacada, visto que o comando já inicia sua projeção pelo plano da validade; e (2) que quanto à validade dos negócios deve ser observado o momento da celebração. Assim, podemos constatar que se o contrato foi celebrado na vigência

540 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 446.

541 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia.* 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

do Código Civil de 1916 deve-se observar as suas regras quanto: a capacidade; a legitimidade: a vontade; ao objeto; e à forma. Mas em relação à sua eficácia será aplicada a norma vigente ao momento em que o efeito deveria se produzir.⁵⁴²

É importante observar que o direito brasileiro não adotou a concepção ponteana, mas, na visão doutrinária, a **escada pontiana é elemento fundamental para a compreensão do iter evolutivo do negócio jurídico e, por conseguinte, dos contratos.**⁵⁴³

Para exemplificar tomaremos o contrato de compra e venda como padrão para análise da visão pontiana:

Prescreve o art. 482 do Código Civil que “**a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço**”. Assim, se falta o acordo de vontade, o objeto ou mesmo o preço, estaremos diante de um contrato inexistente, pois pressupõe existente o contrato se existir tais elementos. Por outro lado, se a parte for incapaz, o objeto for ilícito ou a forma for defesa em lei estaremos perante um contrato existente mas invalido (nulo ou anulável).

Por outro lado o art. 483 do Código Civil estipula que “a compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura” e, ainda, expõe no art. 485 do Código Civil que “a fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar”. Assim, se a coisa existe, mas é ilícita poderemos ter uma falha na validade do contrato e se o preço ficar adstrito ao arbítrio de um único contratante também estaremos perante a invalidade do contrato.

542 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 41.

543 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 33. TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002.* São Paulo: Método, 2002, p. 45. GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 36. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21.

A este respeito Fabrício Zamprogna Matiello afirma que

Como se percebe, a venda de coisa futura é admitida, desde que ao tempo da execução do contrato, com a tradição do imóvel o registro do imóvel ela exista e esteja incorporada ao acervo patrimonial do vendedor, podendo ela ser disponibilizada. Portanto, é suficiente que se tenha, no ato da declaração, a chamada existência potencial, consistente na futura captação do bem pelo alienante, pois somente assim ele estará investido do necessário *jus abutendi* (direito de abusar), ou direito de dispor. Se a coisa, objeto da compra e venda, não vier a existir no patrimônio do alienante até o momento aprazado pelas partes para a entrega ficará sem efeito o contrato, voltando os contraentes ao estado anterior.⁵⁴⁴

De toda forma, o contrato será válido, mas ficará sem efeito se o objeto não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

7.1. Condições de validade do contrato

As condições são os pressupostos ou requisitos de validade, isso porque é necessário o concurso de alguns elementos fundamentais, que constituem condições de validade. Os **pressupostos da validade dos contratos são de duas ordens:** (i) **geral** que é comum a todos os negócios jurídicos (art. 104 do CC); (ii) **especial** que é específico dos contratos, como o consentimento recíproco ou acordo de vontades⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil*. São Paulo: LTr, 2008, v. 3, p. 167.

⁵⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 26. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 27.

Que segundo Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz podem ser divididos em três grupos: subjetivo, objetivo e formal.⁵⁴⁶

7.1.1. Requisitos subjetivos

Maria Helena Diniz afirma que os requisitos subjetivos são: (a) a existência de duas ou mais pessoas; (b) capacidade genérica das partes; (c) aptidão específica para contratar; (d) consentimento das partes contratantes.⁵⁴⁷

Carlos Roberto Gonçalves por sua vez aponta os seguintes requisitos subjetivos: (a) capacidade genérica dos contratantes; (b) aptidão específica para contratar; e (c) consentimento.⁵⁴⁸

Desta forma, os requisitos subjetivos serão analisados da seguinte forma: (a) as partes no contrato; (b) a capacidade genérica; (c) a legitimidade de contratação; (d) o consentimento.

Requisitos subjetivos	As partes do contrato	Devem ser sujeitos
	Capacidade genérica	Devem ter capacidade de direito e de exercício
	Legitimidade	Devem ter aptidão específica
	Consentimento	Devem haver acordo de vontades

Figura : requisitos subjetivos do contrato

(a) **As partes no contrato devem existir no mínimo duas vontades, emitidas por sujeitos distintos⁵⁴⁹, mas nem sempre presentes**, pois o contrato é um negócio bilateral ou plurilateral. *Ab initio*, impor-

⁵⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 34. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 27.

⁵⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 29.

⁵⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil*. Contratos e atos unilaterais. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 34.

⁵⁴⁹ VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 447.

tante frisar que, em regra, apenas **as pessoas (entes personificados) é que podem efetivamente ser parte em um contrato.** No entanto, é possível atribuir capacidade genérica a entes despessoificados ou direito de celebrar contratos. Assim, por exemplo, o condomínio de edifício, por meio do síndico, ou a massa falida, por meio do administrador judicial, podem celebrar contratos.

Podem ser sujeitos nos contratos		
Entes de personificados	Entes de despessoificados	
Pessoa física	Pessoa jurídica	Massa falida, condomínio, etc.

Figura : quem pode contratar

(b) A **capacidade genérica dos contratantes** refere-se à possibilidade do sujeito ter capacidade de direito (aquisição) e de fato (exercício). Nesse caso as pessoas devem ser capazes, o que significa dizer que no caso das pessoas com incapacidade devem ser representadas ou assistidas, sob pena de nulidade absoluta ou relativa.

Interessante que o art. 75 do Código de Processo Civil atribui capacidade processual a estas entidades despessoificadas, ou seja, atribui capacidade para compor o polo ativo ou passivo de uma relação processual, mas desde que presentada, por seus órgãos, constituídos conforme as formalidades previstas na norma.⁵⁵⁰

Assim, a **capacidade exigida nada mais é que do que a capacidade de agir em geral**, que pode inexistir em razão da menoridade

550 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado; II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores; III - o Município, por seu prefeito ou procurador; IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar; V - a massa falida, pelo administrador judicial; VI - a herança jacente ou vacante, por seu curador; VII - o espólio, pelo inventariante; e VIII - a pessoa jurídica, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores; IX - a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; X - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil; XI - o condomínio, pelo administrador ou síndico.

(art. 3º do Código Civil)⁵⁵¹ ou ser reduzida nas hipóteses mencionadas no art. 4º do Código Civil (menoridade relativa, embriaguez habitual, dependência de tóxicos, impossibilidade de manifestação da vontade em virtude de causa transitória ou permanente. Prodigalidade)⁵⁵². Mas, **se o contrato for firmado com relativamente incapaz**, no entanto, **pode vir a ser convalidado, com a posterior autorização do assistente legal respectivo** (o detentor do poder familiar, o curador ou o tutor).

Flávio Tartuce afirma que

No tocante à incapacidade relativa de uma parte, prevê o art. 105 do CC que esta não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, também não aproveitando aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, foi indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum a todos. Desse modo, não poderão os credores ou os devedores solidários ser privilegiados por suas alegações. Isso porque, como se sabe, a alegação de incapacidade constitui uma exceção pessoal, uma defesa que somente pode ser alegada por determinada pessoa.⁵⁵³

Assim, as pessoas com deficiências podem celebrar contratos independentemente de representação, mas quando necessário será concedida curatela ou processo de tomada de decisão apoiada⁵⁵⁴, isto

551 Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

552 Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ebrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem expressar sua vontade; e IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

553 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Lei de introdução e parte geral.* 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, p. 380-381.

554 O Estatuto da pessoa com deficiência (BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência) expõe que “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, pro-

porque a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.⁵⁵⁵

Em sentido inverso a Carlos Roberto Gonçalves⁵⁵⁶ têm afirmado que as pessoas relativamente incapazes, por exemplo o pródigo, ou ainda, o falido pode celebrar contratos de mandato, como representante, uma vez que a restrição do pródigo é para gerir o seu patrimônio e não o de outras pessoas.

(c) a **legitimidade de contratação** é necessária, pois em muitas situações o sujeito possui capacidade para o exercício do direito, mas não pode contratar, porque a norma exige aptidão específica (capacidade específica ou especial), como ocorre nos casos venda de bens de ascendentes para descendentes ou na proibição de doar ao cúmplice de adultério, ou ainda, a necessidade de outorga uxória do cônjuge para alienação dos bens imóveis, salvo na separação obrigatória de bens). Há um impedimento ou incapacidade contratual⁵⁵⁷, ou seja, há uma limitação ao poder de auto-regulamentação dos seus contratos.

Em suma, essas hipóteses não dizem respeito propriamente à capacidade em geral, mas à falta de legitimidade ou impedimentos para a realização de certos negócios⁵⁵⁸. É certo que a necessidade de

porcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano”.

555 O Estatuto da pessoa com deficiência (BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência) expõe no art. 85 e seus parágrafos que § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

556 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 417

557 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 26.

558 “A falta de autorização legal para uma pessoa contratar é denominada ausência de legitimidade. Os sujeitos que se encontram nessa situação, embora plenamente capa-

legitimidade pode ser temporária ou vitalícia, como pode cessar a qualquer tempo.⁵⁵⁹

Orlando Gomes disciplina que a legitimidade pode ser direta (ordinária) ou indireta (extraordinária), real ou aparente e ativa ou passiva. A legitimação **direta** consiste na capacidade de toda pessoa capaz possuir para regular seus próprios interesses, a **indireta** corresponde à prática de atos por pessoa investida de poderes necessários à sua realização. A legitimação **real** é quando o verdadeiro titular do direito atua na sua realização e será **aparente** quando alguém figura como titular de direito e interesse, não sendo titular. Distingue-se a legitimidade **ativa** da **passiva** pela “inexistência de uma relação com a coisa ou com a pessoa”.⁵⁶⁰

(d) **o consentimento também denominado de acordo de vontade, isso porque o contrato é um acordo de vontades**⁵⁶¹ e se exprime pelo princípio da autonomia privada. Não há, portanto, contrato com apenas uma emissão de vontade.

Caio Mário da Silva Pereira e Carlos Roberto Gonçalves expõem que a expressão consentimento, por ser a expressão do princípio da autonomia privada possui três aspectos: (i) acordo acerca da existência e natureza do contrato; (ii) acordo sobre o objeto do contrato; e

zes, são partes sem legitimidade para contrair o negócio jurídico. É o que sucede com os tutores e os curadores, que não podem adquirir bens de seus respectivos pupilos (o tutelado ou curatelado, respectivamente)”. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 86.

559 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 451.

560 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57.

561 No autocontrato ou contrato consigo mesmo há também duas vontades, uma do representante e outra do representado. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 27.

(iii) acordo sobre as cláusulas contratuais⁵⁶². Já Orlando Gomes⁵⁶³ comprehende que a expressão consentimento possui dois significados: (i) como declaração de vontade de cada parte; e (ii) como acordo de vontade para exprimir a celebração do contrato.

O contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral na sua formação e por isso é necessário a manifestação ou declaração de vontade (autonomia privada) de pelo menos dois sujeitos de direito (ou partes contratantes) por óbvio que o consentimento se faz imprescindível para sua existência e validade.

O requisito do consentimento não perde a sua força nos contratos reais, que são aqueles cujo aperfeiçoamento ocorre com entrega do bem ou da coisa (comodato, mútuo, depósito), pois não seria possível concebê-lo sem o prévio ajuste de vontade, ainda que, o elemento preponderante para a sua conclusão esteja a tradição.

Assim, **o consentimento deve ser livre e espontâneo**, sob pena de ter sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores)⁵⁶⁴. No entanto, Roberto Senise Lisboa⁵⁶⁵ disciplina que para a convergência da declaração da vontade das partes é necessária liberdade (o consentimento deve ser livre, espontâneo), seriedade (não pode ser a declaração realizada em tom jocoso)⁵⁶⁶ e o sentido da contratação (intenção de contratar).

562 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 35. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 27.

563 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 35. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 17.

564 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 55-56.

565 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 86.

566 Paulo NADER (*Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 19) propõe o seguinte exemplo para demonstrar a importância da declaração de vontade seria. “Se “A”, diante do automóvel, novo adquirido por seu amigo “B”, de-

A declaração da vontade de cada um dos contratantes deve ser externada⁵⁶⁷ e podendo ser **expressa** ou **táctita**, **escrita**, verbal ou **por comportamento declarativo (mímica)**.

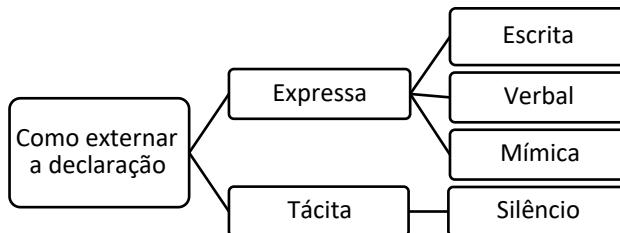


Figura : modos de consentir

Ocorre a **declaração expressa** quando o agente exterioriza a sua vontade por escrito (texto ou visual law), oralmente, por gesto ou sinais usualmente empregados na revelação de sua vontade. A declaração por escrito pode apresentar-se mediante instrumento particular ou público, sendo apurada de maneira objetiva, podendo conter desenhos, tabelas e fluxogramas, entre outras formas de se expressar. Assim, por exemplo: (a) A celebração de **contrato que tem por objeto direitos reais sobre imóveis**, cujo valor excede a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, **necessariamente deve realizar-se por escritura pública**, de acordo com o dispositivo do art. 108 do Código Civil; e (b) A Lei nº 8.245/1991 prevê no art.13 que o **contrato de sublocação do imóvel depende de consentimento por escrito do locador**. A Lei nº 8.955/1994 determina no art. 6º expõe que “o **contra-**

monstra a sua admiração, elogiando o bem adquirido, e “B”, em tom de gracejo, estende-lhe as chaves, dizendo-lhe “pode ficar com ele de presente”, na realidade ocorreu uma simples brincadeira, sem repercussão na órbita jurídica”.

567 A reserva mental ou reticência resta configurada quando o agente emite declaração de vontade resguardando, em seu íntimo, o propósito de não atender ou cumprir o fim pretendido, ou seja, o agente emite a declaração de vontade divergente do seu querer, sem o conhecimento da outra parte, e com o propósito de enganá-la. AQUINO, Leonardo Gomes de. Tricotomia do negócio jurídico (Pressupostos Fáticos do Plano da Existência e do Plano da Validade do Negócio Jurídico). In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6511>. Acesso em: 13.7.2016.

to de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público”.

A **forma escrita** de externar o consentimento se dá por meio de instrumento ou documento cujo texto poderá ser de próprio punho do declarante, ou de outrem, assumindo a forma manuscrita, e, também **datilografada, digitada** ou **impressa**, entre presente ou entre ausentes. Para que a vontade declarada por escrito se torne autêntica, exige-se que o instrumento contenha a assinatura do declarante, autógrafa ou holográfica, permitindo-se, em alguns casos, sua substituição pela impressão digital ou mesmo certificação digital⁵⁶⁸. O **instrumento é documento escrito que comprove algum direito lavrado por tabelião (instrumento público) ou elaborado pelas partes interessadas (instrumento particular)**.

A **forma verbal** ocorre pela **oralidade** e podem ser dirigidas a pessoa presente ou ausente. Entre presentes consumam-se com emissão, em regra, dado que são ouvidas à medida que proferem, palavra por palavra. Requer apenas que o destinatário possa entendê-las, da mesma forma, que as declarações traduzidas pelo intérprete ou mesmo realizada por telefone ou por meio de comunicação semelhante. Já a declaração verbal realizada a ausente é aquela feita por meio de mensageiro, mas para ter eficácia deve chegar ao conhecimento do destinatário.

É possível que **o consentimento** ocorra por meio de um comportamento não escrito e nem verbal, mas sim **por um comportamento declarativo**, como no caso **de mímica**.

A forma **tácita do consentimento** poderá ocorrer por um **comportamento concludente**, que se caracteriza por atitudes que apenas indiretamente demonstram a intenção em celebrar o contrato, ou seja, a declaração tácita infere-se do comportamento do agente, **podendo inclusive ser gerado pelo silêncio circunstanciado**⁵⁶⁹, como

⁵⁶⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 58.

⁵⁶⁹ Código Civil prevê no art. 111 que “o silêncio importa anuência, quando as

no caso de prorrogação de contratos de locação⁵⁷⁰. Como ocorre por exemplo: (a) nas **doações puras** em que o donatário não declara que aceita o objeto doado, mas o seu comportamento (usos, posse, guarda) demonstram a aceitação; (b) na **oferta** realizada pela exposição de produtos colocados à venda em vitrines de lojas comerciais.

7.1.2. Requisitos objetivos

Tais elementos não se referem às partes contratantes, mas ao conteúdo e ao objeto do contrato, que deve ser objeto lícito, possível, determinado ou determinável, economicamente apreciável (patrimonialidade) e de acordo com a natureza do vínculo, podendo ser objeto móvel, imóvel, material ou imaterial⁵⁷¹.

Requisitos objetivos	Objeto lícito (imediato e mediato)
	Possibilidade jurídica e física do objeto
	Objeto determinado ou indeterminado
	Objeto com apreciação pecuniária
	Vínculo contratual

Figura : Elementos objetivos do contrato

(a) o **objeto lícito** é o que não atenta contra a lei, moral ou bons costumes. O objeto **imediato** do contrato é sempre uma conduta, ou seja, a operação em si (prestação de dar, fazer ou não fazer). O objeto **mediato** são as coisas, os bens ou vantagens sobre os quais incide a relação jurídica contratual. Assim, por **exemplo**, a transferência de

circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” e, também, no art. 432 que “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”.

570 É a hipóteses do art. 46, § 1º da Lei nº 8.245/1991, que presume desinteresse do locador em reaver o imóvel se, findo o prazo contratual, não se opuser à prorrogação dentro de trinta dias.

571 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 451. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 19-20.

herança de pessoa viva é ilícita, pois o art. 425 do Código Civil considera o pacto da corvina como nulo, por força da previsão legal do art. 166, II do Código Civil.

(b) Deve existir no **objeto uma possibilidade física ou jurídica**, isso porque se for impossível será considerado o negócio nulo (art. 166, II do Código Civil), logo coisa fora do comércio (*res nullius*)⁵⁷². A **impossibilidade física** do objeto emana das leis da física ou naturais, o que gera no contratante a impossibilidade realizá-la, como por **exemplo** contratar uma pessoa “muda” para cantar. A **impossibilidade jurídica** resulta da imposição legal, ou seja, um obstáculo criado pela norma, como por **exemplo** contratar a importação de coisa proibida de pela lei ou como no caso da negociação de herança de pessoa viva.

(c) Igualmente o **objeto deve ser determinado ou determinável**, isso porque a indeterminabilidade do objeto inviabiliza o contrato, pois não há o que ser prestado por uma parte e exigido pela outra. A lei não exige, no entanto, que o objeto seja determinado, bastando que seja determinável. A configuração desta última hipótese exige que as partes tenham, pelo menos, na formação do contrato, indicado o gênero e a quantidade. A escolha caberá ao devedor, salvo convenção diversa.

(d) O Código Civil não dispõe que o **objeto do contrato deve ser suscetível de apreciação pecuniária**⁵⁷³. Contudo, a mudança na esfera jurídica do contratante é essencial na obrigação, simplesmente porque o direito não pode agir sobre a realidade puramente abstrata, logo

⁵⁷² Bens fora do comércio é a expressão mais generalizada para referir-se às coisas que não podem ser transformadas em bens, porque sejam insusceptíveis de apropriação, ou porque a lei as tenha reservado para bem comum, sendo por isso inalienáveis e imprescritíveis. Por isso são considerados inapropriáveis por contrato ou legalmente inalienáveis, embora para estes a não há comercialidade possa ser temporária, enquanto para os outros é permanente. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Parte Geral. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 313-314.

⁵⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 30.

o objeto do contrato deverá ter uma avaliação em pecúnia, mesmo no caso dos contratos existenciais, em que as partes contratam visando a sua subsistência. A ideia da utilização da expressão “esfera jurídica” refere-se à concepção de bens com valores patrimoniais e extrapatrimoniais.

Mas é importante ressaltar que os objetos sem valor econômico exato, podem passar a ter valor, como no caso da cessão de imagem ou mesmo objeto sem valor significativo podem passar a ter um valor econômico significativo em decorrência do trabalho realizado, como por exemplo um grão de arroz tem valor venal ínfimo, mas se passo a gravar nele o nome de alguém passa o objeto a ter um valor econômico.

A concepção que o contrato deve trazer lucro para partes é um ponto fundamental para a distinção dos contratos empresariais e os existenciais, pois “a economicidade final de todos os partícipes imprime-lhes características singulares, que refletirão nos negócios por eles engendrados”.⁵⁷⁴

(e) Paulo Nader acrescenta a natureza do **vínculo contratual como elemento objetivo do contrato**⁵⁷⁵, isso porque o contrato tem como fundamento de contratação o interesse das partes, pois um determinado objeto poderá componente de diversos tipos contratuais. Por isso propõe o seguinte exemplo: um imóvel pode ser objeto de contratos de compra e venda, locação, comodato ou, doação, assim, se faz necessário qualificar o tipo contratual, descobrir o motivo e a finalidade da contratação, ou seja, o propósito negocial das partes⁵⁷⁶, isto porque se indicam o objeto mas omitem a finalidade, ter-se-á um contrato inexistente, se há o equívoco na qualificação poderemos es-

574 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

575 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 20.

576 Orlando GOMES denomina de causa do contrato. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 63-65.

tar perante um contrato válido ou inválido, conforme a mensuração dos fatores norteadores do contrato.

7.1.3. Requisitos formais

O terceiro requisito da validade do contrato é a forma como a vontade do contratante é conhecida. Deve ser prescrita ou não defesa em lei.

No direito brasileiro a forma é livre, em regra. As partes podem celebrar o contrato verbal (oralmente) ou por escrito, público ou particular, salvo nas situações em que a lei determina a observância de uma formalidade.

Dispõe com efeito o Código Civil:

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

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.

Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

Assim, a forma revela a maneira (**expressa** ou **tácita, escrita** ou **verbal**) com que a declaração de vontade deve ser manifestada para irradiar eficácia no ambiente jurídico.

Como externar a declaração			
Expressa	Tácita	Escrita	Verbal

Figura : modos de consentir

Há contratos que têm forma **absolutamente livres** enquanto para outros se exige ao menos a **forma especial**⁵⁷⁷ (formais ou solenes), determinada pela lei ou convencionada pelas partes.

Requisitos Formais dos contratos	
Forma Livre	
Forma Especial	Pela Lei
	Pelas Partes

Figura : Forma de constituição dos contratos

A **forma livre** é preponderante no direito brasileiro, e capaz de concretizar a relação contratual por qualquer meio de manifestação da vontade (palavra escrita ou falada, escrito público ou particular),

A **forma especial de celebração (contratos formais ou solenes)** constitui exceção, mas como é óbvio, se não for observada a formalidade, o contrato não será válido. A invalidade somente se decreta se a forma prescrita na norma for a substância do contrato, ou seja, quando exigida apenas como valor de prova, a sua falta não invalida o contrato. Por exemplo: aquisição de um imóvel, cujo valor supera a trinta vezes o salário mínimo, mediante escritura particular, o contrato não terá eficácia para a transferência do imóvel, mas deverá subsistir como contrato de promessa de compra e venda.⁵⁷⁸

É importante destacar que **forma especial poderá ser determinada pela norma (solene) ou pelas partes (convencional)**, que nesse caso contrata com a cláusula de avença não valer senão sob determinada forma: “No negócio jurídico celebrado a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato” (art., 109 do CÓ-

577 Carlos Roberto Gonçalves divide a forma especial ou solene em: forma múltipla onde poderia o ato ser expresso de diversas formas e cita o exemplo da instituição de uma fundação que pode ser criada por escritura pública ou testamento. A outra forma seria a única que a lei admite apenas uma forma de celebração (por exemplo art. 108, do CC). GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 39.

578 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 20.

digo Civil)⁵⁷⁹. Arnaldo Rizzato⁵⁸⁰ afirma que não há impedimento se as partes modifarem o contrato e passar a incluir ou a excluir a regra do instrumento público, quando esse não for elemento fundamental para realização do contrato.

De outra forma, a lei dispõe que: “não dispendo 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” (art. 108, do Código Civil).

Sob outro prisma, as **formalidades previstas na lei também têm por finalidade garantir a autenticidade do negócio para, eventualmente, facilitar sua prova, bem como garantir que a autonomia privada seja preservada visando sempre a certeza da segurança jurídica**. Dessa forma, será nulo o negócio jurídico quando não revestir da forma prescrita na lei ou quando preterir alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade, conforme art. 166, inc. IV e V, do Código Civil.

⁵⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 53.

⁵⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 12.

Capítulo 8

Classificação dos Contratos

O artifício da classificação permite àquele que quer transmitir conceitos jurídicos, separar e caracterizar conhecimentos, de forma a identificar e fazer identificar critérios de aproximação que permitirão uma assimilação de informações que, transmitida a uma categoria, automaticamente será disseminada entre objetos assemelhados pelos critérios de classificação.⁵⁸¹

Por meio da classificação dos contratos (caracterização jurídica), visa-se o agrupamento das espécies em várias ordens, conforme, se aproximam ou se afastam, em seu objeto, uma das outras formas. Desta forma, a classificação de um determinado contrato auxilia na análise da sua natureza jurídica.⁵⁸²

A ideia da caracterização jurídica é aproximar e agrupar o contrato a partir de elementos comuns escolhidos pelo elaborador da proposta como adequados e relevantes à tarefa de sistematização.⁵⁸³

Ensina Silvio Salvo Venosa que “na classificação dos contratos, buscamos, destarte, agrupar as várias espécies com características

581 Classificar significa agrupar seres ou fenômenos de acordo com suas semelhanças, importando em raciocínio pelo qual os seres idênticos ou com algumas similitudes são afastados dos demais, que não possuem tais características, ou seja, a classificação tem por finalidade reunir entes diversos por um denominador comum, e, desta forma, estabelecer um conjunto de regras passíveis de serem aplicadas a todos aqueles que contenham esse denominador comum. O mesmo se dá em relação aos contratos, pois a busca da semelhança ou afinidade pode concentrar-se em diversos requisitos do contrato. Daí a razão pela qual um contrato recebe diversas classificações. AQUINO, Leonardo Gomes de. Classificação e interpretação dos negócios. *Revista Jurídica Consulex*, v. XII, p. 52-54, 2008, p. 52.

582 Procurar a natureza jurídica de um determinado contrato é procurar classificá-lo dentre as mais diversas formas e espécies possíveis. O ato de classificar significa agrupar determinado objeto de acordo com certos critérios previamente escolhidos por quem classifica, aproximando os semelhantes e afastando os diferentes. AQUINO, Leonardo Gomes de. Classificação e interpretação dos negócios. *Revista Jurídica Consulex*, v. XII, p. 52-54, 2008, p. 52.

583 Todo ato classificatório exige o estabelecimento de critérios para tanto. E, de fato, da mesma forma que os ângulos de visão, os critérios classificatórios são muitos, o que redonda na existência de várias categorias. Assim, um mesmo objeto de classificação pode ser incluído de várias categorias, justamente em decorrência da utilização de vários critérios classificatórios distintos. AQUINO, Leonardo Gomes de. Classificação e interpretação dos negócios. *Revista Jurídica Consulex*, v. XII, p. 52-54, 2008, p. 53.

comuns [...] a finalidade é facilitar o seu exame, quer na elaboração do contrato, quer na avaliação de suas consequências".⁵⁸⁴

Não há classificações verdadeiras ou falsas, apenas classificações úteis e inúteis. Assim, infinitos podem ser os critérios adotados, e, exatamente por isto, cada doutrinador apresenta a sua classificação.

Por isso, **classificamos os contratos da seguinte forma:** (a) quanto aos direitos e deveres das partes envolvidas, quanto aos efeitos ou quanto ao sinalagma (unilateral, bilateral ou plurilateral); (b) quanto ao sacrifício patrimonial das partes (onerosos ou gratuitos); (c) quanto ao momento do aperfeiçoamento (consensual ou real); (d) quanto aos riscos da prestação (comutativo, aleatório ou parciário); (e) quanto a previsão legal (típico ou atípico); (f) quanto à negociação do conteúdo (paritário, adesão ou tipo/formulário); (g) quanto à presença de solenidades e formalidades (formais ou informais); (h) quanto ao nome do contrato (nominais ou inominados); (i) quanto a independência (principais, acessórios, derivados, coligados e complexos); (j) quanto à pessoalidade (personalíssimo ou impessoais); (k) quanto ao tempo de execução (instantâneo, execução diferida ou execução continuada/trato sucessivo); (l) quanto à definitividade (preliminar ou definitivo); (m) quanto ao número de sujeitos envolvidos (individual subjetivo, individual plúrimo, individual homogêneo, coletivo, difuso e autocontrato); (n) quanto à matéria (de direito público ou privado); (o) quanto à nacionalidade (nacional ou internacional); (p) quanto a função econômica (troca, associativo, prevenção de riscos, crédito, atividade, aproximação e intermediação).

8.1. Quanto aos direitos e deveres das partes envolvidas, quanto aos efeitos ou quanto ao sinalagma (unilateral, bilateral ou plurilateral)

É importante deixar claro que todos os contratos são bilaterais na sua formação, mas em relação às obrigações das partes podem

584 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 402.

ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, visto que o contrato necessariamente é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, mas nunca unilateral na sua formação.

Expõe Orlando Gomes⁵⁸⁵ que sob “o ponto de vista de formação, negócio unilateral é o que decorre fundamentalmente da declaração de vontade de uma só pessoa”, por outro lado, o contrato é unilateral se, no momento em que se configura, há “apenas uma obrigação tão-somente, para uma das partes – *ex uno latere*. A outra parte não se obriga. O peso do contrato é todo de um lado”, ou seja, os efeitos são somente passivos de um lado, e somente ativos de outro.

(a) **Os contratos unilaterais, denominados também de simples ou não sinalagmáticos**, são os contratos em que apenas uma das partes contratantes se obriga em face da outra. É aquele que apenas um dos contratantes assume deveres em face do outro. Flávio Tartuce afirma que os contratos unilaterais, apesar de requererem duas ou mais declarações (manifestações) de vontade (volitivas), colocam um só dos contratantes na posição de devedor, ficando o outro como credor⁵⁸⁶. É o que ocorre na **doação pura e simples**. Há duas vontades, a do doador e a do outro donatário, mas do concurso de vontades surgem deveres apenas para o doador, o donatário apenas auferiu vantagens. No **contrato de mútuo** (emprestimo de coisa fungível para consumo), no **contrato de comodato** (emprestimo de coisa infungível para uso) e no **contrato de depósito** (guardar coisa móvel) **nesses contratos há apenas o dever** do mutuário, do comodatário e do depositário de cuidar e de devolver a coisa. **Não há contraprestação**, por isso a sua interpretação deve ser restritiva, por ser, em regra, gratuita (art. 114 do CC).

585 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76-77.

586 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 41.

São sinônimos	Unilaterais
	Simples
	Não sinalagmáticos

Figura: palavras equivalentes ao contrato unilateral

Contudo, a doutrina afirma que o **contrato unilateral poderá se tornar unilateral imperfeito** ou, ainda, accidental bilateral (bilateral imperfeito).

(i) ocorre **quando a norma autoriza a inclusão de um encargo como elemento para a eficácia do contrato, estaremos perante um contrato unilateral imperfeito**. Como exemplo imaginemos o contrato de doação com encargo (ou modal), onde o doador libera dentro da sua liberalidade a doação de um objeto/bem/coisa ao outrem mediante o encargo de realizar algo⁵⁸⁷, assim, apesar de existir uma onerosidade por parte daquele que inicialmente não teria qualquer obrigação, essa não será revertida para o outro contratante, mas sim para uma coletividade. **Na verdade, o contrato unilateral imperfeito continua sendo contrato unilateral**.

(ii) para o **contrato unilateral se tornar accidentalmente bilateral (ou bilateral imperfeito)** é necessário que a norma permita e as partes transformem a beneficie da parte em uma obrigação. Para isso basta haja a imposição legal a um dos contratantes, por força do tipo legal ou em caso de violação do contrato, sem constituir uma contraprestação, o que é denominado por Orlando Gomes de “dependência funcional ou genética”⁵⁸⁸ que é a bilateralidade da obrigação no curso do contrato. É, **por exemplo**, o caso do contrato de depósito, em que o depositante pode ser obrigado a pagar ao depositário as despesas

587 É a determinação acessória incidental do negócio jurídico que impõe ao beneficiário um ônus a ser cumprido, em prol de uma liberalidade maior (ex: doou o terreno ao Município com a obrigação de nele ser edificado uma escola). Trata-se de uma autolimitação da vontade, típica dos negócios gratuitos.

588 “A dependência pode ser genética ou funcional. Genética existe desde a formação do contrato. Funcional, surge em sua execução o cumprimento da obrigação por uma parte, acarretando o da outra. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70-71.

feitas com a coisa, bem como os prejuízos que provieram do depósito (art. 643 do CC), mesmo assim, **continua sendo contrato unilateral**.

(b) **O contrato sinalagmático (bilateral perfeito ou prestações correlatas)** é aquele que cria obrigações para ambas as partes. As obrigações são recíprocas e interdependentes, como contrato de compra e venda, por isso denomina-se esse contrato de sinalagmático ou de prestações correlatas. Cada um dos contratantes é credor e reciprocamente devedor do outro. Por isso, “nos contratos bilaterais as duas partes aceitam, simultaneamente, a dupla posição credor e devedor. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de um corresponde o direito da outra”.⁵⁸⁹

No contrato de compra e venda há uma perfeita estrutura sinalagmática: (i) o vendedor tem o dever de entregar a coisa e tem o direito de receber o preço; (ii) o comprador tem o dever de pagar o preço e tem o direito de receber a coisa⁵⁹⁰. Também são contratos bilaterais (sinalagmáticos): troca, estimatório, locação, prestação de serviço, empreitada, transporte, seguro, agência, comissão, distribuição, entre outros.

São sinônimos	Bilateral
	Sinalagmático
	Prestações correlatas

Figura: palavras equivalentes ao contrato bilateral

Há contratos que por força das partes se transformam em bilaterais, por causa da prestação e da contraprestação instituída no contrato. Como por exemplo temos o mútuo feneratício (oneroso), onde o empréstimo de dinheiro envolve a cobrança de juros, que constituem remuneração devida pela utilização de capital alheio (frutos civis ou

589 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 77.

tratos em espécie. 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 42.

rendimentos). É certo que o contrato **unilateral se transforma em contrato bilateral**.

A diferença entre o contrato unilateral que se transforma em bilateral e os contratos unilateral imperfeito e o bilateral imperfeito é que naquele há contraprestação direcionada a parte contratante, enquanto no unilateral imperfeito a contraprestação é direcionada a terceiros (encargo) e no bilateral imperfeito a contraprestação decorre da imposição legal (indenização) e não da autonomia privada como naquele.

(c) O **contrato plurilateral ou multilateral** é quando se conjugam, no mínimo duas vontades paralelas, admitindo-se número superior, todas direcionadas para a mesma finalidade⁵⁹¹. Ou seja, plurilaterais são os contratos que contam com duas ou mais partes e que se caracterizam pelo deslocamento do núcleo fundamental da relação contratual, que se transfere da importância dada ao possível conflito de interesse entre os contratantes, justamente o elemento central nos contratos bilaterais, para a consecução do objetivo comum.⁵⁹²

A concepção dessa classificação (plurilateral) tendo como padrão a discussão a respeito da natureza dos atos de formação do contrato das sociedades, isto porque, na criação das sociedades, os sócios se vinculam na busca da satisfação do mesmo interesse, qual seja, empenhar patrimônio e esforços a fim de desenvolver uma dada atividade que visa, normalmente, o lucro⁵⁹³. A ideia da pluralidade

591 Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 290), afirma que “a doutrina menciona os negócios jurídicos plurilaterais como figura diferenciada dos contratos e os trata como acordos, em razão de se destinarem à adoção de decisões comuns em assuntos de interesse coletivo”.

592 AQUINO, Leonardo Gomes de. O substrato da sociedade e sua classificação. *Revisão de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 15, n. 58, p. 267-323, out./dez. 2012, p. 276.

593 “Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 19 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judicários, 2013.

tem como foco a perseguição de um fim comum e não o número de contratantes.

(d) **A classificação quanto ao sinalagma tem importância ímpar, por causa da repercussão práticas:**

(i) **somente nos contratos bilaterais é aplicável a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido),** exceção (defesa) substancial do contrato não cumprido, prevista expressamente no art. 476 do CC. Consiste na regra de que “nenhum dos contratantes, antes de adimplir a sua obrigação pode exigir o implemento da prestação do outro”, o que afasta a sua incidência em contratos unilaterais. 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.

(ii) **Somente nos contratos bilaterais é aplicável a teoria da cláusula resolutiva tácita (inadimplemento voluntário).** De fato, por força da interdependência das obrigações, nos contratos sinalagmáticos, o inadimplemento 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 adimplir o primeiro, perderia o sentido do cumprimento do outro. O art. 475 do CC estipula que “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”, assim concede a lei uma faculdade ao credor de resolver o contrato e usará se quiser. Caso não queira e seja possível alcançar o resultado, optará pelo cumprimento do contrato.

(iii) **Somente nos contratos bilaterais, em especial os comutativos (prestações equilibradas), incidem as regras dos vícios redibitórios (defeitos ou vícios ocultos) da coisa, que a torna imprópria ao uso a que é destinada ou que lhe diminuam o valor, na forma do art. 441 do CC.** Porquanto, “como é natural nos contratos comutativos, mister que exista a garantia do uso da coisa, e que esta apresente

as qualidades e a desígnios próprios de sua natureza nos fatores que tranquilamente, causam a formalização de uma manifestação bilateral de vontade”⁵⁹⁴. A exceção à regra é às doações onerosas (art. 441, parágrafo único do CC).

8.2. Quanto sacrifício patrimonial ou proveito das partes (onerosos ou gratuitos)

Em relação ao sacrifício patrimonial das partes contratantes, os contratos se classificam em gratuitos (benéficos) ou onerosos. Nessa classificação leva-se em conta a vantagem ou o objetivo visado pelas partes. Sendo assim, o contrato poderá ser classificado como oneroso e gratuito. A classificação proposta tem como ícone a legislação, pois a mesma é que determinará se há ou não custo na transação contratual.

É importante ressaltar que determinadas figuras podem ser onerosas ou gratuitas (contrato de natureza mista⁵⁹⁵) conforme a estipulação negocial (negócio jurídico bifronte⁵⁹⁶), como por exemplo no contrato de depósito, mandato, mútuo feneratício ou mesmo a fiança, pois como adverte Sílvio Salvo Venosa que “pode ser concedida de favor (garantia) ou mediante remuneração (onerosa)”⁵⁹⁷. Arnaldo Rizzardo afirma que “os contratos onerosos são bilaterais, eis que há reciprocidade de obrigações ou encargos; e os contratos gratuitos são unilaterais ou benéficos, posto que só uma das partes se comunicam ônus”⁵⁹⁸. A doutrina tem afirmado que, em geral, todo **contrato oneroso é, também, bilateral**. E, todo **unilateral é, também ao mesmo**

594 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 220.

595 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 87.

596 Bifrontes são os negócios jurídicos que podem ser onerosos ou gratuitos, segundo a vontade das partes. AQUINO, Leonardo Gomes de. Classificação e interpretação dos negócios. *Revista Jurídica Consulex*, v. XII, p. 52-54, 2008, p. 53.

597 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 415.

598 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 75.

tempo, gratuito, em regra⁵⁹⁹. Isso não é verdade, pois no contrato de mútuo, por exemplo, o mutuário tem o dever de cuidar e de devolver o bem e quando o mutuante cobra juros, o dever de pagá-los continua com o mutuário.⁶⁰⁰

(a) **Os contratos onerosos são aqueles que envolvem sacrifícios e vantagens patrimoniais para todos os envolvidos (ideia de proveito alcançado – impõe ônus às partes).** Os contratantes assumem obrigações recíprocas, havendo um direito subjetivo de exigir. Mas certamente, “constituem aqueles nos quais as partes transferem certos direitos uma à outra, mediante determinada compensação”⁶⁰¹, como por exemplo no contrato de compra e venda, locação de imóveis, prestação serviço, entre outros.

É importante ressaltar que a onerosidade não pode ser excessiva, visto que não se pode gerar o enriquecimento sem causa de uma parte em relação a outra⁶⁰². Quebrando essa base negocial, o sinalagma estará rompido pelo desequilíbrio contratual, justificando-se a sua revisão ou mesmo a resolução, na forma do art. 478 do CC.

Os contratos onerosos comportam **obrigações recíprocas** que podem: (i) ser certas e determinadas, dentro de um equilíbrio subjetivo (**contratos comutativos**); (ii) estar condicionadas a um acontecimento exterior (risco – álea), não vinculadas ao equilíbrio subjetivo (**contratos aleatórios**); e (iii) podem caracterizar pela participação de uma ou ambas as partes no resultado de uma atividade econômica (**contratos parciários**).

599 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 88. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 95.

600 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 95. VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 416.

601 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.118.

602 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos.* Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 305-309.

(b) Os **contratos gratuitos ou benefícios** “**são aqueles que oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação**”⁶⁰³. Por isso tal modalidade de contrato importa sempre uma liberalidade.⁶⁰⁴

(c) A classificação quanto ao sacrifício patrimonial das partes emerge consequências práticas importantes, que podem ser diluídas da seguinte forma: (i) a **interpretação**, nos contratos benéficos (gratuitos) será sempre **restritiva** e em favor do devedor, por força do ato de liberalidade; (ii) no caso de doação **não se obriga o doador a responder pela evicção, nem pelos vícios redibitórios, salvo nas doações com encargos**; (iii) o **contrato gratuito poderá ser anulado pela ação pauliana, independentemente de má-fé** (art. 158 do CC) ao passo que, nos contratos onerosos, além da insolvência jurídica do devedor, será imprescindível que esse estado seja conhecido da outra parte (art. 159 do CC); (iv) a **responsabilidade do devedor pelo ilícito, nos contratos gratuitos, deverá ser apreciada com benignidade**, de tal forma que somente a determinará conduta dolosa do autor da liberalidade (art. 392 do CC); (v) o **erro sobre a pessoa será mais grave no contrato gratuito** do que no oneroso, salvo nas prestações de serviços materiais e encomendas de obras artísticas.⁶⁰⁵

8.3. Quanto ao momento do aperfeiçoamento (consensual, real ou com eficácia real)

É claro que todo contrato pressupõe o consentimento. **A importância desta classificação reside no fato que a concretização do**

603 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 43.

604 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos.* 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 37.

605 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 88. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 76. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 160.

contrato dependerá apenas do acordo de vontades ou se será necessário, além do acordo, da tradição (entrega) da coisa.

É importante verificar que não se pode confundir o aperfeiçoamento do contrato (plano da validade) com o seu adimplemento (plano da eficácia). A compra e venda gera efeitos a partir do momento em que as partes acordam sobre o objeto e sobre o preço (art. 482 do CC), diferentemente do contrato de depósito que é necessário que ocorra a tradição da coisa (*traditio rei*) para que o contrato se formalize. Por isso, Flávio Tartuce proclama que

A compra e venda gera efeitos a partir do momento em que as partes convencionam sobre a coisa e seu preço (art. 482 do CC). No caso da compra e venda de imóveis, o registro também mantém relação com a aquisição da propriedade do negócio decorrente, o mesmo valendo para a tradição nos casos envolvendo bens móveis. Utilizando a “Escada Ponteana”, o registro e a tradição estão no *plano da eficácia* desse contrato. Quanto à tradição, é melhor dizer que está, *em regra*, no plano da eficácia. Isso porque, no caso dos contratos reais, a entrega da coisa está no plano da validade.⁶⁰⁶

(a) **Os contratos consensuais são aqueles que geram efeitos a partir do momento que há o acordo de vontade entre as partes.** Diz-se contratos consensuais aqueles que se formam exclusivamente pelo acordo de vontades.

Pode-se com razão dizer que o contrato consensual é a regra, e exceções os que não o são. Diz-se consensual o contrato para cuja celebração a lei não exige a entrega da coisa, ou seja, basta o acordo das partes. Com isso frisamos que não deixa de sê-lo em razão de haverem as partes voluntariamente adotado forma escrita ou instrumento público, para a sua realização, por uma razão de sua particular conve-

606 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 45-46.

niência. Somente quando a lei impõe, na sua formação, algo externo e material, além da necessária declaração de vontade, é que tal ocorre.

Assim, **consensuais são aqueles que se ultimam pelo mero consentimento das partes, sem necessidade de qualquer outro complemento**; por exemplo, a compra e venda, contrato de mandato, contrato de locação ou o contrato de transporte.

(b) **Os contratos reais** são aqueles ajustes que dependem, para seu aperfeiçoamento, da entrega da coisa, **por um feita contratante ao outro**, por exemplo o contrato de comodato, mútuo ou o de depósito. No comodato, por ser um contrato de empréstimo gratuito de coisa não fungível, só será válido e eficaz com a tradição do objeto (art. 579 do CC). No mútuo, por se tratar de um empréstimo de coisa fungível a sua efetivação ocorrerá com a entrega da coisa (art. 587 do CC). Da mesma maneira, no contrato de depósito que se torna efetivo quando o depositário recebe o objeto para guarda (art. 627 do CC). Em ambas as situações descritas é necessário a devolução do objeto a outra parte, ao final do contrato ou quando solicitado na forma da lei. José de Oliveira Ascenção⁶⁰⁷ disciplina que

Se há acordo, mas não há entrega, há um trecho do contrato previsto por lei, mas não se realizou ainda toda *a facti species*. Isto nada tem de nulo: por isso, logo que se der a *traditio* o contrato está perfeito. Antes não: não produz efeitos, mas simplesmente porque não há ainda contrato. Nada impede que o acordo e a *traditio* sejam simultâneos, de maneira a taxar de nulos os acordos que não foram acompanhados daquela.

Por isso, no contrato real é fundamental a conjunção do acordo de vontade e a tradição (entrega) da coisa, para que o mesmo tenha validade. Assim, antes da entrega da coisa, ter-se-á mera promessa contratual e não um contrato definitivo.

⁶⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Contrato real. *Encyclopédia Saraiva de Direito*. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 20: 92-96, p. 94.

(c) Os **contratos com eficácia real** são aqueles que as partes ao contratarem estipulam que o contrato equivale a escritura pública, assim, esse contrato **possibilita a transferência, mediante a observância da forma exigida por lei (adjudicação compulsória)**, ainda que se trate de promessa ou compromisso⁶⁰⁸. Por exemplo: compromisso de compra e venda de bem imóvel registrado em cartório imobiliário respectivo com as cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade.

8.4. Quanto aos riscos da prestação (comutativo, aleatório ou parciário)

João Baptista Machado afirma que **o risco é o perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica**. No contrato o devedor suporta o “risco da prestação” que abrange o risco do agravamento do custo ou de dificuldades da prestação, o da perda do direito à contraprestação, e o da eventual perda dos dispêndios e esforços feitos com vista à prestação, quando esta já não seja possível; o credor suporta o “risco de utilização” que se traduz em a prestação não servir para o fim a que se destinava ou não poder utilizá-la para qualquer outro fim.⁶⁰⁹

Interessante é a colocação de Terranova⁶¹⁰ ao **afirmar que álea pode ocorrer nos contratos típicos**. Este autor define álea contratual típica como sendo constituída pelo risco econômico, não necessariamente previsto nem explicitamente assumido, que o contrato comporta em razão da sua própria peculiaridade.

608 “Ação de adjudicação compulsória. Pretensão que pressupõe **contrato com eficácia real**. Não tendo o contrato sido levado a registro no órgão competente do registro de imóveis, carece o autor da ação. Sentença confirmada”. (BRASIL. TJRJ. AC 584027965, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Oscar Gomes Nunes, Julgado em 13.3.1985). Grifo nosso.

609 MACHADO, João Baptista. Risco contratual e a mora do credor. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*. v. 2. Coimbra, 1989: 71-151, p. 78-79.

610 TERRANOVA, Carlo G. *Il Codice Civile. Commentario*. Direcção Pietro Schlesinger, Milano: Giuffrè, 1995, p. 45 *apud* AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112, p. 92.

Nelson Borges afirma que “**todo contrato tem uma álea normal**, ou seja, um campo minado onde as mutações previsíveis se desenvolvem e as partes têm consciência de que, a vinculação, aqueles riscos, subjacente, fazem parte da obrigação assumida”.⁶¹¹

Assim, por exemplo, no **contrato de compra e venda os riscos da coisa correm por conta do vendedor até o momento da tradição, e os do preço por conta do comprador** (art. 472 do CC), salvo estipulação em contrário.

Qualquer contrato comporta uma certa margem de álea (risco), ainda que não se trate de um contrato aleatório, isso ocorre especialmente nos contratos aleatórios, mas, mesmo nos contratos comutativos e parciários há um grau de risco na contratação. ⁶¹²

Dentro da perspectiva apontada a classificação quanto aos riscos da prestação só é aplicável nos contratos onerosos, que se dividem em comutativos, aleatórios (contratos de riscos⁶¹³) e parciários.

Quanto aos riscos da prestação	Contrato oneroso comutativo
	Contrato oneroso aleatório
	Contrato oneroso parciário

Figura: classificação quanto à álea

(a) Os **contratos comutativos** são os contratos de prestações certas e determinadas, ou seja, **existe um equilíbrio subjetivo**⁶¹⁴ entre

611 BORGES, Nelson. *Da cláusula rebus sic stantibus à teoria da imprevisão*. Coimbra: Minerva, 1988, p. 170.

612 “O caráter não instantâneo dos contratos reforça o âmbito da incerteza e do risco. É preciso ter em conta a margem de álea que também os contratos comutativos comportam em situações de instabilidade e variabilidade econômicas. E, além do acréscimo de riscos, os contratos de longo termo (trato sucessivo ou de execução diférda) tornam uma tentativa de ter presente o conhecimento das circunstâncias futuras proibitivamente caras, quando não completamente impossível”. AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112, p. 94.

613 Orlando Gomes (*Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66) expõe que o chamado contrato de risco não é aleatório.

614 Orlando Gomes (*Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66) expli-

as prestações pactuadas, de forma que as vantagens auferidas pelos declarantes equivalem entre si. Assim, o contrato comutativo é aquele em que cada contratante sabe qual é a sua prestação equivale a do outro. Caio Mário da Silva Pereira disciplina que

São comutativos os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores. Não se exige a igualdade rigorosa destes, porque os bens que são objeto dos contratos não têm valoração precisa. Podendo ser, portanto, estimadas desde a origem, os contratantes estipulam a avença, e fixam prestações que aproximadamente se correspondem.⁶¹⁵

De forma paralela Silvio Rodrigues afirma que os contratos comutativos “são aqueles contratos em que não só as prestações apresentam uma relativa equivalência, como também as partes podem avaliar, desde logo, o montante das mesmas. As prestações são certas e determináveis, podendo qualquer dos contratantes antever o que receberá em troca da prestação que oferece”.⁶¹⁶

Assim, no contrato de compra e venda, o comprador sabe que deverá pagar o preço e que o vendedor irá realizar a transferência da propriedade (domínio) da coisa. Por exemplo: Se ofereço a caneta de quadro por R\$5,00 (cinco reais) a alguém, sei qual é a prestação do comprador (pagar o preço), e sei qual é a minha (entregar a coisa).

No entanto, **não perde a característica de comutativo o contrato em que a execução de uma prestação for realizada no futuro**, ou seja, os contratos de execução diferida ou execução continuada/

ca que não há uma equivalência objetiva da prestação, mas subjetiva, visto que cada contratante é senhor de suas conveniências e interesses, isto é, existe no espírito dos contratantes, e não na realidade.

615 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 58.

616 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.* 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 03, p. 33.

trato sucessivo, também sofrem a incidência de riscos naturais do tipo contratual, mas tais riscos não possuem o condão de transformá-lo em aleatório.⁶¹⁷

Estando em causa um **contrato de trato sucessivo ou de execução diferida**, o prolongamento temporal cria riscos, em particular de inexecução, mas é, muitas vezes, essencial à forma de satisfação dos interesses dos contratantes, podendo prevenir o risco de se ficar vinculado ao contrato numa situação em que um dos contraentes, em razão de circunstâncias sobrevindas e desconhecidas ao tempo da sua celebração, deixou de ter nele interesse⁶¹⁸, **mesmo presente a álea da inexecução não estaremos perante um contrato aleatório.**

Mas, dentro da **autonomia privada os contratantes podem modular os riscos e tornar um contrato comutativo** em um acidentalmente aleatório, ou seja, **o transforma em aleatório**. Por exemplo: se um dono de um imóvel faz um contrato com alguém para abertura de um poço que deverá fornecer a quantidade mínima de 20 mil litros de águas, ajustando que o perfurador nada receberá se o poço não produzir a quantidade de água ajustada.⁶¹⁹

(b) Os **contratos aleatórios são aqueles em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto, por depender de um risco futuro, capaz de provocar sua**

617 O doutrinador Giandomenico (p. 300) apud (AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, out, 2006: 69-112, p. 793) entende que um dos elementos necessários para se avaliar a margem de risco normal é a circunstância concreta em que o contrato foi celebrado, a valoração segundo a consciência do momento, a incidência de elementos legislativos atípicos, a regra do tipo contratual, a autonomia privada. O contrato é sempre influenciado pela valoração segundo a consciência social do momento.

618 AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112, p. 89.

619 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 92.

variação⁶²⁰, ou mesmo, não ter a previsibilidade de quando (o tempo) em que a contraprestação ocorrerá.

Enzo Roppo conceitua o contrato aleatório como “aquele em que a prestação de uma ou mais partes depende do risco, futuro e incerto”.⁶²¹

O **contrato aleatório é distinto do contrato sob condição** (contrato condicional), pois neste, é sua eficácia que fica na dependência de acontecimentos futuros e incertos. Por isso, Orlando Gomes afirma que a incerteza do contrato aleatório “ocorre em relação à extensão das vantagens procuradas pelas partes; o risco está na alternativa de ganho e perda. Não sabe qual das partes terá vantagem ou a perda”.⁶²²

Distinções	
Contrato aleatório	Contrato sob condição
O risco no contrato aleatório faz parte da sua eficácia, visto que com a ocorrência do fato aleatório começa obrigatoriedade da parte adimplir a sua obrigação.	A condição é um fato futuro e incerto, mas previamente estabelecido no contrato, como elemento de realização (suspensiva) da prestação ou sua extinção (resolutiva).

Silvio Rodrigues ensina que os **riscos podem ser absolutos ou relativos**. O risco absoluto ou total da prestação ocorre quando alguém oferece sua prestação sem nada receber em troca (como na *emptio spei*). Já o “risco relativo ou parcial sucederá quando ambas as partes cumprirem alguma prestação, apesar da desproporção entre as obrigações”.⁶²³

Nos **contratos aleatórios, um dos contratantes não pode antever a vantagem que receberá em troca ou o momento da sua ocorrência da prestação realizada**. Por isso, Caio Mário da Silva Pereira

620 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3, p. 135.

621 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 19.

622 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89.

623 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3, p. 135.

disciplina que são aleatórios os contratos “em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e susceptível de estima prévia, inexistindo equivalência com a outra parte”⁶²⁴. Além disso, ficam dependentes de um acontecimento incerto.

Vamos imaginar o seguinte **exemplo**: A empresa XDelta tda alugou uma loja em shopping center, sendo estipulado que o aluguel terá um acréscimo de 15% do faturamento bruto. O locador tem a obrigação de entregar o imóvel para exploração, por outro lado a empresa XDelta ltda terá o valor incerto de pagamento. Assim, o contrato será de execução no tempo, mas com um grau de risco no valor, situação na qual fica caracterizado como aleatório.

O risco é para os dois contratantes, visto a álea do valor do aluguel. Se a empresa nada vender, o shopping terá prejuízo e não haverá qualquer justificativa para pedir a resolução. Se por outro lado, o faturamento da empresa for acima do esperado, haverá um valor considerável a receber.

Os contratos aleatórios são divididos em aleatórios por natureza e aleatórios por vontade das partes (accidentalmente aleatórios).

Espécie de contratos aleatórios	Por natureza	Determinação legal
	Pela vontade das partes	Coisas futuras
		Coisas existentes

Figura : Tipos de contratos aleatórios

O Código Civil trata dos contratos accidentalmente aleatórios nos artigos 458 a 461. Interessante ressaltar que alguns negócios são aleatórios devido a sua própria natureza, caso dos contratos de seguro (art. 757 a 802 do CC)⁶²⁵ e de jogo e aposta (art. 814 a 817 do CC). De

624 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.

625 A Prof. Judith Martins-Costa (2002, p. 135-172) dispõe que o contrato de seguro constitui um contrato comutativo: “não há aleatoriedade nenhuma na prestação de garantia, que constitui o objeto contratual, para o segurador. De resto, o novo Código Civil brasileiro sustenta esse entendimento, ao definir, no caput do art. 757: Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga mediante o pagamento do prêmio, a garantir

outro lado, o contrato se torna aleatório em virtude da inserção de um elemento acidental, que torna a coisa ou o objeto incerto quanto à sua existência, qualidade ou mesmo ao seu perecimento ou quando a prestação será adimplida.

Os **contratos aleatórios por natureza** (por determinação legal) são aqueles em que o conteúdo ou momento da realização da obrigação de pelo menos uma das partes é desconhecido no momento de sua elaboração (de sua feitura) ou o momento de seu adimplemento, como no caso do seguro, que a indenização devida pela seguradora somente será devida na existência do sinistro.

O **contrato accidentalmente aleatório (atípicos)** está estatuído nos arts. 458 a 461 do CC, já os típicos como o de seguro e o de jogo e aposta estão dispostos nos arts. 757 a 802 e 814 a 817 do CC⁶²⁶. Os **contratos aleatórios accidentais** podem versar sobre coisas futuras ou sobre coisas de existência atual, desde que sujeitas a riscos. O Código Civil estabeleceu uma disciplina própria para os contratos aleatórios distinguindo situações em que as partes **assumiram o risco** (álea) **a respeito da própria existência ou não da coisa objeto do contrato** (art. 458 do CC), daquelas que **o risco se prende apenas sobre a quantidade do bem a ser entregue ao adquirente** (art. 459 do CC) e de outros referentes **a coisas existentes, mas exposta a risco** (art. 460 do CC).

É certo que os fatores aleatórios das regras contratuais podem ser inseridos em contratos de permuta, dação em pagamento, entre outros.

interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados" *apud* AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112, p. 86.

626 AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112, p. 96.

Coisas futuras	Contrato aleatório <i>Emptio spei</i> (art. 458 do CC): Risco da existência
	Contrato aleatório <i>Emptio rei speratae</i> (art. 459 do CC): Risco da quantidade ou qualidade
Coisas existentes	Exposta ao risco (art. 460 do CC): Risco do perecimento

Figura: contratos aleatórios por vontade das partes

É importante ressaltar que a álea deverá estar vinculada a pelo menos um dos contratantes, pois como leciona Caio Mário da Silva Pereira basta que haja o risco para um dos contratantes.⁶²⁷

Na dúvida entre a celebração de um contrato aleatório *emptio spei* (venda da esperança) e um contrato aleatório *emptio rei speratae* (venda da coisa esperada), deve valer-se o que irá gerar o menor prejuízo para o adquirente, logo **prevalecerá a venda da coisa esperada.**⁶²⁸

Distinções	
Contrato aleatório <i>Emptio spei</i> (art. 458 do CC)	Contrato aleatório <i>Emptio rei speratae</i> (art. 459 do CC)
A incerteza dá-se quanto à existência	A incerteza dá-se quanto à quantidade ou qualidade
O evento ocorre ou não	O evento deverá acontecer
A venda é da esperança que ocorra	As quantidades são incertas

627 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.

628 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 420. GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 278.

(i) O **contrato aleatório de coisas futuras relativas à sua existência (*Emptio spei*)** ocorre quando um dos contratantes, na alienação de coisa futura, toma para si o risco relativo à existência da coisa, ajustando o preço, que será devido integralmente, mesmo que nada produza (art. 458 do CC), sem que haja culpa *stricto sensu* ou *lato sensu* do alienante (contrato de compra e venda de coisa futura, com assunção de risco pela existência). Assim, o que está em jogo é a esperança ou probabilidade da coisa existir (venda da esperança), ou seja, a coisa é uma esperança de vir a existir no futuro, podendo ser frustrada (**por exemplo**, a colheita foi dizimada por uma praga). Na *emptio spei* há uma probabilidade de sucesso e sorte, pois “atribui-se mais importância à esperança e à probabilidade do que à coisa, devendo o comprador pagar o preço ajustado em qualquer circunstância, mesmo que nada adquirira”⁶²⁹. O comprador dá o preço e o vendedor a esperança da existência da coisa.

Pela cláusula ***emptio spei*** (contrato aleatório de coisas futuras relativas à sua existência) **assume-se o risco da existência da coisa ou de fatos futuros**, tendo o alienante direito a todo o preço, mesmo que bem não venha a existir ou exista em qualquer quantidade, salvo se agiu com dolo ou culpa⁶³⁰.

Assim, se o responsável pela prestação pendente **tinha conhecimento de que a coisa inexistia** e, ainda assim, praticou o ato, **com evidência agiu de má-fé**. Trata-se, neste caso, de negócio jurídico inexistente pela falta de um elemento essencial. Se **o interessado não chegou a pagar e nem teve qualquer prejuízo**, desnecessária providência judicial, pois **não tem direito a receber nada**. Se **adiantou alguma importância**, terá **direito a devolução dos valores** e caso não

629 LOPO, Paulo. *Comentários ao código civil*. Parte especial: das várias espécies de contratos (arts. 481 a 564). (coord.) Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. VI, p. 18.

630 CÓDIGO CIVIL. “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”.

seja restituído, será necessário o ajuizamento de ação declaratória de nulidade cumulada com pedido de restituição.

Tomemos como **exemplo** a situação apontada por Caio Mário da Silva Pereira: “é o de quem compra do pescador, por preço certo, o que este retirar, assumindo o risco de não ser apanhado nenhum peixe”, acrescentando que Sílvio Salvo Venosa que “mesmo que peixe algum venha na rede, vale e tem eficácia o contrato, sendo devido o preço, pois foi, na realidade, uma espécie de esperança que se adquiriu”⁶³¹. Neste caso, o objeto do contrato não são os peixes, mas o próprio lanço da rede (*iactus retis*)⁶³². Outro **exemplo** apontado por Maria Helena Diniz e Silvio Rodrigues é o seguinte: se vender a colheita de café do ano vindouro, o adquirente assumirá o risco de nada ser colhido⁶³³. Já Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam o seguinte **exemplo**: “é a da máquina de pegar bichos de pelúcia em parques infantis, pois há a possibilidade (para a tristeza das crianças!) de a mão mecânica descer e não pegar qualquer bicho de pelúcia, apesar do depósito de fichas”⁶³⁴. Paulo Lôbo aponta o seguinte **exemplo**: “é a compra de imóvel objeto de litígio judicial, com pleno conhecimento do comprador, cuja titularidade vem a ser negada ao vendedor na decisão final”⁶³⁵. Outro exemplo poderia ser a contratação de um passeio de barco para ver golfinhos. Mesmo que estes não apareçam, devem os contratantes pagar o valor acordado.

631 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 419

632 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.

633 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 94. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.* 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3, p. 136.

634 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 164.

635 LÔBO, Paulo. *Comentários ao código civil. parte especial: das várias espécies de contratos (arts. 481 a 564).* (coord.) Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. VI, p. 17.

(ii) O **contrato aleatório de coisas futuras relativas à sua quantidade** (*Emptio rei speratae*) versa sobre a quantidade maior ou menor da coisa esperada ou mesmo qualidade⁶³⁶ (contrato de compra e venda de coisa futura, sem assunção de risco pela existência). Caio Mário da Silva Pereira: expõe que “se a álea versar sobre a quantidade, assumindo uma das partes o risco respectivo, o preço é devido, mesmo que a coisa se não produza na quantidade esperada; porém, não é de ser pago, se nada for produzido, porque neste caso o contrato estará sem objeto”⁶³⁷. Nesse contrato o risco, apesar de existente, é menor. Nestas situações, “a parte terá direito a todo o preço, desde que de sua parte não tenha ocorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada”⁶³⁸. Mas se a coisa não vier a existir, alienação não haverá, e o alienante deverá devolver o preço recebido (por exemplo, houve frustração de safra, colhendo-se menos do que se esperava).

A cláusula *emptio rei speratae* (contrato aleatório de coisas futuras relativas à sua quantidade) faz com que o adquirente venha assumir o risco pela quantidade ou pela qualidade da coisa que existirá. Assim, a quantidade não exercerá qualquer relevância à situação para caracterizar o fim desejado pelo adquirente. No entanto, se a coisa não vier a existir, o contrato será considerado **ineficaz**⁶³⁹,

636 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 246.

637 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.

638 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 24.

639 Roberto Senise Lisboa (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil.* 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 166) e Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 94) defendem que o contrato é nulo, por falta do objeto. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 247) disciplina que se trata de contrato inexistente, porque o objeto (bem) é pressuposto para a formação da compra e venda (art. 481 do CC). Optamos pela ineficácia pelo seguinte argumento: o contrato ao ser celebrado possuía todos requisitos obrigatórios, como por exemplo na compra e venda, o preço e a coisa, mas como o objeto está vinculado a existência no futuro, o mesmo ainda não

restituindo-se as importâncias pagas pelo adquirente (*eficácia ex tunc*).⁶⁴⁰

Silvio Salvo Venosa alerta que as partes podem estipular no contrato com regras *Eemptio rei speratae* quantidade mínima a ser atingida, situação em que os negócios retroagirão seus efeitos⁶⁴¹. Roberto Senise Lisboa propõe o **seguinte exemplo**: “adquirem-se cem quilos da próxima safra de tomate, porém somente serão colhidos trinta quilos de boa qualidade”⁶⁴². Silvio Salvo Venosa⁶⁴³ propõe o **seguinte exemplo**: a aquisição de uma colheita futura, será também uma *Eemptio rei speratae*. Há, ainda a possibilidade de ocorrer a *Eemptio rei speratae* na **seguinte situação**: se o adquirente comprou o laço da rede do pescador, assumindo apenas o risco de receber mais ou menos uma quantidade peixes, o adquirente está liberado de pagar a quantia se a rede vier vazia⁶⁴⁴. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam o seguinte **exemplo**: “a 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 maioria das vezes, acabe ganhando somente um ‘prémio de consolação’ (um chaveiro, uma bolinha etc.)”.⁶⁴⁵

gerou eficácia, pois a mesma está subordinada ao elemento *alea* (ganho ou perda), assim, se não existir o objeto o contrato não terá eficácia. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXXIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 79.

640 CÓDIGO CIVIL. “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”.

641 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 420.

642 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 99.

643 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 420.

644 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 160. VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 419.

645 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil*.

(iii) O **contrato aleatório referente a coisas existentes, mas exposto ao risco** (art. 460 do CC) refere-se ao risco do perecimento assumido pelo comprador. Aqui o risco do perecimento ou da destruição é assumido pelo adquirente por meio de cláusula contratual. É a **hipótese exemplificativa**: de uma mercadoria embarcada que é vendida, assumindo o comprador o risco de ela chegar ou não ao destino e mesmo que ela desapareça por fatos estranhos ao contrato, será válida a venda e o vendedor fará jus a remuneração⁶⁴⁶. O Código Civil estipula no art. 460 que “Se for aleatório o contrato, 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”. Na situação presente não há *res*, ou seja, o objeto do contrato de compra e venda não está presente um dos elementos do contrato. Não obstante, dada a álea assumida pelo adquirente, o negócio sobrevive.

(c) Os **contratos parciários** são aqueles que se concretizam pela participação de uma ou de ambas as partes no resultado de uma atividade econômica. Nesses negócios, a atribuição patrimonial de uma ou mais partes traduz-se numa participação, que muitas vezes é uma percentagem, do resultado econômico da operação econômica subjacente, como por **exemplo**: contrato de sociedade e contrato de parceria agrícola.

(d) A **classificação quanto aos riscos da prestação emerge consequências práticas importantes, que podem ser diluídas da seguinte forma**⁶⁴⁷: (i) os vícios redibitórios só são aplicáveis nos contratos comutativos; (ii) não se admite a aplicação do instituto da lesão nos contratos aleatórios; (iii) nos contratos aleatórios e parciários em

Contratos: Teoria Geral. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 164.

646 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3, p. 137.

647 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 86.

regra não se aplica a teoria da imprevisão, salvo se os riscos não forem próprios do contrato.

8.5. Quanto à previsão legal (típico ou atípico)

Cada tipo contratual destina-se, num sentido amplo, a regular uma operação econômica, constituindo por isso as várias figuras dos contratos típicos ou atípicos os modelos normativos básicos das operações econômicas⁶⁴⁸. Quando **os sujeitos celebram um contrato, fazem-no como meio de prossecução de interesses específicos próprios**. É a concreta configuração dos interesses de cada parte e a articulação de ambas que determina, a solução contratual escolhida, a adoção do tipo de contrato que satisfaça a composição desses concretos interesses contrapostos, **podendo ser típicos ou atípicos**.

(a) O **contrato típico é aquele que se encontra expressamente previsto em lei, com sua regulamentação própria, com conteúdo de obrigações e direitos previsto na norma**, ou seja, a regra vem estabelecida mais ou menos ampla em uma determinada lei, seja o próprio Código Civil (há 23 tipos contratuais), seja na legislação extravagante. **Há, em texto legal, o arcabouço jurídico próprio de um dado contrato**. Sendo os contratos típicos concebidos para a satisfação de uma função, a realização de uma operação econômica, está inserida na liberdade de estipulação que permite às partes estabelecerem no contrato o conteúdo que desejarem para a satisfação da concreta constelação de interesses dos contratantes, desde que não contrariem disposições imperativas da lei aplicável ao contrato⁶⁴⁹. Por **exemplo**: contrato de compra e venda, de doação, de locação, de mandato, de prestação de serviço, de comodato, de mútuo, de agência, etc.

648 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 10.

649 AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, out, 2006: 69-112, p. 79.

(b) O contrato atípico **está ligado ao fenômeno econômico e a liberdade das partes contratantes em criarem regras próprias distintas das previstas na norma.** É importante ressaltar que não se trata de excluir normas cogentes, mas, sim criar dentro da perspectiva dispositiva dos contratos regras novas e modelos novos para regulamentar as transações econômicas. Dentro dessa otimização o Código Civil estipula no art. 425 que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Em suma, **os contratos atípicos não encontram previsão mínima na lei acerca do tratamento jurídico do contrato em especial**, ou seja, são os contratos inventados⁶⁵⁰. Por exemplo: o contrato de estacionamento, o contato *factoring*, o contrato de locação comercial em shopping center, o contrato de engenharia e o contrato de hospedagem.

A vantagem da atipicidade repousa no poder criativo dos contratantes, normalmente, quando as partes, que, em tese podem construir um novo modelo contratual modelado às expectativas dos contratantes, ou seja, à satisfação de seus interesses, desde que respeitados os pressupostos mínimos de validade, que proíbem a estipulação de cláusulas ilícitas ou abusivas (art. 425 do CC).

Por isso, Pedro Pais de Vasconcelos afirma que a “atipicidade pode ser referida aos tipos contratuais legais ou simplesmente aos tipos contratuais sem restrições legais”⁶⁵¹. No primeiro caso, são atípicos os contratos que não contém na lei um modelo regulatório próprio; e no segundo, são atípicos aqueles que não tem um modelo regulatório típico, nem na lei, nem na prática.

Por isso Orlando Gomes afirma que os **contratos atípicos comportam uma subdivisão:** (i) os **contratos atípicos propriamente ditos (singulares)** e (ii) os **contratos atípicos mistos.**⁶⁵²

⁶⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 202015, v. 4, t. I, p. 205.

⁶⁵¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos.* Lisboa: Almedina, 1995, p. 201.

⁶⁵² GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 102.

(i) os **contratos atípicos propriamente ditos (singulares)** são aqueles em que não há **qualquer conjunção de elementos que possam apresentar similitudes com qualquer contrato típico previsto na norma**. São **exemplos**: contrato de *factoring*, contrato de *leasing*, entre outros.⁶⁵³

(ii) os **contratos atípicos mistos** são aqueles em que as partes se utiliza de regras de um contrato típico, mas com cláusulas diversas, de forma a descharacterizar a tipicidade⁶⁵⁴, ou seja, é aquele que conjuga tipicidade com atipicidade e surge, normalmente, quando as partes combinam as regras de diferentes tipos contratuais, sem que nesse caso, que configure a união de contratos. E, para corroborar com a informação acima Caio Mário da Silva Pereira expõe que o contrato misto é aquele que “alia a tipicidade e a atipicidade, ou seja, aquele em que as partes imiscuem em uma espécie regularmente dogmatizada, aspectos criados por sua própria imaginação, desfigurando-a em relação ao modelo legal”⁶⁵⁵. Assim, **nos contratos mistos há uma fusão de tipos contratuais gerando uma unidade contratual**, enquanto na **união de contratos há uma pluralidade de contratos**⁶⁵⁶. São **exemplos**: contrato de serviços de bufê em geral, contrato de cartão de crédito, locação de *shopping center*, aluguel de cofre bancário, entre outros.

8.6. Quanto à negociação do conteúdo (tipo/formulário, paritário ou adesão)

A classificação impõe a análise da liberdade da autonomia privada, ou seja, refere-se ao grau de liberdade que as partes têm para criar e se vincular ao contrato. Desta forma, os contratos podem ser tipo/formulário, paritários (amigáveis ou *gré à gré*) ou adesão.

⁶⁵³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 213.

⁶⁵⁴ Os contratos mistos enquadram-se em três classes: 1^a contratos gêmeos; 2 contratos dúplices; 3^a contratos mistos *stricto sensu*. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 123.

⁶⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro:Forense, 2011, p. 53.2

⁶⁵⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 216.

Distinções	
Tipo / Formulário	Quem cria as regras do contrato é um terceiro que não representa qualquer uma das partes.
Paritário	As partes conjuntamente criam as regras do contrato de maneira amigável.
Adesão	As regras do contrato são impostas por uma das partes.

Figura : distinção quanto a criação das regras do contrato

No direito contratual, em regra, a compensação adequada dos interesses contrapostos acarreta na vontade contratual, a fim de determinar o seu conteúdo. Desta forma, os contratantes se utilizam da autodeterminação para a criação do conteúdo do contrato. Mas, se um dos contratantes imprime a sua vontade na construção das regras contratuais de forma a determinar unilateralmente o conteúdo do contrato, estaremos perante uma heterodeterminação e não numa autodeterminação, é o que denominamos de contrato de adesão.

No entanto, os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: “I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada” (art. 421-A do CC).

No entanto, no caso das relações de consumo, reguladas pelo CDC, a regra é de que os contratos são de adesão.

(a) Os **contratos tipo/formulários**⁶⁵⁷ são aqueles em que as cláusulas não são construídas por nenhuma das partes contratantes, mas se trata de contrato em que as partes adquirem formatado e

⁶⁵⁷ Para as relações consumeristas o contrato tipo ou formulário é uma espécie de contrato de adesão na forma do art. 54 do CDC.

construídos, necessitando apenas completar os elementos essenciais do contrato, como por **exemplo** o contrato de locação adquirido em papelaria. Carlos Roberto Gonçalves, afirma que

Os contratos denominados de formulários aproximam-se do contrato de adesão porque é apresentado por um dos contratantes, em fórmula impressa, ao outro, que se limitem a subscrevê-lo". Mas dele difere porque não lhe é essencial a desigualdade econômica entre os contratantes, bem como se admite discussão sobre o seu conteúdo. As cláusulas não são impostas por uma parte, mas apenas pré-redigidas.⁶⁵⁸

Caio Mário da Silva Pereira disciplina que são contrato-tipo ou por formulário quando "uma das partes já tem, em fórmula impressa, policopiada ou datilografada, o padrão contratual que a outra se limita a subscrever, aceitando-lhe as cláusulas previamente redigidas".⁶⁵⁹

Sílvio Salvo Venosa nos apresenta a **distinção entre contrato-tipo e o contrato de adesão** da seguinte forma: "no contrato tipo, as cláusulas, ainda que predispostas, decorrem da vontade paritária de ambas as partes" e traz como exemplo a seguinte situação: "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".⁶⁶⁰

O contrato-tipo ou contrato formulário é criado por um terceiro, sem vinculação com as partes e tem caráter padronizado e impresso ou digitalizado, contendo espaço que são preenchidos pelos contratantes, espaços esses referentes aos dados dos contratantes, identificação do objeto, prazo e preço.

658 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 136.

659 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65.

660 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 395.

(b) Os **contratos paritários** (amigáveis ou *gré à gré*) ocorrem quando **as partes se encontram em condições de igualdade de negociações**, estabelecendo livremente as cláusulas contratuais, ou seja, as partes constroem diretamente ou por seus representantes as cláusulas contratuais., até o acordo final. Nesses contratos há manifestação livre e coincidente de duas ou mais vontades. Deveras, os interessados livremente se vinculam, discutindo amplamente e fixando as condições e cláusulas que regerão a relação contratual⁶⁶¹. O conteúdo do contrato, é por assim dizer, fruto do trabalho conjunto dos contratantes.

(c) Os **contratos de adesão ou por adesão** constituem uma oposição à ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre os contratantes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as condições e cláusulas previamente redigidas e impressas pelo outro⁶⁶².

Caio Mário da Silva Pereira: expõe que “chamam-se contratos de adesão aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra”⁶⁶³.

Flávio Tartuce dispõe que o **contrato de adesão** “é aquele em que um aparte, o estipulante, impõe o conteúdo negocial, restando a outra, o aderente, duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negociação”.⁶⁶⁴

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) define o contrato de adesão no seu art. 54 ao estipular que

661 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.* 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3, p. 45.

662 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 95.

663 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62.

664 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002.* São Paulo: Método, 2002, p. 180.

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.

O Código Civil prescreve duas regras para o contrato de adesão:

- (i) **quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente** (art. 423) e (ii) **nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio** (art. 424).

O contrato de adesão descrito no Código Civil não pode ser confundido com contrato de consumo⁶⁶⁵, pois pode existir contratos de adesão, em que os contratantes não são considerados consumidores. Por outro lado, são raras as hipóteses de aplicação das regras dos artigos 423 e 424 do Código Civil, que tratam sobre os contratos de adesão nos contratos civis, o que é comum nos contratos do Direito Empresarial.⁶⁶⁶

São **exemplos** de contrato de adesão: O contrato de transporte (art. 730 a 756 do CC); contrato de prestação de serviço em estabelecimentos hospitalares; contrato de fornecimento de bens ou serviços; contratos de financiamentos bancários e; contrato de trabalho.

Assim, no contrato de adesão um dos contratantes “tem que aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra”, concordando uma situação contratual que encontra definida em todas as suas cláusulas.⁶⁶⁷

665 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 171 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

666 Porém, não se pode confundir a eficácia de um contrato de adesão nas relações de consumo com os contratos empresariais. Exemplo disso é a decisão proferida no STJ, REsp nº 1.055.185/PR, Quarta Turma, Relator: Min. Marco Buzzi, 1/04/2014, na qual o STJ reconhece a natureza de adesão do contrato, mas mantém os efeitos da cláusula contratual de eleição de foro.

667 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo

8.7. Quanto à presença de solenidades e formalidades (solenes ou não solenes e formais ou não formais)

Todo contrato reveste-se de alguma forma. Esta consiste no meio pelo qual a vontade se manifesta. Em alguns contratos a declaração de vontade é expressa, enquanto em outros ela se faz tácita ou implicitamente. A declaração pode efetivar-se por oralidade ou por escrito, sendo esta espécie se subdividida em ato por instrumento público e por instrumento particular.

A regra nos contratos é a forma livre e sem qualquer solenidade, mas em determinadas situações ou em determinados contratos é necessário o preenchimento de uma solenidade. A solenidade se faz necessária por uma questão de segurança jurídica.

É fundamental diferenciar formalidade de solenidade. A solenidade significa ato público, ou seja, indica a o ritual ou cerimônia com que se devem cumprir ou realizar certos atos, como por **exemplo o instrumento público**. Já a formalidade constitui a maneira de proceder em determinado caso, ou seja, é qualquer exigência de alguma forma assinalada pela lei, como por **exemplo**, a de forma escrita.

De acordo com Sílvio Salvo Venosa

O contrato solene entre nós é aquele que exige escritura pública. Outros contratos exigem forma escrita, o que os torna formais, mas não solenes. No contrato solene, a ausência de forma torna-o nulo. Nem sempre ocorrerá a nulidade, e a relação jurídica gerará efeitos entre as partes, quando se trata de preterição de formalidade, em contrato não solene.⁶⁶⁸

(a) a **forma livre ou geral do contrato** refere-se a possibilidade do mesmo ser construído de maneira, expressa ou tácita, verbal ou escrita. Será **expressa** quando a declaração de vontade tenha sido

e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

668 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 428-430

manifestada por escrito (texto ou visual law), oral ou de gesto. Será **tácita** aquela manifestação que se deduz de atos de razoável entendimento, na direção de aceitação, como no caso do silêncio. Será **verbal** quando o contratante celebrar o contrato oralmente, sem qualquer instrumento escrito. Será **escrita** se o contratante ao contratar servir-se instrumento público ou particular.

(b) a **solemnidade** refere-se ao documento necessário (instrumento público) que deve ser apresentado para a realização do contrato, como por **exemplo** a venda de bens imóveis acima de 30 salários mínimos deve ser realizada por escritura pública.

(c) **posição adotada:** de toda maneira iremos tratar os contratos solenes e formais como sinônimos do mesmo contorno que os não solenes com os informais.

EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA - Embargantes que alegam que o imóvel objeto da constrição lhe fora transferido por meio de doação - Liberalidade que exige contrato solene (por instrumento público ou particular aperfeiçoado com a transcrição no registro de imóveis) - Inteligência dos artigos 541, e 1245 caput, ambos do Código Civil - Pagamentos de impostos e despesas com o bem constrito que não são suficientes para comprovar a condição de proprietários do imóvel - Não comprovação, ônus que incumbia aos apelantes, da condição de serem titulares do bem penhorado - Afronta ao artigo 333, inciso I, do CPC - Restrição lícita, posto efetivada em bem que pertence a outra pessoa que não os embargantes (§ 1º, do artigo 1245, do CC) - Ação improcedente - Sentença mantida - Apelação não provida.⁶⁶⁹

669 BRASIL. TJSP. *Apelação Cível 7302494300*. Relator(a): Maia da Rocha - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 17^a Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 01/12/2008.

O Código Civil dispõe acerca da maneira em que os negócios jurídicos podem ser celebrados.

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

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.

Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

Assim, a regra é que os contratos por serem uma espécie de negócios jurídicos podem ser celebrados de qualquer forma, salvo quando norma exigir alguma forma e solenidade específica.

(d) O **principal efeito prático** da distinção entre contratos solenes (formais) e os não solenes (informais) decorre da seguinte percepção. Alguns negócios necessitam observar uma forma prescrita na norma, sob pena de nulidade, por isso a denominação solene, enquanto os não solenes não necessitam observar qualquer forma jurídica para a sua validade.

8.8. Quanto ao nome do contrato (nominais ou inominados)

A doutrina afirma que a classificação a partir da nomenclatura reside no fato que os contratos nominados são equivalentes aos contratos típicos e os contratos inominados são os atípicos. Mas, tal equivalência não se justifica, pois, os **contratos nominados são aqueles em que a lei propõe um nome** enquanto o **contrato inominado**

não há identificação nominal do mesmo na lei⁶⁷⁰. Assim a contratos nominados atípicos, como por exemplo: aluguel em *shopping center* e nominados típicos, como por exemplo: contrato de compra e venda e doação. Da mesma forma, que a contratos inominados atípicos, como por exemplo: contrato de hospedagem e contrato de engenharia e inominados típicos, como por exemplo: arrendamento mercantil – *leasing*.

8.9. Quanto a independência (principais, acessórios, derivados, coligados e complexos)

Os contratos podem existir isoladamente ou fazerem parte de um conjunto de dois ou mais contratos, entre eles se estabelece uma hierarquia ou paralelismo, que dá lugar a um contrato principal e outro acessório (acessórios), derivado, coligado ou complexo.

(a) O **contrato principal** tem existência própria independente, alcançando de forma plena os objetivos existentes pelas partes, ou seja, **a sua existência, validade e eficácia é independente de qualquer outro fato jurídico**. Os **contratos acessórios somente existem na condição de vinculados e subordinados ao contrato principal e visam garantir a execução do principal⁶⁷¹**. São exemplos: contrato de locação (principal) e fiança, seguro-fiança (acessórios).

(b) A **distinção entre os contratos principais e acessórios** decorre da ideia de que o acessório segue o destino do principal. Em **consequência**: (i) nulo o contrato principal, nulo será também o acessório, a recíproca, todavia, não é verdadeira (art. 184 do CC); (ii) a prescrição da pretensão concernente à obrigação principal acarretará a da relativa às acessórias, embora a recíproca também não seja verda-

⁶⁷⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 120.

⁶⁷¹ Orlando Gomes (*Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 93) afirma que os contratos acessórios podem ser preparatórios, ou seja, são todos os que tem como pressuposto outro contrato, como o mandato integrativo, como a aceitação de terceiro na estipulação em seu favor, complementares como a adesão de um contrato aberto.

deira; desse modo, a prescrição da pretensão a direitos acessórios não atinge a do principal.⁶⁷²

Ponto cinzento na doutrina e na jurisprudência reside no fato da prorrogação do contrato principal e o do contrato acessório.

O problema tem sido discutido na jurisprudência em relação aos contratos legalmente prorrogados em virtude da legislação de emergência, divergindo os julgados e doutrina quanto ao alcance da fiança quando dada em contrato por tempo determinado. A tese dominante em relação aos contratos de fiança concedido por certo período é no sentido de extinguir-se a garantia por ocasião da prorrogação legal do contrato, por não admitir a mesma interpretação extensiva. Ao contrário, sendo a fiança dada *até a efetiva entrega das chaves*, o fato de o locatário não entregar a chave, qualquer que seja o motivo mesmo em virtude da prorrogação legal, implica continuação da garantia fidejussória, por ter o fiador assumido o risco da locação até a entrega das chaves. Assim, o ato de liberalidade e, em particular, a fiança não admitem ampliação ou interpretação extensiva (art. 819), mas se o prazo depende de condição resolutiva, até a realização desta continua necessariamente a existência da garantia, pois a solução contrária implicaria prejuízo para o locador.⁶⁷³

O STJ no **REsp 1607422/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrigi que “o art. 39 da Lei 8.245/91 dispõe que, salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva

672 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 105. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 106. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 43.

673 WALD, Arnaldo. *Direito Civil. Direito das obrigações. Teoria geral dos contratos*. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v 2, p. 272.

devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado”⁶⁷⁴.

Assim, a própria lei, ao resguardar a faculdade do fiador de exonerar-se da obrigação mediante a notificação resilitória, reconhece que a atitude de não mais responder pelos débitos locatícios deve partir do próprio fiador.

(c) Os **contratos derivados** são aqueles cujo objeto é extraído do próprio objeto do contrato principal, desde que esse seja de longa duração e não seja personalíssimo, como ocorre por **exemplo** na locação e sublocação ou empreitada e subempreitada, mandato e o substabelecimento. **A existência do contrato-base é o motivo gerador do subcontrato, tendo em vista a relação entre eles.** No subcontrato, uma das partes do contrato-base participa do outro, tendo em vista a sua posição originária na primeira avença, assim, o contrato derivado fica numa posição de serviéncia do contrato-base, embora ambos coexistam. A subcontratação poderá ser proibida pela lei ou pela vontade

674 “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ACESSÓRIOS. ADITAMENTOS CONTRATUAIS PREVENDO A PRORROGAÇÃO CONTRATUAL E MAJORAÇÃO DO ENCARGO. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE AFASTE A RESPONSABILIDADE DOS FIADORES ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES. PRORROGAÇÃO DA GARANTIA. ART. 39 DA LEI 8.245/91.1. Ação ajuizada em 13/03/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se os recorrentes, fiadores de contrato de locação, devem ser solidariamente responsáveis pelos débitos locativos, ainda que não tenham anuído com o aditivo contratual que previa a prorrogação do contrato, bem como a majoração do valor do aluguel. 3. O art. 39 da Lei 8.245/91 dispõe que, salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado. 4. Da redação do mencionado dispositivo legal depreende-se que não há necessidade de expressa anuência dos fiadores quanto à prorrogação do contrato quando não há qualquer disposição contratual que os desobriga até a efetiva entrega das chaves. 5. Ademais, a própria lei, ao resguardar a faculdade do fiador de exonerar-se da obrigação mediante a notificação resilitória, reconhece que a atitude de não mais responder pelos débitos locatícios deve partir do próprio fiador, nos termos do art. 835 do CC/02. 6. Na hipótese sob julgamento, em não havendo cláusula contratual em sentido contrário ao disposto no art. 39 da Lei de Inquilinato - isto é, que alija os fiadores da responsabilidade até a entrega das chaves - e, tampouco, a exoneração da fiança por parte dos garantes, deve prevalecer o disposto na lei especial quanto à subsistência da garantia prestada. 7. Recurso especial conhecido e não provido.” (BRASIL. STJ. *Resp 1607422/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 17/11/2017).

das partes, e, se houver desobediência, será motivo para a rescisão do contrato-base.⁶⁷⁵

O **contrato derivado (subcontrato) difere da estipulação em favor de terceiro**, pois neste as regras estipuladas são separadas enquanto naquele as regras estão conjuntas. Também há **diferença entre subcontrato e a cessão**, pois naquele os contraentes originais ficam vinculados enquanto neste há uma sub-rogação subjetiva, pois há um novo titular, o cessionário.

O **contrato derivado é distinto do contrato coligado**, pois neste a natureza jurídica, dos contratos são distintas, pois o negócio jurídico coligado tem uma relação direta, quanto aos efeitos internos e externos, com outro contrato, como por **exemplo** o contrato de aquisição de quota do grupo de consórcio, para obtenção de determinado bem, que tem relação com outro contrato, referente ao mesmo grupo de empresas.

O **contrato derivado difere do contrato acessório**, no tocante de que naquele um dos contratantes transfere a terceiro, sem desvincular, a utilidade correspondente à posição contratual. Como por **exemplo**: imaginemos um contrato de locação em que o inquilino realiza a sublocação, onde transfere a terceiro a sua posição contratual. Desta forma, o sublocatário irá manter os mesmos direitos do inquilino, visto que o contrato de locação não será extinto.

Importante ressaltar que o **subcontrato não poderá conduzir a maiores direitos ao contratante do que o contrato-base** e uma vez extinto o contrato principal o derivado também estará extinto.

(d) Os **contratos coligados (também denominados de conexos, grupos de contratos ou redes contratuais)** se colocam num plano de coordenação, acessoriedade ou dependência de vários contratos que funcionalmente se interligam no meio de um objetivo maior⁶⁷⁶. A in-

⁶⁷⁵ VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 439.

⁶⁷⁶ A extensão do vínculo, a coligação entre contratos se classifica em três espécies: (i) vínculos de acessoriadade; e (ii) vínculos de dependência; (iii) vínculos de coordenação. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo.

ter-relação decorre de uma cláusula acessória implícita ou expressa⁶⁷⁷. Aqui não há fusão de tipos contratuais como ocorre nos contratos mistos, mas sim justaposição.⁶⁷⁸

Para Orlando Gomes “os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente seria desinteressante. Mas não se fundem. Conservam a individualidade própria”. Assim, cada qual é a “causa do outro, formando uma unidade econômica, enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro”.⁶⁷⁹

Ruy Rosado de Aguiar Jr. que “é possível que os figurantes fujam do figurino comum e enlacenem diversas convenções singulares (ou simples) num vínculo de dependência, acessoriedade, subordinação ou causalidade, reunindo-as ou coligindo-as de modo tal que as vicissitudes de um possam influir sobre o outro”⁶⁸⁰. Flávio Tartuce afirma que “os **contratos coligados ou conexos são os negócios que estão interligados por um ponto ou nexo de convergência, seja ele direto ou indireto, material ou imaterial**”.⁶⁸¹

Não há em regra a justaposição de um contrato principal com outros acessórios, pois aqui há uma interdependência entre o contrato dito principal e os ditos acessórios. Isto porque **a coligação dos contratos refere-se ao somatório de objetos econômicos que não podem, ou não se revela conveniente, ser alcançados por meio de um único instrumento contratual**. Em suma, a unidade de interesses, principalmente econômicos, que constitui característica principal

Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Lejus, 2013.

677 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 89. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

678 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

679 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 121-122.

680 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 37-38.

681 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2002, p. 60.

dos contratos coligados, há uma relação de interdependência entre os contratos que enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido⁶⁸², salvo quando a obrigação inadimplida for de escassa importância⁶⁸³.

Rodrigo Xavier Leonardo classifica os contratos coligados da seguinte forma: (i) os contratos coligados em sentido estrito, decorre da determinação legal; (ii) os contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes, decorre da vontade das partes; (iii) os contratos conexos, decorre da situação fática negocial, há um nexo contratual, podendo ser uma rede contratual destinada aos consumidores e um contrato conexo em sentido estrito em sentido estrito, destinado aos outros segmentos do mercado.

O critério dessa classificação toma por marco inicial as fontes de coligação, proposto por Rodrigo Xavier Leonardo⁶⁸⁴:

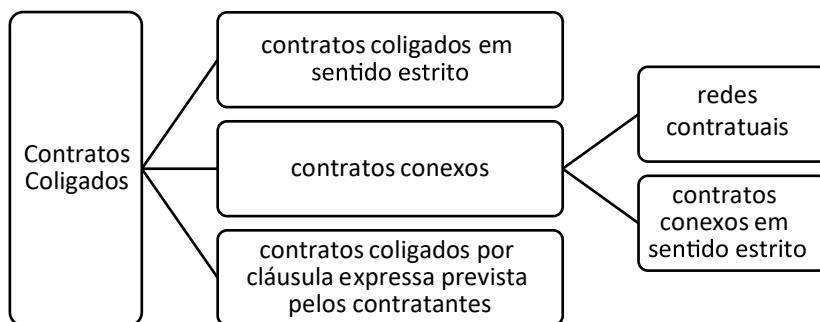


Figura: Classificação proposta por Rodrigo Xavier Leonardo

682 BRASIL. STJ. REsp 985.531/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 1.9.2009, DJe 28.10.2009.

683 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 24 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

684 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

Vincenzo Roppo⁶⁸⁵ propõe uma classificação para os contratos coligados da seguinte forma: (i) coligação formal, (ii) coligação substancial; (ii) coligação necessária ou genérica; (iv) coligação voluntária; (v) coligação voluntária; (vi) coligação expressa; (vii) coligação tácita; (viii) coligação funcional.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa dispõe que os contratos coligados estão interligados a “um determinado somatório de objetivos econômicos que não podem (ou não se revela conveniente) ser alcançados por meio de um único contrato”.⁶⁸⁶

Como **exemplo** de contrato coligado temos:

(i) um interessante **exemplo** de “coligação em sentido estrito em direito brasileiro se dá com os chamados contratos de interconexão celebrado entre as diversas prestadoras de serviços de telefonia. Assim, apenas por intermédio da interconexão”⁶⁸⁷, pois segundo Rodrigo

685 Vincenzo Roppo, *ob cit.*, p. 387 *apud* VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 134-139.

686 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 134.

687 “Apelação Cível. Preliminar de não conhecimento. Violação do princípio da dialeticidade. Rejeição. Operadoras de telefonia. Contrato de interconexão de redes. Inscrição no Serasa. Dívida controversa. Ausência de submissão da questão à anatel. Ato ilícito. Reparação de dano moral. Pessoa jurídica. Tutela inibitória. Necessidade. Recurso improvido. O princípio da dialeticidade, no qual se apoia o recorrente para arguir a preliminar de não conhecimento do apelo, consiste no dever de insurgir-se o apelante contra os fundamentos do decisum, ou seja, na obrigatoriedade de referência aos termos do julgado para manifestação da irresignação. Embora não seja um primor de técnica, as razões recursais explicitam o inconformismo da parte, deixando patente as razões pelas quais o apelante se insurge contra os fundamentos da sentença. Preliminar rejeitada. Nos contratos de interconexão de redes, uma operadora de telefonia utiliza rede de outra para propiciar ao consumidor o direito de escolha daquela que mais atende a seus interesses, cumprindo o disposto no art. 3º, II, da Lei nº 9.472/97, possibilitando, ainda, a livre concorrência e evitando a reserva de mercado. Existindo controvérsia acerca de débitos originados da execução do contrato de interconexão de redes, exige-se a submissão do conflito à ANATEL, nos termos do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações. Sobreindo lesão antijurídica à reputação social da empresa, em razão de inclusão de seus dados no SERASA, materializa-se o dever de indenizar. O dano moral emerge da conduta lesionadora, prescindindo de prova, bastando, pois, a mera confirmação da ocorrência da conduta lesiva, a qual não está condicionada à eventual repercussão no patrimônio da empresa. Para a fixação do quantum indenizatório devido a título de danos morais, a jurisprudência pátria tem

Xavier Leonardo⁶⁸⁸ “seria garantido a um consumidor da operadora “A” a possibilidade de telefonar para um consumidor da operadora “B” que”, por sua vez, “poderia efetuar ligação para um cliente da operadora C”, incentivando-se, inclusive, a apresentação de uma fatura única ao consumidor”.

(ii) é absolutamente possível, e até mesmo comum no mercado imobiliário, “a realização de contratos de arras com cláusula de condição resolutiva para a hipótese de não obtenção do financiamento para adimplemento do contrato de compra e venda que se pretende realizar”. Neste caso, por disposição expressa, “se estabelece um vínculo, uma ligação contratual entre o contrato de arras, um contrato de mútuo e um contrato de compra e venda”⁶⁸⁹. Os contratos celebrados pelas distribuidoras de petróleo com os exploradores de postos de gasolina englobam, em geral, vários pactos interligados, como fornecimento de combustíveis, arrendamento de bombas, locação de prédios, financiamento de combustíveis⁶⁹⁰. Trata-se de **exemplos** de vínculo de acessoriedade entre contratos coligados.

(iii) aqui se traz a lume as situações **exemplificativas** de Rodrigo Xavier Leonardo para os contratos coligados em formato de rede contratual:

Cite-se, por exemplo, nos contratos de turismo, a responsabilidade solidária da agência de viagens pelos danos ocorridos em virtude de prestação de serviços defeituosos em hotel por ela indicada ou, ainda, por danos sofridos em incêndio de embarcação por ela contratada. A contratação

consagrado a dupla função: compensatória e penalizante, sendo arbitrada quantia que não propicie o enriquecimento sem causa”. (BRASIL. TJDFT. Acórdão n. 310333, 20070110211199APC, Relator: Carmelita Brasil, Revisor: Waldir Leônicio Lopes Júnior, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 4.6.2008, Publicado no DJE: 25.6.2008. p. 51).

688 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

689 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

690 BRASIL. STJ. EREsp 985531, Relator(a): Ministro FERNANDO GONÇALVES. Decisão monocrática. Data da Publicação 8.2.2010.

de pacotes de turismo, englobando diversas relações em cadeia, promove a responsabilidade do agente de turismo que indica os demais prestadores que, em conjunto, realizaram o serviço ao consumidor. Trata-se de situação de redes contratuais com vínculo de operadora de turismo, que se expande aos demais contratos, conforme classificação antes exposta. Há também inúmeras decisões encontradas nos tribunais brasileiros que reconhecem uma rede contratual na prestação de serviços médicos, envolvendo a responsabilidade solidária entre operadoras de plano de saúde, hospitais e médicos.⁶⁹¹

Em relação ao **exemplo** de contratos coligados por força de questões econômicas e funcionais podemos apontar a Recurso Especial 1.206.723-MG que trata de um pedido de revisão contratual que não levou em conta a cisão de uma sociedade. Assim, na decisão tomou como base a o valor de mercado “desprezando o valor contábil do imóvel, pautou-se exclusivamente no contrato de locação firmado entre as partes, deixando de considerar que o referido instrumento integra um negócio jurídico complexo, formado por uma série de contratos que regulam a cisão parcial de uma empresa e a forma de pagamento do sócio que se retirou”. E propõe que:

10. Nesse contexto, a interdependência dos referidos contratos é evidente, haja vista a unidade dos interesses representados, principalmente econômicos, constituindo o que a doutrina convencionou denominar de contratos coligados.

11. Com efeito, o quadro negocial revela que o imóvel, objeto da Ação Revisional subjacente, foi transferido à empresa do sócio retirante, conforme pactuado no protocolo de cisão, e locado à Companhia Brasileira de Distri-

691 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

buição, nos termos previamente estabelecidos no acordo de acionistas, assegurando a possibilidade da empresa cindida continuar a exercer suas atividades nos imóveis transferidos, onde estão instaladas grandes lojas, bem como garantiu ao sócio dissidente um rendimento certo, representado pelo valor do aluguel acertado na ocasião, com esteio em percentual de rendimento, limitado por um preço mínimo.

12. Logo, embora seja possível visualizar de forma autônoma cada uma das figuras contratuais entabuladas, surge cristalina a intervinculação dos acordos firmados, revelando a inviabilidade da revisão estanque e individualizada de contratos que estão coligados por uma função econômica comum.⁶⁹²

Então para **concluir a existência da relação de coligação contratual** somente existirá se na interpretação se observar que cada contrato integrante de um determinado esquema econômico tem a sua conclusão indissoluvelmente ligada à conclusão de um ou de diversos outros contratos, em integração complexa e necessária.

Em **consequência** dos contratos coligados: **(i)** a nulidade de um contrato pode determinar a nulidade de outro àquele coligado; **(ii)** a impossibilidade da execução de um contrato coligado pode levar à resolução de outros contratos⁶⁹³; **(iii)** o incumprimento parcial em um

692 BRASIL. STJ. REsp 1206723/MG. Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Decisão Monocrática. Data da Publicação: 1.2.2011.

693 “Apelação cível. Consumidor. Rescisão de contrato c/c indenização por danos materiais e morais. Contrato de compra e venda por encomenda. Responsabilidade solidária da financiadora. Pagamento de multa contratual. Reparação por danos morais. Devidos. Restituição de parcelas pagas. 1. O contrato de financiamento para a encomenda e confecção de móveis planejados não é independente. Ao revés, liga-se ou se junta ao contrato principal acompanhando-o indissociavelmente em seus planos de existência, validade e eficácia. 2. Operado o inadimplemento da fornecedora/vendedora, a rescisão do contrato principal implica, por consequência, a resolução do contrato acessório de financiamento. 3. Todavia, não tendo a instituição financeira concorrido para a ocorrência do evento danoso, falta, pois, um dos elementos da responsabilidade civil manifestado no nexo causal, pelo que assim, sem que esteja estabelecida uma relação de causa e efeito, não incide em obrigar a indenizar o

contrato pode determinar a resolução de contratos coligados⁶⁹⁴; (iv) a existência de solidariedade entre os contratantes da rede de contratos coligados⁶⁹⁵; (v) a exceção baseada no inadimplemento da prestação

prejuízo causado por outrem. 3.1 Do mesmo modo, a ausência de relação de causa e efeito não se estende para apanhar a sanção por multa advinda do descumprimento do contrato ao regular obrigações recíprocas estabelecidas unicamente entre o fornecedor e o consumidor, de sorte que se mantém incólume os limites da obrigação quando somente produz efeitos aos respectivos signatários, mormente se agente financeiro não se constituiu em garante legal ou contratual, como que “afiançando” o fornecedor inadimplente. 4. Para a fixação de indenização por danos morais, deve o magistrado levar em conta as condições pessoais das partes, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa do réu para a ocorrência do evento, não havendo justificativa para a redução ou majoração do quantum indenizatório, quando observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. A rescisão do negócio principal (compra e venda), em razão da não entrega dos produtos e serviços, determina a rescisão do contrato coligado ou acessório de financiamento, ainda que a instituição financeira não tenha responsabilidade direta pela conduta negligente da fornecedora. 6. Imperiosa é a restituição das partes ao *status quo* antes, diante da rescisão de ambos os contratos, com a devolução ao consumidor de todas as quantias que o agente financeiro efetivamente recebeu em razão dos contratos rescindidos. 7. Recursos conhecidos. Recurso do banco-réu parcialmente provido. Recurso do autor provido”. (BRASIL. TJDFT. Acórdão nº 887573, 20110112256972APC, Relator: Carlos Di-vino Vieira Rodrigues, Revisor: Hector Valverde Santanna, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29.7.2015, Publicado no DJE: 18.8.2015. p. 219).

694 “Apelação cível. Direito civil, processual civil e do consumidor. Compra e venda de automóvel. Vício oculto. Rescisão contratual e resarcimento dos danos materiais. Financiamento bancário. Rescisão. Contrato coligado. Sucumbência mínima. 1. O contrato de compra e venda de veículo e o de financiamento bancário que viabilizou o negócio jurídico, por estarem coligados ao mesmo fato jurídico, não podem ser vistos de forma isolada, ou seja, rescindido o primeiro, o segundo segue o mesmo fim. 2. Havendo decaimento de parte mínima de um litigante, ao outro caberá a totalidade das despesas e honorários advocatícios, nos termos do parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil. 3. Recurso conhecido e improvido”. (BRASIL. TJDFT. Acórdão nº 650976, 20110112209533APC, Relator: Simone Lucindo, Revisor: Alfeu Machado, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30.1.2013, Publicado no DJE: 5.2.2013. p. 335).

695 “Consumidor. Contrato de compra e venda coligado ao financiamento do bem. Celebração mediante fraude de terceiros. Inscrição na dívida ativa. Dano moral. Configuração. Arbitramento. Razoabilidade e proporcionalidade. I. Firmado por falsários contrato de compra e venda de veículo coligado a pacto de financiamento, seguido de inscrição do nome de suposto devedor na dívida ativa, responderão o estabelecimento comercial e instituição financeira pelo dano moral sofrido pela vítima, por deixarem de pesquisar a verdadeira identidade do contratante e adotar medidas para se certificar da autenticidade dos documentos apresentados pelo estelionatário. Depois, o dever de reparação é consectário lógico do risco da atividade econômica que deve ser suportado pelos fornecedores, em solidariedade. II. O valor da compensação por danos morais deve ser informado por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas; a natureza e a extensão do dano. III. Negou-se provimento aos recursos”. (BRASIL. TJDFT. Acórdão

de um contrato pode legitimar a parte inocente a não executar suas prestações em outros contratos coligados.⁶⁹⁶

E por último é importante diferenciar o contrato coligado do contrato complexo. Nos contratos **complexos** há apenas uma relação jurídica caracterizada por apenas uma causa. Já nos **coligados** há prestações individuais que são enquadradas automaticamente em distintos esquemas causais.⁶⁹⁷

8.10. Quanto à pessoalidade (*personalíssimo e impessoais*)

(a) Os **contratos pessoais**, *intuitu personae ou personalíssimos* são aqueles em que a pessoa contratante é um elemento determinante de sua conclusão⁶⁹⁸. Na contratação *intuitu personae* o que importa é que irá cumprir o contrato, tomando como padrão certas e determinadas características da parte contratante⁶⁹⁹. Isso ocorre essencialmente nos contratos que envolvem obrigação de fazer com objeto bem infungível (art. 247 do CC), como os contratos de prestação de serviço, por levarem em consideração as habilidades, experiências, técnica, idoneidade etc. da parte contratante.

n.722131, 20120110985898APC, Relator: José Divino de Oliveira, Revisor: Vera Andri-ghi, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/10/2013, Publicado no DJE: 15.10.2013. p. 185).

696 “Resolução do contrato. Contratos coligados. Inadimplemento de um deles. Celebrados dois contratos coligados, um principal e outro secundário, o primeiro tendo por objeto um lote com casa de moradia, e o segundo versando sobre dois lotes contíguos, para área de lazer, a falta de pagamento integral do preço desse segundo contrato pode levar à sua resolução, conservando-se o principal, cujo preço foi integralmente pago. Recurso não conhecido”. (BRASIL. STJ. REsp 337.040/AM, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 2.5.2002, DJ 1.7.2002, p. 347).

697 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139.

698 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 61.

699 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 174.

(b) Nos **contratos impessoais** a qualificação dos contratantes é indiferente, pois somente interessa o resultado da atividade contratada. Assim, esses contratos terão como objeto uma obrigação fungível, pois qualquer pessoa pode dar adimplemento ao contrato sem prejuízo do credor. Em suma, os **contratos impessoais são aqueles em que a pessoa do contratante é juridicamente indiferente e irrelevante.**⁷⁰⁰

Os **contratos impessoais podem se tornar accidentalmente personalíssimo** quando, embora, seja indiferente a pessoa de um dos contratantes, determinadas circunstâncias induzem os contratantes a transformá-lo em contrato *intuitu personae*⁷⁰¹, isso ocorre por meio de previsão contratual.

(c) A **classificação quanto à pessoalidade reveste de consequências práticas importantes, que podem ser diluídas da seguinte forma**⁷⁰²: (i) o contrato personalíssimo não pode ser transmitido por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, ou seja, pelo fato de falecimento da parte e; (ii) são anuláveis, havendo erro essencial sobre a pessoa do contratante no caso dos contratos *intuitu personae*, situação que será avaliada conforme a teoria da confiança, mediante a aplicação do princípio da boa-fé.

8.11. Quanto ao tempo de execução

O contrato poderá ser por prazo determinado ou indeterminado. Os contratos por prazo determinado possuem um termo fixado,

700 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 61. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 105.

701 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 98.

702 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 260. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 86.

enquanto os contratos por prazo **indeterminado não possuem termo expresso, em razão da sua natureza** ou por se tratar, na realidade, de prorrogação tácita do contrato com prazo determinado. E a distinção entre as duas espécies de contrato “consiste na denúncia do contrato por qualquer das partes interessadas em qualquer tempo, na hipótese do contrato **por tempo indeterminado**, é necessário um aviso prévio, sem direito a indenização, enquanto, ao contrário nos contratos por tempo determinado as partes só podem desvincular na hipótese de infração contratual do outro contratante, de justa causa, de força maior ou caso fortuito”⁷⁰³, ou entanto indenizando os prejuízos que, em virtude de rescisão intempestiva, causarem à outra parte. Outra consequência lógica é que no contrato por prazo determinado o decurso do tempo extingue a relação contratual.⁷⁰⁴

Prazo do contrato	Determinado	Vinculado a um termo
	Indeterminado	Não vinculado a um termo

Figura: Prazo

Os contratos podem ser executados e adimplidos de maneira **instantânea** (execução imediata ou execução única) ou no **futuro** (execução mediata), que pode ser de execução diferida (retardada)⁷⁰⁵ ou de trato sucessivo (execução continuada).

⁷⁰³ WALD, Arnaldo. *Direito Civil. Direito das obrigações. Teoria geral dos contratos.* 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v 2, p. 325.

⁷⁰⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil.* 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 101.

⁷⁰⁵ Pablo Stolze, Pamplona Filho, Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves e Orlando Gomes classificam o contrato de execução diferida como instantâneo. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 164. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 254. GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

Adimplemento do contrato	Execução Instantânea
	Execução no futuro

Figura: tipos de execução do contrato

(a) Os **contratos de execução instantânea** são aqueles que tem o seu aperfeiçoamento e **adimplemento de imediato**, ou seja de uma única vez e por prestação única como por **exemplo** o contrato de compra à vista, em que o comprador, contra a entrega da coisa, faz o pagamento do preço em um só ato.⁷⁰⁶

(b) Os **contratos de execução no futuro** são aqueles que pelo menos uma das **prestações será adimplida em momento diverso da conclusão do contrato**. É interessante ressaltar que os contratos de execução no futuro podem referir-se a ambos os deveres contratuais, dentro da concepção do sinalagma. Na compra e venda por **exemplo** podem referir-se tanto à entrega da coisa ou ao pagamento do preço em momento posterior ao acordo.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald⁷⁰⁷ e Orlando Gomes⁷⁰⁸ optaram por classificar os contratos de execução no futuro como contratos de duração e o subdividem em contratos de **execução periódica** (trato sucessivo) e de **execução continuada**. Na **primeira**, a execução da obrigação se prolonga no tempo sem interrupção (contrato de sociedade e contrato de trabalho), enquanto na **segunda** se caracteriza pela efetivação das prestações em repetições sem regularidade exata (fornecimento de serviços, como água, energia e telefone).

Um **exemplo** de contrato execução no tempo, encarado como execução **diferida ou retardada** é a situação de “uma casa de espe-

706 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 502. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 60.

707 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 254.

708 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

táculos contrata a apresentação de um grupo teatral, com meses de antecedência, pagando o cachê no ato de assinatura do instrumento negocial” ou então as compras efetuadas a crédito, mediante carnê.⁷⁰⁹

Um **exemplo** de contrato de execução no tempo, encarado como execução **trato sucessivo ou periódica** é a situação do é o contrato de locação. A “prestação do locador é permanente, pois a coisa locada fica continuamente à disposição do locatário, que tem a obrigação de pagar os aluguéis periodicamente e enquanto perdurar o vínculo *ex locato*”.⁷¹⁰

É importante ressaltar que os contratos duradouros não podem ser confundidos com os contratos relacionais, apesar de ordinário se desdobram no tempo.⁷¹¹

Da análise descrita acima, optamos pela seguinte forma de **classificar os contratos de execução no futuro:** (i) **contratos de execução diferida;** (ii) **contrato de execução continuada ou de trato sucessivo.**

Adimplemento do contrato	Execução no futuro	Diferida ou retardada
		Trato sucessivo ou continuada

Figura: execução no tempo

(i) Os **contratos de execução diferida** tem o adimplemento previsto de uma vez só no futuro⁷¹². A prestação de uma das partes não ocorre ao mesmo tempo ou imediatamente após a formação do vínculo, mas a termo ou sob condição.

709 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 45-46.

710 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 45-46.

711 FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74, nota 64.

712 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 502. WALD, Arnaldo. *Direito Civil*. Direito das obrigações. Teoria geral dos contratos. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v 2, p. 269.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁷¹³ afirma que a execução diferida poderá ser **unilateral** ou **bilateral** conforme o pacto do termo na avença. Na **primeira hipótese**, uma das **prestações é realizada à vista e a outra se fará em um único momento no futuro**. Por outro lado, será **bilateral** a execução diferida se **ambas as prestações forem realizadas em momento futuro em uma única prestação**.

O **exemplo** apontado pela doutrina refere-se a **compra e venda**, quando o pagamento ou a entrega da coisa é fixado, para outra data, e não a realização do contrato. Ou então a locação por temporada, em que o locador paga adiantado pelo uso do imóvel, por **exemplo**.

(ii) Os **contratos de execução continuada ou de trato sucessivo** tem o adimplemento previsto de forma sucessiva ou periódica no tempo, ou seja o adimplemento das obrigações se dá por meio de atos reiterados.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁷¹⁴ afirma que a execução continuada poderá ser **unilateral** ou **bilateral**. Será **unilateral quando uma das partes executa a prestação imediatamente e a outra faz em parcelas** e será **bilateral quando as partes adimplir suas prestações com o caráter de correspondência repetida**.

Os **exemplos** propostos são o caso do contrato de locação e o contrato de compra e venda de mercadorias pela modalidade de fornecimento período. **Na locação**, há a prestação do aluguel pelo uso da coisa, e não tem efeito liberatório, senão do débito correspondente a um período determinado, decorrido ou por decorrer, porque o contrato continua até a ocorrência de uma causa extintiva. Outro é o **contrato compra e venda pela modalidade de fornecimento de mercadorias periódicas**, em que o “adquirente comprador paga por período ou *forfatarialemente*, persistindo, entretanto, a obrigação do

713 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 502

714 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 502.

vendedor, quanto a novas remessas, e do comprador quanto à liquidação respectiva".⁷¹⁵

(c) A classificação quanto ao tempo de execução do contrato reveste de consequências práticas importantes, que podem ser diluídas da seguinte forma:

(i) em caso de **nulidade do contrato de execução sucessiva**, respeitam-se os efeitos produzidos, não sendo possível a restituição das partes ao estado anterior⁷¹⁶;

(ii) a **revisão contratual por força da teoria da imprevisão**, regulada expressamente no Código Civil nos arts. 478 a 480 sob a rubrica de resolução por onerosidade excessiva incide sobre os contratos de execução diferida e continuada;⁷¹⁷

(iii) **rescisão unilateral do contrato de execução continuada** apenas será admitida em casos excepcionais, salvo se convencionado pelas partes;⁷¹⁸

(iv) a **prescrição** da ação de resolução do contrato, por des cumprimento, corre separadamente de cada uma das prestações, podendo-se acrescentar que a prescrição do direito de receber cada prestação independe das anteriores como das posteriores, ou seja, a

715 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 60.

716 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 61. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 104. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 179.

717 GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 96. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 61. FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, t. I, p. 256.

718 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 104. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 61.

prescrição **começa a correr da data do vencimento de cada uma das prestações**; ⁷¹⁹

(v) o **adimplemento simultâneo das prestações só poderá ser exercido se o contrato for de execução instantânea**, portanto, não se permite ao contraente que deve produzir, em primeiro lugar, sua prestação, em contrato de execução continuada, defender-se pela exceção do contrato não adimplido, recusando-se a cumprir o seu dever, alegando que a outra parte não cumpriu o dela⁷²⁰; e

(vi) **impossibilidade de execução** dos contratos sucessivos, liberando uma das partes, importará a liberação da outra por haver obrigações recíprocas⁷²¹

8.12. Quanto à definitividade (preliminar ou definitivo)

O Código Civil regulamentou o contrato preliminar nos arts. 462 a 466.

(a) Os **contratos preliminares**, também denominados de contratos-promessa, compromisso ou contrato preparatório ou pré-contrato ou *pactum de contrahendo*⁷²² são aqueles que têm como objeto a realização de um contrato definitivo. Caio Mário Da Silva Pereira conceitua o contrato preliminar como “aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será o contrato principal”⁷²³. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplo-

719 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 96. FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 256. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 104.

720 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 104.

721 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 104.

722 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 159.

723 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

na Filho conceituam 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”⁷²⁴. Paulo Nader demonstra que o contrato preliminar

Consiste na promessa não formal, efetuada por uma ou mais partes, de celebrar determinada modalidade contratual, no futuro e geralmente com definição de prazo ou condição, com expressa indicação das regras a serem observadas.⁷²⁵

Desta forma, o **contrato preliminar é o acordo celebrado em que um dos contratantes ou os dois, se obriga a celebrar o contrato definitivo dentro de certo prazo ou verificados certos pressupostos.**

Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio Salvo Venosa diferenciam o contrato preliminar das negociações preliminares, em que estas não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro.⁷²⁶

De fato, por vezes, as partes objetivando a realização de uma dada prestação (dar, fazer ou não fazer) não querem ou mesmo não podem, desde já contratar, por causa dos custos, por falta de documentação ou outro fator qualquer que impeça a realização do contrato definitivo.

724 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 186.

725 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 126.

726 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 435. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

(b) **Os contratos definitivos** é aquele em que as partes contratantes estabelecem, em benefício de um deles ou de ambos, a possibilidade de exigir a eficácia contratual imediata.⁷²⁷

Caio Mário da Silva Pereira diferencia “o contrato preliminar do principal pelo objeto, que no preliminar é a obrigação de concluir o outro contrato, enquanto que o do definitivo é uma prestação substancial”.⁷²⁸

8.13. Quanto ao número de sujeitos envolvidos (individual subjetivo, individual plúrimo, individual homogêneo, coletivo, difuso e autocontrato)

A concepção tradicional de contato toma como parâmetro a estipulação entre pessoas determinadas, ainda que em número elevados, mas consideradas individualmente.

(a) O **contrato individual** é aquele formado por pessoas cujas vontades são individualmente consideradas, observando os pólos onde se encontram. Divide-se em intersubjetivo, plúrimo e homogêneo: (i) é **intersubjetivo** “aquele que conta com apenas um sujeito em cada polo da relação jurídica”; (ii) é **plúrimo** “aquele que conta com mais um sujeito em cada ou em ambos os pólos da relação jurídica”; (iii) é **homogêneo** “aquele realizado por uma entidade, com autorização legal, para representar os interesses de pessoas determinadas, cujos direitos são predeterminados ou preestabelecidos, havendo uma relevância social”⁷²⁹, ou seja, são aqueles decorrentes de origem comum.

727 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 160.

728 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

729 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 62.

(b) O **contrato coletivo** segundo Roberto Senise Lisboa “é aquele que possui, ao menos em um dos pólos, uma entidade autorizada pela lei para a defesa dos interesses de um grupo, classe ou categoria de pessoas indeterminadas, porém determináveis vinculadas por uma relação jurídica-base”⁷³⁰. Arnoldo Wald disciplina que os contratos coletivos podem regulamentar relações jurídicas ligadas estritamente ao direito empresarial, como no caso de um acordo entre empresas “para atender a determinado mercado, a certas modalidades de vendas, à realização de determinadas pesquisas, fixando-se as bases da cooperação de diversos grupos de econômicos, para fabricar ou comercializar o produto”. ⁷³¹

Contudo, Orlando Gomes os contratos coletivos não possuem natureza jurídica de contrato, dado que não cria obrigações para os interessados, limitando-se a estatuir normas que devem presidir a formação dos contratos individuais subordinados ou determinar modificações no conteúdo dos contratos em curso., pois deles não surgem relações jurídicas que coloquem as partes na condição de credor e devedor, logo é um acordo normativo e não um contrato⁷³².

Mas, tomando como referência o contrato como um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas, **pode-mos afirmar que o contrato coletivo não é apenas um acordo normativo, mas sim um contrato de grupos**, como por exemplo: seguro de grupo, compra e venda por consórcio e a oferta pública de ações.

(c) O Contrato difuso é aquele que possui, ao menos em um dos pólos, uma entidade que tenha autorização legal para a defesa dos in-

730 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 62.

731 WALD, Arnoldo. *Direito Civil. Direito das obrigações. Teoria geral dos contratos*. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v 2, p. 263.

732 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 101.

teresses de pessoas indeterminadas, vinculadas por uma situação de fato (contratos do consumidor em geral)⁷³³.

(d) Autocontrato (contrato consigo mesmo) está regulado no artigo 117 do CC, segundo o qual “salvo se o permitir a lei ou o representado é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”.

Note-se que estamos diante de uma exceção, haja vista que, regra geral, **o representante, não pode atuar em seu próprio interesse, não lhe sendo lícito celebrar contrato consigo mesmo, ainda que não exista conflito de interesse**. Sendo assim, apenas excepcionalmente o mandante ou a lei podem autorizar que o mandatário atue em nome do representado e que também se apresente como a outra parte do negócio jurídico a ser celebrado.⁷³⁴

Exemplificando: “Antônio” recebe uma procuração de “Beto” para que realize a venda de sua casa. Ocorre que “Antônio” se interessa pelo imóvel e decide adquiri-lo. A celebração do contrato de compra e venda e da respectiva escritura envolverá apenas uma pessoa: “Antônio”, que, de um lado, estará representando “Beto” e de outro, os seus próprios interesses. Assim, teremos na situação uma única pessoa mas dois sujeitos de direito manifestando a vontade, uma como representado e outra como representante, ambas serão partes no negócio e no contrato.

8.14. Quanto à matéria (de direito público ou privado)

O contrato pode ser de direito privado ou de direito público. E, naquele caso: existencial (civil, consumerista e trabalhista), empresarial e de direito administrativo.⁷³⁵

⁷³³ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 62.

⁷³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 34.

⁷³⁵ A classificação que separa o contrato civil do mercantil, não é de valor prático, atendendo especialmente a que em nosso sistema jurídico não há jurisdição comercial

O **contrato de direito público** de acordo com Roberto Senise Lisboa⁷³⁶, é aquele no qual consta, em um dos pólos, alguma entidade da administração pública direta ou indireta, e cujas cláusulas possuem, como fundamento: o edital do procedimento administrativo respectivo, de licitação ou de concorrência pública.

Nesses casos prevalece o interesse público, o que justifica, até mesmo: (1) a denúncia (resilição unilateral) sem indenização por parte do poder público (em alguns casos); ou, ainda, (2) a revisão unilateral de prazos e preços estabelecidos no contrato, porém sempre em favor da administração pública, mediante a aplicação da teoria do fato do princípio e a observância do princípio da equação econômica-financeira.⁷³⁷

Os **contratos de direito privado** são aqueles no qual constam, em ambos os pólos da relação jurídica, sujeitos de direito diverso das entidades da administração pública direta ou indireta, ressalva feita aos atos administrativos de natureza nitidamente privada, cometidos por esses entes.⁷³⁸

(a) o **contrato administrativo** é aquele regido pelo regime de direito público, enquanto os contratos da administração são aqueles celebrados pela administração pública, podendo ter o regime de direito privado ou de direito público⁷³⁹. De toda forma Contrato Administrativo, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo,

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiro na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou

privativa. Mas, a distinção se faz importante em relação aos contratos empresariais e existenciais, tendo em vista especialmente aos princípios e vetores aplicados aos contratos. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 100.

736 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 97.

737 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 97.

738 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 97.

739 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 251.

do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁷⁴⁰

A Lei nº 8.666/93, no seu art. 2º, parágrafo único define contrato administrativo como

todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for à denominação utilizada.

Assim, o contrato administrativo é aquele que se acha subordinado às regras do direito público. Por isso, o contrato de locação em que a Administração é locatária é considerado como contrato da administração e é regulado pelo direito privado.

(b) **o contrato existencial** tem como uma das partes, ou ambas, as pessoas (físicas ou jurídicas) que visam a sua subsistência, ou seja, não exercem atividade econômica com finalidade lucrativa⁷⁴¹, podendo ser

(i) **civil** é aquele celebrado entre sujeitos de direito privado, ou seja, os particulares⁷⁴². Por **exemplo:** os contratos celebrados pelas associações;

740 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 610-611.

741 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 100.

742 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139.

(ii) o contrato consumerista é aquele em um dos polos há um consumidor⁷⁴³ e no outro um fornecedor⁷⁴⁴ e uma relação de consumo;

(iii) o contrato de trabalho é o acordo tácito ou expresso, verbal ou escrito, por prazo determinado ou indeterminado, que corresponde a uma relação de emprego, que pode ser objeto de livre estipulação dos interessados em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção do trabalho, às convenções coletivas que lhe seja aplicável e as decisões de autoridades competentes⁷⁴⁵. Caracteriza-se toda vez que uma pessoa física prestar serviço não eventual a outra pessoa física ou jurídica, mediante subordinação hierárquica e pagamento de uma contraprestação denominada salário (CLT, arts. 442 e 443, *caput*).

(c) o contrato empresarial, mercantil ou comercial é aquele em que pelo menos uma das partes⁷⁴⁶ que celebram o contrato exercem a atividade empresarial referente a contratação⁷⁴⁷ e desde que nos pólos não tenhamos um fornecedor e do outro um consumidor ou um empregado. Carlos Alberto Bittar afirma que os contratos comerciais são aqueles “celebram nas atividades mercantis, reunindo, de um

743 “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipa para-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

744 “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

745 CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 282-291.

746 Paula FORGIONI (*Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30) e Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de direito comercial. Direito de empresa. Contratos. Recuperação de empresas*). 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 5) afirmam que o contrato para ser empresarial necessariamente deve estar nos dois pólos do contrato apenas empresários.

747 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 41. VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 434.

lado, empresários entre si, em relações de cunho institucional ou associativo ou organizacional” e, de outro, os operacionais que envolvem o fornecimento de bens ou dos serviços oferecidos, em relações de caráter operacional, realizados em razão do gênero da atividade⁷⁴⁸. Sendo assim, os contratos empresariais diferem dos existenciais porque “possuem racionalidade própria, exteriorizada, sobretudo, nas peculiaridades dos sujeitos envolvidos”, sendo que

Contratos empresariais possuem racionalidade própria, que não se confunde com a racionalidade própria de determinados contratos existenciais, como os contratos de trabalho e os contratos de consumo. Não se pode pretender aplicar a ratio do sistema consumista aos contratos empresariais, sob pena de ferir a lógica do mercado e atingir o fluxo interempresarial. É preciso reconhecer que, ao celebrar contrato empresarial, o agente econômico poderá ter custos e riscos, para que possa decidir por contratar com terceiros (e não produzir internamente). O agente procede à contratação naqueles termos porque lhe parece ser mais vantajoso do que desvantajoso, principalmente em termos de custo de transação. Os riscos do negócio e a possibilidade de erro ou insucesso econômico não são anomalias do sistema nem do contrato. Ao contrário, é o não cumprimento, a não observância do que foi pactuado, que deve ser coibido. A regra, aqui, com ainda mais força, é que os contratos são celebrados para que sejam cumpridos, para que os seus termos sejam respeitados. Os agentes econômicos precisam confiar no negócio celebrado, para que o mercado tenha credibilidade e que as suas relações possam fluir, sob pena de se romper toda a estrutura. A confiança na palavra dada revela ainda mais força no âmbito dos contratos empresariais.⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

⁷⁴⁹ BRASIL. STJ. REsp 1.773.478. Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data da

Tania Bahia Carvalho Siqueira afirma que com a narrativa do art. 421-A do CC os contratos civis e empresariais seriam contratos autônomos, visto que “a forma pela qual os agentes econômicos decidem os arranjos contratuais necessários à prática empresarial, geralmente vocacionadas à execução continuada, tem particulares que os distinguem de contratos firmados por partes não empresariais, merecendo tratamento empresarial”.⁷⁵⁰

Então, um ponto fulcral na classificação do contrato como mercantil é que haja pelo menos um empresário em um dos pólos do contrato, então quem seria o empresário? Considera-se empresário, a pessoa física ou jurídica, que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços” (art. 966, *caput*, do CC).

Fábio Ulhoa Coelho disciplina que os contratos mercantis podem ser subdivididos em cinco grandes grupos: (i) compra e venda mercantil; (ii) os contratos de colaboração (relacionados ao escoamento de mercadorias); (iii) os contratos bancários; e (iv) ainda, outros contratos que não possam ser inseridos nas três espécies anteriores, mas que se relacionem à logística de determinada atividade e; (v) os contratos de seguro.⁷⁵¹

Mas, pode-se classificar os contratos empresariais em: (i) **intempreseariais** quando os dois contratantes são empresários, como no caso dos contratos de *leasing*⁷⁵²; (ii) **empresariais** quando apenas um deles é empresário⁷⁵³, como no caso de locação empresarial; e (iii) **organizacional** quando ocorre a formação de um ente empresarial,

Publicação: 18/12/2018.

750 SIQUEIRA, Tania Bahia Carvalho. *Contrato na perspectiva das relações empresariais*. São Paulo: Editora LiberArs, 2021, p. 31.

751 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Direito de empresa. Contratos. Recuperação de empresas. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 18-30.

752 Como no caso do contrato de *leasing* feito entre a indústria e o banco para aquisição de novas máquinas. RAMOS, André Luiz Santa. *Direito empresarial*. Esquematizado. São Paulo: Método, 2011, p. 432.

753 BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59.

independentemente qualificação dos contratantes, como no caso da sociedade empresárias⁷⁵⁴.

É importante ressaltar que na relação contratual empresarial não pode existir um fator consumerista, ou seja, não pode ser um dos contratantes um empresário consumerista, pois nesse caso estaremos perante o contrato consumerista.⁷⁵⁵

Paula Forgioni⁷⁵⁶ esclarece a necessidade de considerar os contratos empresariais como categoria autônoma, por força dos **vetores do seu funcionamento** e entre eles se destacam:

- i) o **escopo de lucro**, pois a economicidade final dos contratantes é a principal característica dos negócios mercantis;
- ii) **função econômica como norte do contrato**, pois as partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade (subjetivismo), mas, objetivamente, para circular bens e serviços em vista de determinado fim que, no campo empresarial, ser-lhes-á potencialmente vantajoso⁷⁵⁷;

754 AQUINO, Leonardo Gomes de. *Curso de direito empresarial. Teoria da empresa e direito societário*. Brasília: Kiron, 2020, p. 179-218.

755 “Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 20 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

756 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56-151.

757 É importante ressaltar que “a função social não pode ser confundida com a função econômica do contrato e nem é *plus* desta, pois são categorias distintas. A função econômica vincula-se estritamente aos interesses particulares das partes contratantes, enquanto a função é algo exterior ao contrato que a ele se integra, independentemente da vontade das partes. O Código Civil estipula que o contrato deve obedecer à função social, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual deve ser “exercida nos limites da função social” (art. 421, CC).

iii) custos de transação ocorre quando a sujeito empresarial contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens, em uma ponderação de custos, que tem que ser contabilizados no cálculo de utilidades⁷⁵⁸;

iv) utilização e preferência pelos contratos surgido da prática comercial e não pela criação da norma, isso ocorre porque o direito empresarial é bem mais ágil que o direito civil, pois a força jurígena dos usos e costumes estão fortemente presentes na prática empresarial, impulsionando a vida mercantil;

v) oportunismo e vinculação do agente econômico, por quanto a parte ao celebrar os contratos empresariais, gostaria de vincular o parceiro comercial, mas também de permanecer livre para deixar a aquela relação e abraçar outra que eventualmente se apresente como mais interessante; e

vi) egoísmo do agente econômico se dá quando o contratante prosseguirá o seu próprio interesse e não a do parceiro comercial, pois atos de liberalidade são estranhos ao tráfico mercantil. O agente econômico é naturalmente egoísta, afinal “ninguém cogita ou pode legitimamente imaginar que empresas “amem o próximo como a si mesmas”⁷⁵⁹. O egoísmo será tolerado pela ordem jurídica à medida que incrementar o tráfico, gerando benefícios para o fluxo de relações econômicas e levando o desenvolvimento;

758 Compreende Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro que os custos de transação englobam os custos da procura e tratamento da informação relevante, custos de decisão e custos de controle da execução. RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 350-351.

759 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 112.

vii) tutela de crédito ocorre de forma mais acentuada nos contratos empresariais, por existir um modelo diferente de execução de créditos para os empresários e sociedades empresariais diferente dos demais entes, como ocorre no caso da recuperação de empresas e falência;

viii) a confiança nos agentes econômicos ativos e probos se dá com adoção de comportamento colaborativo na tentativa de aperfeiçoar a fluência das relações de mercado.

ix) as práticas comerciais tendem a ser mais unificadas em virtude da crescente globalização, por causa do viés cosmopolita do direito empresarial.

Dentro dessa perspectiva contratual a concepção de intervenção estatal nos contratos empresariais perde força, porquanto o “dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.⁷⁶⁰

8.15. Quanto à nacionalidade (nacional ou internacional)

O contrato poderá ser nacional (âmbito interno) ou internacional.

O contrato no âmbito interno é o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta de um lado e de outro a aceitação) contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses desde que não alteradas as circunstâncias em que se deu a vinculação.

Mas, como considerar uma relação contratual como internacional?

⁷⁶⁰ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 21 Aprovado pela Plenária da 1^a Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

A princípio, a expressão “contrato internacional” não é unívoca e pode sugerir a falsa ideia de que existem contratos, que escapariam à regência do direito nacional, ficando submetidos a uma espécie de direito internacional, aplicado por tribunais internacionais ou juízo arbitral internacional.

Assim, se faz necessário analisar o conceito de contrato interno e internacional, pois normalmente as relações internacionais possuem o fator de conflito de leis, justamente porque o comércio internacional está inserido em uma realidade contemporânea das relações econômicas, demonstrando, especialmente, as principais dificuldades encontradas pelas partes que pretendem participar deste ambiente e as soluções encontradas pela doutrina, pela jurisprudência e por associações profissionais que atuam em prol da atividade mercantil internacional.

Leonardo Gomes de Aquino aponta que:

nesse projeto de encontrar mecanismos seguros para possibilitar que as partes contratantes de diferentes Estados disponham de meios necessários à viabilização das suas pretendidas relações jurídicas de natureza contratual, são adotadas soluções que vão desde a concepção da existência de um direito do comércio internacional autônomo e independentemente dos Países componentes da ordem internacional, ao entendimento de que haveria uma lei própria do contrato, e o mesmo respeito incondicional ao princípio da autonomia privada, tudo como forma de encontrar a melhor solução à pretensão dos contratantes que atuam no âmbito internacional.⁷⁶¹

O caráter internacional do contrato pode ser definido das mais variadas formas, assim para resolver algumas desconexões que exis-

⁷⁶¹ AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005, p. 15.

tem na tentativa de definir o carácter da internacionalidade do contrato, quer a jurisprudência, quer a doutrina, se foram debruçando sobre o assunto.⁷⁶²

(i) Os critérios jurisprudenciais

A caracterização do contrato como internacional, segundo a jurisprudência francesa, ocorre quando “houver um fluxo e refluxo de bens ou mercadorias de um país para outro e, que este duplo movimento produza consequências recíprocas, quer num campo quer em outro”, ou seja, ocorrendo transferência de dinheiro entre Estados, haveria contrato internacional. Seria, também, internacional o contrato que “põe em jogo interesses do comércio internacional”.⁷⁶³

Uma definição bastante rigorosa de contrato internacional decorrente do acórdão da C. Cass., de 7/10/1980, no qual as partes tinham domicílio no mesmo Estado, na época de conclusão do contrato, embora este tenha sido executado em um outro Estado⁷⁶⁴. Esse contrato não foi considerado como internacional, porque as partes submeteram o pacto à lei vigente no seu domicílio, não obstante conter referências à lei do país da execução. Esse acórdão abandonou a preferência tradicional da jurisprudência do critério econômico, tomando como fulcro

762 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005, p. 32, nota 43. BONELL, Michael J.; MONFELI, Tommaso, Rassegna Giurisprudenziale sui Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali. *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 15.1, Milano, 2001, 169-225, p. 197. BRITO, Maria Helena, *A Representação nos Contratos Internacionais: Um Contributo para o Estudo do Princípio da Coerência em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 576-582. AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. *Revista de direito privado*. vol. 31, julho-setembro, 2007: 119-146. COLLAÇO, Isabel Magalhães, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado: Aspectos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1954, p. 79 e ss.

763 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005, p. 39. AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. *Revista de direito privado*. vol. 31, julho-setembro, 2007: 119-146.

764 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005, p. 39.

a lei material do foro, quando prima facie, pelo menos, era sustentável a aplicação de uma lei estrangeira para reger o contrato.

A jurisprudência venezuelana adotou uma posição ampla, afirmado que, de acordo com a sua ordem jurídica, o acordo das partes em submeter a uma lei estrangeira pode caracterizar o contrato como internacional.⁷⁶⁵

(ii) Os critérios Doutrinários

A **doutrina** adota diversos critérios, entre eles, o econômico para caracterizar o contrato como internacional. E nesse espectro, deve-se observar a posição de Isabel Magalhães Collaço que adota esse, afirmando que o contrato será sempre internacional quando ocorrer uma “[...] transferência de valores de país para país”, observando em particular o caso da compra e venda.⁷⁶⁶

Já Luís de Lima Pinheiro afirma que este critério da transferência de valores não pode servir de base para caracterizar o contrato como internacional, pois no contrato de empreendimento comum ocorrem, normalmente, diversas transferências de valores e bens, entretanto estas transferências podem ser insignificantes ou mesmo inexistentes em um contrato celebrado entre partes que desenvolvam as suas atividades em países diferentes e assim mesmo serem considerados internacionais, bem como ministra que em um contrato de joint venture entre empresas situadas em um mesmo país pode ser considerado internacional desde que haja a transferência de valores. Afirmando que por si só o critério de fluxo e refluxo de valores não é suficiente para se classificar o contrato como internacional. Assim, para esse autor, o contrato será internacional quando estiverem em jogo interesses do comércio internacional.⁷⁶⁷

765 BONELL, Michael J.; MONFELI, Tommaso, Rassegna Giurisprudenziale sui Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali. *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 15.1, Milano, 2001, 169-225, p. 197.

766 COLLAÇO, Isabel Magalhães, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado: Aspectos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1954, p. 28.

767 PINHEIRO, Luís de Lima. *Joint venture: contrato de empreendimento comum em direito internacional privado*. Lisboa: Cosmos, 1998, p. 379-381.

Jean-Michel Jacquet entende que o contrato tem caráter internacional mesmo quando a relação entre as partes tenha sido submetida à lei do Estado da parte contratante, pois o pacto continha disposições referentes à lei do Estado onde o contrato foi cumprido.⁷⁶⁸

Irineu Strenger define o contrato internacional de comércio como sendo:

todas as manifestações bilaterais ou plurilaterais da vontade das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes há dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.⁷⁶⁹

Luiz Olavo Baptista disciplina que “há contratos celebrados entre pessoas de diferentes países que implicam o tráfego de bens e valores entre esses países e que, assim, podem ser chamados de internacionais, mas há outros, todavia, cujo caráter internacional é falso”.⁷⁷⁰

Leonardo Gomes de Aquino afirma que “para caracterizar o contrato como internacional, é necessária à existência de qualquer elemento de estraneidade; assim, bastará à presença de um elemento estranho, como, por exemplo, a nacionalidade das partes, o domicílio dos contratantes ou a localização do objeto”.⁷⁷¹

Em suma, o elemento caracterizador da internacionalidade do contrato deve ser revestido de relevância ao caso concreto.

(iii) Os critérios das convenções internacionais

⁷⁶⁸ JACQUET, Jean-Michel. *Principe d'autonomie et contrats internationaux*. 2a ed. Paris: Economica, 1983, p. 255-256.

⁷⁶⁹ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 36.

⁷⁷⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56

⁷⁷¹ AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. *Revista de direito privado*. vol. 31, julho-setembro, 2007: 119-146.

A Convenção mais conhecida como **Convenção de Viena de 1980**, delimita a sua aplicação a situações em que as partes de um determinado contrato de compra e venda tenham os seus “estabelecimentos em Estados diferentes”, esta é a condição necessária para a aplicabilidade da Convenção (art. 1º), logo, **será internacional o contrato em que os contratantes possuírem estabelecimentos em Estados diferentes.**⁷⁷²

A **Convenção de Roma** (Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais) disciplina em seu art. 1º, n.º 1º, **que o contrato será considerado internacional sempre que houver um “conflito de leis”.**⁷⁷³

A Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais – **CIDIP-V** disciplina em seu art. 1º, dispõe que o **“contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados-Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado-Parte”**.⁷⁷⁴

(iv) Os critérios previstos nas normas brasileiras

772 O carácter internacional das situações abrangidas deriva da análise do art. 1 da Convenção. Assim, a condição necessária para a aplicabilidade da Convenção verifica-se quando os estabelecimentos das partes no contrato de compra e venda de mercadorias tenham localização em Estados diferentes (art. 1, n.º 1), no entanto existem condições adicionais, em alternativa, indispensáveis para a aplicação da Convenção: que os países onde se situam os estabelecimentos das partes sejam subscritores da Convenção (art. 1, n.º 1, al. “b”) ou que as regras de direito internacional privado conduzam à aplicação da lei de um Estado subscritor da Convenção (art. 1, n.º 1, al. “b”). AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005, p. 37.

773 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005, p. 39. AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. *Revista de direito privado*. vol. 31, julho-setembro, 2007: 119-146.

774 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005, p. 42. AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. *Revista de direito privado*. vol. 31, julho-setembro, 2007: 119-146.

Diante do estudo feito primeiramente sobre o conceito de contrato interno, podemos concluir que o contrato internacional é aquele que os elementos significativos e pertinentes não estão localizados no mesmo sistema jurídico, ou seja, o contrato internacional é o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta de um lado e de outro, a aceitação) contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses desde que não alteradas as circunstâncias em que se deu a vinculação e que os elementos significativos e pertinentes não estão localizados no mesmo sistema jurídico.⁷⁷⁵

Logo é internacional, neste sentido, o contrato que, por alguns dos seus elementos ou por algumas das suas circunstâncias se encontra em contato com mais de **uma ordem jurídica e que se desenvolve dentro do âmbito de eficácia possível de várias ordens jurídicas (conflito de leis)**.

A diferença entre o contrato interno e o internacional, é que este traz, em si mesmo, um elemento de estraneidade que pode ligá-lo de forma efetiva ou potencial a dois ou mais sistemas jurídicos. Estes elementos podem ser de conexão por constituírem o vínculo que relaciona um facto preponderante da relação contratual a um determinado sistema jurídico.

8.16. Quanto à função econômica

Cada tipo contratual destina-se, num sentido amplo, a regular uma operação econômica, constituindo por isso as várias figuras dos contratos típicos e nominados os modelos normativos básicos das operações econômicas.⁷⁷⁶

775 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. A dissertação foi depositada em 2003 e defendida em 2005, p. 42. AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. *Revista de direito privado*. vol. 31, julho-setembro, 2007: 119-146.

776 ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 9.

Quando os sujeitos celebram um contrato, fazem-no como meio de prossecução de específicos interesses próprios. Orlando Gomes afirma que “a vida econômica se desdobra através de imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulam com segurança seus interesses”⁷⁷⁷. É a concreta configuração dos interesses de cada parte e a articulação de ambas que determina, a solução contratual escolhida, a adoção do tipo de contrato que satisfaça a composição desses concretos interesses.

A classificação proposta tem como padrão a qualificação de acordo com os tipos de produção e circulação de riquezas⁷⁷⁸. Trata-se de classificação extremamente importante, em decorrência de sua função.

Roberto Senise Lisboa⁷⁷⁹ classifica os contratos em espécie da seguinte forma: (i) contratos aquisitivos de bens; (ii) contratos de uso e gozo; (iii) contratos de garantia; (iv) contratos de guarda (v) contratos de prestação de serviço; (vi) contratos de representação; (vii) contratos associativos; (viii) contratos securitários e (ix) contratos de direitos intelectuais.

Orlando Gomes classifica os contratos pela função econômica da seguinte maneira: (i) para promover a circulação de riqueza; (ii) de colaboração; (iii) para prevenção de risco; (iv) de conservação e acautelatórios; (v) para prevenir ou dirimir uma controvérsia; (vi) para a concessão de crédito; e (vii) constitutivos de direitos reais de gozo ou de garantia.⁷⁸⁰

(a) os **Contratos de troca** possuem a **finalidade de promover a circulação de riquezas** e na sua maioria caracterizam-se, em regra,

777 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22-24.

778 Para a verificação de como deve-se proceder a qualificação, vide, entre outros BRITO, Maria Helena, *A Representação nos Contratos Internacionais: Um Contributo para o Estudo do Princípio da Coerência em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 41-47.

779 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

780 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22.

pela reciprocidade de vantagens e sacrifícios de ambos os contratantes, como os de compra e venda, permuta e locação. O contrato de doação se encontra nessa classificação, pois a doação promove a circulação de riquezas do doador para o donatário.

(b) Os **contratos associativos ou de organização** são caracterizados pela coincidência de fins, como nos contratos de sociedade e de parceria.

(c) os **contratos de prevenção de riscos** são caracterizados 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) os **contratos de crédito** caracterizam-se pela constituição de um bem para ser restituído posteriormente, com base na confiança e na utilidade econômica de tal transferência, como nos contratos de comodato, mútuo e *factoring*.

(e) os **contratos de atividade** são qualificados pela prestação de uma conduta de fato, mediante contraprestação econômica, como nos contratos de emprego, corretagem, empreitada e mandato.

(f) o **contrato de aproximação** ocorre quando o empresário colaborador procura empresários que tenham interesse em adquirir a mercadoria industrializada ou comercializada pelo fornecedor. A contratação de compra e venda é efetuada entre o empresário que foi identificado pelo colaborador e o fornecedor.

(g) o **contrato de Intermediação** se dá quando o empresário (colaborador) adquire de outro empresário (fornecedor) produtos por este industrializado ou comercializado, dentro de determinadas condições especiais, para revender ao consumidor.

Capítulo 9

Formação e Conclusão do Contrato

Os **contratos não nascem de “forma automática”**. São sempre precedidos por um processo de ajuste de interesses, que podem ser mais ou menos burocráticos, visto que todo contrato nasce normalmente de uma guerra que após finalização acarreta a paz, em suma, as partes devem concordar com o conteúdo do negócio.

Os contratos, antes de serem formados, passam por uma série de etapas, também conhecidas como tratativas preliminares, oferta e aceitação que, devidamente implementadas, na forma da lei, vão dar ensejo ao nascimento do pacto.

O contrato decorre da fusão de duas ou mais vontades, visto que, o contrato não se constitui de duas vontades manifestadas isoladamente consideradas, mas da fusão desses elementos: vontade declarada na proposta e vontade declarada na aceitação, salvo os contratos reais (consensualismo real) que necessitam da tradição do objeto.

Imaginemos as seguintes situações negociais:

Antônio está com fome e para saciá-la se dirige até uma lanchonete e adquire um salgado. O negócio é denominado de contrato de compra e venda e foi formado de maneira imediata, visto que Antônio simplesmente adquiriu o salgado pagando o preço estipulado na tabela de preço constante na lanchonete.

De outra forma, Carlos tem interesse em adquirir o controle de uma sociedade limitada que opera no ramo de transporte. O negócio lhe parece bom, mas faltam informações acerca das condições econômicas e financeiras da sociedade, que lhe permitam com maior precisão delimitar os riscos da aquisição, tendo em vista a possibilidade de solidariedade passiva, por isso se faz necessário analisar os dados contábeis da empresa. A coleta de informações toma três a quatro meses, teve início com um contrato preliminar com cláusula de sigilo. Depois de colhida as informações e analisadas, Carlos põe-se a negociar com os representantes legais da sociedade o valor da aquisição e a extinção das responsabilidades a serem assumidas, o que dura mais três meses. Por fim, as partes chegam a um consenso e Carlos adquire o controle da sociedade.

Da análise casuística, ambos os contratos são de aquisição, segue em regra as mesmas regras, que o contrato de compra e venda, apesar de no primeiro caso a doutrina denomina de compra e venda e no segundo caso teremos uma aquisição do controle da sociedade (denominado de cessão de quotas). No primeiro caso, temos um contrato de formação instantânea; o segundo, precedida por uma fase preliminar razoavelmente extensa. Em comum, a conclusão do contrato definitivo se deu com a obtenção do consenso a respeito do objeto contratual de ambos os casos.

Isto ocorre porque **o contrato é um instrumento de conciliação de interesses**, por meio do qual são aliados os desejos, com vista a pacificação dos interesses individuais e sociais, ultrapassar as dificuldades econômicas e financeiras.

Em suma, o contrato é veículo de livre desenvolvimento da personalidade, meio de realização da dignidade humana. Em outra perspectiva, a análise econômica do direito concebe o contrato como ferramenta jurídica destinada a facilitar as transações do mercado.

O que pensar desse entrechoque de pensamentos sobre o contrato (dignidade humana x mercado relevante)? Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro⁷⁸¹ conhece a importância dos dois os pontos de vista e sugere critérios de anuência prática adequados de tecer um entendimento poliédrico em que os dois pontos de análise se enriqueçam mutuamente, pois nenhuma teoria pode de maneira individualizada apresentar uma solução para os problemas decorrentes das relações contratuais. Para tanto, “**o contrato será, simultaneamente, instrumento e expressão da autonomia privada (pessoal) e regulador dos processos sociais de cooperação e troca**”⁷⁸². A inovação, portanto, está na admissão, como fator de ponderação, de objetivos de regulação do mercado, não observados e considerados antigamente no direito

781 Observa que o consenso das partes, de uma maneira geral deve ser observado em conjunto com o contexto social em que se manifesta a relação contratual. RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11-15 e 52-55.

782 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 21.

dos contratos. Ou seja, o contrato “deve ser integrado ao seu ambiente, com o qual estabelece interação permanente. Os contratantes não são apenas sujeitos do negócio jurídico, mas também agentes econômicos de transação do mercado⁷⁸³. As regras do contrato levam em conta a posição do sujeito em mercados específicos ou relevantes.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald⁷⁸⁴

O diálogo com a análise econômica do direito é extremamente benéfico à teoria geral dos contratos se passarmos a compreender que o mercado não é o inimigo que deve ser combatido, quanto mais um opositor à sociedade. O que se deseja é a correta normatização e regulação do mercado para que ele promova a alocação de riscos, o fluxo de trocas, a redução dos custos de transação e amplie a confiança dos agentes econômicos na segurança daquilo que se pactuou.

De forma sintética pode-se afirmar que **o contrato é um negócio jurídico bilateral, em que de um lado há um sujeito que oferta (propõe) a conclusão de um contrato e de outro um sujeito que o aceita**. Na percepção do Código Civil a conclusão do contrato (consensualismo puro) depende das declarações convergentes de oferta e aceitação,

783 “O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.” CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia>>. Acesso em 18.9.2019.

784 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 22.

observado os princípios e as regras típicas de cada contrato, pois há nos contratos reais (consensualismo real) a necessidade de tradição do objeto.

No caso dos negócios plurilaterais que geram os contratos plurilaterais não há propriamente uma oferta, visto que o ajuste não decorre de vontades opostas, mas sim comuns e complementares direcionados ao mesmo fim, que no caso do contrato social de uma sociedade é o lucro.

Outro ponto, está nos dados pessoais que as partes revelam uma para a outra. Esses dados devem ter um tratamento específico, observando determinada finalidade decorrente do tipo de negócio (art. 7º, I, e § 4º da LGPD)⁷⁸⁵. Esse tratamento de dados nos mostra como o contratante irá guardar as informações repassadas e como ele irá utilizá-las.

9.1. A formação do contrato pelo Código Civil

A formação do contrato paritário é formada de dois pilares: a proposta e a aceitação. O contrato é negócio jurídico bilateral de formação, visto que decorre da união de dois negócios jurídicos unilaterais: proposta e aceitação. O contrato decorre de um consentimento progressivo, pois os contratos sempre serão precedidos por um processo de ajuste de interesses, que podem ser mais ou menos longos, pois os contratantes têm que concordar com o conteúdo do contrato.

Sendo certo que os contratos podem decorrer de um **consensualismo puro**, bastando apenas o consenso. Assim, se António vende a Beto uma determinada mercadoria, o contrato já existe e é válido em razão da adesão de Beto à declaração de vontade de António (art. 482, CC). **A entrega da mercadoria e o pagamento do preço concerne**

⁷⁸⁵ O consentimento para tratamento de dados pessoais segundo certa finalidade (art. 7º, I, e § 4º da LGPD), que é negócio jurídico, ou as várias escolhas e negócios jurídicos sucessivos que se realizam a partir da adesão a condições gerais para utilização de funcionalidades que se desenvolvem e oferecem com o tempo em aplicações de internet (art. 5º, VII, da Lei 12.965/2014).

ao plano da eficácia do negócio jurídico de compra e venda, que se amoldam à eventualidade da execução ou inexecução contratual.

No entanto, em outros casos há a necessidade de um **consensualismo real** (contrato real), situação na qual a perfeição do contrato, depende, além do consentimento das partes há a necessidade de entrega de uma coisa. Assim, **se António celebrar um contrato de empréstimo, na espécie de comodato, como Beto, a manifestação de vontade é insuficiente, pois é reclamada a entrega do bem móvel ou imóvel para que possa o negócio se formar**. Por isso, o art. 579 do CC, disciplina que inexistindo a tradição do objeto, não se “perfaz” o contrato de comodato, pois não há que se falar em contrato, visto que este nunca existiu.

Sendo certo que em alguns contratos poderemos ter as tratativas (negociações preliminares) na construção prévia da proposta.

9.1.1. A fase das negociações preliminares ou tratativas

A negociação preliminar consiste no modo eficiente de conseguir o que se almeja. E, para existir se faz necessário observar a existência de alternativas a serem escolhidas, e a quem essas alternativas envolvem. Assim, as alternativas se apresentam como os interesses comuns e conflitantes, o que gera da guerra a paz com a finalização do contrato, por força do ponto de equilíbrio alcançado pelas partes acerca dos termos do contrato⁷⁸⁶. Desta forma, **a negociação preliminar consiste nas sondagens, conversações prévias, análises e estudos acerca dos interesses de cada contratante, projetando a ideia do contrato futuro, sem que haja responsabilidade contratual de vinculação jurídica entre os participantes**, embora excepcionalmente apareça responsabilidade no campo da culpa extracontratual. Fase pré-contratual, não cria obrigações contratuais, mas, podem gerar o direito de indenização conforme o caso concreto, visto que na fase

⁷⁸⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 105.

das tratativas preliminares só há uma análise de probabilidades, sem intenção definitiva de contratação.

Antes da proposta, primeiro temos as negociações preliminares (sondagens preliminares e/ou as tratativas preliminares⁷⁸⁷), nas quais ainda não há vinculação, embora as partes essencialmente tenham que cultivar a mais absoluta boa-fé e probidade, no sentido de as tratativas não indicarem expectativas na outra parte, no sentido de dar como certa a celebração do pacto, realizando despesas ou deixando de contratar com outrem, isso porque **o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual⁷⁸⁸, ou seja durante as negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato⁷⁸⁹, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.**

Por isso, um dos pontos mais importantes ocorre quando um dos contratantes desiste da celebração do contrato de maneira injustificada. **Até que ponto é lícita a recusa de contratar?** Para Enzo Roppo⁷⁹⁰, o ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo o qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e ar-

787 Gladston Mamede afirma que “o contrato tem, antes de mais nada, *momentos vestibulares*. Vestibular não é apenas o que antecede, mas aquilo que conduz a algo”. Isso ocorre porque a interesse individual, unilateral que constituem o fator angular para contratação. Logo, “as sondagens preliminares não se contêm com as tratativas negociais, embora seja não se possa negar que, em algumas situações, seja difícil, precisar se as partes estão se sondando ou se já estão tratando do contrato como uma possibilidade real”.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos*. São Paulo, 2010, v. 5, p. 145-150.

788 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 25 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

789 A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 170 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

790 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 107.

bitrária, e não quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade econômica⁷⁹¹, tal como quando sobrevêm circunstâncias inesperadas que tornam inconveniente a contratação, ou a contraparte modifique inadvertidamente a sua posição, pretendendo impor condições mais gravosas. Nestas circunstâncias não se pode dizer que a parte desistente se comportou de modo incorreto e violou o dever de boa-fé.⁷⁹²

Interessante questão apontada pela jurisprudência é o caso dos tomates, em que durante as tratativas devem os sujeitos guardarem a lealdade e caso sejam considerados desleais, deve-se ensejar a responsabilidade civil aquiliana, visto a quebra de uma expectativa de contratação futura.⁷⁹³

Nesse sentido, o **Enunciado nº 24 da 1ª Jornada de Direito** foi no sentido de que “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no

791 ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 105.

792 Ruy Rosado de Aguiar Júnior (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*). Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 250), em lição já referida, o princípio da boa-fé, durante as tratativas preliminares, é fonte de deveres de esclarecimento, situação que surge seguidamente quando uma das partes dispõe de superioridade de informações ou de conhecimentos técnicos, que devem ser repassados amplamente e de forma compreensível à contraparte, para que esta possa decidir com suficiente conhecimento de causa. Também surgem, nas tratativas, deveres de lealdade, decorrentes da simples aproximação pré-contratual. Censura-se, assim, quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas, ou em função do qual perdeu outras oportunidades. A violação a esse dever secundário pode ensejar indenização, por existir uma relação obrigacional, independentemente de contrato, fundada na boa-fé.

793 “Contrato. Tratativas. Culpa in contrahendo. 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 industrializa-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento, o dever de lealdade durante as tratativas e a consequente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumar a avença”. BRASIL. TJRS. APC 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em: 06-06-1991.

Aqui, a responsabilidade ainda não é contratual, mas sim, aquiliana, tendo como fundamento a inobservância dos princípios da probidade e da boa-fé.

art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".⁷⁹⁴

Por outro lado, **o abandono inesperado das negociações que já se encontra em estágio avançado, cria na outra parte a expectativa de celebração de um contrato** para qual se preparou e efetuou despesas, ou em função do qual perdeu oportunidades.⁷⁹⁵

O Ministro Aldir Passarinho Junior no EDcl no AgRg no Ag 567.612/RJ considerou haver

Aborrecimentos e dissabores que são triviais, problemas do dia-a-dia que são próprios da vida em coletividade, e que as pessoas estão sujeitas a sofrer. Não que não sejam situações desconfortáveis, incômodas e desagradáveis, mas que podem ocorrer com todos, uma vez que o ser humano é passível de falhas e as relações não são perfeitas. No caso, o embargante afirma ter sofrido injustificável agressão, ofensa, frustração, mágoa e dor subjetiva pelo fato de os embargados terem imposto, para concretizar o negócio, um acréscimo de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e que, em seguida, o negócio foi desfeito, já estando a família com as chaves, sonhando com reformas e planos para o imóvel. De fato, trata-se de uma situação desagradável, mas não a ponto de ensejar dano moral, uma vez que até a assinatura da escritura de compra e venda, o negócio pode ser desfeito, pois está ainda nas tratativas. O dano moral deve existir na própria situação, decorre do próprio acontecimento em si, que é considerado juridicamente relevante, apto a ensejar aquela consequência afirmada por aquele que postula a reparação. Não é o caso em espécie.⁷⁹⁶

794 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 24 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

795 BRASIL. STJ. REsp 1051065/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.2.2013, DJe 27.2.2013.

796 BRASIL. STJ. EDcl no AgRg no Ag 567.612/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Ju-

Mas, como identificar a atuação do sujeito como negociação preliminar para não confundir com o contrato preliminar.

Assim, o início das negociações preliminares, em uma primeira abordagem, poderá, por **exemplo**, consistir em uma solicitação de orçamento, indagação de preço de um serviço ou qualquer comportamento indicativo do interesse em celebrar um contrato, em suma, é o cálculo das vantagens patrimoniais e existências de se submeter a uma determinada contratação.

Caio Mário da Silva Pereira delimita dois estágios de negociação em razão da vinculação das pessoas a uma obrigação.

As negociações preliminares (*tractatus*, *trattative*, *pou-rparlers*) são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Não raro, nos negócios que envolvem interesses complexos, entabula uma pessoa conversações com diversas outras, e somente se encaminha a contratação com aquela que melhores condições oferece. Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam. Há uma distinção bastante precisa entre esta fase, que ainda não é contratual, e a seguinte, em que já existe algo preciso e obrigatório.⁷⁹⁷

Gladston Mamede⁷⁹⁸ propõe o seguinte **exemplo** acerca do contrato de compra e venda para elucidar a questão:

✓ Que quadro lindo? Quem o pintou?

nior, Quarta Turma, julgado em 24.8.004, DJ 28.2.2005, p. 328.

797 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 32.

798 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos*. São Paulo, 2010, v. 5, p. 147.

- ✓ É um óleo sobre tela de Miguel Gontijo, um importante pintor mineiro contemporâneo. É um dos raros pintores que trabalham com realismo fantástico.
- ✓ Quanto custa? R\$10.000,00. E parcelo em três vezes, sem juros.
- ✓ O senhor não faz mais barato.

Na primeira pergunta o autor afirma a existência de uma mera sondagem, mas que ao indagar o valor do quadro estariámos perante as negociações preliminares. Contudo, ao atribuir o valor e as condições de pagamento estariámos perante a proposta.

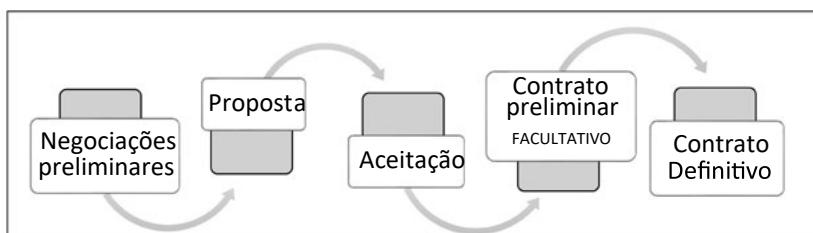


Figura : gráfico de projeção das fases para alcançar o contrato definitivo

Isso demonstra que as negociações preliminares antecedem a formação do contrato preliminar, bem como o definitivo.

9.1.2. A Fase de proposta, policiatação ou oferta

A esfera de interesse da ordem jurídica, observada pelo padrão objetivo, tem a proposta como uma etapa fundamental no processo de formação do contrato.

Sendo certo que nem toda manifestação ou iniciativa de manifestar à vontade pode ser considerada proposta (policiatação ou oferta⁷⁹⁹),

⁷⁹⁹ A oferta segundo Orlando Gomes diferencia da proposta, visto que aquela é direcionada ao público em geral, enquanto essa é direcionada a determinada pessoa. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e

visto que a declaração deve ser dirigida a um sujeito ou ao público em geral com o intuito de provocar em outrem a vontade de aderir a proposta, situação na qual adesão chama-se aceitação.

9.1.2.1. Conceito

A proposta é um negócio jurídico unilateral receptivo. Para Orlando Gomes “é uma declaração receptícia de vontade, dirigida por uma pessoa a outra (com quem pretende celebrar um contrato), por força da qual a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada, se a outra parte aceitar”.⁸⁰⁰

Desta forma, a proposta é uma declaração receptiva de vontade dirigida pelo proponente (pollicitante ou ofertante) ao aceitante (pollicitado) com a finalidade de formação de um contrato (efeitos determinados pela norma).

A proposta é um negócio jurídico unilateral⁸⁰¹ receptivo, visto que a sua eficácia depende da declaração do ofertante, ou seja, ocorre quando a declaração de vontade tem de se tornar conhecida do destinatário para produzir efeitos.

A proposta pode ocorrer por vários meios e ser dirigida a diferentes destinatários: uma pessoa, a várias, ou ao público, podendo ser seus destinatários determinados ou determináveis.

A proposta poderá ser direcionada ao público, por isso, o art. 429 do CC declara que “a oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”, normalmente entende-se que é

Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 65.

800 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 65.

801 Ensina Marcos Bernardes de Mello que “Os negócios jurídicos unilaterais têm existência e eficácia autônomas, por isso não supõem nem provocam reciprocidade ou correspontividade dos efeitos jurídicos. Para existirem, basta a manifestação de vontade suficiente à composição de seu suporte fático [...] mesmo naquelas espécies cuja função é compor negócio jurídico bilateral, como na oferta (= proposta) e na aceitação, há apenas negócio jurídico unilateral até que se bilateralizar” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 196-197).

limitada ao estoque existente. **Vejamos o exemplo:** “Maurício, pretendendo vender um violino que receberá em doação feita por sua avó, quando ainda estava viva, publicou anúncio em um site de vendas, apresentando a marca do instrumento e as especificações, inclusive o ano de fabricação, o modelo e o estado de conservação. Anexou a fotografia do instrumento e fez constar do anúncio o preço no valor de dois mil reais. Vários contatos foram feitos, sendo que, no mesmo dia em que foi divulgada a publicidade, Vanildo, músico profissional, se dirigiu à residência de Maurício, com os dois mil reais em dinheiro, para aquisição do bem. Acontece que Maurício, impressionado com o grande número de contatos feitos em decorrência da publicação do anúncio, declarou para Vanildo que não realizaria a venda naquele momento, pois gostaria de aguardar uma oferta mais vantajosa. Nesse caso, pode-se afirmar que houve celebração do contrato, já que a oferta ao público equivale à proposta, sendo, portanto, obrigatória, não havendo direito ao arrependimento” (Fundação Getúlio Vargas - 2015 - TJ/BA - Analista Judiciário). Acrescenta o parágrafo único do art. 429 do CC que “pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada”.

Carlos Roberto Gonçalves dispõe que

A oferta aberta ao público vale como proposta obrigatória, pois contém todos os elementos essenciais do contrato.

Há negócios, com efeito, em que a oferta, pela sua natureza, é aberta. Deixa de ser obrigatória se o solicitante tiver a natural faculdade de mantê-la ou não. Neste caso, haverá apenas a potencialidade do contrato, que estará formado se até a sua aceitação ela ainda estiver vigente.⁸⁰²

Sendo assim, a oferta aberta ao público é realizada de forma indiscriminada, ou seja, a todos que receberem a informação acerca da possibilidade da realização do contrato.

802 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 76.

9.1.2.2. Forma

A proposta deve ser verbal (oral) ou escrita, expressa ou tácita, séria (base razoáveis de mercado), precisa, firme, consciente, clara, inequívoca, compreensível, concreta e completa (contendo preço, objeto, tempo de entrega e etc.), pois vincula o proponente e por ser um negócio unilateral receptivo deve ser dirigida a um sujeito determinado ou determinável, sendo que nesta situação caracteriza-se como oferta ao público.

A proposta será **oral**, quando se aperfeiçoa de viva voz (não há de se falar em proposta silenciosa ou silêncio como forma de proposta); será **escrita**, quando se efetiva pela via de correspondência ou outro documento enviado ao solicitado. A proposta **tácita** ocorre quando exteriorizada por atos inequívocos, tal como a exposição de um determinado objeto com o preço afixado na mercadoria ou sendo **expressa** quando demonstrada pela vontade unívoca do declarante de forma escrita ou oral.

A proposta será **séria** quando enfatiza uma real e efetiva vontade de contratar e não uma manifestação que demonstra um “simples espírito jocoso e social”⁸⁰³, será **precisa** quando o conteúdo do contrato apresentar uma exatidão quanto aos elementos obrigatórios do contrato, será **firme** determina que o proponente está decidido a formar o contrato que ele mesmo formatou, caso ocorra à aceitação, será **consciente** quando as partes no momento da emissão de sua declaração de concordância não estão envolvidas de vícios da vontade, será **clara** (não deve ser ambíguas), será **inequívoca** (transparente, expressa ou tácita, porém que traduz de modo incontestável a vontade de contratar), será **compreensível** (coerente), será **concreta** (precisa) e será **completa** (contendo preço, objeto, tempo de entrega e etc.). Em síntese, “a oferta será qualificada pela **firmeza, precisão e completude**, consubstanciando todos os elementos do contrato que será

⁸⁰³ VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 527.

celebrado. A proposta é uma manifestação de vontade com carga de definitividade”⁸⁰⁴.

Os contratos nem sempre serão firmados de forma instantânea, visto que contrato de valores suntuosos a sua formação ocorrerá de maneira progressiva, o que pode ser difícil identificar quem é o ofertante e o aceitante⁸⁰⁵. Vejamos o que dispõe Gustavo Tepedino

Nem sempre é fácil definir quem é o proponente e quem é o aceitante. Exemplo desta dificuldade respeita a operação de emissão de debêntures, regida pela Lei n. 6.404/76. Parte da doutrina entende que a companhia emissora é a proponente do contrato. Afinal a publicidade da escritura de emissão cria obrigações para a companhia emissora, ainda que os contratos de aquisição das debêntures não se venham a efetivar. Há, contudo, quem sustente entendimento diverso, no sentido de que o futuro subscritor é o ofertante, e a companhia emissora, a aceitante. Sob essa perspectiva, é o futuro debenturista que se oferece para tomar as debêntures, em conformidade com as condições comunicadas pela sociedade, que apenas aceita a proposta e entrega os títulos ao subscritor. Fato é que este problema de qualificação, como sempre, não se deve resolver em tese, mas à luz do direito positivo. Particularmente, interessa examinar a força vinculante da escritura de emissão. Se a publicação da escritura de emissão vincular

804 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 59.

805 O mundo negocial mudou. O fenômeno proposta × aceitação não mais pode subsistir se vislumbrar somente sob um ângulo clássico. “Atualmente, chama-se formação progressiva do contrato o sistema de vinculação negocial e de encontro do querer recíproco. A complexidade das negociações, envolvendo, além das partes, técnicos especializados (advogados, auditores, peritos, agentes financeiros etc.) não consegue mais refletir ofertas e aceitações em termos singelos. As declarações negociais surgem paulatinamente, etapa a etapa, sobrevindo proposições bilaterais, aceitações unilaterais, seguidas de novas propostas e considerações”. Nem sempre é possível visualizar claramente o local e o momento em que ocorreu a proposta e onde está a aceitação. “Apesar disto, continuam a se constituir em etapas importantes na formação do negócio jurídico”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 57.

a companhia é porque não se trata de um mero convite, mas de uma oferta efetiva”⁸⁰⁶

A oferta feita a viva voz, por telefone ou meio similar, tal como a internet, *on-line*, pressupõe contato direto entre as partes e é denominada de proposta feita à pessoa presente.⁸⁰⁷

Na proposta feita à pessoa ausente não há contato direto entre ofertante e o destinatário da oferta, assim, a proposta realizada por e-mail para tal finalidade ou mensagens escritas ou áudio em WhatsApp será entre ausente.

9.1.2.3. Força vinculativa e hipóteses de força não vinculante da proposta

O art. 427 do CC estipula que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Em nome da segurança jurídica e do princípio da irrevogabilidade, a proposta obriga o ofertante, que não poderá voltar atrás, salvo as exceções legais de retirada da oferta (art. 427 e 428 do CC) ou se ocorrer o arrependimento, situação na qual responderá pelas arras ou por perdas e danos (se injustamente retirar a oferta)⁸⁰⁸, salvo na situação das arras confirmatórias⁸⁰⁹

806 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil*. Interpretado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41. v. II.

807 JORGE JÚNIOR, Alberto Gossen. *Direito Dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76-77.

808 “Compra e venda de imóvel - Desistência do negócio após a aceitação pelo vendedor da proposta feita pelo comprador - Vinculação das partes ao contrato, nos termos do art. 427 do CC, o que impõe a condenação do comprador a indenizar o autor o valor correspondente a primeira parcela do contrato, que já estava vencida e não foi paga - Sentença mantida - Não provimento”. (BRASIL. TJSP. *Apelação 9220767-44.2008.8.26.0000*; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 16.7.2009; Data de Registro: 7.8.2009).

809 As arras confirmatórias são aquelas que, quando prestadas, marcam o início da execução do contrato, firmando a obrigação pactuada, de maneira a não permitir direito de arrependimento. “Por não permitir o direito de arrependimento, cabe indenização suplementar, valendo as arras como taxa mínima”. Pablo Stolze Gagliano: “A diferença entre as arras confirmatórias é de intelecção imediata, dispensando maiores considerações, uma vez que firmam o início de execução do negócio, ao passo que

conforme entendimento do STJ.⁸¹⁰

Assim, a proposta perde a sua eficácia nas seguintes situações: **(a)** se o contrário (a não obrigatoriedade) resultar dos termos dela; **(b)** se o contrário (a não obrigatoriedade) resultar da natureza do negócio; e **(c)** se o contrário (a não obrigatoriedade) resultar das circunstâncias do caso.

Há ainda a **situação do proponente falecer ou se tornar incapaz** após o envio da proposta e posteriormente tenha acontecido a aceitação. Se a proposta não tiver caráter personalíssimo, a proposta continuará válida, logo ocorrendo a aceitação, teremos a formalização do contrato. A morte ou a incapacidade do proponente, não impede a formalização do contrato, salvo se ele for personalíssimo ou se for possível deduzir que o proponente teria manifestado a vontade de se retratar.

Força não vinculativa da proposta	
Resultantes do termo da proposta	
Resultar da natureza do negócio	
Resultar das circunstâncias do caso	I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. 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.

Figura : Motivos de não obrigatoriedade da proposta

a cláusula penal ou convencional pré-liquidam danos.” Quanto as arras penitenciais, “garantem ao contratante o direito de se arrepender; ao passo que a cláusula penal, além de não ser paga previamente, somente será devida em caso de inadimplemento culposo da obrigação”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Obrigações*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 380.

810 BRASIL. STJ. *AgInt no AgRg no REsp 1197860/SC*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017.

Desta forma, a **primeira situação de proposta sem força vinculativa** decorre dos termos da própria oferta, por isso é possível a isenção da obrigatoriedade, quando se inserem ressalvas como as seguintes: “**sem compromisso**”, “**salvo confirmação**”, “**proposta sujeita a confirmação**” ou “**não vale como proposta**” e outras semelhantes, ou seja, quando o contrato contiver cláusula expressa a acerca da não obrigatoriedade. Devendo estar presente na nova proposta a ressalva, pois assim, o outro contratante (aceitante) ao recebê-la, tem a convicção da veracidade e da não obrigatoriedade.

A **segunda situação de proposta sem força vinculativa** decorre natureza do negócio, visto que muitos atos negociais se caracterizam como uma espécie de oferta aberta, com por exemplo no caso de limite ao estoque existente⁸¹¹, tendo o ofertante a permissão para mantê-la ou não, de forma que ela não é obrigatória, não criando, por isso, outros efeitos senão a potencialidade do contrato, que só se formará se até a sua aceitação a proposta estiver em vigor.⁸¹²

A **terceira circunstância que torna a proposta sem força vinculativa** decorre das situações do caso (peculiaridades a cada caso concreto), sendo presumida as situações previstas no art. 428 do CC,

811 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 79.

812 “Há negócios em que a oferta pela sua própria natureza é aberta. E, se o pollicitante tem a natural faculdade de mantê-la ou não, ela não é obrigatória, e não cria outras consequências senão a potencialidade do contrato, que estará formado se até a sua aceitação ela ainda estiver vigente. No contrato de mandato, sendo a confiança da essência do negócio jurídico, não se vincula o proponente ao primeiro que aceite a proposta. Da mesma forma, o contrato de seguro não detém vinculatividade imediata, sendo necessário que se adapte às características específicas de cada segurado, podendo o chamado à contratação ser caracterizado mais propriamente como um convite à proposta. A formação do contrato de seguro é distinta de qualquer outro contrato consensual. A proposta parte da pessoa do segurado, não da seguradora (art. 759, CC), pois aquele deverá declarar os elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco, para que a seguradora possa avaliar se aceitará ou não o contrato de seguro”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil. Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 41. FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4, p. 61.

logo não seriam, portanto, quaisquer circunstâncias, mas aquelas a que a lei confere esse efeito.⁸¹³

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.

Da leitura do dispositivo se aventa a necessidade de descortinar o significado de pessoa “presente” e “ausente”. **Por presentes** deve-se compreender aquelas pessoas que mantêm contato direto e simultâneo uma com a outra, mesmo estando fisicamente distantes. Isto ocorre por que a norma considera a oferta feita a viva voz, por telefone ou meio similar, tal como a internet, *on-line* ou mesmo mensagens por *chat*, pressupõe contato direto entre as partes e é denominada de proposta feita à pessoa presente⁸¹⁴. **Por ausente** (*inter absentes*) deve-se compreender aquelas pessoas que não mantém contato direto e simultâneo ou imediato entre si, como no caso aquelas que contratam por meio de carta, telegrama, ou mesmos por meios tecnológicos como

813 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 79.

814 “Presente, portanto, é aquele que conversa diretamente com o pollicitante, mesmo que por algum outro meio mais moderno de comunicação a distância, e não só por telefone, e ainda que os interlocutores estejam em cidades, Estados ou países diferentes. Se a comunicação entre as partes é feita pela Internet, estando ambas em contato simultâneo, a hipótese merece o mesmo tratamento jurídico conferido às propostas feitas por telefone, por se tratar de comunicação semelhante, só se tornando obrigatória a pollicitação se for imediatamente aceita. Todavia, o mesmo não deve suceder com a proposta feita por via de e-mail, não estando ambos os utilizadores da rede simultaneamente conectados”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 79. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50.

e-mails e mensagens de texto, por existir um lapso de tempo entre a proposta e aceitação, denominado como tempo de prazo moral.

(a) “**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**”. Por isso, se o sujeito está presente no momento da apresentação da proposta, sem que exista prazo para a resposta, caso não se manifeste na oportunidade, deve-se compreender que não houve interesse e por isso a proposta deixará de ser vinculativa. Deve-se ressaltar que se considera também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante.

(b) “**se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente**”. Está ele obrigado a aguardar um lapso de tempo suficiente para que a proposta chegue ao destinatário e este venha resposta (tais como as práticas anteriores entre as mesmas partes) e pela natureza do negócio, em que a resposta do aceitante deve chegar ao conhecimento do pollicitante, sob pena de perda da eficácia do ato de aceitação. Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald⁸¹⁵ afirmam “a proposta sucumirá mesmo que a tardança na resposta não seja imputável ao oblato, mas obra do fortuito ou força maior”⁸¹⁶. O caso concreto deverá fornecer subsídios para entender o sentido da expressão “tempo suficiente”, devendo ser levado em consideração, **por exemplo**, a distância entre os contratantes, os usos e costumes que porventura já tenham se formado

815 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 63.

816 CAMBIAL - Ação anulatória de duplicata - Emissão de título por prestação de serviços - Ausência de requisitos na cambial - Falta de aceite e por indicação - Duplicata que não corresponde a contrato - Ônus da recorrida para comprovar aceitação alegada pela recorrente - Proposta - Inteligência do art. 428 do Código Civil - Ausência de deveres da boa fé objetiva e boa fé subjetiva da recorrida - Recurso provido. (BRASIL. TJSP. Apelação 9055600-38.2009.8.26.0000; Relator (a): Cardoso Neto; Órgão Julgador: 14^a Câmara de Direito Privado; Foro de Cubatão - 3^a Vara Cível; Data do Julgamento: 1.7.2009; Data de Registro: 23.7.2009).

entre as partes, além da razoabilidade que somente as circunstâncias do caso vão permitir ao intérprete avaliar.

(c) “**se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado**”. A situação apontada tem como padrão a proposta dirigida a pessoa ausente, mas devendo, no entanto, a aceitação deve ser expedida dentro do prazo apontado. Contudo, podemos levantar a seguinte situação: o ofertante encaminhou a proposta com prazo de resposta. A resposta foi expedida dentro do prazo legal. Temos aqui três situações: (i) a resposta poderá chegar dentro de um prazo razoável; (ii) chegou fora do prazo estabelecido ou (iii) pode nem chegar ao proponente, por situações ou circunstâncias alheias à vontade do remetente. Assim, na situação da aceitação chegar atrasada deve-se partir para análise do art. 430 do CC, que determina ao proponente o dever de comunicar imediatamente o recebimento da aceitação atrasada, sob pena de eventual responsabilização civil como sanção por sua desídia⁸¹⁷. Se for fixado prazo para a resposta, o proponente terá de esperar pelo seu término. Esgotado a razoabilidade do tempo para chegar ao conhecimento do ofertante, sem resposta, estará este liberado, não prevalecendo a proposta feita.

(d) “**se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente**”. Se a proposta é dirigida a um ausente, não mantém a exigibilidade se o proponente manifestar arrependimento. Sendo fundamental que a sua decisão seja conhecida pela outra parte simultaneamente ou antes de chegar a ele o primeiro envio da proposta. **Por exemplo:** os contratantes entram em acordo antes de que mensagem da parte chegue ao destinatário. A proposta, *in casu*, não chegou a existir juridicamente, porque houve a retirada a tempo⁸¹⁸. É importante ressaltar que a retratação

817 Código Civil. Art. 430. “Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos”.

818 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 79-80.

mencionada não acarreta perdas e danos, visto que o cliente (eventual aceitante) já estava a par da desistência ou simultaneamente ao recebimento da proposta. A retratação será ineficaz caso chegue posteriormente à proposta, mesmo que a delonga resulte do fortuito ou força maior, baseada no art. 433 do CC que dispõe: “Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante”. A norma em comento permite “a retratação do aceitante, desde que ela alcance o proponente em momento anterior ou concomitante ao da recepção da aceitação”.⁸¹⁹

9.1.3. A fase da aceitação

Finalmente, chega-se à última fase da formação do contrato que é a aceitação da proposta, ou seja, aquele momento em que a contratante aceita (adere ou reconhece) os termos da proposta realizada, manifestando a sua vontade de contratar, dentro do prazo estabelecido ou de um prazo razoável, que poderia fazê-lo de forma expressa ou tácita, com o que estará vinculando-se ao outro contratante, surgindo, assim, dessa conjugação de vontades, o contrato.

Deve-se ressaltar que os herdeiros e os legatários estão obrigados a adimplir a aceitação realizada pelo *de cuius* antes do falecimento, dentro dos limites dos direitos herdados, salvo se a obrigação contractual for personalíssima, sob pena de responder por perdas e danos. Da mesma forma, estará obrigado a adimplir a obrigação o representante/ assistente do incapaz, se ao tempo da incapacidade o sujeito já havia expedido a resposta.

9.1.3.1. Conceito

A aceitação pode ser definida como negócio jurídico unilateral receptivo (direito potestativo⁸²⁰) decorrente da declaração ou mani-

⁸¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 63.

⁸²⁰ Orlando Gomes afirma que a aceitação é uma “declaração receptiva de vontade, mediante a qual o oblato exerce o direito potestativo de concluir o contrato proposto”.

festação de vontade da parte do destinatário de uma proposta, que se iguala em conteúdo a está última, tornando o contrato definitivamente concluído, uma vez dirigida ao proponente o chegando ao conhecimento desta forma os critérios legais.

A aceitação há que ser realizada nos exatos termos da proposta, sendo pura e incondicional. Eventuais manifestações “fora do prazo, com adições, restrições ou modificações”, importará em uma nova proposta (art. 431 do CC), mas se ao ser realizada a proposta, o ofertante a fórmula de maneira aberta que caiba modificações feitas pelo aceitante não haverá necessariamente uma nova proposta, pois, o proponente permitiu que o aceitante escolhesse a melhor oferta.

Em termos gerais, a aceitação é a concordância com os termos da proposta ou oferta, expedida dentro do prazo, aderindo a todos os termos da proposta.

A aceitação deve ser livre e espontânea, sob pena de nulidade ou anulação⁸²¹. Se for condicionada, não será considerada como aceitação, mas sim uma nova proposta, salvo se o proponente já estiver sob a condição estabelecida.⁸²²

A aceitação comprehende dois requisitos: (i) o aceitante deve concordar com todos os requisitos apresentados, sem realizar quaisquer alterações (integralidade da proposta), haja vista que alterações definem a contraproposta; (ii) a aceitação deve ser efetivada no prazo estipulado (enquanto ainda houver oportunidade).

9.1.3.2. A forma: Expressa, Tácita ou Presumida e Verbal ou Escrita

A aceitação deve ser externada, podendo ser **expressa** (declarada - seja pessoalmente, ou por outras vias acrescidas pela sociedade

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76.

821 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 55-56.

822 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 66.

contemporânea, avulta o consenso, dispensando-se formalidades) ou **táctica** (comportamento concludente, como o início da execução), **escrita ou verbal**, pelo **silêncio ou decorrer de um comportamento declaratório**, como no caso de mímica.⁸²³

Com efeito, **quando não for necessária declaração de vontade expressa e as circunstâncias ou os usos e costumes autorizarem, é plenamente possível o consentimento mediante o silêncio** (silêncio qualificado ou eloquente), ou seja, **cuida-se de aceitação expressa baseada em padrões sociais**⁸²⁴. O Código Civil prevê no art. 111 que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” e, também, no art. 432 que “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”.

O art. 432, do CC ressalva a aceitação expressa em duas circunstâncias, admitindo o **silêncio como forma de aceitação**: **(a)** quando ofertante e aceitante já tenham realizado contratos da mesma natureza, com dispensa de aceitação expressa; **(b)** o proponente a tenha dispensado por ocasião da oferta, por meio de cláusula contratual.

Interessante **exemplo acerca da dispensa do aceite** é proposto por Silvio Rodrigues: **(a)** “se, um fornecedor costuma remeter os seus produtos a determinado comerciante, e este, sem confirmar os pedidos, efetua os pagamentos, instaura-se uma praxe comercial. Se o último, em dado momento, quiser interrompê-la, terá de avisar previamente o fornecedor, sob pena de ficar obrigado ao pagamento de nova remessa, nas mesmas bases das anteriores”⁸²⁵. Outra situação hipotética: **(b)** ocorre quando “um empresário reserva o local para

823 Orlando Gomes expõe que: “A declaração expressa caracteriza-se pela forma de expressão da vontade. Há de ser feita por palavras, gestos ou sinais, eis por que são expressas as declarações, verbais, escritas e simbólicas”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62.

824 BRASIL. STJ. REsp 1306367/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.3.2014, DJe 5.5.2014.

825 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 03, p. 71.

guardar a sua mercadoria no dia seguinte, caso não receba o aviso em contrário. O silêncio, em tais casos, importa em aceitação.

O aceite pelo **silêncio circunstaciado**⁸²⁶ é uma exceção à regra, pois ninguém é obrigado a responder a toda e qualquer proposta que recebe, por isso, a ausência de resposta, em regra, não poderá ser interpretada como aceito. O comportamento apto a concluir gerará aceitação tácita apenas nas hipóteses que se curvem aos ditames legais⁸²⁷, devendo ser apurado pela via interpretativa.

9.1.3.3. Força vinculativa

Em nome da segurança jurídica e do princípio da irrevogabilidade, a aceitação obriga o pollicitado (aceitante) no momento da expedição de sua concordância, que não poderá voltar atrás, salvo as exceções legais (art. 430, 433 e 434, ambos do CC).

Por isso, em **qual momento o contrato encontra-se à perfeita e acabado**, ou seja, celebrado?

Será **entre presentes** quando a transmissão for simultânea, dispensando a presença física dos contratantes, bastando a interlocução. Ou seja, não há a necessidade de um encontro “face a face”. O inciso I do art. 428 do CC dispõe sobre “meio de comunicação semelhante” ao telefone, exprime a presença na aceitação pela Internet e outros meios de comunicação em tempo real.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que

Se o contrato for celebrado entre presentes, a proposta poderá estipular ou não prazo para a aceitação. Se o pollicitante não estabelecer nenhum prazo, esta deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de a oferta perder

⁸²⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76.

⁸²⁷ Podem os contratantes estipular que, com advento do termo, o silêncio será considerado anuênctia e forma de declaração negocial. O art. 539 do CC determina que “O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo”.

a força vinculativa. Se, no entanto, a políciação estipulou prazo, a aceitação deverá operar-se dentro nele, sob pena de desvincular-se o proponente.⁸²⁸

Se a proposta feita sem prazo a uma pessoa presente, não for imediatamente aceita, não há contrato, porque a aceitação se foi manifestada está fora do prazo.

Em suma, o contrato será entre presente quando a comunicação entre as partes se faz sem interrupção, ou seja, sem solução de continuidade, ainda que não estejam elas próximas fisicamente, como **por exemplo** contato pelo telefone ou outro meio semelhante.

Por outro lado, **será entre ausentes** o contrato, em que, os contratantes estiverem *inter absentes*. A **pessoa ausente** “é aquela que não possui meios para responder prontamente ao ofertante, como nas hipóteses da emissão da proposta por mensageiro, telegrama ou fax”⁸²⁹. Quando o contrato é celebrado entre ausentes, por correspondência (carta, telegrama, fax, radiograma, e-mail etc.) com ou sem a intervenção dos serviços de correio.

O **contrato entre ausentes** “se aperfeiçoa com a expedição da aceitação pelo aceitante, sendo insuficiente a mera recepção da proposta pelo ausente para a conclusão do contrato”⁸³⁰. No entanto, a expedição da aceitação não terá força vinculante, nas situações de retratação oportuna, ou se a resposta não chegar ao conhecimento do proponente no prazo (aceitação tardia ou extemporânea).

As exceções legais ocorrem quanto: **(a)** da inexistência de força vinculativa da aceitação; e **(b)** o pollicitante se compromete a aperfeiçoar o contrato com a recepção da resposta.

828 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 141.

829 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 61-62.

830 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 62.

9.1.3.4. Hipóteses de força não vinculante da aceitação

A **primeira hipótese** ocorre quando a “aceitação, embora expedida a tempo, por motivos imprevistos, chegar tarde ao conhecimento do proponente” (art. 430 do CC). Por isso, **se a aceitação chegar tarde ao conhecimento do proponente, por situações imprevistas** (força maior ou caso fortuito), **deve este comunicar** (dever de informar) **o fato ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos** (CC, art. 430).

Interessante **exemplo** é proposto por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona

Que SOUZA houvesse enviado à 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.⁸³¹

A situação terá importância se o proponente ao tempo de chegada da aceitação, já tiver celebrado o contrato com outrem, situação na qual deverá ser comunicada imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.⁸³²

⁸³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 137-138.

⁸³² Assim, se, embora expedida no prazo, a aceitação chegou tardivamente ao conhecimento do pollicitante, quando este, estando liberado em virtude do atraso involuntário, já celebraram negócio com outra pessoa, a circunstância deverá ser, sob pena de responder por perdas e danos, imediatamente comunicada ao aceitante, que tem razões para supor que o contrato esteja concluído e pode realizar despesas que reputa necessárias ao seu cumprimento. Assim o exige a segunda parte do mencionado art. 430. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.*

A **segunda hipótese** se trata da ideia da retratação do aceitante. Ao solicitado (aceitante) é reconhecido o direito de se arrepender-se, desde que sua retratação chegue ao conhecimento do proponente antes da aceitação ou junto com ela. **A aceitação será considerada como inexistente se antes dela ou com ela chegar ao ofertante a retratação do aceitante** (art. 433, do CC). Nesta situação, aceitação não ocorre porque a declaração da vontade em se projeta a aceitação não chega ao conhecimento do ofertante a tempo de realizar o acordo.

A **terceira hipótese se encontra dentro das possibilidades do contrato entre ausentes**, que decorrem da regra do art. 434 que estipula:

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.

A celebração do contrato entre ausentes, levanta uma questão interessante em especial na situação quando o acordo é firmado por meio de correspondência epistolar. Situação na qual a expedição da resposta não será suficiente tendo em vista que o contrato somente se aperfeiçoará com o recebimento da resposta.

Diane da previsão legal do art. 434 do CC, se apresentam quatro teorias acerca do momento em que o contrato entre ausentes se aperfeiçoa. As teorias são: (a) **teoria da declaração, agnição ou simples aceitação**, estabelece que a conclusão do contrato se dá quando a aceitante formula a resposta de concordância, independentemente, portanto, de que a resposta seja expedida ou chegue ao conhecimento

13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 141.

do ofertante. O que acarreta a dificuldade se comprovar esse momento, o consentimento ainda permanece restrito ao âmbito do aceitante, que pode destruir a mensagem em vez de remetê-la; (b) pela **teoria da expedição**, não basta a redação da resposta é necessário que tenha sido expedida (enviada) ao ofertante, postando-a ou transmitindo-a, presumindo-se, então, que o contratante fez tudo o que podia para externa a aceitação. Por essa razão é fundamental a presença de um fato exterior, assinalando-a e marcando a irrevogabilidade da declaração de vontade. Mas, em situações excepcionais, se permite que o aceitante se arrependa envie uma retração ou que aceitação chegue fora do prazo de convencionado; (c) pela **teoria da recepção**, a resposta deve chegar ao destino, ou seja, o ofertante deve receber a resposta do aceitante, não sendo necessário o conhecimento do teor dela para que ocorra a formação do contrato. Ou seja, além de escrita e expedida, a resposta deve ter sido entregue ao destinatário; e (d) pela **teoria da informação ou cognição**, o contrato somente estará formado quando o proponente é cientificado da aceitação. Ou seja, o contato estará formado quando o proponente toma conhecimento do inteiro teor da aceitação. Tem o inconveniente de deixar ao arbítrio do proponente abrir a correspondência e tomar conhecimento da resposta positiva.⁸³³

O **critério adotado** pelo CC acerca do momento da celebração do contrato entre ausentes é o da **teoria da expedição**, ao afirmar que os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida.⁸³⁴

Mas, haverá situações nas quais o contrato não estará formado, visto que a **aceitação não terá força vinculante apesar de expedida**

833 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 139. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 142. GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 71. FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 71.

834 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil. Interpretado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49. v. II.

(art. 434 do CC): (a) **no caso da retratação** do aceitante chegar ao proponente antes ou concomitantemente ao momento em que este tenha conhecimento da aceitação, conforme apreciado no art. 433 do CC; (b) **se o proponente se houver comprometido a esperar a resposta** – se o proponente manifestou a vontade de apenas se vincular ao tempo da recepção da aceitação, obrigando-se a esperar indefinidamente. Este inciso valoriza a autodeterminação do proponente quanto ao momento da formação do contrato. No mais, este inciso II excepciona a regra do art. 428, II, que retira a obrigatoriedade da proposta, quando sem prazo, depois de decorrido tempo suficiente para que a resposta chegue ao proponente, estaríamos aqui perante a teoria da recepção; e (c) **se ela não chegar no prazo convencionado** – caso a expedição seja tempestiva, mas a recepção não ocorrer no prazo assinalado pelo proponente, devendo o ofertante informar o aceitante que a resposta chegou fora do prazo esperado, sob pena de responder por perdas e danos.

Força não vinculativa da aceitação
Se a aceitação, embora expedida a tempo, por motivos imprevisíveis, chegar tarde ao conhecimento do proponente
Se antes da aceitação, ou com ela, chegar ao proponente a retratação do aceitante
Se o proponente se houver comprometido a esperar aceitação
Se aceitação não chegar no prazo convencionado

Figura : Motivos de não obrigatoriedade da aceitação

Para concluirmos a ideia da força vinculativa ou não da aceitação vejamos o seguinte exemplo: Beto enviou a oferta de celebração de contrato para Carlos, estipulando um prazo de cinco dias para a resposta. Fez constar na oferta que o contrato estará celebrado na hipótese do solicitado (aceitante) deixar de emitir resposta no prazo assinalado. Caso Carlos realmente não responda à proposta não teremos o contrato, pois não houve a formação no prazo convencionado.

Assim, a teoria adotada no sistema jurídico brasileiro é o momento da expedição da aceitação (teoria da expedição)⁸³⁵, salvo algumas exceções legais, quando se aplica a teoria da recepção.

9.1.4. Particularidades acerca do objeto do contrato

Analisarmos os requisitos de validade do contrato, observamos que o contrato deve possuir um objeto lícito, possível, determinado ou determinável, economicamente apreciável (patrimonialidade) e de acordo com a natureza do vínculo, podendo ser objeto móvel, imóvel, material ou imaterial⁸³⁶.

Cumpre ressaltar ainda, com relação ao objeto dos contratos a seguintes particularidades:

(i) **não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva** (art. 426 do CC). Qualquer convenção que tenha por objeto a herança de pessoa viva é contra o direito. São chamados de **pacta corvina**, que, por implicarem um *vutum mortis*, foram sempre proibidos, quando mesmo nisso concordasse o sucedendo. Tais pactos são considerados nulos, pois quando são proibidos pela norma e também por limitam o princípio da liberdade acerca das disposições de última vontade, que devem ser revogáveis até o momento da morte do dispoente.

(ii) **a impossibilidade da prestação, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição, não invalida o contrato**⁸³⁷. Sabemos que o objeto da obrigação deve ser possível, pois a impossibilidade dele é nula ou torna anulável a obrigação. Sendo, porém relativa essa impossibilidade, não se anula a obrigação, que se tornará efetiva no

835 Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho compreendem que a teoria adotada é a da recepção. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 141. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 139.

836 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 451. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 19-20.

837 CÓDIGO CIVIL. Art. 106. A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.

caso de possibilitar-se a prestação. Da mesma forma, é válido o contrato concluído sob condição suspensiva, se antes do implemento da mesma, a prestação se tornar possível⁸³⁸. **Por exemplo**

A impossibilidade inicial é aquela que existe no começo do negócio, como na compra de um bem que sofre restrições de ordem pública. Essas restrições podem consistir na proibição de construir, ou de exercer, no local, determinada atividade, que objetivava a aquisição. Não se está, pois, diante de uma impossibilidade absoluta, a qual é parcial. Por isso, não resulta nulo o negócio. Também não será invalidado se desaparecer a restrição até o momento em que se consuma a realização do negócio, ou que se efetive a condição a que estava subordinado. Seria a hipótese de condicionar-se a efetivação do contrato ao pagamento total do preço. Se desaparece a impossibilidade até efetivar-se a condição, opera-se a validade do que se contratou.⁸³⁹

Desde que seja possível a prestação, o vínculo obrigacional estabelece-se para caso dessa possibilidade.

9.1.5. A fase do contrato preliminar

Os **contratos preliminares**, também denominados pela doutrina como contratos-promessa, pacto de *contrahendo*, compromisso, contrato preparatório ou pré-contrato⁸⁴⁰ são aqueles que têm como

838 A inserção da cláusula suspensiva e a ocorrência do fato acarreta o início da vigência do contrato. A condição suspensiva como sendo acontecimento futuro e incerto que subordina a aquisição de direitos, deveres e a deflagração de efeitos de um determinado negócio jurídico. Dessa forma, “enquanto não se verifica a condição, o negócio é, ainda, pendente. Ocorrendo a condição, tem-se o implemento e se não realizar estamos perante frustração” (AQUINO, Leonardo Gomes de. *Elementos accidentais: análise do plano da eficácia dos negócios jurídicos*. Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília no 3, v.1 jan/abr de 2009b, p. 1 - 17. 2009, p. 6).

839 RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 p. 407.

840 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo

objeto a realização de um contrato definitivo. Na praxe empresarial as figuras pré-contratuais se transvestem de outras denominações⁸⁴¹ como memorando de entendimentos (*memorandum of understandings* ou MOUs)⁸⁴², carta de intenções (*letter of intentions* ou LOIs)⁸⁴³, termo de compromisso (*term sheet*)⁸⁴⁴ ou opção, apesar da jurisprudência pátria não reconhecer em alguns casos como contrato preliminar.

Caio Mário da Silva Pereira conceitua o contrato preliminar como “aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será o contrato principal”.⁸⁴⁵

e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 159.

841 Veja sobre a eficácia das cartas de intenção no âmbito internacional: FONTAINE, Marcel. *Les Lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*. Droit et pratique du commerce international. 1977, p 73-99. LEITÃO, Luís Menezes. Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais. *Revista da Ordem dos Advogados*, 2000, p. 49-56.

842 O TJSP reconheceu como contrato preliminar o memorando de entendimentos na apelação civil nº 9119489-1020028260000. (BRASIL. TJSP. Apelação Cível nº, 9119489-10.2002, Relator(a) Des(a) J. L. Mônaco da Silva, 5ª Câmara Cível, julgamento em 5.10.2011).

843 “Apelação Cível - Ação de Cobrança - Cerceamento de Defesa - Inocorrência - Carta de Intenção c/c Contrato Preliminar Devidamente Rubricado - Não Cumprimento Pelo Réu - Ônus da Prova do Réu - Art. 333, II, do CPC - Sentença Mantida. - O julgamento antecipado da lide, quando para a solução da controvérsia se mostra desnecessária a produção da prova testemunhal, não configura cerceamento de defesa. - A carta de intenção configura ato preparatório do contrato principal, nos quais as partes podem fixar os pontos já acordados na medida em que forem progredindo, consagrando acordos sobre elementos essenciais do futuro contrato e estabelecendo os prazos dentro dos quais as negociações devem se realizar. - As partes devem guardar os princípios de probidade e boa-fé, nas fases das negociações e execução contratual, como ocorre na conclusão do contrato. - O ônus da prova incumbe ao réu quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito (CPC, art. 333, II)”. (BRASIL. TJMG. Apelação Cível “249-4/001, Relator(a): Des.(a) Tibúrcio Marques, 15ª Câmara Cível, julgamento em 7.7.2011, publicação da súmula em 15.7.2011).

844 Na Apelação Cível nº 642.108.4/0-00, o TJSP decidiu que o *Term Sheet* “não se poderia tomar o documento como contrato preliminar, uma vez que seu objeto não se traduz na obrigação de celebração do próprio contrato principal” (...) “destarte, posto que reste afastada a pretensão à caracterização do documento denominado *Term Sheet* como contrato preliminar” (BRASIL, TJSP. Apelação Cível nº 642.108.4/0-00, Relator(a): Des.(a)Vito Guglifelmi, 6ª Câmara Cível, julgamento em 6.8.2009).

845 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

Orlando Gomes como a “convenção pela qual as partes criam em favor de uma delas, ou de cada qual, a faculdade de exigir a imediata eficácia do contrato que projetaram”.⁸⁴⁶

Desta forma, o **contrato preliminar é o acordo pelo qual as partes (bilateral), ou apenas uma delas (unilateral), se obriga dentro de certo prazo ou verificados certos pressupostos, a celebrar determinado contrato.**

Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio Salvo Venosa **diferenciam o contrato preliminar das negociações preliminares**, em que estas não envolvem ajustes nem geram deveres para os interessados, limitando-se a desbravar a seara e salientar as oportunidades e os interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivado no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro⁸⁴⁷. Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald⁸⁴⁸ disciplina que as tratativas “são atos tendentes à análise da viabilidade do contrato” e complementa que o contrato preliminar e as negociações têm em comum a elaboração do contrato definitivo, mas distanciam no momento em que não há, em regra, responsabilidade civil pelo não cumprimento da tratativa enquanto a inadimplemento do contrato preliminar irá gerar responsabilidade pré-contratual.

No **contrato preliminar** as partes assinam o instrumento e assumem a obrigação de no futuro celebrarem o contrato definitivo. **Deve obedecer às regras legais do contrato definitivo, salvo quanto a forma.** Mas, é importante ressaltar que se o contrato definitivo exigir vênia conjugal, também será necessário a vênia conjugal no contrato preliminar, como no caso de alienação de bens imóveis (art. 1.647, I do CC).

846 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 160.

847 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 435. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

848 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 52.

Por outro lado, **o contrato preliminar se diferencia do contrato definitivo**, pois no contrato principal, o objeto consiste na obrigação de dar, fazer ou não fazer, no contrato preliminar, a obrigação está direcionada ao futuro, que é a conclusão do contrato principal.

No direito empresarial, especialmente, os contratos preliminares são usados para viabilizar operações complexas, as quais não podem ter suas especificidades detalhadas sem estudo preparatório, análises econômicas, auditorias, licenças regulatórias e toda sorte de medidas antecedentes. São **exemplos**: (i) os contratos de alienação de participação societária em empresas e *holdings* de participação; (ii) a realização de Joint ventures para a produção e fornecimento conjunto de produtos a terceiros; (iii) fusões, cisões, incorporações de empresas para obtenção de vantagem competitiva; (iv) opção (por exemplo: venda a contento); (v) compromisso de compra e venda (DL 58/1937 e pela Lei n. 6.766/1979).

9.1.5.1. Modalidades de contrato preliminar

O contrato preliminar poderá ter efeito unilateral ou bilateral.⁸⁴⁹ Na promessa **unilateral**, também denominada de opção⁸⁵⁰, a faculdade de exigir o adimplemento do pacto reserva-se exclusivamente

849 “O contrato preliminar é passível de visualização em duas espécies, com tratamento doutrinário distinto: (a) O contrato preliminar bilateral que ostenta caráter sinalagmático, pois ambas as partes se comprometem a celebrar um contrato definitivo (arts. 463 a 465, CC); (b) O contrato preliminar unilateral, pelo qual apenas uma das partes se obriga a celebrar o contrato, sendo que a outra possui a faculdade de aceitá-lo ou enjeitá-lo (art. 466, CC).” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 94.

850 Silvio Salvo Venosa, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves afirmam que a promessa unilateral é diferente da opção, apesar de estarem próximas “do contrato ou pacto de opção, pelo qual o contratante adquire determinado produto, mas tem a faculdade de, em certo prazo, restituir a coisa, caso não lhe agrade ou convenha, sendo suficiente que exerça o direito potestativo no prazo decadencial convencional. Enfim, só uma das partes está adstrita à prestação, a outra é livre. Caso aceite o contrato, o negócio jurídico é plenamente eficaz sem a necessidade de um segundo contrato. Distingue-se, assim, da promessa unilateral que sempre exigirá o contrato definitivo para que se concretize a obrigação do promitente”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 102. VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 436.

a uma das partes. A outra contrai obrigação cujo cumprimento fica subordinado à vontade da que pode exigir-lo. São **exemplos**: a opção de compra ou de venda⁸⁵¹, opção da venda a contento⁸⁵², opção de subscrição de quotas ou ações⁸⁵³, opção de compra de ações ou quotas⁸⁵⁴, a opção de aquisição do objeto do contrato de leasing e a opção a reserva de serviços, como no caso da reserva de mesa em um restaurante.⁸⁵⁵

Em relação a **possibilidade de promessa de realização de uma doação pura o STJ decidiu pela impossibilidade**, visto que a inexigibilidade da promessa de doação, mesmo por execução judicial, por conta da necessidade de atualização do *animus donandi*, pois “admitir a promessa de doação equivale a concluir pela possibilidade de uma doação coativa, incompatível, por definição, com um ato de liberalidade”⁸⁵⁶. Diferentemente será o caso da doação com encargo, visto que

851 Um contrato de opção é um contrato a prazo (efetuado num mercado organizado - a bolsa de valores), estabelecido entre duas partes, pelo qual o comprador adquire o direito de comprar (opção de compra ou *call option*) ou de vender (opção de venda ou *pull option*), durante um certo período de tempo, um determinado ativo (o ativo subjacente, que poderá ser, por exemplo, um valor mobiliário, as taxa de juro e as taxas de câmbio) por um preço estabelecido no momento da celebração do contrato (o preço de exercício da opção), pagando para isso um determinado prémio. FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos. Direito civil e empresarial.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45-47.

852 O Código Civil estipula no art. 509 que “a venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado”.

853 Na situação ações e quotas ainda não foram emitidas, somente após a emissão os interessados podem adquirir.

854 No caso da **opção de compra**, “o contrato poderia ser firmado também com os sócios, hipótese em que os sócios estariam obrigados a vender as suas ações ou quotas (e não as de tesouraria) para o investidor. Esse seria um caso chamado de **cash out** em que o dinheiro do investido não vai para a empresa, mas sim para os sócios. O contato seria **cash in**, mais comum em startups ainda nas primeiras fases da sua jornada, em que o dinheiro investido vai para o caixa da empresa e não para o patrimônio dos sócios”. (Grifo do autor) MICHILES, Saulo. *Marco legal das startups. um guia para advogados, empreendedores e investidores.* Salvador: Podivm. 2021, p. 34-35.

855 GOMES, Orlando. *Contratos.* 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 163. FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 105. VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 436.

856 RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - PROMESSA DE DOAÇÃO - ATO DE

aqui há exigências de caráter acessório, mas o exercício de exigir estará vinculado ao adimplemento do encargo⁸⁵⁷. É para corroborar com a afirmação temos o Enunciado nº 549 da CJF, aprovado na 6ª Jornada de Direito Civil dispõe que: “A promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil”.⁸⁵⁸

Assim, na doação pura é possível a revogação da promessa por causa da mudança do *animus donandi*, enquanto na doação com encargo o doador não pode revogar a liberalidade em razão do inadimplemento do encargo, apenas pode demandar a sua execução.

LIBERALIDADE - INEXIGIBILIDADE - PROVIDO O RECURSO DO RÉU - PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA. 1. A análise da natureza jurídica da promessa de doação e de sua exigibilidade não esbarra nos óbices impostos pelas Súmulas 05 e 07 deste Tribunal Superior, pois as consequências jurídicas decorrem da qualificação do ato de vontade que motiva a lide, não dependendo de reexame fático-probatório, ou de cláusulas do contrato. 2. Inviável juridicamente a promessa de doação ante a impossibilidade de se harmonizar a exigibilidade contratual e a espontaneidade, característica do *animus donandi*. Admitir a promessa de doação equivale a concluir pela possibilidade de uma doação coativa, incompatível, por definição, com um ato de liberalidade. 3. Há se ressaltar que, embora alegue a autora ter o pacto origem em concessões recíprocas envolvendo o patrimônio familiar, nada a respeito foi provado nos autos. Deste modo, o negócio jurídico deve ser tomado como comprometimento à efetivação de futura doação pura. 4. Considerando que a presente demanda deriva de promessa de doação pura e que esta é inexigível judicialmente, revela-se patente a carência do direito de ação, especificamente, em razão da impossibilidade jurídica do pedido. 5. Recurso especial do réu conhecido e provido. Prejudicado o exame do recurso especial da autora. (BRASIL. *Resp* 730.626/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 04/12/2006, p. 322).

857 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 90.

858 “Na jurisprudência, comum é a identificação de que, nos casos em que a promessa de doação é realizada no âmbito de uma transação relacionada a pacto de dissolução de sociedade conjugal, inexiste a possibilidade de retratação do doador (precedentes do STJ: REsp n. 742.048/RS, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/4/2009, DJe de 24/4/2009; REsp n. 853.133/SC, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, relator para o acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 6/5/2008, DJe de 20/11/2008). Todavia, inegável é que a promessa expressa vontade negocial e, no âmbito da autonomia, não é sustentável restringir tal possibilidade somente aos negócios bilaterais comutativos e onerosos. É, pois, legítimo cogitar-se de promessa de cumprir liberalidade que, após a chancela estatal, deixa de apresentar tal caráter”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 549 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

O CC estipula no art. 466 a questão do **prazo**, visto que “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”. Importante, **ressaltar que não havendo prazo contratual estipulado** para adimplir a promessa unilateral, insta que aquele que arca com as obrigações estabeleça **o prazo razoável, em regra trinta dias**, sob pena da promessa ficar sem efeito.⁸⁵⁹

O contrato **preliminar bilateral** acarreta obrigações para ambas as partes contratantes, ficando estabelecido desde a sua formação a obrigatoriedade de realizar o contrato definitivo, como dever recíproco, obrigando os contratantes a realizar o definitivo. As posições das partes estão equilibradas, restando a cada uma o direito de exigir da outra o respectivo cumprimento, pena de suportar as consequências legais⁸⁶⁰. **Exemplo é a promessa ou compromisso de compra e venda de imóveis.**

Assim, pacto preliminar pode ser assumido de forma unilateral ou de forma bilateral, mas em ambos os casos é irrevogável, salvo ajuste em contrário.

9.1.5.2. Requisitos essenciais

A validade do contrato preliminar requer a observância dos mesmos requisitos para validade do contrato definitivo, exceto a forma.

No caso da **capacidade do agente genérica e a legitimidade**⁸⁶¹ deve ser apurada ao tempo da realização do contrato definitivo⁸⁶². Con-

⁸⁵⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 195.

⁸⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 72.

⁸⁶¹ É importante ressaltar que se o contrato definitivo exigir vênia conjugal, também será necessário a vênia conjugal no contrato preliminar, como no caso de alienação de bens imóveis (art. 1.647, I do CC).

⁸⁶² GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 163. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de*

tudo, se o objeto do contrato preliminar for uma obrigação **personalíssima**, ou seja, que somente pode ser cumprida pessoalmente pela outra parte contratante, neste caso a natureza da obrigação impede que o juiz venha a suprir a vontade da parte inadimplente (art. 464 do CC), somente restando parte credora a via indenizatória das perdas e danos (art. 465 do CC).

O **objeto do contrato preliminar** “é o contrato definitivo, logo constituindo este a prestação consubstanciada naquele, não pode o contrato definitivo atentar contra a ordem pública e os bons costumes, nem ofender a norma ou ser fisicamente impossível”.⁸⁶³

De tal modo, que sendo capazes as partes contratantes e, sendo lícito, possível e determinado ou determinável o objeto do contrato preliminar, estando fixado o preço, bem como as formas de pagamento, não constando do mesmo uma cláusula de arrependimento⁸⁶⁴, **estará apto o adquirente, desde que cumprida a sua parte, a exigir que o outro contraente outorgue a seu favor o contrato definitivo, sob pena de pedir suprimento judicial (execução específica) para tanto.**

A questão da **forma como elemento da validade do contrato preliminar é facultativa**, visto que a própria norma civil permite que não se obedeça a formalidade exigida para o contrato definitivo (art. 462 do Código Civil), prevalecendo a liberdade da forma, ou seja, mesmo no caso do contrato definitivo deve ser realizado por escritura

vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 78.

863 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Parte Geral. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 163. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 78.

864 De acordo com Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito das coisas.*, São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 68) a existência de uma cláusula de arrependimento não há que se falar em constituição de um direito real, por se tratar de manifesto óbice, previamente estipulado pelas partes”. A *Súmula 166* do STF dispõe que é inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei 58/37. A *Súmula 167*, STF determina que “não se aplica o regime do decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro. A *Súmula 168*, STF determina que “para os efeitos do Decreto-Lei 58, de 10-12-1937, admite-se a inscrição imobiliária do compromisso de compra e venda no curso da ação”.

pública, o contrato preliminar poderá ser formalizado por qualquer modo.

Embora o parágrafo único do art. 463 do Código Civil determine a necessidade de registro, por meio do uso do verbo “deverá”, **não parece que o registro do instrumento no cartório competente** (se o objeto do contrato preliminar for coisa móvel, o registro competente será o de Títulos e Documentos, enquanto que, se o objeto for coisa imóvel, o registro de imóveis será o competente para o respectivo ato⁸⁶⁵) **seja requisito necessário para a realização de um contrato para aquisição de qualquer direito real.**

A **Súmula 239 do STJ** expõe que “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

O Enunciado nº 95 da CJF, aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil dispõe que:

O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ). ⁸⁶⁶

Por isso a doutrina⁸⁶⁷ e a jurisprudência⁸⁶⁸ **têm afirmado que o registro possui apenas efeito em relação a terceiros.**

865 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 76. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133.

866 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 95 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

867 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 164. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Parte Geral. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 166.

868 “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 promis-

9.1.5.3. A sentença definitiva

Caso **haja cláusula de arrependimento não haverá a possibilidade de executar o contrato preliminar. Por exemplo:** Antônio realizou contrato com Beto no qual restaram entabuladas arras penitenciais de R\$20.000,00 (vinte mil reais), pagas por Antônio a Beto, se Antônio desistir do acordo, perderá o valor dado como arras. Caso, porém, Beto desista, haverá se R\$40.000,00 (quarenta mil reais) a Antônio a título de devolução dos R\$20.000,00 (vinte mil reais) pagos por Antônio, somados à penitência dos outros R\$20.000,00 (vinte mil reais). Nessa ordem de ideias, decorrerá a cláusula de arrependimento da autonomia privada dos contratantes, a qual é apta a restringir o inicial caráter irretratável do compromisso preliminar, desde que realizada a denúncia (resilição) em tempo hábil. Em suma, existindo cláusula de arrependimento é ínsito à natureza do contrato preliminar, que diante da sua existência não haverá possibilidade de ser executado, para adimplemento da obrigação de realizar a assinatura do contrato definitivo.

Na ausência de cláusula de arrependimento (arras), qualquer das partes pode exigir que a outra cumpra o contrato preliminar, celebrando o contrato definitivo. Para tanto, deverá assinar prazo a outra parte (interpelação para constituir em mora⁸⁶⁹), que será aquele previsto no contrato ou, na ausência deste, será estipulado prazo razoável, normalmente trinta dias, estabelecido por quem demandar o adimplemento.

O Código Civil prevê que

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, con-

sário-comprador, é cabível a tutela jurisdicional que tenha por escopo a pretensão executiva de suprir, por sentença, a anuência do promitente-vendedor em outorgar a escritura definitiva de compra e venda do imóvel". BRASIL. STJ. REsp 424.543/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.3.2003, DJ 31.3.2003, p. 217.

869 BRASIL. STJ. Súmula n. 76: "A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor".

ferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Em caso deve inadimplemento o credor pode	
Exigir o adimplemento forçado	Exigir a resolução do contrato preliminar com o pagamento de perdas e danos

Figura : Consequências do inadimplemento do contrato preliminar

Assim, se houver recusa no adimplemento do contrato preliminar poderá o credor optar entre duas soluções: (i) executar o contrato para que o juiz supra a falta de assinatura do contrato definitivo, por meio da adjudicação compulsória ou (ii) condene o inadimplente ao pagamento de indenização a título de perdas e danos.

O STJ permite a propositura de ação de adjudicação compulsória mesmo não estando registrado o compromisso de compra e venda irretratável e irrevogável⁸⁷⁰, que obviamente deve estar adimplida a obrigação referente ao pagamento integral do preço.

Desta forma, para o exercício da ação de adjudicação compulsória é necessários os seguintes requisitos: **(a)** que o contrato preliminar tenha sido subscrito atendendo aos requisitos essenciais do contrato definitivo, com exceção da forma, tal como exige o art. 462 do CC; **(b)** que o contrato preliminar não possua cláusula de arrependimento, por ser incompatível com a substituição da vontade do devedor inconfirmado; **(c)** que o promitente comprador tenha adimplido as suas obrigações, sobremaneira a integralização do preço; **(d)** que o promitente vendedor esteja em mora.

⁸⁷⁰ “Quanto aos imóveis loteados, dispõe o art. 26 da Lei n. 6.766/79 que o negócio pode ser celebrado por instrumento particular ou público. No tocante aos não loteados, tem sido admitida, também, a forma particular. A autorização do cônjuge é indispensável, por consistir em alienação de bem imóvel sujeita à adjudicação compulsória. Proclama ainda a Súmula 413 do Supremo Tribunal Federal que “o compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 164.

9.1.6. A fase do contrato definitivo

O contrato definitivo está concluído com a proposta e aceitação em união. É importante ressaltar que o contrato definitivo “tem objetos diversos, de acordo com a natureza de cada pacto. Cada contrato tem um objeto peculiar”.⁸⁷¹ Na **compra e venda**, por exemplo, uma parte terá de pagar o preço e a outra entregar a coisa. No **contrato de doação**, o doador irá entregar, em decorrência de sua liberalidade, algo ao donatário de forma gratuita.

9.2. A formação do contrato pelo Código de Defesa do Consumidor: Oferta e práticas abusivas

O tratamento dispensado pelo CDC à formação do contrato decorre da realização da oferta que deverá primar pela boa-fé objetiva e sem qualquer prática abusiva e enganosa, conforme os arts. 36 e 37 da Lei 8078/90, respectivamente.

9.2.1. Da oferta

A oferta deve ser compreendida como qualquer conduta do fornecedor com a finalidade de colocar seu produto ou serviço no mercado de consumo. Trata-se de elemento inicial da relação consumerista.

A oferta é “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, a veicular ou dela se utilizar e integrar o contrato que vier a ser celebrado” (art. 30 do CDC). A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que

⁸⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 111.

apresentam à saúde e à segurança dos consumidores”⁸⁷². Nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, as informações serão gravadas de forma indelével, significando os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado pelos fornecedores.

A oferta deve ser correta, clara, precisa, ostensiva e no idioma português e acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

Nas relações consumeristas as informações devem claras⁸⁷³ e neste sentido o Decreto 5.903/2006, que regulamenta o CDC e a Lei n. 10.962/2004 (dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor), define clareza como “a informação que pode ser entendida de imediato e com facilidade pelo consumidor, sem abreviaturas que dificultem a sua compreensão, e sem a necessidade de qualquer interpretação ou cálculo” (art. 2º, § 1º, II).

Assim, o fornecedor está vinculado às informações publicitárias que fez vincular. Desta forma, “quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo com cuja consequência não deve arcar o consumidor”⁸⁷⁴, ou seja, a partir do momento que o anunciante propaga determinado anúncio, automaticamente já está caracterizada sua obrigação em cumprir aquilo que fora anunciado para o consumidor, que acreditou naquilo que chegou a ele de maneira unilateral de vontade como uma proposta. Ao anunciar determinada matéria publicitária, a empresa cria, por ela, uma certa obrigação, haja vista a declaração unilateral da vontade do anunciante.

872 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 15 ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 251-252.

873 “As informações claras são mensagens cristalinas, de fácil compreensão por parte do vulnerável da relação jurídica de consumo. A compreensão da oferta deve ser imediata, sem exigir maior esforço do consumidor”. ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 717.

874 BRASIL. STJ, REsp 196.031, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª T., p. 11/06/01.

As diferenças entre as regras legais do CC e do CDC são evidentes, visto que o público-alvo dos dois diplomas são distintos. O público protegido pelo CDC é a sociedade vista como os consumidores, que são os vulneráveis da relação a que estão submetidos exigindo um regramento mais rígido na Lei n. 8.078/90 quando comparado com o existente no Código Civil. O público-alvo do Código Civil é a pessoa natural (física) ou jurídica não consumidora, diferentemente do público consumidor que está muito bem tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.⁸⁷⁵

Cumprida a oferta, estará satisfeita a obrigação. O CDC disciplinou a oferta ao público no seu art. 35, “atribuindo ao consumidor, no caso de recusa do fornecedor ao seu cumprimento, o direito de, à sua escolha, optar por: (a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; (b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; (c) rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.⁸⁷⁶

As propriedades da oferta no CDC estão previstas em seu art. 30, que dispõe: “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”.

Fabrício Bolzan Almeida afirma que “a informação de um vendedor pode caracterizar-se como oferta, desde que suficientemente precisa e veiculada”⁸⁷⁷, por qualquer meio de publicidade.

875 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 34. ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor Esquematizado*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 80-89.

876 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

877 ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 105.

Por isso, Bruno Miragem disciplina que

Não há de se considerar, portanto, tendo a oferta ou informação qualidades que despertam a confiança do consumidor, a possibilidade do fornecedor alegar erro ou equívoco na sua formulação. Não há relevância do elemento volitivo, razão pela qual descabe fazer referência a qualquer espécie de defeito da vontade do fornecedor (erro de objeto, por exemplo) como óbice ao seu caráter vinculativo. Naturalmente que ao se referir o fato da oferta ser apta a despertar a confiança do consumidor, ficam excluídas desta hipótese as ofertas manifestamente incorretas, com erros crassos e evidentes ao observador razoável.⁸⁷⁸

O art. 32 do CDC estabelece que: “os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”.

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 em domicílio” (art. 49 do CDC). Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto nesse artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados (art. 49 do CDC).

Outro ponto importante a ser destacado é a oferta ou venda por telefone ou reembolso postal. Deve constar o nome do fabricante e o endereço na embalagem, na publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial, sendo “proibida a publicidade de bens

878 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina”.

Considera-se “abusiva, no serviço de atendimento ao consumidor por telefone, no âmbito dos serviços regulados pelo Poder Público Federal, dentre outras práticas, a prática de recusar ou dificultar, quando solicitado pelo consumidor ou por órgão competente, a entrega da gravação das chamadas efetuadas para o Serviço de Atendimento ao Consumidor, no prazo de 10 (dez) dias. A entrega deverá ocorrer por meio eletrônico, por correspondência ou pessoalmente, a critério do solicitante. A recusa do fornecimento da gravação gera presunção relativa de veracidade das reclamações do consumidor” (Portaria SDE nº 49 de 12/03/2009).

9.2.2. Das Práticas Abusivas

O sistema do CDC elaborou um rol exemplificativo de práticas comerciais que considerou abusivas⁸⁷⁹. Assim o fez o legislador, em vista do princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Desta forma, as práticas abusivas podem ser consideradas como a desconformidade com os padrões de mercado de boa conduta em relação aos consumidores.

O art. 39 do CDC dispõe que: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (a) condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos⁸⁸⁰; (b) recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes⁸⁸¹; (c) enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço, equi-

⁸⁷⁹ SÚMULA: 302 do STJ. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

⁸⁸⁰ BRASIL. STF. ADI 4.908, Relator Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 11-4-2019, DJe 6-5-2019.

⁸⁸¹ BRASIL. STJ. REsp 595.734/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3^a T., DJ 28-11-2005.

param-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento⁸⁸²; (d) prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços⁸⁸³; (e) exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva⁸⁸⁴; (f) executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes⁸⁸⁵; (g) repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos⁸⁸⁶; (h) colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)⁸⁸⁷; (i) deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério⁸⁸⁸; (j) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los

882 BRASIL. STJ. *REsp 1.061.500/RS*, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3^a T., DJe 20-11-2008.

883 BRASIL. STJ. *REsp 326.147/SP*, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4^a T., DJe 8-6-2009.

884 O STJ não veda o aumento da mensalidade do plano de saúde em razão de alteração de faixa etária, desde que dentro dos limites do razoável (BRASIL. STJ. *REsp 1.381.606*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, 3^a T., DJe 31-10-2014).

885 “O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço sómente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devendo, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor” (BRASIL. STJ. *REsp 332.869/RJ*, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3^a T., DJ 2-9-2002).

886 “Não se trata de banco de dados ou cadastro de inadimplentes, mas sim do repasse de informações daqueles consumidores que fazem valer seus direitos administrativamente – denunciando ao PROCON, por exemplo – ou demandando perante o Poder Judiciário”. ALMEIDA, Fabrício Bolzan de *Direito do consumidor. Esquematizado*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 220.

887 SÚMULA: 595: “As instituições de ensino superior respondem objetivamente pelos danos suportados pelo aluno/consumidor pela realização de curso não reconhecido pelo Ministério da Educação, sobre o qual não lhe tenha sido dada prévia e adequada informação”

888 ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor. Esquematizado*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 225.

mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais⁸⁸⁹; (k) elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços⁸⁹⁰; (l) deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério⁸⁹¹; (m) aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido⁸⁹²; (n) permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo⁸⁹³.

O art. 40 do CDC estipula que

Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio, que discrimine o valor

889 “Embora o cheque não seja título de crédito de aceitação compulsória no exercício da atividade empresarial, a sociedade empresária, ao possibilitar, inicialmente, o pagamento de mercadoria por meio desse título, renunciou sua mera faculdade de aceitação e se obrigou a demonstrar justa causa na recusa, sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva”. (...) “a recusa indevida de cheque, sob a alegação inverídica de que não há provisão de fundos, ocasiona danos morais in re ipsa”. (BRASIL. STJ. *REsp* 981.583/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3^a T., DJe 1-7-2010).

890 BRASIL. STJ. *REsp* 1.424.814/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3^a T., DJe 10-10-2016.

891 “Prevê o CDC em seu art. 39, inciso XII, como exemplo de prática abusiva: “deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério”. Apesar da existência de normatização específica, adquirir um imóvel na planta num passado não tão longínquo era um desafio, principalmente se o casamento já estivesse marcado. O início e o término das obras ficavam praticamente ao arbítrio de algumas construtoras, e, com a frágil fiscalização das autoridades competentes, o consumidor quase sempre saía no prejuízo. Mesmo nos dias atuais não é difícil encontrarmos consumidores recém-casados alugando flats nos primeiros meses de matrimônio, pois o apartamento adquirido na planta ainda não ficou pronto. Custos como estes devem ser arcados exclusivamente pelo fornecedor, sem lembrar que os transtornos ao casal são evidentes e passíveis de serem reparados via indenização por danos morais”. ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor. Esquematizado*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 250.

892 “É ilegítima a majoração da tarifa de energia elétrica estabelecida pelas Portarias 38/86 e 45/86 do DNAEE, por desrespeitarem o congelamento de preços instituído pelo chamado “Plano Cruzado”, sendo devida a restituição de valores pagos a maior pelos consumidores, durante o período do congelamento” (BRASIL. STJ. *AgRg no REsp* 698.400/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1^a T., DJ 28-11-2005).

893 ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor. Esquematizado*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 252.

da mão de obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

§1º Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor.

§2º Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.

§3º O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio.

No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de, não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 41, do CDC).

9.3. A formação do contrato pela via eletrônica

São considerados contratos eletrônicos as “declarações de vontade emitidas por dois ou mais sujeitos, de conformidade com o ordenamento jurídico, com o intuito de construir, modificar, conservar ou extinguir direitos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, mediante a utilização computadores interligados, independentemente do tipo contratual veiculado”.⁸⁹⁴

Na visão de Maria Eugênia Finkelstein, “o contrato eletrônico é caracterizado por empregar meio eletrônico para sua celebração” ou

⁸⁹⁴ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57.

ainda, “o contrato eletrônico, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade e é celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados”.⁸⁹⁵

Os contratos eletrônicos deverão respeitar os requisitos da livre manifestação de vontade, presença de dois ou mais sujeitos de direito, capacidade e legitimação para que o negócio esteja sendo praticado⁸⁹⁶. O objeto deverá ser lícito, devendo estar presentes os demais requisitos estabelecidos pela norma para que o contrato surta os efeitos desejados.⁸⁹⁷

Desta forma o TJDFT decidiu que “o contrato eletrônico é da mesma espécie do contrato tradicional, não se tratando de uma nova modalidade de contratação, divergindo apenas em sua forma, pois possui os mesmos requisitos para a sua validade jurídica”.⁸⁹⁸

895 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 35.

896 “No entanto, os contratos eletrônicos são celebrados normalmente entre pessoas ausentes que expressão a sua vontade pelo meio eletrônico no momento da sua celebração, assim, podemos conceituar os contratos eletrônicos como um mecanismo jurídico de relacionamentos interpessoais, trazendo no seu bojo as declarações negociais comuns das partes que o integram (íntegra nesta perspectiva os elementos não consensuais e as fontes de vinculação) e além do cumprimento de uma prestação, acrescentando-se aos contratos internacionais o elemento que podemos denominar por âmbito de aplicação das leis e quanto ao aspecto eletrônico a manifestação de vontade ocorrerá por meio virtual, por meio de mecanismo como o computador, o tablet, os smartphones etc. Assim, o espectro eletrônico do contrato não constitui uma nova forma, mas sim uma nova forma de externar a vontade dos contratantes, pois o contrato poderá ser formado, indistintamente, entre presentes ou ausentes, pré-formatada ou não como no caso da execução automatizada e sem a interferência direta do sujeito no ato da formação (declaração de vontade).” AQUINO, Leonardo Gomes de. *Marketplaces: as questões contratuais do mercado eletrônico*. In. *Direito digital e sociedade 4.0*. (Coord.) Cássio A.B. Brant. (Organizadores) Demócrata Reinaldo Filho e Alexandre Atheniense. Belo Horizonte: D’Plácido. 2020, p. 561-582.

897 “O Código estende o mesmo tratamento jurídico para propostas efetivadas por meio de comunicação semelhante ao telefônico. Aqui o legislador está certamente se referindo, v.g., à comunicação por via da Internet quando ambos os usuários estão em contato simultâneo. Nesta hipótese a proposta formulada por um deles deve imediatamente ser aceita, sob pena de deixar de ser obrigatória, diferentemente do que ocorre com a proposta feita por via e-mail, na qual ambos os usuários da rede estão ao mesmo tempo conectados”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 151.

898 BRASIL. TJDFT. APC 20120111804179. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. Brasília, 19 de julho de 2017.

Os contratos eletrônicos podem ser das seguintes formas: (a) intersistêmicos; (b) interpessoais (simultâneos e não simultâneos); (c) interativos.

Os **intersistêmicos** ocorrem quando a comunicação eletrônica se estabelece entre sistemas de aplicativos previamente programados, estando ausente a ação humana no momento em que a comunicação propriamente dita acontece, se concretizado por meio de assinatura digital.⁸⁹⁹

Os **interpessoais** são aqueles realizados por meio de correio eletrônico ou outro meio de realização eletrônica, podendo ser simultâneo (em tempo real ou online) ou não simultâneo (realizado por email). Os contratos eletrônicos são firmados tão somente com o clicar do mouse ou ao apertar uma tecla no computador.⁹⁰⁰

Os **interativos** são realizados por meio das páginas eletrônicas na *web*, que se realiza por meio de um convite para contratar (oferta).

⁹⁰¹

A ausência de regulamentação específica em relação a celebração dos contratos por meio eletrônico, muitas vezes sem constar a assinatura dos pactuantes, por si só, não afasta a validade do contrato firmado.⁹⁰²

Um ponto importante nas relações inseridas nos meios virtuais (eletrônicos) é o princípio da neutralidade da rede⁹⁰³, uma vez que “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o

899 BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57. JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Direito Dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110. LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos. Validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 85.

900 JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Direito Dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111-113. LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos. Validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 85.

901 JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Direito Dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117-118. LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos. Validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 85.

902 BRASIL. TJRS. APC. 70077408656. Relator Glênio José Hekman. Porto Alegre, 17 de outubro de 2018.

903 LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos. Validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 91.

dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”, porque as regras devem ser neutras para que não se constituam entraves nas relações jurídicas.

9.4. Lugar do contrato

O lugar da formação do contrato interessa para a fixação do foro competente e, no caso de contrato internacional, para saber qual a lei a ser aplicável, caso as partes não tenham previsto regra expressa.

Deve-se considerar concluído o contrato no lugar em que foi obtido o consenso. Mais, uma vez, não existindo qualquer dificuldade para os contratos entre presentes (*inter absentes*).

No celebrado entre ausentes há duas possibilidades: no local da propositura ou no local da aceitação. **O direito brasileiro** optou pelo primeiro ao estipular no art. 435 do CC que **o contrato considera celebrado no local onde foi proposto**.

Mas em ambos os casos de celebração entre presente ou entre ausentes as partes podem estipular outro local como o da celebração, isto ocorre por que o art. 435 do CC é considerado como uma norma dispositiva.

A determinação do lugar onde se tem concluído o contrato é de enorme importância, quando estamos perante um contrato internacional, pode que dele depende não só apuração do foro competente, mas também a determinação da lei aplicável ao contrato, se as partes não tiverem estipulado outra regra, em função da utilização da autonomia privada na dimensão conflitual.

É importante ressaltar que, os contratos embora celebrados no estrangeiro, se submetem à norma brasileira, por força da LINDB, em seu art. 9º §2º, que prescreve: “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”⁹⁰⁴. Logo,

⁹⁰⁴ LINDB. Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do

se o ofertante residir no Brasil e o aceitante em Portugal, o negócio reger-se-á pela norma brasileira. Se o preponente residir em Portugal e o aceitante no Brasil. Sendo o contrato proposto naquele país, por meio de carta ou *e-mails*, ficará ele sob a égide da norma portuguesa. Mas, é claro, as partes por força da autonomia privada pela dimensão conflitual poderá estipular outra regra.

Diante da questão observamos um conflito entre o CC e a LIN-DB, visto que aquele privilegia o local da propositura enquanto nesta o privilégio é a residência do proponente. Por isso, interpretando a questão, podemos concluir inicialmente que prevalece o CC por ser norma mais nova.

Assim, para conciliar as duas regras podemos concluir que nos contratos entre presentes aplica-se a regra do CC que considera celebrado no local onde foi proposto, mas se o contrato for entre ausentes reputa-se constituída no lugar em que reside o proponente.

A questão se põe delicada no caso da contratação por meios eletrônicos, como no caso do *e-mail*. Imaginemos o seguinte **exemplo**: o aceitante é domiciliado na Rússia e o proponente no Brasil, entretanto este encontra-se em um navio em águas francesas quando da formulação da proposta por *e-mail*, o lugar da celebração na situação é no Brasil onde o proponente é domiciliado. Isto ocorre porque no Brasil, todos os endereços eletrônicos (*e-mail*) encontram-se vinculados por provedor, que servirá como lugar do contrato, se for do Brasília proposta.

O problema se instaura quando a proposta é enviada por pessoa que possui endereço eletrônico desvinculado do provedor e a pessoa em qualquer lugar do planeta, poderá enviar a proposta de contrato. Nessa situação será necessário rastrear eletronicamente a procedência da proposta para identificar o local da proposta.

contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

9.5. Tempo do contrato

É importante determinar com precisão o momento em que as partes estarão vinculadas ao contrato, ou seja, o momento em que estarão obrigadas a adimplir as respectivas obrigações, podendo ser concomitante à celebração ou a outro momento pré-estipulado. Isto porque o tempo em que o contrato foi celebrado é importante para definir a lei aplicável em caso de conflito.

O Código Civil prevê que

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.

redação da regra legal propõe duas constatações: (1) a norma não adota o plano da existência de forma destacada, visto que o comando já inicia sua projeção pelo plano da validade; e (2) que quanto à validade dos negócios deve ser observado o momento da celebração. Assim, podemos constatar que se o contrato foi celebrado na vigência do Código Civil de 1916 deve-se observar as suas regras quanto: a capacidade; a legitimidade: a vontade; ao objeto; e à forma⁹⁰⁵. Mas em relação à sua eficácia será aplicada a norma vigente ao momento em que o efeito deveria se produzir.⁹⁰⁶

905 O Código de Defesa do Consumidor aos contratos anteriores a sua vigência, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito (STF. Súmula nº 285).

906 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 41.

A validade do ato será disciplinada pela lei vigente ao tempo de sua conclusão, independentemente de qualquer alteração posterior.

Exemplificando, não se pode questionar a anulabilidade de um contrato efetuado até 10 de janeiro de 2003 em razão de estado de perigo, pois o referido vício de consentimento só ingressou no Código Civil de 2002 e aquele contrato é um ato jurídico perfeito.

Outro problema que se coloca é a questão da simulação, que na época do CC de 1916 era considerada como mecanismo de anulação (nulidade relativa) e na atual legislação é nulidade absoluta. Por isso, seguirá a regra da anulação, pois ao momento da celebração a lei em vigor determinava a anulação.⁹⁰⁷

Em relação aos juros de mora (pagamento de juros se insere no tempo do cumprimento da obrigação), se encontra no plano da eficácia do contrato deve-se aplicar a regra da nova norma, a partir da sua vigência. Neste sentido, Enunciado no 164 da III da Jornada de Direito Comercial expõe que “tendo início a mora do devedor ainda na vigência do código civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data da entrada em vigor do Código Civil), passa a incidir o artigo 406 do CC/2002”.⁹⁰⁸

907 É que: “A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC, 166, VII e 167). (BRASIL. STJ. REsp 1112524/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 1.9.2010, DJe 30.9.2010).

908 RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA CONTRATUAL. REDUÇÃO PARA 2% OCORRIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE. RESTABELECIMENTO DO ÍNDICE PACTUADO. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.298/96. CLÁUSULA PENAL. REDUÇÃO COM BASE NO 924 DO CC/1916. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE ALTERAR O PATAMAR DEFINIDO NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE NO ENUNCIADO SUMULAR N. 7 DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. 1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. Ademais, o ma-

Por outro lado, na hipótese do contrato de doação ter sido celebrado na vigência do CC de 1916 e o donatário ter em 2015, cometido homicídio doloso contra o doador, essa situação será resolvida sob a égide do CC de 2002, em especial o art. 564 do CC, que confere legitimidade aos herdeiros da vítima para propor a ação de revogação da doação, regra inexistente no Código Civil revogado.

Outra situação interessante seria a aplicação das regras referentes a modificação do contrato quando a execução se der no tempo (execução diferida e trato sucessivo).

Assim, quando os efeitos não foram previstos pelas partes (partes posteriores dos fatos pendentes), aplicamos o Código Civil de 2002 mesmo para os contratos efetivados antes de sua vigência⁹⁰⁹. A título

gistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes. 2. A multa contratual só pode ser reduzida ao percentual de 2% (dois por cento) nos contratos celebrados após a vigência da Lei n. 9.298/96. 3. O artigo 924 do Código Civil de 1916 facultou ao Juiz a redução proporcional da cláusula penal às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação, sob pena de afronta ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa. 4. Hipótese em que a obrigação foi parcialmente cumprida pelo devedor, a justificar a redução. 5. Inocorrência de aplicação retroativa do art. 413 do CC/02 que, ao contrário da faculdade trazida pela regra anterior, passou a estabelecer um dever ao juiz. 6. Interpretação conjunta dos enunciados normativos do art. 924 do CC/16 e do art. 413 do CC/2002 à luz da regra de transição do art. 2035 e seu parágrafo único do CC/2002, recomendando a concreção do princípio da função social do contrato mesmo para pactos celebrados na vigência da anterior codificação civil. 7. Verificar se a redução da cláusula penal, da maneira como foi promovida pelo juiz de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal a quo, atingiu patamar razoável e proporcional demandaria a interpretação das cláusulas contidas no contrato locatício, bem como das provas carreadas aos autos, atraindo os óbices dos enunciados n. 05 e n. 07 da Súmula desta Corte. 8. Doutrina e jurisprudência acerca das questões discutidas. 9. Recurso Especial parcialmente provido. (BRASIL. STJ. REsp 887.946/MT, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10.5.2011, DJe 18.5.2011).

909 Ação direta de constitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflete a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispo-

ilustrativo, mesmo que o Código Civil de 1916 não discipline a onerosidade excessiva, é possível aplicar a resolução contratual ou o reequilíbrio contratual prevista nos art. 317 e 478 a 480 do CC de 2002, por se tratar de questões de ineeficácia superveniente do contrato posterior a 11 de janeiro de 2003, sendo, portanto, alcançada pelo Código Civil de 2002.

sitivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de constitucionalidade julgada procedente, para declarar a constitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (BRASIL. STF. ADI 493, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724).

Capítulo 10

Efeitos dos contratos

De forma geral, os efeitos do contrato correspondem, essencialmente, às modificações jurídicas econômicas que ele determina nas posições anteriores das partes. Ultrapassado o plano da existência e da validade dos contratos, **os efeitos se localizam no plano da eficácia**. Isto significa dizer que a vontade das partes foi validamente manifestada na celebração do contrato e que a forma adequada, se exigida, foi devidamente observada por elas. Por isso, o primordial efeito dos contratos é gerar obrigações, criando um vínculo jurídico entre os contratantes, qualquer que seja o seu tipo, correspondem à constituição, regulação, modificação e extinção de relações jurídicas. Segundo Orlando Gomes tais efeitos se manifestam tanto na força obrigatória como também na relatividade do contrato.⁹¹⁰

Desta forma, os efeitos do contrato em regra estão vinculados ao adimplemento do pacto que poderá ser **instantâneo** (execução imediata ou execução única) ou no **futuro** (execução mediata), que pode ser de execução diferida⁹¹¹ ou de trato sucessivo (execução continuada).

Desta forma, Maria Helena Diniz propõe a seguinte forma de apresentar os efeitos do contrato: **(a)** decorrentes da obrigatoriedade; **(b)** quanto à relatividade; e **(c)** efeitos particulares do contrato.⁹¹²

No entanto, esclarece Orlando Gomes⁹¹³ que os efeitos do contrato se estendem às suas consequências usuais legais, não se limitando ao que nele está expresso e conclui a questão afirmando que o problema da eficácia do contrato deve ser examinado com base nos seguin-

910 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 191.

911 Pablo Stolze, Pamplona Filho, Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves e Orlando Gomes classificam o contrato de execução diferida como instantâneo. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 164. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 254. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

912 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 110-150.

913 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 191.

tes princípios: (a) princípio da irretratabilidade; (b) intangibilidade; (c) relatividade quanto às pessoas; (d) relatividade quanto ao objeto.

10.1. Efeitos decorrentes da obrigatoriedade do contrato

O contrato “tem força vinculante, pois, se não tivesse obrigatoriedade em relação às partes, não poderia desempenhar a sua função jurídico-econômica”⁹¹⁴. Daí decorre a irretratabilidade do contrato, pois uma vez celebrado, efetiva a o brocardo “**o contrato faz lei entre as partes**” e não poderá ser desfeito a não ser na forma permitida pela norma (**intangibilidade**), entre elas a inserção expressa da cláusula de arras⁹¹⁵. Na **relação consumerista** o contratante poderá desistir do contrato no prazo de sete dias quando o pacto for realizado a distância (art. 49 do CDC).

10.1.1. Efeitos quanto ao momento do adimplemento do contrato

Assim, o **efeito natural da obrigatoriedade é adimplemento contratual** que poderá ser realizado **de maneira instantânea, por meio da execução diferida ou, então, por trato sucessivo (execução continuada)**.

Os **contratos de execução instantânea** são adimplidos no momento (simultâneo ou dentro de um intervalo de tempo razoável – minutos ou horas) da conclusão efetivado em um único ato, como ocorre no caso da entrega da coisa contra o pagamento do preço na compra e venda (compra e venda de um bem, como um móvel ou imóvel com a respectiva entrega) feita, no mesmo dia, na presença do contratante. Adimplidas as obrigações das partes, **havendo alcançados os desejos (efeitos), remanescendo apenas possibilidade de existência dos vícios redibitórios (defeitos ocultos) e da evicção**.

⁹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 110.

⁹¹⁵ As arras (direito de arrependimento) estão previstas nos artigos 417 a 420 do Código Civil.

Na **execução diferida unilateral**⁹¹⁶ “o efeito pretendido pela parte favorecida é imediatamente alcançando, tornando-se o favorecido credor da outra parte, que assume o risco do inadimplemento desta”, como por exemplo: António compra de Beto um imóvel, recebendo a escritura do mesmo, mas o pagamento é realizado em uma única prestação no futuro. Por outro lado, na **execução diferida bilateral**⁹¹⁷ os riscos são assumidos pelas próprias partes, conforme o tipo contratual, ou seja, as partes continuam devedoras recíprocas de suas prestações cada uma assumindo o risco inerente”, como por exemplo: António compra de Beto um imóvel, sendo que o pagamento e a entrega do bem se dará no futuro.

Nos **contratos de execução continuada (trato sucessivo) unilateral**⁹¹⁸ o credor assume o risco do inadimplemento do devedor, para tanto cabendo cercar-se das garantias apropriadas, como por exemplo: António compra de Beto um imóvel, recebendo a escritura do mesmo, mas o pagamento é realizado em várias prestações. Nos contratos **de execução continuada (trato sucessivo) bilateral**⁹¹⁹ o risco das partes é reduzido ao prejuízo correspondente ao inadimplemento de cada prestação, como por exemplo: António contrata com Beto o fornecimento mensal de mercadorias com o pagamento mensal.

916 Na execução diferida bilateral a execução diferida se ambas as prestações forem realizadas em momento futuro em uma única prestação. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 502.

917 Na execução diferida unilateral uma das prestações é realizada à vista e a outra se fará em um único momento no futuro. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 502.

918 Será unilateral quando uma das partes executa a prestação imediatamente e a outra faz em parcelas. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 502.

919 Será bilateral quando as partes adimplir suas prestações com o caráter de correspontividade repetida. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 502.

10.1.2. Efeitos quanto à irretratabilidade e à intangibilidade do contrato

A **irretratabilidade** está vinculada à força vinculante do contrato, isso **significa que nenhuma das partes pode desfazê-lo a seu arbítrio**. Assim, o contrato somente poderá ser desfeito pelo consenso mútuo ou por força legal, aqui se aprende as formas de cancelamento do contrato por distrato, rescisão, resolução, resilição ou morte dos contratantes em caso de contrato personalismo.⁹²⁰

A **intangibilidade** refere a **impossibilidade de modificação das regras pactuadas de maneira unilateral (imutabilidade contratual)**⁹²¹. Contudo, é **permitida a modificação contratual** nos casos previstos na lei, como aplicação da **teoria da imprevisão**, da **excessiva onerosidade** ou mesmo da quebra da **base objetiva do negócio**, ou seja, o cumprimento do contrato só será exigido se, no momento da sua execução, as circunstâncias do ambiente contratual se conservasse idênticas às que vigoravam no momento da celebração do contrato⁹²².

10.2. Efeitos do contrato quanto à sua relatividade

Os contratos vinculam apenas as partes contratantes, salvo a permissão legal ou contratual de vinculação de terceiros. Por isso, o contrato, em regra, somente obriga as partes contratantes, não alcançando terceiros, sendo permitido a transferência (cessão) a terceiros, salvo as obrigações personalíssimas.

920 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 192.

921 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 193.

922 AQUINO, Leonardo Gomes de. *A Cláusula de Hardship no Contrato internacional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2003.

10.2.1. Efeitos do contrato em relação aos contratantes

A obrigatoriedade ou força vinculantes restringe aos contratantes, por isso, os contratantes podem emitir a sua declaração, de forma direta ou indireta (representação).

10.2.2. Efeitos do contrato em relação aos sucessores

A questão da sucessão dos efeitos dos contratos pode ocorrer a título universal e/ou a título particular.

10.2.2.1. Sucessão a título universal

Em caso de morte do(s) contratante(s) os sucessores podem ser envolvidos pelos efeitos do contrato, a título universal, independentemente de serem o sujeito ativo (credor) ou passivo (devedor) da obrigação contratual.

No âmbito do sujeito ativo os sucessores universais ficam investidos de todos os direitos creditórios do sucedido, quer se trate de herdeiros (sucessor universal) universais ou testamentários, que decorre da *mortis causa*.

Do ponto de vista passivo, há que considerar a situação do sucessor, em face das responsabilidades decorrentes do débito que lhe é transmitido, pois os herdeiros somente respondem até o limite da legítima.

10.2.2.2. Sucessão a título particular (singular)

A sucessão a título singular ocorre quando o contratante realiza a cessão dos direitos contratuais, sendo que nos contratos bilaterais a cessão somente será possível se existir anuênciam dos contratantes, salvo se o cedente já adimpliu a sua obrigação.

10.2.3. Efeitos do contrato em relação a terceiros

A regra geral dos contratos é que as obrigações obrigam apenas os contratantes, pois não beneficia nem prejudica terceiros. Contudo, as partes podem por meio de cláusula contratual ou por força da lei estipular que a vinculação de terceiros, caso este consinta.

Desta forma, temos as seguintes maneiras de permitir que terceiros se vinculem por força da celebração do contrato: (a) Estipulação em favor de terceiro; (b) Promessa de fato de terceiro e; (c) Contrato com pessoa a declarar.

10.2.3.1. Estipulação em favor de terceiro

A estipulação em favor de terceiro vem a ser uma cláusula contratual estipulada pelos contratantes, onde o estipulante convenciona com o promitente que certa vantagem econômica será entregue a terceiros (beneficiário), alheio a formação do vínculo contratual.

Por exemplo: o sujeito “A” (estipulante) celebra contrato de compra e venda com “B” (promitente), sendo que o objeto do contrato deverá ser entregue a “C” (beneficiário).

Para que a estipulação em favor de terceiros surta os efeitos desejados é necessário:

(a) **requisito subjetivo:** a existência de três sujeitos – estipulante, promitente e beneficiário. Por isso, o terceiro deve aceitar a estipulação para ter validade a determinação, caso contrário, o estipulante irá receber o objeto do contrato. Em relação aos elementos de validade do negócio jurídico, apenas o estipulante e o promitente devem possuir aptidão, ou seja, o beneficiário poderá ser incapaz.

(b) **requisito objetivo:** além da licitude e a possibilidade do objeto, para que se configure a estipulação em favor de terceiro é primordial que haja uma vantagem patrimonial que beneficie uma terceira pessoa estranha à relação contratual.

(c) **requisito formal:** poderá ser realizado de forma escrita ou mesmo verbal, tendo em vista o caráter consensual.

No entanto, a constituição da estipulação em favor de terceiro poderá acarretar efeitos diferentes em relação aos intervenientes.

Por isso, o estipulante poderá exigir o adimplemento da obrigação, salvo se o direito de exigir for repassado a terceiros, situação na qual o estipulante fica proibido de executar a obrigação em caso de inadimplemento.

O terceiro fica sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438 do Código Civil, visto que é permitido a estipulante substituir, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, o terceiro a qualquer momento, independente de anuência do terceiro ou do promitente, desde que não tenha ocorrido a anuência do terceiro.

10.2.3.2. Promessa de fato de terceiro

A promessa de fato de terceiro vem a ser uma cláusula contratual estipulada pelos contratantes, onde o estipulante convenciona com o promitente que um terceiro alheio à formação do vínculo contratual irá adimplir a obrigação convencionada.

Por exemplo: o sujeito “A” (estipulante) celebra contrato com “B” (promitente), em que o terceiro irá realizar a obrigação.

Caso o terceiro assuma a obrigação e não a cumpra será o responsável pelas perdas e danos, mas caso não tenha anuído, a responsabilidade será do estipulante⁹²³, salvo previsão contratual da solidariedade.

923 “CIVIL. COBRANÇA. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. INADIMPLÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO CONTRATANTE. SENTENÇA CASSADA. CAUSA MADURA. PRETENSÃO INICIAL JULGADA PROCEDENTE. 1 - Resta caracterizada a estipulação em favor de terceiro, o contrato subscrito pelo filho, no qual celebra com pessoa jurídica de prestação de serviço de assistência médica domiciliar (home care), o tratamento da saúde de seu genitor, responsabilizando-se pelos custos dele advindos. Afastada a alegação de ilegitimidade passiva. 2 - Comprovada a prestação do serviço, injustificada se mostra a inadimplência, a exigir a condenação do réu ao pagamento do montante cobrado, devidamente atualizado. 3 - Deu-se provimento ao recurso”. (BRASIL. TJDF. Acórdão 1156966, 00035763620178070001, Relator: LEILA ARLANCH, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 27/2/2019, publicado no DJE: 15/3/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada).

É **importante** ressaltar a “responsabilidade não existirá se o terceiro for cônjuge do promitente, dependendo de sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha recair sobre os seus bens” (art. 439, parágrafo único). Assim, por **exemplo** se “o cônjuge se comprometeu a obter a autorização para prestar fiança ou obter a própria fiança do outro cônjuge, seu esposo ou esposa: a responsabilidade pela frustração da avença atingiria o patrimônio comum do casal”⁹²⁴, **situação não qual não persistirá a responsabilidade do promitente.**

10.2.3.3. Contrato com pessoa a declarar

No contrato com pessoa a declarar, um dos contratantes propõe indicar um terceiro para fazer-se substituir em momento futuro, isso que no momento da celebração é oculto. Sendo assim, o estipulante (*stipulans*) reserva a si o direito de indicar um terceiro (*electus*), dentro de um prazo, que deverá adquirir direitos e assumirá as obrigações decorrentes do contrato (art. 467 do Código Civil).

Após a realização do contrato entre estipulante deverá comunicar à outra parte (*promittens*) dentro de 5 (cinco) dias da conclusão do contrato, se outro prazo não estiver sido convencionado, o nome do *electus* (terceiro) (art. 468 do Código Civil). A aceitação do terceiro só produzirá efeito se observar pelo menos a mesma formalidade do contrato, situação na qual o *electus* passará a ter todos os direitos e deveres decorrentes do contrato.

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 assume a posição de contratante. A pessoa designada toma, na relação contratual, o lugar da parte que a nomeou, tal como se ela própria tivesse celebrado o contrato. O designante sai

⁹²⁴ VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 506.

da relação sem deixar vestígios. Em suma, o contraente *in proprio* nomeia terceiro titular do contrato.⁹²⁵

Contudo, o contrato somente terá eficácia entre os contratantes originários nas seguintes situações: (i) o terceiro não foi indicado ou se indicado não aceitou; (ii) o terceiro é insolvente, situação desconhecida no momento da celebração do contrato; (iii) o terceiro é incapaz no momento da aceitação ou se encontra insolvente.

10.2.4. Efeitos do contrato em relação ao objeto

Em relação ao objeto da obrigação, a eficácia do contrato é também relativa, pois somente acarreta o direito de exigir a obrigação de dar, fazer ou não fazer, visto que o contrato acarreta a criação de obrigações. Por isso, o contrato de compra e venda gera para o vendedor a obrigação de transferir a propriedade e não a propriedade em si, pois dependerá da transferência da titularidade da tradição para os bens móveis e o registro para os bens imóveis.

10.3. Efeitos particulares do contrato

Os efeitos relacionados à obrigatoriedade e a relatividade estão vinculados aos contratos de uma forma geral.

No entanto, os contratos bilaterais, sinalagmáticos ou de prestações correlatas, “subordinam-se a regras inaplicáveis aos contratos unilaterais”, visto as suas próprias particularidades. Na justificação do interesse prático da distinção entre essas duas categorias de contratos somente os bilaterais comportam a *exceptio non adimpleti contractus* e a cláusula resolutiva tácita.⁹²⁶

Do mesmo modo, as disposições relativas às arras, à evicção e aos vícios redibitórios somente a eles se aplicam, uma vez que é dever

925 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 198.

926 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 109.

do alienante transmitir ao adquirente o direito sem vícios não consentidos, caracteriza-se a evicção na hipótese de inclusão de gravame capaz de impedir a transferência livre e desembaraçada do bem⁹²⁷. Há, por conseguinte, um complexo de normas destinadas exclusivamente a esses contratos, algumas de aplicação a todos, outras restritas a determinadas espécies.⁹²⁸

10.3.1. Retenção

O direito de retenção é a permissão concedida pela norma ao credor de manter em seu poder a coisa alheia até que o outro contratante compra a sua obrigação⁹²⁹. Sendo certo que o direito de retenção é conferido a todo possuidor de boa-fé que tem direito a indenização das benfeitorias necessárias e úteis, podendo, pelo valor delas exercer o direito de retenção na forma do art. 1.219 do Código Civil. O direito de retenção também decorre do contrato de depósito e do contrato de mandato.

No contrato de depósito o contratante denominado depositário poderá reter a coisa deixada em depósito até que o outro contratante lhe pague a retribuição devida (art. 644 do Código Civil).

O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu (art. 681 do Código Civil).

10.3.2. Riscos próprios do contrato e o contrato aleatório

Todo contrato tem riscos e eles são próprios. Na determinação dos riscos de certo contrato é relevante que se saiba qual o ambiente que rodeou a sua celebração, tais como, o contexto econômico,

927 BRASIL. STJ. REsp 1713096/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 23/02/2018.

928 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 109.

929 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. Fontes das obrigações: contratos*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 161.

político, legislativo, financeiro, social, etc. Em virtude disto, poderá haver riscos que devem ser considerados como próprios do contrato e que em outro caso seriam inimagináveis.

Por isso, alguns contratos são quase puramente aleatórios ou accidentalmente aleatórios e se caracterizam pela incerteza, para as duas partes, sobre as vantagens e sacrifícios que delas podem advir. É que a perda ou lucro dependem de um fato futuro e imprevisto, ou seja, estes contratos são aqueles em que as partes modelaram o contrato sobre o risco, onde a medida das prestações recíprocas, ou a susceptibilidade de as obter, são confiadas, pelos contratantes, ao acaso, que cada um espera que evolua em sentido favorável para si. Outros são comutativos, pois neste as partes sabem no momento da celebração quais as vantagens que cada uma das partes pretende obter e com um grau de certeza.⁹³⁰

10.3.3. Vícios redibitórios

Os elementos conceituais do vício redibitório encontram-se nos arts. 441 e 442 do Código Civil. Sendo assim, o adquirente nos contratos bilaterais translativos de propriedade, independentemente de cláusula contratual, pode enjeitar a coisa objeto da prestação, se há defeitos ocultos que tornem a coisa imprópria ao uso a que se destina ou que lhe diminuem o valor.

10.3.3.1. Conceito e distinções

Não podemos confundir vício redibitório com o erro na celebração do contrato, visto que neste há uma falsa convicção das questões subjetivas (internas próprias) contratuais que levaram o contratante a forma a sua declaração, enquanto no vício redibitório o problema está no próprio objeto do contrato que o tornou impróprio ao uso imaginado ou ter o seu valor diminuído em virtude do vício.

⁹³⁰AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112, p. 81-84.

Assim, se duas empresas celebram um contrato acerca da aquisição de certo objeto e o mesmo é feito, estamos perante o campo do erro, enquanto se o problema se refere ao uso do objeto estamos perante um vício, desde que seja oculto (não aparente).

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira o vício redibitório “é o defeito oculto de que portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor”, podendo inferir a perda inclusive nos direitos creditórios.⁹³¹

Nas relações de consumo os defeitos nos produtos de consumo duráveis ou não, à desconformidade em relação às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas, contudo as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (art. 18 do CDC).

O escopo do instituto dos vícios redibitórios é resguardar e garantir ao adquirente o bom e fiel recebimento do objeto imóvel ou móvel contratado, de maneira que ele possa usufruir de coisa conforme a sua natureza e destinação.⁹³²

10.3.3.2. Fundamento jurídico: O papel da garantia

No direito brasileiro há quatro correntes para os fundamentos do vício redibitório: A **primeira** corrente funda teoria da evicção parcial que é falha, visto que a existência de sua aplicabilidade é distinta, uma vez que a evicção permite uma indenização por causa da perda do objeto, no vício redibitório não há perda do objeto, mas sim um defeito oculto⁹³³. A **segunda** afirma que a garantia do vício redibitório se

931 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 90.

932 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 543-546.

933 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113-115. FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 465.

sustenta no erro, ocorre que o erro acarreta a anulação do negócio, enquanto o vício gera o direito de redibição ou abatimento do valor⁹³⁴. A **terceira** decorre da teoria do risco onde a teoria dos riscos afirma que o alienante responde pelos vícios redibitórios porque tem a obrigação de suportar os riscos da coisa alienada⁹³⁵. A **quarta** tem fundamento o inadimplemento da obrigação, situação que também não guarda respaldo visto que “no inadimplemento absoluto, a obrigação não foi nem poderá ser cumprida de modo útil e satisfatório (v.g., perecimento do objeto – art. 389, CC); já no inadimplemento relativo, a obrigação não é cumprida no tempo, no lugar e na forma devidos, mas poderá sê-lo, com proveito para o credor, caracterizando-se a mora do art. 394 do Código Civil”⁹³⁶

Neste sentido apresentamos o seguinte exemplo proposto por Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald⁹³⁷

Ilustrativamente, tem-se a situação de uma pessoa que adquire uma motocicleta usada de propriedade de um particular, através de anúncio no jornal que a especifica como de modelo do ano 2009. Todavia o adquirente recebe uma motocicleta de 2007. Não se trata de vício redibitório, pois o veículo apresenta funcionamento compatível com qualquer outro do mesmo ano e modelo. Trata-se de inadimplemento contratual – entrega de bem distinto do contratado – relativo ou absoluto, conforme a viabilidade do interesse do adquirente na preservação do negócio ju-

934 O legislador tratou o vício redibitório de forma especial, projetando inclusive efeitos diferentes daqueles previstos para o erro substancial. BRASIL. STJ. REsp 991.317/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.12.2009, DJe 18.12.2009. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 130-131.

935 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105-106. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 131.

936 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 465.

937 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 465.

rídico. Contudo, seria a hipótese de vício redibitório caso, uma semana após a aquisição da motocicleta do ano 2009, revelasse ela grave falha no sistema de frenagem.

Na verdade, a melhor ideia quanto ao fundamento é o que considera que o vício redibitório é uma garantia especial⁹³⁸ decorrente do princípio da equivalência material das prestações⁹³⁹.

10.3.3.3. Condições de exibilidade da garantia de acordo com Código Civil

As condições também são denominadas de requisitos para a caracterização dos vícios redibitórios. São eles: (a) que a coisa tenha sido recebida em virtude de contrato comutativo, ou de doação onerosa, ou remuneratória; (b) que os defeitos sejam ocultos e graves a ponto de diminuir o valor econômico ou o prejuízo à adequada utilização da coisa e que não seja conhecido do adquirente; (c) que os defeitos existam no momento da celebração do contrato (preexistência) e que perdurem até o momento da reclamação.

(b) que os vícios sejam ocultos e graves a ponto de diminuir o valor econômico ou o prejuízo à adequada utilização da coisa e que não seja conhecido do adquirente. (b.1) o vício deverá incidir sobre uma coisa móvel ou imóvel, vinculada a as obrigações de dar coisa certa, em relação a qualidade e não da quantidade. Se o questionamento foi acerca da quantidade do objeto estaremos perante o inadimplemento da obrigação⁹⁴⁰; (b.2) o vício deve ser oculto, ou seja, é aquele defeito cuja existência nenhuma circunstância pode revelar no momento da celebração do contrato, senão mediante exames e testes

⁹³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 75-78.

⁹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 463.

⁹⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 467.

ou ainda, aqueles que não permitam imediata percepção, advinda da diligência normal ao mundo dos negócios. Se o defeito for aparente ou ostensivo, suscetível de ser percebido por um exame atento, feito por um adquirente cuidadoso no trato dos seus negócios, não constituirá vício oculto capaz de justificar a aplicação da garantia legal (abatimento do preço ou ação redibitória), havendo a presunção de que o adquirente já conhecia do vício e renunciou o direito de reclamar⁹⁴¹; (**b.3**) o vício deve ser grave de maneira que torne a coisa imprópria ao uso ou diminua o valor consideravelmente; (**b.4**) o adquirente não pode conhecer do vício, pois haverá a presunção que renunciou ao direito (vende-se no estado em que se encontra ou com pequenas avarias).

A título de **exemplo:**

Não é qualquer vício que se traduz em redibitório, senão aquele que torna a coisa imprópria para o uso colimado no contrato, ou diminuam-lhe o valor. Quem compra um cavalo de corridas portador de uma moléstia respiratória, que o impede de correr, recebe o semovente com vício oculto que o torna impróprio para o uso pretendido. Quem compra um animal para abate, por outro lado, não pode ver nessa moléstia um vício redibitório. Este deve ser grave, de acordo com o caso concreto, oculto e existente ao tempo da transmissão.⁹⁴²

Defeitos irrelevantes que não alteram a destinação da coisa, nem seu preço não são considerados vícios.

(c) que os defeitos (vícios redibitórios) sejam preexistentes à celebração do contrato e se mantenham até o momento da reclamação. O alienante não responde pelos defeitos supervenientes, mas somente pelos contemporâneos à alienação, ainda que venham a se

941 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 132.

942 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 193.

manifestar só posteriormente. Os supervenientes presumem-se resultantes do mau uso da coisa pelo comprador⁹⁴³. O art. 444 do Código Civil proclama: “A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição”. A ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime da responsabilidade, devendo restituir “o valor recebido, mais as despesas do contrato” (art. 443 do Código Civil).

Dispõe o Código Civil que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor” (art. 441 do Código Civil) e que “se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço” (art. 500 do Código Civil).

Quando a aquisição ocorrer por meio de **hasta pública é possível aplicação das regras do vício redibitório**. Por conseguinte, poderá o adquirente lesado, em qualquer caso, mesmo no de venda feita compulsoriamente por autoridade da justiça, propor qualquer das ações edilícias desde que presentes os requisitos legais.

10.3.4.4. Vício redibitório e o Código de defesa do consumidor

A disciplina do CDC acerca dos defeitos dos produtos e dos serviços é bem mais ampla que a prevista no Código Civil, mas somente terá aplicação se a situação estiver perante uma relação de consumo.

O Código de defesa do consumidor permite que o adquirente reclame eventuais defeitos em relação a qualidade⁹⁴⁴ ou mesmo

943 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 106-107. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 132.

944 O fornecedor tem o dever de disponibilizar no mercado de consumo produtos e serviços de qualidade, ou seja, “inteiramente adequados ao consumo a que se destinam” (art. 4º do CDC). A análise do caput do art. 18 do CDC nos leva a crer que haverá

quantidade do objeto do contrato⁹⁴⁵, sendo que as variações decorrentes da natureza do produto não são vícios de qualidade.

Bruno Miragem, para quem seus traços característicos são: (a) “a espécie e qualidade dos vícios do produto e do serviço no regime do CDC (superação da bipartição entre vícios aparentes e ocultos); (b) a responsabilidade objetiva do fornecedor; (c) a solidariedade entre todos os fornecedores frente ao consumidor para satisfação dos direitos previstos pelo CDC; (d) os efeitos da existência de vício em face do consumidor (surgimento do direito potestativo de escolha do consumidor em relação às alternativas previstas em lei); (e) as normas legais que disciplinam a matéria são normas de ordem pública, insuscetíveis de derrogação por acordo das partes (arts. 24, 25 e 51, I, do CDC), a não ser dentro dos limites que o próprio CDC autoriza (a redução ou ampliação do prazo de 30 dias para sanar o vício, previsto no artigo 18, dentro dos limites entre 7 e 180 dias, art. 18, § 2º, do CDC)”.⁹⁴⁶

Em linhas gerais, para se configurar um defeito no Código do Consumidor não há a necessidade de o vício/defeito ser oculto, nem grave, nem contemporâneo à celebração do contrato.

O direito consumerista visa proteger a coletividade, por isso a garantia contra os vícios não protege apenas o contratante. Diante da solidariedade existente no CDC a demanda poderá ser proposta contra um ou todos os fornecedores que compõem a cadeia de consumo,

vícios de qualidade quando tornar os produtos “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, rotulação ou mensagem publicitária”.

945 A responsabilidade pelo vício do produto está prevista no art. 18, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “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, rotulação ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”

946 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

considerando-se todos eles fornecedores solidários nessa responsabilidade.

10.3.4.5. Tutela jurídica do lesado

Uma vez observado o vício redibitório na relação civil ou empresarial, o lesado poderá ajuizar umas das ações edilícias (art. 442 do Código Civil)⁹⁴⁷: (a) **ação redibitória** e (b) **ação estimatória (quanti minoris)**.⁹⁴⁸

Tipos de ações edilícias	
Redibitória	Visa desfazimento do negócio celebrado
Estimatória	Visa o abatimento do preço

Figura: Ações

Por se tratar de um direito potestativo o contratante poderá a sua escolha pleitear qualquer das ações edilícias. Mas, se no contrato tiver vários envolvidos, não será possível pleiteá-la apenas contra um outro, devendo constar todos os envolvidos tanto no pólo passivo como no pólo ativo. Por outro lado, a ação estimatória é divisível, uma vez que o objeto da ação é o abatimento de quantia, observando a proporção à parte cada envolvido.⁹⁴⁹

No entanto, não impedimento legal que o adquirente apenas requererá pedido indenizatório, sem qualquer pedido abatimento ou desfazimento do contrato, situação na qual, aplicar-se a regra geral

947 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 209-211.

948 CÓDIGO CIVIL. Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.

949 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 199.

das ações indenizatórias, observando nesta situação o prazo prescricional previsto no art. 205 do Código Civil⁹⁵⁰

10.3.4.5.1. Tipos de pretensões edilícias

(a) **ação redibitória ocorre quando o contratante deseja desfazer o contrato com o enjeitamento da coisa, retornando ao *status quo ante***, onde haverá a devolução do objeto defeituoso ao alienante, e este devolverá, ao comprador, os valores outrora pagos, com atualização monetária.

(b) **ação estimatória ou *quanti minoris* tem como finalidade e objetivo a manutenção do contrato**, mas diante da existência do defeito o adquirente **terá o direito de abatimento proporcional dos valores**.

As ações edilícias são excludentes entre si e independem de conduta culposa do alienante. Mas, em caso de existência de conduta culposa ou intencional, o alienante responderá com perdas e danos.

10.3.4.5.2. Prazos decadenciais

Tendo em vista que o objeto das ações edilícias decorre de um direito potestativo, os prazos são decadenciais tanto na previsão do Código Civil⁹⁵¹ quanto na previsão do CDC.

O art. 445 do Código Civil expõe que:

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

⁹⁵⁰ BRASIL. STJ. *REsp 1717160/DF*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 26/03/2018.

⁹⁵¹ Por fim, ressalta-se que os prazos decadenciais previstos no art. 445 do Código Civil não podem ser suspensos nem interrompidos (art. 207 do Código Civil), com exceção da suspensão ou impedimento para beneficiar absolutamente incapaz, prevista no próprio Código Civil (art. 208).

entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

Assim, nas situações **de vícios de fácil constatação**, que podem ser percebidos de imediato, após a tradição real o bem adquirido terá o adquirente o prazo de: **(a) 30 (trinta) dias para bens móveis; e (b) 1 (um) ano para bens imóveis** (art. 445, *caput*, do Código Civil). O prazo poderá ser reduzido à metade em caso do adquirente já se encontrar na posse do bem. Imagine o seguinte **exemplo**: o sujeito “A” é inquilino no imóvel e resolve adquirir o bem, nesta situação o prazo para proposta de compra será pela metade, contados da assinatura do contrato.

Nos casos de vícios ocultos ou que, por sua natureza, somente podem ser conhecidos mais tarde o adquirente poderá pleitear as ações edilícias no prazo de: **(a) 180 (cento e oitenta) dias para bens móveis; (b) 1 (um) ano para bens imóveis** (art. 445, § 1º, do CC). Não se aplica ao caso a redução do prazo da redução pela metade em caso de posse anterior.

Situação **exemplificativa** poderia ocorrer quando uma empresa adquire uma máquina que deve ser instalada na empresa, sendo a entrega ocorreu em uma data, mas a instalação e seu funcionamento aconteceu dias depois da entrega, nesta situação o prazo somente terá início do momento em que o maquinário está instalado e pronto para funcionar.

Imaginemos que o adquirente venha conhecer do vício apenas no último dia do prazo de decadência. **Qual seria o prazo para propor a demanda?**

RECURSO ESPECIAL. VÍCIO REDIBITÓRIO. BEM MÓVEL.
PRAZO DECADENCIAL. ART. 445 DO CÓDIGO CIVIL.

1. O prazo decadencial para o exercício da pretensão redibitória ou de abatimento do preço de bem móvel é de 30 dias (art. 445 do CC).

Caso o vício, por sua natureza, somente possa ser conhecido mais tarde, o § 1º do art. 445 estabelece, em se tratando de coisa móvel, o prazo máximo de 180 dias para que se revele, correndo o prazo decadencial de 30 dias a partir de sua ciência.

2. Recurso especial a que se nega provimento.⁹⁵²

Sendo assim, o adquirente terá o prazo de 30 (trinta) dias para propor uma das ações edilícias, contados do dia que tomou conhecimento do vício quando o vício incidir sobre bens móveis e se imóveis o prazo para propositura da demanda será de 1 (um) ano, contados da data da descoberta⁹⁵³.

Já no caso de **venda de animais**, “os prazos serão os estabelecidos por lei especial”, mas, enquanto esta não houver, reger-se-ão “pelos usos locais”; e, se estes não existirem. Carlos Roberto Gonçalves afirma que “no caso dos animais, justifica-se a exceção, visto que o período de incubação do agente nocivo é, às vezes, superior ao prazo legal, contado da tradição. Se um primeiro objeto é substituído por

952 BRASIL. STJ. REsp 1095882/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014.

953 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 203. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 104.

outro, porque tinha defeito, o prazo para redibuir o contrato conta-se da data da entrega do segundo”.⁹⁵⁴

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 (art. 446 do Código Civil)⁹⁵⁵. Assim, caso as partes tenham estipulado alguma forma de garantia estendida, o prazo previsto na norma somente terá início após o fim da garantia contratual.⁹⁵⁶

No caso da relação consumerista temos a seguinte ideia:

Para os vícios aparentes em produto não duráveis, como por exemplo mercadoria alimentícia, o prazo para reclamação em juízo é de 30 (trinta) dias; e de 90 (noventa dias), em produto durável, como por exemplo um veículo, contados a partir da tradição (entrega) efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. Obsta, no entanto, à decadência, a reclamação comprovada formulada perante o fornecedor, até resposta negativa e inequívoca, ou seja, os prazos estavam suspensos até a manifestação inequívoca do fornecedor⁹⁵⁷. Em se tratando de vícios ocultos, os prazos são os mesmos, mas a sua contagem somente se inicia no momento em que ficarem evidenciados (art. 26 e parágrafos do CDC).

Os fornecedores ao receberem a reclamação direta devem sanar o vício no prazo máximo de 30 (trinta) dias, situação na qual o prazo estará suspenso a partir da referida reclamação, voltando a correr pelo prazo restante. Situação na qual o consumidor poderá exigir, alternativamente: (a) substituição do produto; (b) a restituição da quantia paga, atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou (c)

954 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 135-136.

955 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos.* Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 215.

956 BRASIL. TJDF. Acórdão 900.924, 2015.03.1.001572-8, 2.^a Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Rel. Juiz Arnoldo Corrêa Silva, DJDFTE 23.10.2015, p. 376.

957 NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor. (com exercícios).* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 503.

o abatimento proporcional do preço. O prazo mencionado “pode ser reduzido, de comum acordo, para o mínimo de 7 (sete) dias, ou ampliado até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias” (art. 18, §§ 1º e 2º do CDC). Para reforçar ainda mais as garantias do consumidor, o CDC assegura ao consumidor a inversão do ônus da prova no processo civil, quando, a critério do juiz, “for verossímil a alegação, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII do CDC)⁹⁵⁸, desde que realizada a inversão no saneamento do processo⁹⁵⁹.

10.3.4.6. Responsabilidade pelos vícios redibitórios

O alienante não poderá alegar ignorância dos vícios para se eximir de sua responsabilidade, visto que a responsabilidade decorre de imposição legal e não da sua vontade ou comportamento. O art. 443 do Código Civil estipula que “**Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato**”.

A **responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do adquirente, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição** (art. 444 do Código Civil). Situação na qual deverá ocorrer a restituição dos valores mais as despesas do contato, embora o objeto não possa ser devolvido.

958 “A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6º da Lei n. 8.078/90 não é obrigatória, mas regra de julgamento, ope judicis, desde que o consumidor seja hipossuficiente ou seja verossímil sua alegação” (BRASIL. STJ. REsp 241.831/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª T., DJ 3-2-2003).

959 Inversão na fase de saneamento: “Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória — momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes —, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes” (BRASIL. STJ. REsp 662.608/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 4ª T., DJ 5-2-2007).

10.3.4.7. Hipóteses de descabimento das ações edilícias

O legislador em determinadas situações proíbe que o adquirente se utilize do instituto dos vícios redibitórios, por isso **(i)** não cabe nas coisas vendidas conjuntas (art. 503 do Código Civil), **(ii)** em caso de inadimplemento contratual (art. 389 do Código Civil) e **(iii)** quando ocorreu erro nas qualidades da coisa adquirida.

O art. 503 do Código Civil estipula que “nas coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de todas”. Paulo Nader nos explica que “todas se destinam a uma função interdependente é intuitivo que o defeito em uma peça inviabiliza o aproveitamento das demais”. Por isso se aquisição é um conjunto de azulejos que, em sua totalidade, forma um desenho, o defeito de uma peça autoriza a rejeição do conjunto”⁹⁶⁰

Na situação do inadimplemento contratual ocorre a situação na qual o adquirente recebe um objeto distinto do comprador. A entrega de coisa diversa da contratada não configura vínculo redibitório, mas inadimplemento contratual, respondendo o devedor por perdas e danos (art. 389 do Código Civil), bem como a entrega em quantidade menor do que a comprada **não constitui vínculo redibitório**, mas inadimplemento.⁹⁶¹

Quando **o adquirente erra** nas qualidades essenciais do objeto comprado **estamos perante a anulação do negócio jurídico** (art. 178, II do Código Civil), em decorrência do defeito do negócio jurídico (art. 139, I do Código Civil).

10.3.5. Evicção

O instituto da evicção é tratado nos arts. 447 a 457 do CC. Etimologicamente, a palavra evicção vem do latim *evincere*, que significa vencer totalmente⁹⁶².

⁹⁶⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 98-99.

⁹⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 136-137.

⁹⁶² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

10.3.5.1. Conceito e os sujeitos

No vernáculo português existe o verbo evencer, que significa “desapossar judicialmente” o sujeito de “sua propriedade, ou da propriedade em que se encontra em sua posse”.⁹⁶³

Marcus Cláudio Acquaviva

Do latim *evincere*, vencer, triunfar, desapossar. Perda total ou parcial de uma coisa, que sofre seu adquirente, em consequência de reivindicação judicial promovida pelo verdadeiro dono ou possuidor. Perda total ou parcial do domínio, ou uso, de uma coisa em virtude de sentença, que atribui a outrem.⁹⁶⁴

Paulo Nader⁹⁶⁵ disciplina que a evicção ocorre quando o adquirente de coisa móvel ou imóvel, em contrato oneroso, perde o direito de propriedade, posse ou uso, total ou parcialmente, geralmente por sentença ou desapropriação, por fato anterior ou contemporâneo à sua aquisição.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que a evicção é a “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.”⁹⁶⁶

p. 221.

963 SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 567.

964 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. 3 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira Ltda., 1993, p. 345.

965 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 105-106.

966 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 249.

Já Sílvio Salvo Venosa⁹⁶⁷

Afirma que a evicção decorre da perda em juízo da coisa adquirida (ou em situação assemelhada, como veremos), isto é, a perda da coisa pelo adquirente em razão de uma decisão judicial. Tratando-se de uma garantia, o alienante é responsável pelos prejuízos em razão de ter transferido um “mau” direito, isto é, um direito viciado ou alheio.

Washington de Barros Monteiro

O alienante é obrigado não só a entregar ao adquirente a coisa alienada, como também a garantir-lhe o uso e gozo. Pode suceder, entretanto, que o adquirente venha a perder-la, total ou parcialmente, por força de decisão judicial, baseada em causa preexistente ao contrato. É a essa perda, oriunda de sentença fundada em motivo jurídico anterior, que se atribui o nome de evicção (evincere est vincendo in judicio aliquid auferre).⁹⁶⁸

Já Caio Mário da Silva Pereira afirma que a evicção é “a perda da coisa, por força da sentença judicial, que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato aquisitivo” e conclui que a perda da coisa pode abranger também direitos creditórios, por isso afirmar que a evicção é um defeito de direito.⁹⁶⁹

Carlos Roberto Gonçalves conceitua a evicção como “a perda da coisa em virtude de sentença judicial, que a atribui a outrem por causa jurídica preexistente ao contrato”.⁹⁷⁰

967 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 212.

968 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2007, v.4, p. 78.

969 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 90.

970 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 141.

Orlando Gomes “quando o adquirente venha a perder a propriedade ou posse da coisa em virtude de sentença judicial que reconhece a outrem direito anterior sobre ela”. Para o autor há três formas de evicção: “a **reivindicatória**, a **expropriatória** e a **resolutória**”. A reivindicatória “resulta de sentença que julgou procedente a ação reivindicatória da propriedade da coisa vendida”. A expropriatória, há evicção “nas hipóteses de alienação em hasta pública do bem penhorado”. Finalmente, na evicção resolutória “a antecedente a aquisição do vendedor resolve-se por estar subordinada a condição resolutiva”⁹⁷¹. Devendo se incluir também a questão da evicção possessória que corresponde a perda da posse.

A evicção consiste na perda ou privação de um direito real, um direito possessório ou um direito creditório, em razão de decisão judicial, independentemente de trânsito em julgado⁹⁷² ou dependente de ato administrativo⁹⁷³ que reconhece o direito anterior de outra pessoa.

971 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 115.

972 “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EVIÇÃO PARA QUE O EVICTO POSSA EXERCER OS DIREITOS DELA RESULTANTES. Para que o evicto possa exercer os direitos resultantes da evicção, na hipótese em que a perda da coisa adquirida tenha sido determinada por decisão judicial, não é necessário o trânsito em julgado da referida decisão. A evicção consiste na perda parcial ou integral do bem, via de regra, em virtude de decisão judicial que atribui seu uso, posse ou propriedade a outrem em decorrência de motivo jurídico anterior ao contrato de aquisição. Pode ocorrer, ainda, em razão de ato administrativo do qual também decorra a privação da coisa. A perda do bem por vínculo anterior ao negócio jurídico oneroso é o fator determinante da evicção, tanto que há situações em que os efeitos advindos da privação do bem se consumam a despeito da existência de decisão judicial ou de seu trânsito em julgado, desde que haja efetiva ou iminente perda da posse ou da propriedade e não uma mera cogitação da perda ou limitação desse direito. Assim, apesar de o trânsito em julgado da decisão que atribua a outrem a posse ou a propriedade da coisa conferir o respaldo ideal para o exercício do direito oriundo da evicção, o aplicador do direito não pode ignorar a realidade comum do trâmite processual nos tribunais que, muitas vezes, faz com que o processo permaneça ativo por longos anos, ocasionando prejuízos consideráveis advindos da constrição imediata dos bens do evicto, que aguarda, impotente, o trânsito em julgado da decisão que já lhe assegurava o direito. Com efeito, os civilistas contemporâneos ao CC/1916 somente admitiam a evicção mediante sentença transitada em julgado, com base no art. 1.117, I, do referido código, segundo o qual o adquirente não poderia demandar pela evicção se fosse privado da coisa não pelos meios judiciais, mas por caso fortuito, força maior, roubo ou furto. Ocorre que o Código Civil vigente, além de não ter reproduzido esse dispositivo, não contém nenhum outro que preconize expressamente a referida exigência. Dessa forma, ampliando a rigorosa interpretação anterior, jurisprudência e doutrina passaram a admitir que a decisão judicial e sua definitividade nem sempre são indispensáveis para a consumação dos riscos oriundos da evicção”. BRASIL. STJ. REsp 1332112/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 17/04/2013.

973 “O direito de demandar pela evicção não supõe, necessariamente, a perda da coisa

Se a perda decorre de fatos como roubo ou furto não haverá qualquer responsabilidade pela evicção por parte do alienante, uma vez que o alienante não tem o dever de garantia pela integridade da coisa por fatos desta natureza⁹⁷⁴. No entanto, “subsiste para o alienante esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente” (art. 451 do CC).

O instituto da evicção comprehende uma relação tríplice conflituosa, envolvendo **três sujeitos**: o **evicto** (do latim *evictus*, subjugado, vencido), o adquirente lesado que vem a perder a coisa adquirida; o **alienante**, que lhe transferiu a coisa mercê de contrato oneroso e responde pelos riscos da evicção; e o **evictor** (ou evencente), que é o terceiro prejudiciado e reivindicante e vem a ganhar, total ou parcialmente, a coisa objetivada no mesmo contrato (verdadeiro proprietário ou possuidor da coisa).

O art. 199, III do Código Civil dispõe que não corre “a prescrição pendendo ação de evicção”. Ou seja, o prazo somente inicial a corrida após a decisão com trânsito em julgado acerca da discussão da evicção.

Com efeito, o evicto tem ação contra o alienante, na forma dos arts. 450 e 455 do Código Civil. A evicção é **total** (art. 450 do CC), **parcial** (perda não expressiva, com direito à indenização correspondente) ou, ainda, **parcialmente considerável** (art. 455 do CC).

por sentença judicial. A autoridade administrativa aduaneira, que decretou o perdimento do bem, em razão da ilegal circulação de veículo importado no país, equipara-se a autoridade policial para fins do exercício da evicção, porquanto exerce o mesmo poder de apreensão”. (BRASIL. STJ. REsp 1047882/RJ, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 30/11/2009). “Civil – Recurso especial – Evicção – Apreensão de veículo por autoridade administrativa – Desnecessidade de prévia sentença judicial – Responsabilidade do vendedor, independentemente da boa-fé – Art. 1.107 do CC de 1916 – Dissídio pretoriano existente e comprovado” (BRASIL. STJ. REsp 259.726/RJ. Rel. Min. Jorge Scartezzini, data da decisão 03.08.2004, DJ 27.09.2004, p. 361). “Evicção. Ato administrativo. Apreensão policial. Veículo furtado. Responsabilidade do fornecedor. 1. O comprador que perde o bem por ato administrativo da autoridade policial, na busca e apreensão de veículo furtado, pode promover ação de indenização contra o vendedor. Art. 1.117 do Código Civil. Precedentes. Art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso conhecido e provido.” (BRASIL. STJ. REsp 162.163/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 16.4.1998, DJ 29.6.1998, p. 214)

974 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 95.

O STJ no **AgInt no AREsp 1.611.241/MS** considerou o prazo prescricional de 10 (dez) anos⁹⁷⁵. No entanto, no **REsp 1.577.229/MG** o STJ considerou o prazo de 3 (anos) para o pedido de reparação civil decorrente da evicção, visto que “a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02”⁹⁷⁶. Entendemos que a Ação de reparação civil decorrente da evicção deverá ser proposta no prazo prescricional de 10 (dez) anos por força do dispositivo do art. 205 do CC, sendo que o prazo somente flui de

975 “AGRADO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EVICÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REPARAÇÃO CIVIL CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO DECENAL. ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A manutenção de argumento que, por si só, sustenta o acórdão recorrido torna inviável o conhecimento do apelo especial, atraindo a aplicação do enunciado n. 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado. 3. Agravo interno desprovido”. (BRASIL. STJ. *AgInt no AREsp 1611241/MS*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020).

976 “CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REPARATÓRIA COM BASE NA GARANTIA DA EVICÇÃO. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. DEVER DE INDENIZAR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ação de resarcimento pela evicção ajuizada em 09/12/2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. 2. Discute-se a existência de interesse de agir do recorrido; o prazo prescricional aplicável à pretensão de resarcimento pela evicção; a configuração do dever de indenizar; e a proporcionalidade dos honorários advocatícios arbitrados. 3. A análise quanto à eventual existência de crédito a ser compensado entre as partes não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório, vedado pela súmula 7 do STJ, e não afasta o interesse de agir do adquirente de ter reconhecida a evicção e o direito de reparação dela consequente. 4. Independentemente do seu nomen juris, a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02. 5. Reconhecida a evicção, exsurge, nos termos dos arts. 447 e seguintes do CC/02, o dever de indenizar, ainda que o adquirente não tenha exercido a posse do bem, já que teve frustrada pelo alienante sua legítima expectativa de obter a transmissão plena do direito. 6. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere ao valor fixado para honorários advocatícios, exige o reexame de fatos e provas, vedado em recurso especial pela Súmula 7 do STJ. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido”. (BRASIL. STJ. *REsp 1577229/MG*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016).

quando poderia ser proposta a demanda, visto a falta de existência de dispositivo expresso para a situação da evicção.

Interessante situação é proposta por Pontes de Miranda⁹⁷⁷ e José Eduardo Costa⁹⁷⁸ na evicção a **possibilidade de evicção pré-elidida ou invertida**. Para compreender a situação vejamos o seguinte **exemplo**: António comprou um imóvel de Beto, cujo o verdadeiro proprietário é Carlos. Acontece que Carlos falece e deixa em testamento a propriedade para António. Desta forma, poderá António requerer a indenização de Beto? Pelo ponto de vista econômico Beto teve um enriquecimento indevido, sendo assim, caberá ao António ser reembolsado dos valores desembolsados na aquisição do bem.

Os direitos que podem sofrerem em tese evicção são, sem excluir outras interpretações: (a) **direitos reais**; (b) **direitos possessórios**; (c) **direitos de créditos**; e (d) **por hasta pública**.

10.3.5.2. Fundamento jurídico: O papel da garantia

No direito brasileiro há três correntes para os fundamentos da evicção: A **primeira** corrente funda na obrigação de garantir a existência da coisa ou no sinalagma funcional, de forma que ela seria um caso de inexecução contratual⁹⁷⁹. A **segunda** afirma que a garantia da evicção sustenta que o vício ou o defeito do direito transmitido é o fundamento da garantia⁹⁸⁰. A **terceira** decorre da afirmação que a evicção é uma garantia legal.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 162.

⁹⁷⁸ COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

⁹⁷⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

⁹⁸⁰ COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 141-142.

⁹⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 118-119.

Para tomarmos partido do fundamento jurídico iremos ter como padrão **os seguintes exemplos:** (1) Antônio adquiriu uma fazenda de Beto. A escritura pública de compra e venda foi lavrada no cartório de notas e posteriormente levada ao registro de imóveis competente. Tempo depois, Malaquias é surpreendido ao ser citado para responder uma ação de reivindicação da fazenda, proposta por Daniel, pessoa que lhe é desconhecida, o qual alega ser o real titular do bem. A ação vem a ser julgada procedente e Antônio perde a fazenda. Na situação cabe ao Antônio requerer de Beto o pagamento dos direitos decorrentes da evicção; (2) “A” vende para “B” um imóvel e, posteriormente “C” pleiteia o domínio da coisa, alegando Usucapião. Ao final, a sentença judicial reconhece o direito de “C” ficando positivado que o tempo necessário de posse a completou antes ou ao tempo da alienação, neste caso, ficou privado do bem adquirido por força da evicção⁹⁸²; (3) O sujeito “A” adquirir um veículo de “B” e realiza a transferência do mesmo no DETRAN. Durante um passeio é abordado por uma *blitz* policial, que após verificar a documentação do veículo constata a falsidade na documentação, apreende o veículo. Sabe-se que o sujeito “A” não tinha conhecimento da fraude, por isso poderá pleitear a evicção⁹⁸³; (4) imagine a hipótese de um bem ser alienado em hasta pública após ter sido penhorado para garantia de uma execução contrato proprietário⁹⁸⁴; e (5) “A” aluga um bem móvel ou imóvel para “B” no transcurso da locação, surge “C” reivindicando a condição de proprietário, por fundamento anterior a locação, terá “B” a faculdade de promover a demanda contra “A” em função da evicção, pela perda do objeto do contrato de locação⁹⁸⁵.

982 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos.* 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 106.

983 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 261.

984 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 119.

985 FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 491.

José Eduardo da Costa disciplina que a simples privação do domínio caracteriza a evicção. Há, ainda, situações em que há privação, sem nenhum desapossamento: é o caso de venda de coisa móvel, com tradição, e posterior descoberta de que a coisa estava gravada com usufruto, constituído antes da transmissão.⁹⁸⁶

Paulo Lôbo e Pontes de Miranda apresentam quatro hipóteses que podem gerar a evicção: **(a)** o devedor não tem a propriedade do bem; **(b)** o devedor tem a propriedade do bem, mas não a sua posse, de modo que a entrega foi da titularidade, e não da posse, expondo o credor a ações possessórias; **(c)** o devedor não tem a propriedade livre de direitos reais limitados e; **(d)** o devedor só tem direito real limitado.

987

Exemplo gráfico da Evicção

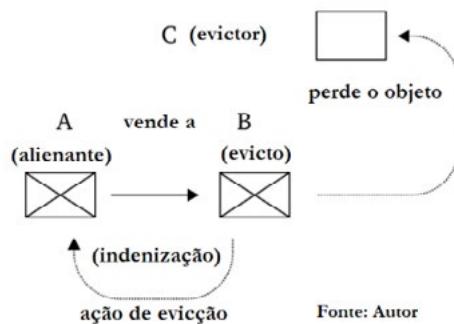


Figura : Situação da Evicção

A **primeira teoria** busca a fundamentação da evicção no **inadimplemento contratual não merece esmero**, visto que, o inadim-

986 COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19-25.

987 LÔBO, Paulo. *Comentários ao código civil*. parte especial: das várias espécies de contratos (arts. 481 a 564). (coord.) Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. VI, p. 151. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 262. Pontes de Miranda ainda “traz uma quinta espécie que é o devedor só tem a enfiteuse, mas em decorrência da inexisteência da enfiteuse no atual direito civil não consideramos a hipótese (CC. Art. 2.038)”. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores).

plemento obrigacional se traduz na concepção de que a prestação do devedor não foi realizada por ninguém. No caso da evicção não há propriamente um inadimplemento porque o sujeito já realizou a tradição (entrega) da coisa móvel ou registro da coisa imóvel, que após se consolidar nas mãos do adquirente, o mesmo foi privado da coisa por decisão judicial ou administrativa.

A **segunda teoria** procura **no vício ou no defeito do direito transmitido** e segundo José Eduardo Costa a justificativa da teoria reside no fato que a privação causada por terceiro, e que caracteriza o fato da evicção, não é qualquer privação, mas sim aquela qualificada por um vício do direito transmitido. O que se chama de vício do direito transmitido é, no fundo, um problema de titularidade de um direito, a qual pertence a um terceiro, e não ao alienante. O problema da anterioridade da causa da privação está intimamente ligado ao problema do vício. A evicção é uma espécie do gênero vício do direito, e que trata especificamente da situação em que o outorgado já recebeu objeto da prestação (...) o adquirente já é titular do domínio, posse ou uso⁹⁸⁸. Carlos Roberto Gonçalves afirma que o fundamento da evicção reside no fato de que o alienante deve garantir ao adquirente a venda que está sendo feita, ou seja, na evicção a garantia reside contra os defeitos do direito transmitido⁹⁸⁹. **Não se trata de um vício ou defeito do direito transmitido, visto não se encontrar fundamento nos defeitos dos negócios jurídicos, caracterizado pela nulidade relativa ou absoluta.**

A **terceira** decorre da afirmação que a **evicção é uma garantia legal**⁹⁹⁰ decorrente da ideia primária de que não é permitido ao sujeito se enriquecer em detrimento de outra, sem justa causa. Silvio de Salvo Venosa demonstra que “configuram um enriquecimento sem causa, injusto, imoral e, invariavelmente contrário ao direito, ainda

988 COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32-36.

989 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 140.

990 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 119.

que somente sob o aspecto da equidade ou dos princípios gerais de direito”⁹⁹¹. Caio Mário da Silva Pereira acerca do instituto ponderou que “toda aquisição patrimonial deve ocorrer de uma causa, ainda que seja ela apenas um ato de aprovação por parte do agente, ou de um ato de liberalidade de uma parte em favor da outra. Ninguém enriquece de nada. O sistema jurídico não admite assim, que alguém obtenha um proveito econômico às custas de outrem, sem que esse proveito decorra de uma causa juridicamente reconhecida. A causa para todo e qualquer enriquecimento não só deve existir originariamente, como também deve subsistir, já que o desaparecimento superveniente da causa do enriquecimento de uma pessoa, às custas de outra, também repugna ao sistema”.⁹⁹² Na mesma simetria Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald⁹⁹³ afirmam que o adquirente será protegido quando à funcionalidade e a substância do bem, seja diante da existência de vícios ocultos (defeitos ocultos) que tornem a coisa imprópria ao uso (vícios redibitórios), seja no tocante à legitimidade do direito que lhe é transferido (evicção). Por isso, os autores afirmam que a evicção liga-se a própria noção do sinalagma contratual por um lado de forma genética (representativo da correspectividade contratual ao tempo da origem do negócio jurídico) e por outro lado pela forma funcional (visando à preservação a correspectividade ao longo da execução do contrato).

A garantia decorrente da evicção se opera *ex lege* e não *ex contractu*⁹⁹⁴, independentemente de culpa ou dolo do alienante, mas cabe ao adquirente a faculdade de cobrar do alienante os valores de-

991 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2, p. 207.

992 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 537.

993 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p.488-489.

994 A evicção representa cláusula de garantia inerente aos contratos onerosos. Por derivar da lei, opera de pleno direito e independe de previsão contratual expressa. A garantia, no entanto, circunscreve-se às causas existentes ao tempo da contratação.

vidos pela perda da coisa⁹⁹⁵, salvo se o adquirente sabia que a coisa era litigiosa⁹⁹⁶. Assim, a existência de vício do direito transmitido gera o inadimplemento e não a evicção, pois não houve o pedido ação de evicção, que tem como fator necessário a perda ou privação da coisa. Pode acontecer de que a garantia nunca seja exercida, mesmo existindo vício do direito transmitido, pois o terceiro não exerceu o seu direito de reivindicar o seu direito.

Nas relações jurídicas contratuais deve haver um dever de segurança que deve nortear a relação negocial, bem como deve haver o dever de garantia que incumbe àquele que é alienante, cuja responsabilidade é objetiva, decorrente do ideal de eticidade.

Por isso, **nós filiamos a ideia de que a evicção decorre de uma determinação legal**, em que o fundamento se encontra no enriquecimento sem causa. Por consequência, promove o instituto da evicção o ideal de eticidade (boa-fé) e justiça contratual (equivalência material das prestações) nas relações privadas, visando trocas úteis e justas dentro do liame obrigacional.

10.3.5.3. Requisitos

Para que se opere a indenização pela garantia da evicção é necessário preencher os seus requisitos legais que são: **(a)** onerosidade da aquisição do direito real, do direito possessório ou do direito creditório; **(b)** Perda ou privação parcial ou total do direito do adquirente (evicto); **(c)** anterioridade ou preexistência do direito do terceiro (evictor) reconhecido de maneira administrativa⁹⁹⁷ ou judicial e; **(d)** des-

995 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 119.

996 Há ainda a exclusão prevista legalmente (art.457 do CC), em que será afastada a garantia completamente em situações que o adquirente sabia que a coisa era alheia ou litigiosa, primando pelo princípio da boa-fé objetiva. Em hipóteses de exclusão integral da garantia, os contratos irão adquirir natureza aleatória, não atendendo mais ao princípio da equivalência das prestações, norteador das obrigações comutativas.

997 "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

conhecimento por parte do adquirente (evicto) da titularidade alheia (preexistência do direito do terceiro).

10.3.5.3.1. Onerosidade da prestação

Para que a evicção se opere, é necessário se verificar qual foi a forma pela qual o bem foi adquirido. Isso porque, para qualificar a evicção, a aquisição deve ser anterior a perda ou a privação da coisa.

Objeto de evicção são as coisas susceptíveis de domínio ou posse. Enquadram-se, portanto, as coisas móveis e imóveis. A transferência de titularidade se opera, necessariamente, mediante: **(i) contrato oneroso**, ou seja, na relação em que o alienante e o adquirente possuem, reciprocamente, prestação a satisfazer e **(ii) na aquisição se tenha realizado em hasta pública**.

Entre as categorias alcançadas, destacam-se: a compra e venda (art. 481 a 532), a permuta (art. 533), a transação (art. 840 a 850), a dação em pagamento (art. 356 a 359). Apesar da evicção estar prevista nas disposições gerais dos contratos, há diversas previsões legais espalhadas pelo Código Civil.

(a) Contratos onerosos

Para que haja evicção, a aquisição patrimonial há de ser onerosa⁹⁹⁸ e não gratuita⁹⁹⁹, salvo no caso da doação onerosa (gravada

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 ensejará recurso especial. Aplicação da Súmula nº 7 desta Corte. III – Recurso especial não conhecido". (BRASIL. STJ. *REsp 407.179/PB*, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro julgamento em 21.05.2002, publ. em 23.09.2002, DJ, p. 00359).

998 Pontes de Miranda afirma que no contrato oneroso o "outorgante tem de prestar o que prometeu, de modo que o outorgado esteja salvo quanto a direitos, pretensões e ações de outrem no tocante ao objeto da prestação. Tem de prestar, portanto, o livre direito de terceiros". MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145-146.

999 Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p.487-489) afirmam que há possibilidade da existência da responsabilidade pela evicção nas doações puras (gratuitas), nas quais o

com encargos ou modal¹⁰⁰⁰), doação remuneratória ou gravada¹⁰⁰¹ e doação para casamento com certa e determinada pessoa - art. 552 do CC, uma vez que o fundamento da evicção é justamente a onerosidade da prestação¹⁰⁰², pois caso contrário haveria apenas frustração de um ganho e não uma perda patrimonial¹⁰⁰³.

A ideia central é ensejar prejuízos de ordem material, como pagamento de despesas processuais, honorários, além daqueles decorrentes da própria privação da coisa e morais por colocar o adquirente como se fora um usurpador do patrimônio ou posse alheia.

(b) Aquisição em hasta pública

Na parte final do art. 447 do CC prevê que **subsiste a garantia da evicção quando a aquisição for realizada em da hasta pública**¹⁰⁰⁴ (lei-

doador, dolosamente, transfira por liberalidade a propriedade de um bem que, sabidamente, não lhe pertence. Aplicar-se-á a normatização do art. 392 do CC, a qual impõrá a responsabilidade por dolo, nos contratos benéficos, àquele a quem não aprove a liberalidade, no caso o doador.

1000 Doação onerosa, modal, com encargo é o tipo de doação em que o doador impõe ao beneficiário alguma incumbência, ou que faça algo, ou ainda quando a doação fica condicionada a um evento futuro e incerto. Mas é claro que o doador responde pela evicção ato limite do valor dos serviços remunerados. Como por exemplo: Jojolino recebe uma chácara em doação com o encargo de construir, em parte do terreno, um asilo para cães. COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 95.

1001 A doação remuneratória é realizada em troca de serviços ou favores que foram prestados ao doador ou a pessoas que lhes são muito caras, mas é claro que o doador responde pela evicção ato limite do valor dos serviços remunerados. Como **por exemplo:** doação para uma pessoa que cuidou com carinho durante um longo período de doença e convalescência sem nada cobrar. COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 95.

1002 Objeto de evicção são as coisas susceptíveis de domínio ou posse. Enquadram-se, portanto, as coisas móveis e imóveis. A transferência de titularidade se opera, necessariamente, mediante contrato oneroso, ou seja, na relação em que o alienante e o adquirente possuem, reciprocamente, prestação a satisfazer. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 106.

1003 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 228.

1004 BRASIL. STJ. *REsp 1237703/MG*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 13/05/2011.

lão judicial)¹⁰⁰⁵. Reconhece a lei, dessa forma, a possibilidade de que uma pessoa arremate um bem em alienação judicial que não pertença ao devedor expropriado. Correta essa previsão, pois amplia a proteção do adquirente de boa-fé a título oneroso.

Contudo, não responde à questão de quem seria o responsável pela indenização em caso de evicção por hasta pública.

Para elucidar a questão podemos apontar o seguinte **exemplo**: “António arrematou um determinado bem móvel ou imóvel em hasta pública (leilão judicial). Se, após arrematação e a expedição da imprescindível carta (comprobatória do seu novo direito de propriedade), vier a ser, demandado, em sede de ação de reivindicatória ou mesmo usucapião, proposta por Beatriz, e sucumbir, poderá exercer o direito de regresso (fruto da garantia de evicção).

Imagine que António, o arrematante, arrematou a coisa, foi acionado judicialmente por Carlos (terceiro) em ação reivindicatória ou usucapião, sobre a coisa adquirida em hasta pública, podendo se valer da denunciação à lide (art. 125 do CPC¹⁰⁰⁶). Sabe-se, que António ao arrematar o bem o fez em sede de execução ou cumprimento de sentença, cuja finalidade é viabilizar o pagamento que o credor exequente do devedor/executado fosse satisfeito, cujo responsável pela alienação foi o Poder Judiciário (Estado).

1005 “O leilão judicial substitui a hasta pública, prevista no CPC de 1973, como o mecanismo mais tradicional de conversão dos bens em pecúnia, na execução por quantia, quando não tiverem se viabilizado as formas preferenciais da adjudicação ou alienação particular”. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil*. Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 806.

1006 CPC: Art. 125. É admitível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam; (...) § 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

Exemplo gráfico da Evicção

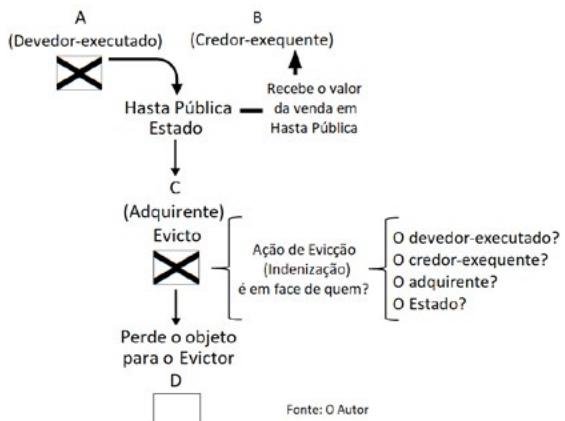


Figura : Situação da Evicção

Por isso, a questão é saber contra quem deve demandar, uma vez que a arrematação em hasta pública não é contratual, é uma forma de expropriação forçada. O bem é penhorado e extraído do patrimônio do executado sem concurso de vontade, ou mesmo, contra ela.

Assim, teríamos a **possibilidade de responsabilizar as seguintes pessoas:** (1) o devedor-executado; (2) o credor-exequente (3) o adquirente em hasta pública; (4) o Estado.

Para compreendermos a questão da indenização pela evicção devemos compreender a forma de como o bem chegou a venda pela hasta pública.

Inicialmente é necessário: (i) a existência de um processo de execução ou de um cumprimento de sentença em curso; (ii) penhora espontânea ou penhora compulsória; (iii) adjudicação pelo credor-exequente; (iv) o ato de arrematação por terceiro, decorrente de hasta pública

(i) por processo de execução (título executivo extrajudicial) “restringe-se a atos necessários à satisfação do direito do credor e, consequentemente, a compelir o devedor a adimplir a obrigação, seja de

pagar quantia, entregar coisa, fazer ou não fazer”¹⁰⁰⁷. O cumprimento de sentença (título executivo extrajudicial) é a fase do processo civil que satisfaz o título de execução judicial, em decorrência de uma situação sincrética em que concretiza a decisão do juiz feita ao fim do processo de conhecimento

(ii) A penhora é um ato judicial, pelo qual se apreende ou se tomam os bens do devedor, para que neles se cumpra o pagamento de uma dívida ou de uma obrigação executada¹⁰⁰⁸. Por isso, o ato de penhora é um ato de *imperium*, o sentido de ato material (ao lado do sentido processual predominante) de execução tanto na apreensão dos bens quanto ao providenciar a perda do poder de disponibilidade judicial.¹⁰⁰⁹

Mas, é importante ressaltar que a penhora é fruto de um “despacho”, e, em sendo assim, não importará que seja espontânea ou

1007 DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1039-1040.

1008 CPC. Art. 831. A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios. Art. 832. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

1009 “A doutrina moderna, entretanto, vê na penhora apenas um ato executório, e, portanto, um ato processual, cuja função é fixar a responsabilidade executória sobre os bens por ela abrangidos. A apreensão dos bens e sua retirada do poder do devedor não acarretam, para este, a perda do domínio ou posse em relação aos mesmos, mas apenas vinculam os bens ao processo, sujeitando-os ao poder sancionatório do Estado para satisfação do credor (Liebman). Significa que os direitos do executado sobre os bens penhorados permanecem intactos, mas com o vínculo processual que os destina, como objeto da responsabilidade executória, a satisfazer o direito do credor. Em tais condições, não está o devedor impedido, propriamente, de dispor desses bens, mas os atos que nesse sentido praticar carregam consigo aquele vínculo, tornando-os ineficazes em relação ao credor. “A compra e venda de bens penhorados não é nula, nem anulável; é apenas ineficaz, não se pode opor ao exequente” (Pontes de Miranda). Em linhas gerais essa é a doutrina que, com algumas variações de ordem secundária, tomou foros de dominante (Liebman, Cornelutti, Redenti, Pugliatti etc., e, entre nós, Pontes de Miranda, Gabriel de Rezende Filho, Bonumá, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, Frederico Marques etc.). Conforme a doutrina, a penhora produz o efeito processual de imprimir a responsabilidade dos bens penhorados, vinculando-os à execução, ainda quando o executado deles disponha”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 303.

compulsória¹⁰¹⁰. Visto que a penhora é um ato determinado pelo juiz, em decorrência da liquidez do crédito posto em execução.

Efetivada a penhora, que será promovida por oficial de justiça, autorizada pelo competente mandado judicial, lavraram estes o competente auto de penhora, no qual, também se designará o depositário, em poder de quem, e sob a superintendência do juiz, ficarão os mesmos bens, até que se ultime a execução.

(iii) Os bens poderão ser expropriados por meio da adjudicação, por meio da alienação ou por meio da apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens (art. 825 do CPC)¹⁰¹¹.



Figura: formas de expropriação

A adjudicação ocorre por parte do próprio credor ou há terceiros legitimados¹⁰¹², que deve oferecer o preço não inferior ao da avaliação, para requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

1010 Penhora compulsória é aquela efetivada sem qualquer intervenção do devedor executado, em tantos bens que sejam dele, quantos os necessários para perfazer o valor da execução, SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1024.

1011 “Outra forma de expropriação — além da adjudicação e arrematação — é a apropriação de frutos e rendimentos de bens móveis ou imóveis, regulamentado nos arts. 867 a 869 do CPC. Deferida a penhora sobre eles, o juiz nomeará um administrador, com poderes para gerir a coisa. A ele será dada a posse direta do bem, cabendo-lhe fazer com que produza frutos e rendimentos, que serão utilizados para pagar o credor. O devedor ficará com a posse indireta do bem e manterá a propriedade, que poderá até ser alienada. Aquele que o adquirir saberá da existência do gravame, que persistirá até que o credor seja pago. Daí a necessidade de averbação da penhora no Cartório de Registro de Imóveis”. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 809.

1012 “A lei atribui legitimidade para requerer a adjudicação ao próprio exequente,

(iv) A hasta pública é a venda judicial de um bem realizada pelo poder público, por leiloeiro devidamente habilitado à justiça. Considera-se a aquisição de bem em hasta pública como aquisição originária, razão pela qual não existe nenhuma relação jurídica entre o arrematante e o antigo proprietário do bem, assim como todos os débitos existentes subrogam-se no preço avençado.¹⁰¹³

Carlos Roberto Gonçalves afirma que

Há uma ordem de preferência entre os meios de expropriação. A princípio, deve-se verificar se há interessados na adjudicação do bem. Somente se não houver, será determinada a alienação, que poderá ser feita por iniciativa particular, se o credor o preferir; ou em leilão judicial, eletrônico ou presencial.¹⁰¹⁴

A forma de alienação do bem penhorado decorrente da hasta pública pode ser realizada por leilão judicial.

(v) A **arrematação é o procedimento que envolve a realização da oferta e da aceitação no leilão judicial (presencial ou eletrônico)**, lavrando-se o auto respectivo. E de acordo com o art. 883 do CPC poderá o exequente indicar o leiloeiro público que será designado pelo juiz.

aos indicados no art. 889, incisos II a VIII e aos credores concorrentes que tenham penhorado o mesmo bem. Também podem requerê-la o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente do executado. Se mais de um legitimado se apresentar, será feita uma licitação entre eles. Aquele que oferecer maior valor terá preferência, caso em que o bem poderá alcançar valores superiores aos de avaliação. Em caso de empate, terão preferência o cônjuge, o companheiro, os descendentes e os ascendentes do devedor, nessa ordem". GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 805.

1013 A regra de sub-rogação nos débitos não existente nas vendas realizadas em processo de falência e recuperação judicial na forma da Lei n. 11.101/2005. Art. 60, parágrafo único que dispõe "o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei", bem como o art. 141, inc. II que dispõe "o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho".

1014 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 806.

Nos termos do art. 892, *caput*, do CPC, “salvo pronunciamento judicial em sentido diverso, o pagamento deverá ser realizado de imediato pelo arrematante, por depósito judicial ou por meio eletrônico”. O art. 884, IV do CPC, no entanto, diz que “incumbe ao leiloeiro público: receber e depositar, dentro de um dia, à ordem do juiz, o produto da alienação”. Face ao sentido dúvida da lei, não havendo incompatibilidade, as duas hipóteses são admissíveis: o arrematante fará, ele mesmo, o depósito judicial diretamente ao cartório ou por meio eletrônico, transferindo numerário também ao juízo, via entidade bancária, ou poderá pagar ao leiloeiro que, sob sua própria responsabilidade, se encarrega do depósito.

Desta forma, a arrematação é um ato jurídico processual executório. Arrematação, segundo Moacyr Amaral Santos é “o ato de transferência coacta dos bens penhorados, mediante o recebimento do respectivo preço em dinheiro, para satisfação do direito do credor”. Logo a finalidade A finalidade da arrematação é a realização da execução, ou seja, a conversão em dinheiro para a satisfação do crédito do exequente.

Assim, a quem caberia a responsabilidade pela evicção será do executado (devedor), do exequente (credor) ou do Estado que levou o bem à alienação judicial?

O TJDF decidiu que mesmo na situação de evicção por ordem administrativa caberá ao alienante-executado arcar com os prejuízos independentemente da existência ou não de culpa ou do conhecimento do vício pelo alienante.¹⁰¹⁵

1015 “RESCISÃO CONTRATUAL -COMPRA E VENDA - VEÍCULO - AQUISIÇÃO POR LEILÃO - APREENSÃO ADMINISTRATIVA - ALTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR - BLOCO DE CÂMBIO - ADULTERAÇÃO POR LIXAMENTO - EVICÇÃO - RESPONSABILIDADE DO ALIENANTE - CULPA E CONHECIMENTO DO VÍCIO - DESNECESSIDADE - SENTENÇA MANTIDA. 1) - A evicção é garantia contratual legal, disposta no artigo 447 do Código Civil, que visa a proteção do adquirente nas hipóteses em que a coisa adquirida em contrato oneroso é perdida por força de decisão judicial ou por apreensão administrativa, privando-o total ou parcialmente da fruição do bem, mesmo que a aquisição tenha se dado por hasta pública.2) - Aplicável a evicção quando o veículo alienado por meio de leilão tenha sido apreendido pela Polícia Civil do Distrito Federal, por ocasião da vistoria de transferência, em razão de adulteração de sinal identificador no bloco do câmbio mediante supressão por lixamento, privando a ad-

Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁰¹⁶, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁰¹⁷ apontam que a responsabilidade é do devedor executado, pois foi ele quem deu causa à evicção ao indicar o bem a penhora ou deixá-lo ser penhorado e por isso é dele a responsabilidade.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald¹⁰¹⁸ vai além ao afirmar que o Estado poderá ser responsabilizado subsidiariamente uma vez que a venda ocorreu sob sua chancela, tendo vista afronta a boa-fé em especial o *venire factum proprium* em que ao fazer a hasta pública o Estado gera no adquirente confiança na aquisição, sendo que posteriormente em decorrência da evicção a confiança é quebrada.

A ideia da responsabilidade pela evicção inicialmente evitar que o enriquecimento ilícito do alienante, por ser ele o responsável pelos riscos da evicção e na sua impossibilidade é possível cobrar do Estado de forma subsidiária e solidária, na forma do art. 942 do Código Civil¹⁰¹⁹, tendo em vista que o Estado contribuiu na violação do direito do evicto que adquiriu o bem em hasta pública confiando a legitimidade da demanda.

Mas, é **importante** ressaltar que a existência de outros processos judiciais exclui o direito de indenização decorrente da evicção.

quidente da posse e propriedade sobre o bem. 3) - Deve o alienante responder pelos prejuízos advindos do negócio mal sucedido, nos termos do artigo 450 do Código Civil, independentemente da existência ou não de culpa ou do conhecimento do vício pelo alienante. 4) - Recurso conhecido e não provido". (BRASIL. TJDFT. Acórdão 808102, 20100111537758APC, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: SEBASTIÃO COELHO, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 30/7/2014, publicado no DJE: 4/8/2014. Pág.: 270).

1016 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 240.

1017 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 83-84.

1018 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 490-495.

1019 CÓDIGO CIVIL. Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Paulo Lôbo aponta o seguinte **exemplo**: “é a compra de imóvel objeto de litígio judicial, com pleno conhecimento do comprador, cuja titularidade vem a ser negada ao vendedor na decisão final”.¹⁰²⁰

Diante da questão fica claro que o ato de arrematação constitui o pagamento do bem, sendo responsável pela venda em hasta pública o executado.

10.3.5.3.2. Perda ou privação parcial ou total do direito do adquirente (evicto)

A evicção é sinônimo de perda de um direito¹⁰²¹, podendo ocorrer de forma total ou parcial.¹⁰²²

10.3.5.3.2.1. Perda parcial e total

A **evicção poderá ser total ou parcial**, já que a perda ou a privação poderá ser apenas uma fração do objeto. O art. 455 do CC estipula que “se parcial, mas considerável, para a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito à indenização”.

A “parte considerável” tem uma abrangência indeterminada, já que somente por meio da análise do caso concreto será possível avaliar se a parte do bem evicto é ou não considerável. Em síntese, o critério a ser observado é a finalidade da coisa.

Se ocorrer a **evicção total**, caberá ao adquirente (evicto) pleitear o *quantum* indenizatório. E no caso de **evicção parcial**, se a parte for

1020 LÔBO, Paulo. *Comentários ao código civil*. parte especial: das várias espécies de contratos (arts. 481 a 564). (coord.) Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. VI, p. 17.

1021 CÓDIGO CIVIL. Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

1022 CÓDIGO CIVIL. Art. 455. Se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito à indenização.

considerável, caberá ao adquirente ou possuidor¹⁰²³ a resolução do contrato ou a restituição parcial do preço correspondente ao desfalso sofrido; caso contrário, **se a parte não for considerável** caberá a restituição parcial do preço.

10.3.5.3.2.2. Direitos que podem sofrer a evicção

A **Perda ou a privação parcial ou total do direito do adquirente** (evicto) pode atingir: (i) um direito real; (ii) um direito possessório ou; (iii) um direito creditório.

(a) os direitos reais sobre bens tangíveis e intangíveis podem ser objetos da evicção. Pontes de Miranda afirma que “as propriedades imateriais também podem sofrer evicção, como a alienação onerosa de um estabelecimento pertencente a outrem ou até mesmo as energias elétricas, de telefonia e de gás”.¹⁰²⁴

A Lei 13.097/2005 expõe que

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineeficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que

1023 COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 86-89

1024 MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145-147.

adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independem de registro de título de imóvel.

Sendo assim, as questões envolvendo propriedade vinculadas a integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção, mas poderá pleitear indenização por perdas e danos.

(b) os direitos possessórios também podem ser objeto da evicção quando o sujeito é privado da sua posse em virtude de outrem possuir uma posse melhor que a sua. Estabelece o artigo 568 do CC que o locador é obrigado a resguardar o locatário de embaraços e turbações de terceiros, aplicando-se assim as regras da evicção para o oneroso contrato de locação. O art. 22, II, da Lei no 8.245/91 também impõe ao locador a obrigação de garantir durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado, salvo situações de imposição legal, como por exemplo a situação de fechamento dos shoppings por determinação legal, nome do bem maior que a saúde da sociedade. Desta forma, **se o locatário perder a posse por turbação ou esbulho poderá pleitear a evicção.**

(c) os direitos de crédito referem-se:

(i) a incidência da evicção na cessão onerosa de crédito onde o cedente pode se desobrigar acerca do adimplemento posterior da obrigação transferida, mas se vincula ao cessionário pela existência do crédito (art. 295 do Código Civil)¹⁰²⁵. Como **exemplo de cessão onerosa temos o seguinte exemplo:** “A” (devedor) se compromete a entregar a “B” (credor) um triciclo mediante o pagamento de 10 mil

1025 CÓDIGO CIVIL. Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

reais. B transfere o crédito de receber o triciclo para “C”. “A” vai entregar o triciclo para “C” e “B” paga o preço de 10 mil reais. Desse modo, “A” é o cedido; “B” é o cedente; “C” é o cessionário. Assim, se “C” vier a perder o direito por causa anterior à aquisição do seu direito, terá direito da evicção., conforme previsto no art. 295 do CC¹⁰²⁶. Assim, se houver transferido crédito a outrem, poderá ocorrer a evicção com a correspondente indenização.

(ii) **na dação em pagamento**, se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, a obrigação primitiva se restabelecer (art. 359 do CC)¹⁰²⁷. Como **exemplo de dação em pagamento temos o seguinte exemplo:** João deve R\$ 10.000,00 à Alan e sugere quitar sua dívida dando-lhe seu carro, de valor equivalente, e Alan concorda com a proposta. Luiza deve R\$ 5.000,00 à José e não tem dinheiro para pagar. Oferece um terreno de sua titularidade como pagamento e José aceita. Assim, se José vier a perder o direito por causa anterior à aquisição do seu direito, terá direito à evicção. ¹⁰²⁸

(iii) **na venda em consignação de pagamento** (contrato estimatório). **Na venda em consignação vejamos o seguinte exemplo:** se o adquirente não assumiu contratualmente esse ônus, poderá se configurar a evicção como no caso em que uma pessoa vende em consignação um automóvel e o consignatário o aliena a terceiro que resolve o contrato com esse último vendedor em razão de um bloqueio judicial que atingira o consignante. Sendo “dever do alienante transmitir ao adquirente o direito sem vícios não consentidos, caracteriza-se a evic-

1026 CÓDIGO CIVIL. Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

1027 CÓDIGO CIVIL. Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.

1028 CÓDIGO CIVIL. Art. 838. O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado: (...) III - se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção.

ção na hipótese de gravame capaz de impedir a transferência livre e desembaraçada do bem”.¹⁰²⁹

(iv) **na doação para casamento futuro**, uma vez que o art. 552 do CC dispõe que “nas doações para casamento com certa e determinada pessoa, o doador ficará sujeito à evicção, salvo convenção em contrário”. Como por exemplo se o pai da noiva realiza a doação de um imóvel para o casal, mas após a transferência o casal vem a perder o imóvel por causa anterior a transferência fará jus ao direito decorrente da evicção. A doutrina acrescenta ao direito de evicção as doações remuneratórias, para casamento futuro e onerosas.¹⁰³⁰

(v) **no direito societário** também encontramos a evicção na relação dos cotista com a sociedade, visto que dentre as obrigações dos sócios que integralizaram capital para a constituição de uma sociedade está a de responder pela evicção da coisa transferida, conforme reza o artigo 1.005 do CC: “o sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela evicção; e pela solvência do devedor, aquele que transferir crédito”¹⁰³¹, sendo considerada como norma cogente¹⁰³². Assim, se a parcela do capital social que toca ao sócio é integralizada mediante a transmissão de bem móvel ou imóvel, impõe a lei sua responsabilidade em caso de evicção¹⁰³³.

(vi) **A evicção da coisa legada**, desde que aconteça antes da abertura da sucessão e não decorra de culpa do herdeiro ou legatário

1029 BRASIL. STJ. *REsp 1713096/SP*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 23/02/2018.

1030 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p.487-489.

1031 AQUINO, Leonardo Gomes de. *Curso de direito empresarial. Teoria da empresa e direito societário*. Brasília: Kiron, 2020.

1032 A cláusula do contrato social, ou qualquer pactuação em separado, que exclua a responsabilidade do subscritor pela evicção, ou que o exonere de responder pela solvência do devedor são nulas de pleno direito (CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 95).

1033 Quando a prestação pela qual a quota é subscrita consisti em bens, o sócio se compromete a integrá-la mediante a transferência da sua propriedade, posse ou uso à sociedade, conforme dispuser o contrato. Responderá, nesse caso, por evicção. Se for a subscrição em créditos, obriga-se a transmiti-los à pessoa jurídica, ficando solidariamente responsável com o cedido pelo adimplemento da obrigação (art. 1.005 do CC) (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 454).

incumbido do adimplemento, provoca a caducidade do legado, na forma do que dispõe o art. 1.939, III do CC.¹⁰³⁴

O art. 2.024 do CC estipula que “os coerdeiros são reciprocamente obrigados a indenizar-se no caso de evicção dos bens aquinhoados”¹⁰³⁵. Da evicção não se tomará conhecimento quando o evicto se responsabilizar a título de culpa ou se a causa da evicção for posterior à partilha (art. 2.025 do CC)¹⁰³⁶. A culpa se identifica, **por exemplo**, quando não se proceda à interrupção da prescrição em curso contra o evicto e, em geral, em fatos inábeis à defesa do direito, como a revelia e a abstenção dos recursos impugnativos da sentença. Mas, por outro lado, o art. 2.025 do CC contempla como excludente da responsabilidade de indenizar o fato de dar-se, a evicção, por motivo superveniente à partilha. Nem poderia ser diferente, pois, nesse caso, nada se pode imputar aos coerdeiros, ante a inteireza da propriedade dominial à data da partilha. O art. 2.026 do CC¹⁰³⁷ prevê que o herdeiro evicto se voltar contra os demais herdeiros na proporção dos respectivos quinhões hereditários. Havendo herdeiro insolvente¹⁰³⁸, a sua parte na

1034 CÓDIGO CIVIL. Art. 1.939. Caducará o legado: (...) III. Se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador, sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento.

1035 “Se a perda oriunda da evicção não fosse atribuída a todos os herdeiros, na proporção de suas quotas, haveria irremediável vulneração do princípio da igualdade que governa a partilha. Não pode a perda recair apenas no herdeiro a quem coube o bem evicto. Do contrário, restaria ferido o princípio fundamental da igualdade da partilha, com ofensa ao art. 2.017 (art. 1.775 do Código Civil de 1916). Todos os herdeiros são chamados a participar do rateio, isto é, dividindo-se entre todos os prejuízos” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 753).

1036 CÓDIGO CIVIL. Art. 2.025. Cessa a obrigação mútua estabelecida no artigo antecedente, havendo convenção em contrário, e bem assim dando-se a evicção por culpa do evicto, ou por fato posterior à partilha.

1037 CÓDIGO CIVIL. Art. 2.026. O evicto será indenizado pelos coerdeiros na proporção de suas quotas hereditárias, mas, se algum deles se achar insolvente, responderão os demais na mesma proporção, pela parte desse, menos a quota que corresponderia ao indenizado.

1038 O insolvente não fica livre de indenizar aqueles que assumiram a sua parte, que conservam a ação contra ele. Melhorando de fortuna, ou adquirindo bens, deve repor aquilo que os co-herdeiros prestaram em seu lugar. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 754.

cotização será dividida entre os demais herdeiros, “menos a quota que corresponderia ao indenizado”, naturalmente.

(vii) **caso da transação** (art. 845 do CC)¹⁰³⁹ a existência da evicção não gera a privação da coisa, mas apenas o direito de o evictor (terceiro) receber indenização por perdas e danos. É importante ressaltar que no caso **de transação temos só caberá o direito a perdas e danos, tendo em vista que o acordo celebrado não poderá ser desfeito**. Carlos Roberto Gonçalves afirma que “Se a coisa, objeto da transação, “renunciada” ou “transferida”, não pertencer a um dos transigentes, e sofrer evicção, não ficará sem efeito o acordo. Dispõe o art. 845 do Código Civil que, nesse caso, “não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos”. Por essa regulamentação, o transitório não dá garantia pelos riscos da evicção, mas fica sujeito ao resarcimento dos danos causados ao lesado (evicto), para que não se locupletar às custas da outra parte”.¹⁰⁴⁰

10.3.5.3.3. Anterioridade ou preexistência do direito do terceiro (evictor) reconhecido de maneira administrativa ou judicial

O evicto (adquirente) só terá direito a indenização se a causa for preexistente à aquisição, ou seja, a perda do direito decorre da causa já existente ao tempo da aquisição. Por isso, se for posterior nenhum direito lhe cabe.

Carlos Roberto Gonçalves coloca o seguinte exemplo: “Se, por outro lado, o imóvel adquirido está na posse de terceiro, que adquire o domínio pela usucapião, não cabe ao alienante ressarcir o adquirente, porque competia a este evitar a consumação da prescrição aquisiti-

1039 CÓDIGO CIVIL. Art. 845. Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos. Parágrafo único. Se um dos transigentes adquirir, depois da transação, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, a transação feita não o inibirá de exercê-lo.

1040 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 511. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p.585.

va, a menos que ocorresse em data tão próxima da alienação que se tornasse impossível ao evicto impedi-la”¹⁰⁴¹. Contudo ouso discordar, pois se o tempo da prescrição aquisitiva se consumar dentro do direito alienante, que deu causa a consumação caberá a evicção, pois o evicto não teria como evitar a prescrição aquisitiva (usucapião).

Por isso, para a reivindicação de direito decorrente da evicção basta que o adquirente fique privado, por ato de autoridade¹⁰⁴² administrativa ou judicial, decorrente de direito do evicto anterior à sua aquisição. Pois se o direito aparente de evicção tem origem posterior ao negócio, a responsabilidade é do novo titular e não haverá a responsabilidade por evicção.

10.3.5.3.4. Desconhecimento por parte do adquirente (evicto) da titularidade alheia (preexistência do direito do terceiro)

O Código Civil no art. 457 estipula que “não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa”. É **importante** ressaltar que a regra coloca no contrato oneroso uma ideia de *álea*, uma vez que a ciência por parte do adquirente da coisa era alheia ou litigiosa equivale a assunção do risco da privação.¹⁰⁴³

O TJDFT decidiu que “o comprador não goza da garantia contra a evicção que sofre se tinha conhecimento da litigiosidade do direito sobre o bem adquirido”¹⁰⁴⁴.

Imaginemos o seguinte **exemplo:** António (evito) adquire de Beto (alienante) um imóvel sabendo que o bem é objeto de um litígio entre Beto e Carlos (evictor). Acontece que Carlos ganha a demanda em face de Beto, o que leva António a perder a coisa por evicção. Acon-

1041 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 147.

1042 BRASIL. STJ. REsp 12.663/SP, Rel. MIN. CLÁUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/03/1992, DJ 13/04/1992, p. 4996.

1043 COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-17.

1044 BRASIL. TJDFT. Acórdão 74310, APC3359594, Relator: EVERARDS MOTA E MATOS, Revisor: JOÃO MARIOSI, 4^a Turma Cível, data de julgamento: 2/12/1994, publicado no DJU SEÇÃO 3: 21/12/1994. Pág.: 16.

tece que nesta situação o evicto (António) não poderá responsabilizar o alienante (Beto) por causa do fato de saber da existência do litígio envolvendo o bem objeto do contrato.

10.3.5.4. Extensão da garantia: A Cláusula de reforço, diminuição e exclusão da garantia (cláusula de *non praestanda evictione*)

Em face do princípio da autonomia privada, as partes contratantes podem, por cláusula contratual expressa, reforçar (por exemplo restituição em dobro), diminuir (por exemplo restituição pela metade) ou excluir (cláusula de *non praestanda evictione*)¹⁰⁴⁵ a garantia legal da evicção¹⁰⁴⁶.

A doutrina admite a renúncia expressa do direito de evicção, acarretando um risco intrínseco ao contratante (contrato aleatório) e limitando a autonomia privada¹⁰⁴⁷, desde que não seja um contrato de adesão, por não se admitir renúncia antecipada do aderente. ¹⁰⁴⁸

1045 “O conhecimento pelo adquirente da causa de evicção, sem outro ajuste, não releva o alienante da garantia legal; tal conhecimento, porém, aliado ao pacto de non praestanda evictione, imprime a essa cláusula o máximo efeito, dispensando o alienante de qualquer resarcimento, inclusive da restituição do preço⁷. Comumente, a escritura de compra e venda de bens imóveis é passada por valor inferior ao real, a fim de reduzir o montante dos direitos fiscais. Percebe-se agora o inconveniente que pode advir dessa simulação; se acaso ocorrer a evicção, nos termos do art. 449, o alienante só estará obrigado a devolver o valor consignado no ato público, embora haja realmente embolsado maior quantia”. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4, p. 81.

1046 CÓDIGO CIVIL. Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.

1047 COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

1048 Nos contratos de adesão envolvendo relações privadas, o ordenamento sanciona como inválidas as cláusulas que contenham referência à exclusão de responsabilidade pela evicção. Dispõe o art. 424 do Código Civil sobre a nulidade dos ordenamentos que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da própria natureza do negócio jurídico. No mesmo sentido, nas relações de consumo, serão nulas as cláusulas que impliquem renúncia de direitos, impossibilitando, atenuando ou exonerando a responsabilidade do fornecedor (art. 51, I, do CDC). FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 504.

O reforço da garantia poderá ocorrer por meio de uma cláusula penal (a obrigação de restituição em dobro) ou concedendo garantias reais ou fidejussórias, sendo que o reforço não poderá ser ilimitado de maneira a superar o prejuízo do adquirente. Como afirma Carlos Roberto Gonçalves “**a responsabilidade do alienante superar o prejuízo do adquirente, constituindo um lucrativo negócio em vez de indenizá-lo do prejuízo**, assim como não se permite que se segure uma coisa por mais de seu valor, ou pelo seu todo, mais de uma vez, como consta do art. 765 do Código Civil”.¹⁰⁴⁹

A **diminuição da garantia poderá permitir a devolução de apenas uma parte do valor, como a desoneração do adquirente da indenização pelos frutos que venha a restituir ou das despesas judiciais do evicto.**

No caso de exclusão, o adquirente ainda terá o direito de cobrar o preço que pagou pela coisa evicta. Já no caso de renúncia expressa, o contrato se convola em contrato aleatório, já que uma das partes, expressamente, assume conscientemente o risco de perder a coisa pela evicção.

Dessa forma, o art. 449 do CC disciplina que “não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu”.

Por isso Washington de Barros Monteiro¹⁰⁵⁰ resume o pensamento do legislador acerca da exclusão da evicção da seguinte forma:

(i) A exclusão da garantia é convencionada pelas partes, mas o adquirente não é informado do risco. Ocorrendo evicção, “assiste-lhe o direito de recobrar o preço que havia pago com a aquisição da coisa evicta”¹⁰⁵¹. Se não houvesse pelo menos essa restituição do preço, lo-

1049 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 144. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 03, p. 115.

1050 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4, p. 80-81.

1051 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. C. e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p.111. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direi-*

cupletar-se-ia o alienante à custa do evicto, salvo, no entanto, prova em contrário que o adquirente conhecia do fato e em razão disto a cláusula ficou estabelecida.

(ii) A exclusão da garantia é convencionada pelas partes, sendo o adquirente informado do risco, mas não o assume expressamente. Perdida a coisa, pode ele reaver do alienante o que por esta havia pago.

(iii) A exclusão da garantia é convencionada pelas partes, sendo o adquirente informado do risco. Verificada a perda da coisa, perde o evicto, integralmente, o que desembolsou, sem direito a qualquer resarcimento, trazendo consigo a ideia de contrato aleatório.

Se o adquirente exonera o alienante baseado em um fato “X” e ocorrendo a evicção por um outro fato, a cláusula de renúncia não se opera.

Inobstante a renúncia da garantia contra a evicção, o adquirente faz jus a indenizações por perdas e danos se, além da perda da coisa, vier a sofrer outros prejuízos advindos de causa diversa da evicção.

10.3.5.5. Direitos do evicto e como calcular do *quantum* indenizatório devido ao adquirente (evicto)

Poderá pleitear, pois, salvo estipulação em contrário, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou (art. 450 do CC): “(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”.¹⁰⁵²

to civil. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4, p. 80-81.

1052 “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. COMPRAS E VENDA DE VEÍCULO. VEÍCULO FURTADO. APREENSÃO DO BEM. EVIÇÃO. FENÔMENO JURÍDICO OBJETIVO. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE DO ALIENANTE. 1. É direito do evicto, salvo estipulação em contrário, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; à **indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção**; às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído, nos termos do art. 450 do CC/02. 2. A evicção se caracteriza como fenômeno jurídico objetivo e, por isso, não depende do conhecimento, da boa-fé ou da culpa do alienante para a sua ocorrência. 3. Demons-

O art. 450 do CC permite que o valor da responsabilidade pela evicção inclua outros itens além do valor pago pela aquisição, salvo as situações de exclusão, reforço ou diminuição da garantia. Assim, havendo cláusula de reforço ou diminuição da garantia, a responsabilidade do alienante estende-se ou restringe-se aos itens definidos na cláusula contratual.¹⁰⁵³

Havendo expressa exclusão da garantia, a responsabilidade do alienante passa a ser governada pelo art. 449 do CC. Por isso e salvo disposição em contrato, teremos as seguintes verbas reparatórias: (a) restituição total do preço ou das quantias pagas devidamente corrigidas monetariamente; (b) o valor dos frutos que foi obrigado a restituir ao evictor do bem; (c) as despesas decorrentes do contrato, tais como o valor pago para a confecção da escritura pública, do registo, do imposto de transmissão pago ao poder público (ITBI¹⁰⁵⁴); (d) os prejuízos que tiverem como causa direta e imediata o fato da evicção, como, por exemplo, a perda de um contrato mais vantajoso para a pessoa jurídica evicta; (e) a todas as despesas judiciais, nelas incluídas custas judiciais, honorários de perito, de contrato entre outras; (f) os honorá-

trado que os vícios que ensejaram a apreensão administrativa do veículo objeto de negócio jurídico entre as partes (furto) eram anteriores à sua aquisição e desconhecidos do adquirente, assiste-lhe o direito à indenização pelos prejuízos decorrentes da evicção. 4. Apelação cível conhecida e não provida". BRASIL. TJDF. Acórdão 1363691, 07179563420198070007, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 10/8/2021, publicado no DJE: 25/8/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.

1053 COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 98.

1054 O imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos (ITBI) é um imposto brasileiro, de competência municipal, ou seja, somente os municípios têm competência para instituí-lo (Constituição Federal, art. 156, II». Presidência da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Consultado em 19 de junho de 2016). O ITBI, tem como fato gerador a transmissão, inter vivos (entre pessoas vivas), a qualquer título, de propriedade ou domínio útil de bens imóveis; quando há a transmissão a qualquer título de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia; ou quando há a cessão de direitos relativos às transmissões acima mencionadas. O contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei, que, no caso, será lei municipal. A base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos à época da operação («Código Tributário Nacional, Livro Primeiro, Título III, Capítulo III, Seção III». Presidência da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Consultado em 19 de junho de 2016).

rios do advogado constituído para patrocinar os seus interesses e; (g) o pagamento referente às benfeitorias necessárias e úteis.

(a) **A restituição do preço**¹⁰⁵⁵ deverá observar o valor pago no momento da aquisição ou no momento da ocorrência da evicção? O

1055 "CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EVICÇÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 450 DO CÓDIGO CIVIL DE ACORDO COM A NATUREZA COMPLEXA DO CONTRATO DE LEASING. 1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 2. A evicção consiste na perda parcial ou integral da posse ou da propriedade do bem, via de regra, em virtude de decisão judicial que atribui o uso, a posse ou a propriedade a outrem, em decorrência de motivo jurídico anterior ao contrato de aquisição. Na hipótese, a questão referente ao reconhecimento da evicção pela perda do caminhão arrendado pelo autor é matéria preclusa, especialmente diante de anterior decisão do Min. Aldir Passarinho Junior que admitiu a sua ocorrência e determinou o retorno dos autos à instância de origem para apuração dos danos. 3. Pelo contrato de leasing, o arrendante adquire determinado bem indicado e o entrega ao arrendatário, em contrapartida ao pagamento de aluguéis. Findo o prazo contratual, surgirá para o arrendatário a opção de prorrogar o contrato, devolver o bem ao arrendador ou adquirir a propriedade deste, pelo valor de mercado ou por outro montante residual garantido (VRG), previamente definido no contrato. Diante de sua natureza complexa, a indenização pela evicção deverá ser feita por uma interpretação mais acurada do art. 450 do Código Civil. 4. Nessa ordem de ideias, verifica-se que não há falar em restituição integral do preço equivalente ao valor da coisa, uma vez que não houve a opção de compra do caminhão arrendado nem quitação do débito devido. 5. No tocante às prestações quitadas, apesar da preponderância da relação obrigacional de locação, aqui, de forma diferente, além do uso e gozo da coisa em contraprestação, pode ter havido o pagamento do VRG de forma antecipada, o que atrai uma peculiaridade especial na indenização. Realmente, não caberá a restituição dos valores referentes aos aluguéis, haja vista o uso cedido e a utilização da coisa até o momento em que se evenceu, mas serão devidas as parcelas correspondentes ao adiantamento do VRG, bem como de eventuais aluguéis recebidos de forma antecipada. 6. Além disso, caberá indenização pelos frutos que eventualmente o arrendatário tiver sido obrigado a restituir ao terceiro-evictor, bem como pelas despesas do contrato e pelas custas judiciais e honorários do advogado constituído pelo adquirente-evicto (CC, art. 450, I, II, primeira parte e IV). 7. Será devida, ainda, indenização pelos prejuízos que diretamente tenham sido resultantes da evicção (CC, art. 405, II, parte final). Com efeito, não se pode afastar a existência de lucros cessantes do autor pelo só fato de que ele "[...] poderia ter buscado outro caminhão para trabalhar". O que deve ser aferido é se houve a frustração de um lucro esperado, se houve a perda de uma expectativa de ganho, tendo em vista que o recorrente utilizava o bem arrendado como meio de trabalho. 8. No caso, tenho que os fatos descritos no processo foram suficientes para, em si, causar abalo moral ao ora recorrente, haja vista que desapossado de seu instrumento de trabalho (caminhão) por vício jurídico no direito transmitido. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva e a objetiva do arrendatário, razão suficiente para reconhecer a ocorrência da evicção."

preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial (art. 450, parágrafo único do CC). Assim, para fixar o montante do preço, deve-se utilizar o valor da coisa na data em que ocorreu a privação.

E no caso da evicção parcial, como definir o preço pago? Nesta hipótese, o ponto temporal também é o montante da privação. Contudo, o preço será proporcional ao desfalque sofrido, ou seja, o valor da coisa antes da privação e o valor da coisa após a privação. Um **exemplo** é aquisição de um imóvel já mobiliado, pelo valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), no qual ocorre a evicção dos móveis, os quais pertenciam, na verdade, a terceiro. Certamente, após a evicção parcial, o adquirente foi privado apenas em parte do direito de propriedade, o imóvel terá um valor inferior a de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), de forma que o preço da coisa, para fim de restituição, será igual à diferença entre o valor do imóvel antes da privação e o valor do imóvel após a privação.

(b) O valor da indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir. Por frutos devemos compreender como os bens que possuem utilidades renováveis, podendo ser naturais (frutas crias de animais), industriais (decorrência da fabricação) e civis (rendimentos, aluguéis e juros). Para apurar o direito à indenização dos frutos deve-se observar situações da existência da boa-fé ou má-fé do titular do direito.

O CC possui as seguintes regras:

Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas

rência de dano moral indenizável no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 9. Recurso especial parcialmente provido". (BRASIL. STJ. REsp 1133597/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/02/2014).

as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

Art. 1.215. Os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados; os civis reputam-se percebidos dia por dia.

Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Assim, a indenização se tornará necessária desde que haja prova da existência do prejuízo na forma da legislação apresentada.

(c) À indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção. Assim, por exemplo, no caso de aquisição de um bem imóvel cuja escritura pública foi paga pelo adquirente. Nesta situação, o preço da escritura deverá ser restituído pelo alienante, bem como demais despesas, como o pagamento dos impostos e taxas pagas.

Os prejuízos decorrentes da evicção podem ser os lucros cessantes¹⁰⁵⁶ decorrente do que o evicto poderia auferir com a coisa caso não tivesse perdido a coisa¹⁰⁵⁷. E para tanto podemos apresentar o seguinte exemplo: António adquire o imóvel de Beto e o aluga para Carlos. Como consequência direta da evicção, ficará António privado dos frutos civis que percebia mensalmente de Carlos. Será lícito reclamar

1056 Sergio Cavalieri Filho ensina que o dano emergente ou positivo significa a efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. Trata-se do desfalcque ocorrido no patrimônio da vítima. Lucro cessante é a perda do ganho esperado, é a frustração da expectativa de lucro. O lucro cessante abrange não somente a interrupção dos rendimentos que alguém vinha obtendo, mas também da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 225).

1057 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 501.

tais valores de Beto a título de lucros cessantes, acrescido de juros e correção monetária. Desta forma, ocorrendo a evicção o evicto ficará privado dos valores do aluguel fazendo jus a indenização dos valores respectivos pelo prazo do contrato de aluguel.

Assim, a responsabilidade do alienante não se restringe ao valor do direito na data em que houve a privação, mas abrange ainda toda qualquer diminuição patrimonial, além daquilo que era razoavelmente esperado e foi frustrado

(d) À **indenização pelas custas judiciais e honorários do advogado** constituído pelo adquirente evicto. O alienante deverá reembolsar ao adquirente-evicto as custas judiciais por este suportadas, bem como os honorários do advogado por ele constituído.

(e) À **indenização das benfeitorias necessárias ou úteis** devem ser pagas pelo alienante, salvo as situações de reembolso, ou seja, as não abonadas ou não pagas (art. 453 do CC). O evicto tem direito de ser indenizado das benfeitorias necessárias ou úteis, pelo reivindicante (CC, art. 1.219).¹⁰⁵⁸

A Benfeitoria se constitui como um acréscimo que alguém realiza em bens. Assim, é uma obra do engenho humano que acarreta um acréscimo na coisa principal, ou seja, são bens acessórios, artificiais decorrentes de trabalho humano, que visam à conservação, melhoramento ou aformoseamento do bem principal. São as obras ou despesas realizadas em bens já existentes, com intuito de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la.

O CC considera necessárias as benfeitorias que “têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore”; úteis, as que “aumentam

1058 “Estando o adquirente de má-fé, terá direito à indenização apenas das benfeitorias necessárias, mas neste caso não poderá exercer o direito de retenção e nem levantar as benfeitorias voluptuárias, à vista do disposto no art. 1.220. O reivindicante, também o alienante, poderá optar, diante da má-fé do adquirente, entre o preço de custo ou o seu valor atual, conforme prevê o art. 1.222. Se o adquirente realiza benfeitorias úteis ou voluptuárias, pendente ação reivindicatória, assume um risco consciente da provável perda”. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 112.

ou facilitam o uso do bem”; e voluptuárias, as de “mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável, ou seja, de elevado valor” (art. 96, CC). **As espécies de benfeitorias são: necessárias, úteis e voluptuárias.**

Necessárias: têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore, ou seja, a necessidade é de recuperar a função ou a de preservá-la, podendo, ainda, dizer respeito à segurança corporal ou de saúde dos usuários. Podemos citar como exemplo: se o madeiramento do telhado apodrece e o madeiramento começa a ruir, impõe-se uma reforma urgente ou, ainda, concerto por causa de infiltrações ou mesmo reforço de base de uma casa.

Úteis: Estas benfeitorias consistem em serviços ou obras que visam ampliar a funcionalidade ou dar maior utilidade ao bem principal, como as substituições de um sistema caro de energia por um outro de menor custo ou mesmo um aumento de um cômodo em uma casa.

Voluptuárias: Caracteriza-se esta espécie por ser obra destinada ao lazer dos ocupantes do bem principal ou para embelezamento deste, ou seja, são aquelas de mero deleite ou recreio, como jardins, fontes, cascatas, etc.

Por outro lado, os acréscimos não decorrentes da ação humana não são benfeitorias¹⁰⁵⁹.

Para compreender melhor o direito do evicto em relação às benfeitorias que porventura tenha realizado na coisa entre a data de aquisição do direito e a posterior perda dela por força evicção¹⁰⁶⁰.

1059 CÓDIGO CIVIL. Art. 97. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.

1060 “Assim é que, se o adquirente as tiver feito na coisa, e a sentença as não tiver abonado, incluem-se na indenização que o alienante lhe deve; se houverem sido abonadas ao adquirente, mas não tiverem sido por este realizadas, e sim pelo alienante, deduzirá este, do preço que houver de restituir ao adquirente, o seu valor; e se tiverem

Imagine o exemplo: António (evito) adquire de Beto (alienante). Após a aquisição do bem realiza diversas benfeitorias necessárias e úteis no bem. Carlos propõe contra Beto uma ação reivindicatória afirmando que é o verdadeiro proprietário, visto que Beto não comprou o bem do verdadeiro dono. Após o curso natural do processo, Carlos ganha o processo, sendo entregue o direito. A questão que se coloca é a seguinte: quem pagará os valores que Beto realizou com as benfeitorias? Se o evicto não tiver sido indenizado pelo evictor (Carlos) a responsabilidade será do alienante (Beto), no valor atualizado¹⁰⁶¹. As benfeitorias necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão pagas pelo alienante (art. 453 do CC).

Pode ter acontecido do alienante (Beto) antes de transferir o bem ao António (evicto) realizou benfeitorias, nessa situação, o valor das benfeitorias poderá ser abatido, do montante da indenização, o *quantum* respectivo¹⁰⁶². Se as benfeitorias abonadas ao que sofreu a evicção tiverem sido feitas pelo alienante, o valor delas será levado em conta na restituição devida (art. 454 do CC).

(f) Em caso de deterioração da coisa alienada estando a coisa em poder do adquirente não eximirá da responsabilidade pela evicção total, salvo as situações de previsão contratual em caso contrário e deterioração provocada intencionalmente pelo alienante, ressaltando que a responsabilidade permanece, quando a deterioração decorre de simples culpa.¹⁰⁶³

sido realizadas pelo adquirente, e a este abonadas, delas se não cogitou nas relações entre alienante responsável e adquirente evicto". PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 120.

1061 CÓDIGO CIVIL. Art. 1.222. O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

1062 Benfeitorias. Se realizou, entre a celebração do contrato e a evicção, benfeitorias úteis ou necessárias, o evicto terá direito à indenização pelo valor atualizado do que gastou. Se agiu de má-fé, será reembolsado apenas pelas despesas com as benfeitorias necessárias. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 112.

1063 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*.

Contudo, se o alienante ao realizar a deterioração do bem houver auferido vantagens econômicas (venda dos materiais da demolição), deduzir-se-ão da quantia a receber, a não ser que tenha sido condenado a indenizar o terceiro evidente (arts. 451 e 452 do CC).

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald afirma que

Caso a depreciação decorra de mera negligência do proprietário, a indenização persiste. O alienante arcará com a restituição do preço e demais consectários legais (art. 450 e incisos, CC), afinal o direito pertence a um terceiro. Mas, se maliciosamente atuou o adquirente no sentido de privar a coisa de seu valor, objetivando majorar os gastos do alienante, elide-se o seu dever indenizatório.¹⁰⁶⁴

O fundamento do dever da indenização é evitar que o alienante tenha um aproveitamento econômico indevido, gerando um enriquecimento indevido.

10.3.6. *Exceptio non adimpleti contractus*

Segundo dispõe o art. 476 do CC nos contratos bilaterais (sinalmáticos), “**nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro**”.

A ***Exceptio non adimpleti contractus*** (exceção do contrato não cumprido,) é uma defesa que o contratante poderá ser usado contra o outro contratante inadimplente, ou seja, o demandado se recusa a adimplir a sua obrigação, sob a alegação de não ter, aquele que o reclama, cumprido o seu dever, dado que cada contratante está sujeito ao estrito cumprimento do contrato. Por isso, se um deles não cumprir a sua prestação o outro poderá se opor a adimplir a sua, desde que a norma ou o contrato não determine a quem competirá efetuar a prestação em primeiro lugar.

13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p.152.

1064 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 502.

Assim, para melhor compreensão temos o seguinte **exemplo**: António contrata Beto a construção de uma obra de arte, a ser executada no prazo de 6 (seis) meses e comprometendo adiantar a metade do valor da obra no prazo de 30 (trinta) dias, sendo que está impedido de exigir a entrega da obra se não efetuar o adiantamento. Se, no entanto, António requerer judicialmente contra Beto, exigindo o adimplemento da obrigação (entrega da obra), poderá este se defender, alegando a ***exceptio non adimpleti contractus*** (exceção do contrato não adimplido).

Mas e se o contrato já tiver sido celebrado e houver, após o ato de sua celebração, fundado receio de seu futuro inadimplemento, em razão da diminuição patrimonial da parte contrária?

O CC estipula no art. 477 que

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.

A regra legal trata de uma exceção de insegurança no adimplemento da prestação, conferindo à parte a pretensão ao retardamento de sua própria prestação quando se torne duvidosa, salvo a constituição de garantia idônea.

A norma trata da exceção de inseguridade, conferindo ao contratante a pretensão ao retardamento de sua própria prestação quando se torne arriscado ou duvidoso o adimplemento da contraprestação, pelo fato de a parte contratual ter sofrido alterações patrimoniais. Situação que deve ser analisada objetivamente e que a parte exigente não esteja em mora.¹⁰⁶⁵

Imaginemos o seguinte **exemplo**: A Empresa “A” comprou da empresa “B” um determinado bem, com pagamento em 10 (dez) pres-

¹⁰⁶⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

tações, sendo que a entrega do bem será depois da quitação da 6 (sexta) prestação. Após o pagamento da 4 (quarta) prestação é noticiado que a empresa “A” está passando por dificuldades financeiras. Neste caso, a empresa “B” poderá exigir que seja dada garantias idôneas de pagamento das demais prestações, podendo em caso de negativa, condicionar a entrega do bem após o pagamento integral.

O Enunciado no 438 do Conselho de Justiça Federal: “A exceção de inseguridade, prevista no artigo 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe manifestamente em risco a execução do programa contratual”.¹⁰⁶⁶

Desta forma, não poderá a parte adquirente exigir a tradição da coisa antes de conferida a garantia ou pago o preço como um todo, ao passo que, em exigindo, poderá ser arguida a exceção substancial da exceção do contrato não cumprido.

¹⁰⁶⁶ CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 438 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judicários, 2012.

Capítulo 11

Extinção ou dissolução do contrato
(cessação da relação contratual)

O contrato sendo uma relação jurídica decorrente de um negócio jurídico bilateral nasce, se desenvolve e morre (extingue-se).

Assim, a extinção contempla os fatos jurídicos pelo qual o contrato deixa de existir. Por isso, os contratos podem ser extintos por causas normais (adimplemento ou verificação de fator eficacial) ou por causas anormais anteriores e expressas (nulidades, arras, redibição e cláusula resolutiva expressa) ou supervenientes (resilição, resolução e morte).

A expressão **rescisão é o gênero** que possui as seguintes **espécies: (a) resilição e (b) resolução**. A diferença decorre da situação ensejadora da extinção do contrato.¹⁰⁶⁷

Formas de extinção		
Causas normais	Adimplemento	
	Verificação fator eficacial	
Causas anormais	Anteriores ou concomitantes	Nulidade relativa e absoluta
		Arrependimento (arras)
		Cláusula resolutiva expressa
		Redibição
	Supervenientes	Resilição
		Resolução
		Morte do contratante

Fonte: Autor

11.1. Modo Normal de extinção

O modo normal de extinção do contrato decorre do adimplemento natural do contrato¹⁰⁶⁸, pelo cumprimento das prestações ou então

1067 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 310. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 295. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 206-208.

1068 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral.* 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 269-271.

pelo adimplemento do termo, da condição resolutiva ou suspensiva ou do encargo.

Por **exemplo**: no contrato de compra e venda, a entrega da coisa (tradição) com o pagamento do preço perfaz o contrato, extinguindo-o e produzindo o normal efeito que é translativo da propriedade. Lembrando que sem a entrega do bem ou a falta do pagamento teremos o contrato sem o adimplemento.

A extinção natural dá-se, em regra, pela execução, seja instantânea, diferida ou continuada, ou seja, o adimplemento das prestações acarreta a extinção do contrato, visto que libera o devedor e satisfaz o credor.

Uma vez celebrado o contrato e estando válido na forma legal a sua extinção ocorre por fato superveniente que concretiza o seu plano da eficácia, conforme estipulado pelos contratantes.

11.1.1. Adimplemento (Exaustão ou cumprimento)

O adimplemento se dará com a quitação da obrigação, ou seja, “**o devedor que paga tem direito a quitação** regular, pode reter o pagamento enquanto não lhe seja dada” (art. 319 do CC). O art. 320 do CC dispõe: “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”. Acrescenta o parágrafo único que, “ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida”¹⁰⁶⁹. Isto ocorre porque a quitação deve ser interpretada *modus in rebus*, limitando-se ao valor nela registrado.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁹ “O recibo de quitação de dívida com pagamento com cheques somente tem a presunção de validade após o desconto dos mesmos”. (BRASIL. TJDFT. Acórdão 148645, 20010020049187AGI, Relator: JOÃO MARIOSI, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 22/10/2001, publicado no DJU SEÇÃO 3: 8/5/2002. Pág.: 19).

¹⁰⁷⁰ BRASIL. STJ. EREsp 292.974/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2003, DJ 15/09/2003, p. 231.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald¹⁰⁷¹ demonstram que o contrato poderá ser adimplido conforme a complexidade das obrigações (simples e complexas).

Sendo assim, só terá o adimplemento do contrato se o mesmo for adimplido dentro de uma pontualidade ou exatidão das obrigações (ponto por ponto)¹⁰⁷² e dentro de uma integralidade no objeto¹⁰⁷³, não se admitindo fracionamento diferente do previsto no contrato. Assim, podemos apresentar o seguinte **exemplo**¹⁰⁷⁴: Antônio compra de Beto um objeto móvel teremos o adimplemento simplesmente quando o objeto for entregue e pago, ou seja, com a realização das prestações¹⁰⁷⁵. Quando o contrato envolver obrigação de fazer teremos o cumprimento simples com a realização da atividade ou então com a abstenção da obrigação.¹⁰⁷⁶

1071 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 520.

1072 CÓDIGO CIVIL. Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

1073 CÓDIGO CIVIL. “Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”.

1074 “Em termos diretos, é o que sucede nos contratos instantâneos quando o devedor oferta o pagamento na compra de uma mercadoria (art. 491, CC), nos contratos envolvendo obrigações de fazer e não fazer, respectivamente, com a realização da atividade ou com a abstenção, que atendam ao interesse do credor e, nas relações duradouras, mediante a integralização de uma consecutividade de prestações, pois nelas o adimplemento sempre se renova, até o seu término”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 519-520.

1075 “Normalmente, cessa com a prestação. A *solutio* é o seu fim natural, com a liberação do devedor e satisfação do credor. (...). Não importa a natureza da solução, nem a sua forma. Na *obligatio dandi* ou na *obligatio faciendi*, o cumprimento extingue a obrigação. Extingue o contrato”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 127.

1076 “Em comum, a consignação, a sub-rogação, a imputação em pagamento e a dação em pagamento envolvem um ato de prestação; esta atividade prestacional, contudo, não se verifica na novação, a compensação, na confusão e na remissão. Mas todas estas oito formas indiretas de adimplemento se relacionam com a fase extintiva das obrigações, que não se confunde com as causas extintivas dos contratos (distrato, resolução, denúncia etc.). Os contratos podem se extinguir sem que se extingam as obrigações deles decorrentes. Esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior que o contrato de locação pode estar extinto e persistir o crédito pelos aluguéis; a locação pode per-

A prova do pagamento cabe ao devedor, independentemente de qualificar o fato constitutivo ou fato extintivo, sendo assim, a quitação necessita de manifestação expressa de vontade, não podendo se falar em quitação tácita.

O art. 322 do CC dispõe que “quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. Por isso, a norma legal “estabelece uma presunção relativa em favor do devedor, incumbindo ao credor, uma vez por aquele demonstrado o pagamento das parcelas posteriores, produzir prova que desconstitui tal presunção”¹⁰⁷⁷.

11.1.2. Verificação de fator eficacial

Os fatores eficaciais¹⁰⁷⁸ são: (a) o **Vencimento do Termo**; (b) a **Condição Resolutiva e Suspensiva**; e (c) **Implemento do Encargo**. Sendo necessário a estipulação expressa na base do contrato para que o pacto cumpra o perfil estipulado pelas partes no intuito da satisfação das prestações. Ou seja, se trata de uma previsão contratual determinado o fim do contrato em uma data prefixada, ou então uma condição prefixada.¹⁰⁷⁹

manecer, e o direito aos aluguéis atrasados estar extinto pela compensação. Por isso se diz que o pagamento, a dação, a consignação etc., são modos de extinção dos direitos de crédito, e não propriamente da relação obrigacional. Enfim, “os diversos modos pelos quais se dá eficácia à relação obrigacional, antes de serem fatores de extinção (de frustração ou de destruição), são modos de cumprimento da obrigação. Dando-se eficácia, por eles, ao contrato, há a direta e imediata extinção do crédito e,mediamente, da própria relação obrigacional, se satisfeitos todos os créditos dela derivados ou se os outros insatisfeitos tiverem sido atingidos por alguma causa extintiva, não de cumprimento, mas de destruição”. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 21-24.

1077 BRASIL. STJ. REsp 70.170/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/04/2000, DJ 12/06/2000, p. 112.

1078 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 264. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 88. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 523-525.

1079 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil*.

Verificação fator eficacial		
Vencimento do termo	Condição resolutiva e suspensiva	Implemento do encargo
		Fonte: Autor

(a) O **adimplemento do termo** (evento futuro e certo) previamente expresso no contrato acarreta a extinção do contrato. Imaginemos o seguinte **exemplo**: António celebrou contrato com Beto estipulando uma data para a extinção do contrato, ou seja, é um negócio jurídico determinado.

(b) O **implemento da condição resolutiva** decorre de um fato futuro e incerto estipulado como causa de extinção do contrato. Um **exemplo** pode ser tirado da seguinte situação: António celebrou com Beto um contrato de comodato em que autorizava o uso do imóvel enquanto não fosse aprovado em um concurso público para a defensoria pública.

(c) O **implemento da condição suspensiva** a ocorrência da condição suspensiva irá acarretar a aquisição do direito, desta forma, tomemos como **exemplo** a seguinte situação: Antônio venda para Beto um objeto (Bebida, perfume entre outros), onde a finalização do contrato dependerá do agrado de Beto. A consumação do contrato depende apenas do arbítrio do comprador (Beto), não podendo o Antônio (vendedor) alegar que a desistência decorre do mero capricho. Não está em jogo a qualidade ou utilidade objetiva da coisa.

(d) **Implemento do encargo** é fator eficacial, normalmente inseridos nos contratos não sinaligmáticos (benéficos), como a doação e o comodato. Uma vez que adimplido o encargo o interessado em seu adimplemento, seja ele o outro contratante, seus sucessores ou coletividade, pode reclamar o desfazimento do contrato.

Contratos: Teoria Geral. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 270-272.

11.2. Causas anormais anteriores ou contemporâneas à formação do contrato

A extinção do contrato também poderá ocorrer por questões anormais ou extraordinárias, ou ainda por circunstâncias, que são aquelas decorrentes de variados motivos derivados de interesses das partes ou circunstâncias anômalas que impedem ou interrompem o curso normal da execução do contrato, não ensejando a produção dos efeitos normais previstos pelas partes no ato da celebração, aparecendo como efeitos circunstanciais que, na maioria da vezes, provocam a ruptura do vínculo contratual, com a consequente extinção do contrato.

Ruy Rosado de Aguiar Jr dispõe que

As situações não se confundem: (a) enquanto a causa extintiva do contrato atinge diretamente a fonte e,mediamente, a obrigação dela nascida, como, por exemplo, a nulidade, (b) a causa que extingue a obrigação atinge o contrato apenas de modo reflexo e parcial; em alguns casos, também pode extinguí-lo, quando o pagamento da prestação esgota a finalidade do contrato.¹⁰⁸⁰

O contrato existente pode apresentar alguns problemas ou defeitos capazes de frustrar total ou parcialmente a produção de seus efeitos. Alguns destes efeitos localizam no campo do exercício da autonomia privada que podem acarretar uma nulidade absoluta ou relativa, tendo em vista que o nascimento do contrato já contém problemas estruturais.

1080 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 35.

Causas anormais anteriores
Nulidade relativa e absoluta
Arrependimento (arras)
Cláusula resolutiva expressa
Redibição

Fonte: Autor

Mas, as partes contratantes podem diante da autonomia privada estipular regras expressas para tratar da extinção do contrato.

11.2.1. Nulidade absoluta e relativa

A **nulidade absoluta** acarreta a extinção do contrato, tendo em vista a existência de vício insanável na celebração do contrato, uma vez que o tornou o contrato nulo de pleno direito, gerando **efeitos ex tunc**. Podendo a nulidade absoluta ser requerida a qualquer, por qualquer interessado, podendo ser declarada de ofício pelo juiz ou por promoção do Ministério Público (art. 168 do CC).

São motivos de nulidade absoluta: (a) celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (b) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (c) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; (d) não revestir a forma prescrita em lei; (e) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; (f) tiver por objetivo fraudar lei imperativa; (g) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção; (h) negócio simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma (art. 166 e 167 do CC).

A anulação somente pode ser requerida pelo contratante cujo interesse se encontra agredido pela infringência da norma e não podendo ser arguida por ambos os contratantes e nem declarada de ofício pelo magistrado. A **nulidade relativa** acarreta a anulação do contrato, desde que pleiteada dentro do prazo decadencial previsto na norma, tendo vista a existência de fatos que maculam a formação do contrato, acarretando **efeitos ex nunc**.

São motivos de nulidade relativa: (a) a incapacidade relativa do contratante; (b) celebração do contrato com vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores; (c) além de outras situações expressamente prevista na norma (art. 171, do CC).

Se a hipótese for de **nulidade parcial**, só quanto a ela poderá ser exercido o direito (art. 184 do CC). Quando cabível a conversão (art. 170 do CC), a procedência da nulidade será apenas parcial, devendo o juiz declarar qual o negócio jurídico será mantido. A situação é gerada por **exemplo** pela nulidade de uma cláusula contratual abusiva, mantendo-se o contrato válido nas demais cláusulas.

11.2.2. Direito de arrependimento (arras)

As Arras são o sinal dado em dinheiro ou outro bem móvel para demonstrar que os contratantes estão com propósito sério a respeito do contrato, ou seja estão com a intenção de celebrar o contrato, possuindo o sinal realizado **duas funções diametral opostas:** (i) **o valor antecipado como princípio de pagamento (confirmatória)**, e (ii) **como garantia de cumprimento da obrigação (penitenciais)**, uma vez que se pode convencionar a possibilidade de desfazimento do contrato, hipótese em que o sinal terá função indenizatória, sujeitando-se à perda do sinal, ou à sua devolução em dobro, sem, no entanto, pagar indenização suplementar¹⁰⁸¹. Sua principal característica é admitir o arrependimento (art. 420 do CC)¹⁰⁸².

Podemos apresentar o seguinte **exemplo:** António adianta a Beto a quantia de R\$ 50.000,00 como sinal e início de pagamento de promessa de compra e venda, com inserção de cláusula de retratação. Se o comprador António se arrepender, perderá para Beto as arras

1081 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 141.

1082 Dispõe o art. 420 do CC: “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.”

adiantadas. Mas, se partir a desistência do vendedor Beto, terá este de restituir em dobro o valor (R\$ 100.000,00) para António.¹⁰⁸³

A devolução do valor que foi recebido como sinal decorre do direito potestativo, a título da preservação do contrato.

O direito de arras nos contratos empresariais e civis somente terá repercussão se for expressamente prevista no contrato¹⁰⁸⁴.

O Enunciado no 165 da 3^a Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, ao afirmar que “em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais”¹⁰⁸⁵. A ideia implica que a existência de uma cláusula de arras (arrependimento) pode ser considerada como abusiva e por isso pode sofrer sindicância pelo Poder Judiciário, “sendo reduzida, e não simplesmente invalidada”.¹⁰⁸⁶

No caso dos contatos consumerista o direito de arras (arrependimento) existirá se a relação contratual ocorrer fora do estabelecimento empresarial, na forma do 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

1083 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 529.

1084 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. Fontes das obrigações: contratos.* 5^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 207-215.

1085 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 413 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

1086 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 529.

reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Assim, **o sinal ou arras tem cabimento se expressamente escrita nos contratos bilaterais translativos do domínio**, por isso é considerada como pacto acessório, salvo nas relações consumeristas a distância. Não existe por si: depende do contrato principal¹⁰⁸⁷.

11.2.3. Cláusula resolutiva expressa ou convencional

Os contratantes podem estipular uma cláusula resolutiva expressa (pacto comissório expresso), no momento da celebração contratual ou em aditivo, situação na qual a ocorrência do fato acarretará a extinção de pleno direito do contrato.

O CDC contém regra específica a respeito, no § 2º do 54: “nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior”. Ou seja, “desde que prevista a possibilidade de escolher a parte em mora uma alternativa diferente que a resolução, como o pagamento”¹⁰⁸⁸, mas a escolha pela sua incidência ou não ao caso concreto caberá exclusivamente ao arbítrio do consumidor.¹⁰⁸⁹

De acordo com o art. 474 do CC: **“A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”**.

A cláusula resolutiva expressa, como o nome sugere, constitui-se uma cláusula efetiva e expressamente estipulada pelas partes, seja no momento da celebração do negócio jurídico, ou em oportunidade posterior (via aditivo contratual), porém, sempre antes da verificação da situação

¹⁰⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 183.

¹⁰⁸⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 276.

¹⁰⁸⁹ ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor*. Coleção Esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1021.

de inadimplência nela prevista, que constitui o suporte fático para a resolução do ajuste firmado.¹⁰⁹⁰

Para compreender a ideia da cláusula resolutiva expressa é primordial diferenciá-la da condição resolutiva¹⁰⁹¹. Enquanto a **condição resolutiva** se vincula ao fundamento de extinção do contrato pela ocorrência de um fato futuro, incerto e externo, mas esperado e desejado pelas partes, enquanto a **cláusula resolutiva expressa** decorre de um inadimplemento da obrigação das partes, ou seja, o evento futuro, incerto e interno, não é desejado, mas imaginado pelos contratantes. A cláusula resolutiva se cataloga com situações problemáticas que repercutem no contrato acarretando o inadimplemento das obrigações assumidas pelos contratantes.

Em semelhança à condição resolutiva, a cláusula resolutiva se relaciona ao plano da eficácia do negócio, mas diferentemente daquela, que diz respeito a efeitos voluntariamente previstos pelas partes (a voluntariedade é elemento essencial da condição), a cláusula resolutiva se relaciona com problemas no contrato decorrentes do descumprimento das obrigações assumidas, isto é, efeitos não desejados pelas partes, originados ordinariamente do inadimplemento contratual absoluto.¹⁰⁹²

1090 BRASIL. STJ. *REsp 1.789.863-MS*, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, por maioria, julgado em 10/08/2021.

1091 Segundo Flávio Tartuce as expressões “condição resolutiva” e “cláusula resolutiva” são sinônimas. TARTUCE, Flávio. Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 289. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 275. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 150.

1092 FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Distinção entre a condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: repercussões na falência e na recuperação judicial. In. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil* | Belo Horizonte, v. 20, p. 183-207, abr./jun. 2019, p. 190.

Micaela Barros Barcelos Fernandes afirma que “se prevista pelas partes situação específica de descumprimento ensejadora de perda do interesse útil, estar-se-á diante da hipótese de cláusula resolutória expressa”¹⁰⁹³. Assim, conforme o Enunciado 436 da V Jornada de Direito Civil dispõe que **“a cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial”**.

A existência da cláusula resolutiva expressa pressupõe que as partes anteviam a possibilidade de que determinadas situações e fatos possam acarretar o inadimplemento contratual. Portanto, fazem inserir expressamente uma cláusula resolutiva, que tem o seu fundamento na *lex comissória*, para que em caso de sua ocorrência possam resolver o contrato.

A cláusula resolutiva expressa tem a força de constituir o inadimplente em mora, a partir de quando nela incorrer, independentemente de interpelação judicial para esse fim específico.

De acordo com o art. 474 do CC: **“A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”**.

No entendimento da doutrina não significa que se ocorrer o aparecimento da situação descrita como resolutiva, não teremos de imediato o desfazimento do contrato, mas sim a constituição em mora do inadimplente.¹⁰⁹⁴

Paulo Nader afirma que

Caracterizada a resolução expressa, a parte lesada não carece de ajuizamento de ação judicial, salvo se optar por exigir o cumprimento da obrigação, pleitear perdas e danos ou formular ambos pedidos. O litígio judicial pode ser

1093 FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Distinção entre a condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: repercuções na falência e na recuperação judicial. In. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil* | Belo Horizonte, v. 20, p. 183-207, abr./jun. 2019, p. 191.

1094 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Contratos. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 148. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 184. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 204-206.

instaurado, contudo, pelo acusado de inadimplência, pretendendo preservar o vínculo contratual, além de exigir o resarcimento da contraparte, quando, naturalmente, deverá provar o cumprimento de sua obrigação.¹⁰⁹⁵

Dentro desta ideia o STJ decidiu que “é imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos”¹⁰⁹⁶. Assim, “a cláusula de resolução expressa não dispensa, em princípio, a ação judicial”.¹⁰⁹⁷

No entanto, vamos imaginar o seguinte **exemplo**: António celebrou um contrato com Beto, sendo António adimpliu a sua obrigação e Beto ficou inadimplente e diante da situação o credor constituiu em mora o devedor, que poderá levar a **duas situações**: (a) adimplemento do contrato para que cumpra a sua obrigação entregando a coisa; ou (b) desfazimento do contrato diante da resolução do contrato, devendo o devedor devolver a coisa. Em ambos os casos com a possibilidade do pagamento de indenização¹⁰⁹⁸.

A Súmula 369 do STJ estipula que “**no contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa**,

1095 Se o conflito vier a ser objeto de ação judicial, tratando-se de matéria de fato, o descumprimento deverá ser provado em juízo, a fim de que produza os efeitos convencionais e os de lei. O princípio “o ônus da prova cabe a quem alega” nem sempre prevalece. Se a inexecução alegada refere-se a não pagamento, por exemplo, a prova caberá à parte acusada de inadimplemento. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 148.

1096 BRASIL. STJ. *REsp 620.787/SP*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, REPДJe 15/06/2009, REPДJe 11/05/2009, DJe 27/04/2009.

1097 BRASIL. STJ. *REsp 237.539/SP*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/1999, DJ 08/03/2000, p. 127.

1098 FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 526. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 180.

é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituir em mora”.

É possível que o credor ao constituir em mora o devedor já informe a sua posição pela resolução definitiva do contrato, não cabendo aqui, realizar o pedido judicial de resolução, pois a intenção é de não manutenção do vínculo contratual¹⁰⁹⁹. Nesse sentido o STJ decidiu

Que impor à parte prejudicada o ajuizamento de demanda judicial para obter a resolução do contrato quando esse estabelece em seu favor a garantia de cláusula resolutória expressa, é impingir-lhe ônus demasiado e obrigação contrária ao texto expresso da lei, desprestigiando o princípio da autonomia da vontade, da não intervenção do Estado nas relações negociais, criando obrigação que refoge à verdadeira intenção legislativa.¹¹⁰⁰

Desta forma, **com a existência da cláusula resolutiva expressa poderá o credor constituir em mora o devedor e optar pelas seguintes saídas:** adimplemento do contrato ou resolução do contrato (natureza declaratória) com a devolução da coisa, ambas situações com o pagamento de indenização por perdas e danos¹¹⁰¹, ou somente o pagamento de indenização por perdas e danos ou devolução do bem, se no ato de constituição em mora for expresso a sua vontade de resolução do contrato.

Não caberá indenização por perdas e danos caso exista no contrato cláusula penal indenizatória.¹¹⁰²

1099 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 526.

1100 BRASIL. STJ. *REsp 1.789.863-MS*, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, por maioria, julgado em 10/08/2021.

1101 CÓDIGO CIVIL. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

1102 BRASIL. STJ. *AgInt no AREsp 1426568/SC*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 03/09/2020.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que

A cláusula resolutiva expressa ou convencional, como no caso de cláusula resolutiva tácita, a resolução deve ser judicial, ou seja, precisa ser judicialmente pronunciada. No primeiro, a sentença tem efeito meramente declaratório e ex tunc, pois a resolução dá-se automaticamente, no momento do inadimplemento; no segundo, tem efeito desconstitutivo, dependendo de interpelação judicial. Havendo demanda, será possível aferir a ocorrência dos requisitos exigidos para a resolução e inclusive examinar a validade da cláusula, bem como avaliar a importância do inadimplemento, pois a cláusula resolutiva, apesar de representar manifestação de vontade das partes, não fica excluída da obediência aos princípios da boa-fé e das exigências da justiça comutativa.¹¹⁰³

Quando ocorrer **a resolução do contrato os efeitos levaram as partes ao estado quo ante, com efeitos ex tunc**, salvo nos casos de contratos de execução no tempo (continuada ou periódica), tendo em vista a regra do art. 128 do CC que estipula “sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se apostar a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.”

Contudo, as partes contratantes podem por força da autonomia privada estipular cláusula em contrário, permitindo a retroatividade dos efeitos, salvo no caso de contrato de adesão¹¹⁰⁴.

1103 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 182.

1104 “O art. 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor permite a estipulação de cláusula resolutiva expressa nas relações de consumo, mas apenas como cláusula alternativa, cabendo a escolha ao consumidor. Na prática, a opção entre a resolução e a manutenção do contrato caberá ao consumidor, sendo abusiva a cláusula que implique renúncia a este direito (art. 51, I, CDC). A nosso sentir, mesmo no contrato de adesão intercívico, a cláusula resolutiva não poderá operar de pleno direito, sendo

As partes contratantes podem estipular regras de purgação da mora¹¹⁰⁵, afastando a resolução do contrato, devendo ser analisada a situação concreta¹¹⁰⁶, assim, como é possível, a resolução por parte daquele que não conseguiu cumprir a obrigação. No entanto, em caso de inadimplemento absoluto não será admitido purgar a mora.

11.2.4. Redibição

Na ocorrência de um vício redibitório poderá a parte contratante optar pelo abatimento do preço da coisa ou a redibição do contrato. Se optar pela redibição teremos a extinção do contrato por causa anterior à celebração do contrato, uma vez que o vício é preexistente à celebração do contrato.

11.3. Causas supervenientes à formação do contrato

O CC prevê a possibilidade de extinção do contrato por causa superveniente no caso de resilição ou resolução.

A **resilição** “é para os casos de extinção por vontade das partes, e compreende o **distrato**, que é a resilição bilateral, e a **resilição unilateral**, que se apresenta nas modalidades de revogação, desistência, denúncia, renúncia ou resgate”¹¹⁰⁷.

necessária a intervenção do judiciário para avaliar a quebra do equilíbrio material entre as partes, como aliás induz a leitura do art. 424 do CÓDIGO CIVIL. “nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 527.

1105 CÓDIGO CIVIL. “Art. 401. Purga-se a mora: I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta; II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data”.

1106 “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 à condição resolutiva”. (BRASIL. STJ. REsp 471.613/GO, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2003, DJ 24/11/2003, p. 312).

1107 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 38-39.

A **resolução** decorre do inadimplemento das prestações, podendo ocorrer por falta de cumprimento ou inadimplemento *stricto sensu*, mora e cumprimento defeituoso. O inadimplemento pode ser imputável ou não imputável ao devedor. A resolução pressupõe um negócio jurídico válido¹¹⁰⁸ e um inadimplemento¹¹⁰⁹, sendo que o objetivo da resolução é liberar as partes, sem aniquilar consequências produzidas pela manifestação de vontade.

A **morte** do contratante poderá acarretar a extinção do contrato se a natureza do contrato ou previsão contratual instituir que a mesma é personalíssima.

Causas supervenientes à formação do contrato
Resilição
Resolução
Morte do contratante

Fonte: Autor

11.3.1. Resilição

A resilição é a cessação do vínculo contratual pela vontade de um ou de todos os contratantes. A resilição é o termo usado para a extinção voluntária do contrato, podendo ser unilateral ou bilateral (distrato), não decorre de incumprimento contratual, mas unicamente da manifestação de vontade.

1108 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 104.

1109 GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73.

Formas ou espécies de resilião	
Distrato	Resilião unilateral
Vontade dos contratantes	Vontade de um dos contratantes
<i>Ex nunc</i> , salvo previsão em contrário	<i>Ex nunc</i>

Fonte: Autor

11.3.1.1. Distrato e sua forma e efeitos (resilião bilateral)

O art. 472 do CC estipula que “**o distrato faz-se pela mesma forma que o contrato**”.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald¹¹¹⁰ expõe que o distrato “possui natureza de negócio jurídico bilateral destinado à extinção contratual. Por mútuo consenso as partes deliberam pelo término das relações obrigacionais”. Paulo Nader comprehende o distrato como “o acordo das partes, que tem por objeto o desfazimento de contrato que possui ainda efeitos jurídicos a produzir”¹¹¹¹. Caio Mário da Silva Pereira expõe que o distrato é “a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo”¹¹¹². Por isso, Paulo Lôbo, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald e Caio Mário da Silva Pereira¹¹¹³ afirmam que o distrato é um novo contrato, com características muito similares, mas com objetivo desvinculativo do acordo, logo acarretando a extinção do contrato primário.

¹¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 530.

¹¹¹¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos.* 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 145.

¹¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 151.

¹¹¹³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 198. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 530. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 151.

O distrato por ser um negócio jurídico bilateral na sua formação está sujeito a todas as regras gerais dos negócios jurídicos, por isso se um incapaz celebrar um distrato, o negócio estará sujeito às sanções da norma.

Nos dizeres de Pontes de Miranda, “O distrato não é ida ao passado para apagar o que se redigirá, ou se dar como não tendo sido aquilo que foi. O distrato não é descontrato. Quem distrata não descontrata. O contrato foi feito, e lá fica. Apenas sem qualquer irradiação de efeitos”¹¹¹⁴, e sem qualquer existência para o futuro.

O distrato é acordo das partes para o encerramento do contrato e também é conhecido como **resilição consensual, resilição bilateral ou por mútuo dissenso**.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. propõe que os requisitos do distrato são:¹¹¹⁵

a) A manifestação da vontade de desfazer os efeitos do contrato deve partir daqueles que contrataram, e este é o requisito subjetivo do distrato.

b) Ser o distrato ainda possível, isto é, que a relação se mantenha como contratada, sem que haja a adesão de um terceiro a que fora destinada, e sem que tenha sido inteiramente cumprida a prestação. Se houve o cumprimento total da prestação do devedor, não há espaço para o distrato: “Nos contratos já executados, impossibilita-se o distrato”. Pode haver a remissão da dívida (art. 385) pelo credor, não o distrato.

c) Se o contrato foi celebrado tendo em vista uma prestação em favor de terceiro, se este aderiu (muitas vezes, realizando despesas e efetuando prestações), o distrato não pode atingir o interesse desse

1114 MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 320.

1115 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 37-38.

terceiro. Igualmente, se houver cessão da posição contratual, de créditos ou débitos, o cessionário não pode ser prejudicado pelo distrato firmado pelos primitivos contratantes; então, o contrarius consensus produzirá efeito apenas entre os distratantes.

Por força da autonomia privada as partes podem estabelecer o distrato em qualquer tipo contratual¹¹¹⁶, situação na qual haverá um acordo liberatório e dissolutório do contrato firmado anteriormente, tendo efeitos em regra *ex nunc*¹¹¹⁷, operando-se independentemente de pronunciamento judicial, sendo inclusive proibido cláusulas determinado a perda das prestações realizadas nos casos demandas envolvendo consumidores¹¹¹⁸.

1116 Em qualquer tipo de contrato é viável o exercício da autonomia privada, para o retrato do acordo inicial, como forma de derrogação do princípio da *pacta sunt servanda*. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 530.

1117 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 204. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 37-38.

1118 STJ. Informativo no 0530. Período: 20 de novembro de 2013. Quarta Turma: “DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA DE DISTRATO. É abusiva a cláusula de distrato – fixada no contexto de compra e venda imobiliária mediante pagamento em prestações – que estabeleça a possibilidade de a construtora vendedora promover a retenção integral ou a devolução ínfima do valor das parcelas adimplidas pelo consumidor distratante. Isso porque os arts. 53 e 51, IV, do CDC coibem cláusula de decaimento que determine a retenção de valor integral ou substancial das prestações pagas, por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador. Nesse contexto, o art. 53 dispõe que, 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’. O inciso IV do art. 51, por sua vez, estabelece que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Além disso, o fato de o distrato pressupor um contrato anterior não implica desfiguração da sua natureza contratual. Isso porque, conforme o disposto no art. art. 472 do CC, ‘o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato’, o que implica afirmar que o distrato nada mais é que um novo contrato, distinto ao contrato primitivo. Dessa forma, como em qualquer outro contrato, um instrumento de distrato poderá, eventualmente, ser eiado de vícios, os quais, por sua vez, serão passíveis de revisão em juízo, sobretudo no campo das relações consumeristas. Em outras palavras, as disposições estabelecidas em um instrumento de distrato são, como quaisquer outras disposições contratuais, passíveis de anulação por abusividade” (BRASIL. STJ. *REsp 1.132.943-PE*, Rel. Min.

11.3.1.1.1. Forma

“O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato” (art. 472 do CC).

Carlos Roberto Gonçalves afirma que “o distrato deve obedecer à mesma forma do contrato a ser desfeito quando este tiver forma especial, mas não quando esta for livre”¹¹¹⁹. Se o contrato foi realizado por escritura pública somente poderá ter o distrato por escritura pública, mas se o contrato foi verbal o distrato poderá ser por qualquer forma.

Para clarear temos o seguinte **exemplo:** Um contrato de compra e venda de imóveis cujo o valor ultrapasse a 30 (trinta) vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país, as quais hão de ser feitas por meio de escritura pública (art. 108 do CC). Nesse sentido, eventual distrato há, igualmente, de obedecer à forma de escritura pública. Outro **exemplo:** o contrato de fiança, a qual deverá ser celebrada por escrito, devendo o distrato também ser realizado por escrito.

O STJ tem o entendimento que a exigência da forma especial para o distrato ser realizado somente será necessária quando houver norma que determine. Assim, “deve-se entender, todavia, que só se exige que o distrato se faça do mesmo modo que o contrato quando, para que esse tenha validade, a lei exigir forma específica. Por exemplo, se a lei determina que o contrato seja feito por meio de escritura pública, seu distrato não poderá ocorrer por meio de instrumento particular”.¹¹²⁰

Luis Felipe Salomão, j. em 27.8.2013).

1119 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 152.

1120 “Civil. Processual. Compromisso de compra e venda. Distrato. 1. Quando para o contrato não exige a lei solenidade própria, o seu distrato pode ser feito por forma diversa, até verbalmente ou, mesmo, decorrer de fato que dispense expressa manifestação de vontade dos pactuantes. 2. Não cabe em recurso especial, reexame de provas que foram adotadas pelo acórdão para ter por verificada a resilição de contrato particular de compromisso de venda, em forma de pré-contrato. 3. O contrato de promessa de compra e venda que não contém obrigação de concluir o negócio, não serve para dar suporte ao procedimento do art. 27 da lei 6766/79”. BRASIL. STJ. *REsp* 5.317/RS, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/04/1991, DJ 03/06/1991, p. 7421.

A 7ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2015, aprovou o enunciado 584 que dispõe “desde que não haja forma exigida para a substância do contrato, admite-se que o distrato seja pactuado por forma livre”.¹¹²¹

Desta forma, se o contrato foi celebrado por escritura pública por opção dos contratantes, o distrato poderá ser feito por escritura pública ou mesmo instrumento particular. Se a forma de realizar o negócio é livre, o distrato poderá ser realizado verbalmente, devendo o contratante interessado, dispor de prova para um eventual conflito.

11.3.1.1.1. Efeitos

Em regra, os efeitos do distrato serão *ex nunc*, mas é possível duas exceções: (i) **previsão em contrário no distrato;** (ii) **previsão legal.**¹¹²²

(i) por força da autonomia privada os contratantes podem estipular regras retroativas e futuras do distrato, desde que não ofenda direitos de terceiros. E no silêncio das partes os efeitos serão *ex nunc*, salvo as previsibilidades legais.

(ii) em algumas situações legais o silêncio poderá não acarretar o efeito *ex nunc*, por causa das circunstâncias do contrato.

Nos contratos de execução no tempo (trato diferido e continuado) não é possível a devolução das prestações já realizadas, como no caso do contrato de locação.

1121 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 582 Aprovado pela Plenária da 7ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

1122 “De igual modo, se as partes dispuseram expressamente sobre o efeito *ex nunc*, nem sempre se poderá atender a essa disposição, se impossibilitada pela necessidade de preservar direito de terceiro. Há um único limite à retroatividade: o resguardo dos direitos já adquiridos de terceiros. Uma outra limitação é de ser lembrada: inviável a eficácia *ex nunc* quando impossibilitada a restituição das prestações já efetivadas”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 540-541. ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 318. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 105.

No **caso do contrato de locação** (Lei 8.245/1991) há previsão expressa da possibilidade do distrato no art. 9º que dispõe “pode ser desfeita por mútuo acordo”, produzindo efeitos para o futuro, salvo a situação de existência de sublocatário que faz jus a indenização contra o sublocador, tendo em vista a dissolução do contrato antes o fim da sublocação (art. 15 da Lei 8.245/1991).

No **caso das sociedades contratuais** é possível a dissolução por mútuo consenso dos sócios ou pela maioria dos sócios, observando o quórum de cada sociedade (art. 1.033 do CC). Depois da dissolução a sociedade entra na fase da liquidação do ativo e passivo, situação na qual é nomeado o liquidante (administrador ou terceiro) que continuará adimplindo as obrigações a extinção propriamente dita, que ocorre com a baixa na junta comercial. Temos aqui uma situação de distrato.

No **contrato de corretagem** o corretor faz jus a sua remuneração, visto que “corretor tem direito à comissão pela intermediação do negócio, que foi exitosa e resultou na lavratura do contrato de promessa de compra e venda, ainda que depois tenham as partes distratado”¹¹²³

11.3.1.2. Resilição unilateral (revogação, renúncia, resgate)

Orlando Gomes dispõe que é possível o exercício da resilição unilateral nos seguintes casos: (a) nos contratos por tempo indeterminado; (b) nos contratos de execução continuada, ou periódica; (c) nos contratos em geral, cuja execução não tenha começado; (d) nos contratos benéficos; (e) nos contratos de atividade.¹¹²⁴

1123 CORRETOR. Comissão de compra e venda. Distrato. - O corretor tem direito à comissão pela intermediação do negócio, que foi exitosa e resultou na lavratura do contrato de promessa de compra e venda, ainda que depois tenham as partes distratado. - Recurso conhecido e provido em parte. (BRASIL. STJ. *REsp 186.818/RS*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/1998, DJ 15/03/1999, p. 244). AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 45.

1124 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 223-224.

O CC dispõe no art. 473: “a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”. Desta forma, a resilição unilateral ocorrerá pela manifestação de vontade de um dos contratantes e somente terá eficácia quando expressamente prevista na norma, nas situações de contratos por prazo indeterminado (**exercício do direito potestativo**)¹¹²⁵ ou nas situações de contrato de execução continuada, quando qualquer das partes podem requerer a resilição, acarretando a ruptura do contato.

Em muitos casos a expressão resilição unilateral é substituída por outros termos como: revogação, renúncia, denúncia e resgate.

Por **revogação** é ato pelo qual se desfaz a relação negocial que somente produzirá os efeitos de extinção do contrato, se promovido ou realizado pela parte possuidora do direito. Pela revogação, licitamente permitida, cessa toda a força jurídica do contrato por força da retirada do próprio suporte fático do negócio, que no caso é a manifestação de vontade contrária à inicialmente apresentada, ou seja, é a extinção por vontade de uma só dos contratantes.

A **renúncia** decorre de uma desistência voluntária do titular do direito devendo ser realizada de forma expressa pelo contratante¹¹²⁶, pois em caso de caso de renúncia não expressa estaremos perante a ideia de *suppressio*. A ideia da renúncia pode ser vista no contrato de mandato, quando o mandatário renuncia os poderes que lhe foram conferidos pelo mandante.

A **denúncia** é empregada como notificação, onde uma parte dá ciência a outra que não mais deseja mais a relação negocial, ou seja, é

1125 A cada “um dos contratantes, o direito potestativo de desvincular-se” ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 317. É por isso que os contratos com duração indeterminada implicam, em princípio, o direito de se desligar unilateralmente, uma vez que o engajamento perpétuo agride a liberdade individual. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* (Resolução). Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 45.

1126 CÓDIGO CIVIL. “Art. 688. A renúncia do mandato será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inopportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à 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”.

“o exercício do direito de desfazer as obrigações duradouras¹¹²⁷, contra a sua revogação ou continuação, independentemente do inadimplemento da outra parte, nos casos permitidos na lei ou no contrato¹¹²⁸. A denúncia poderá ser motivada ou imotivada. A **denúncia motivada (denúncia cheia)** tem o seu fundamento na norma e, em regra, liberta a parte denunciante do pagamento de indenização por perdas e danos, como por **exemplo**: o contrato de locação, cabe o despejo por falta de pagamento, que se dá por ato de resilição unilateral. A **denúncia imotivada (denúncia vazia)** não há fundamento legal e, em regra, possibilita àquela que vier a sofrer prejuízos dela decorrentes a indenização por perdas e danos, como por **exemplo**: o locador requerer em juízo a retomada do imóvel.

O **resgate** “é o ato de libertar alguma coisa de uma obrigação, ônus ou encargo a que estava vinculada, ou de cumprir uma obrigação de caráter pessoal”¹¹²⁹, podendo ser realizado nos casos de enfiteuse ou em caso de compra e venda com cláusula de retrovenda de bens imóveis.¹¹³⁰

Há também a possibilidade de uma das partes requerer a resilição unilateral por **exoneração da obrigação**, se o contrato for por prazo determinado como acontece na fiança.

1127 Obrigação duradoura é aquela que não se esgota em uma só prestação, mas supõe um período de tempo mais ou menos largo, tendo por conteúdo ou uma conduta duradoura (cessão de uso, arrendamento, locação), ou a realização de prestações periódicas (como no pagamento dos aluguéis e no fornecimento de gás, de alimentação, de energia, de mercadorias etc., por prazo indeterminado). GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 204.

1128 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 60.

1129 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 174-176.

1130 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho compreendem que a cláusula de retrovenda acarreta a extinção natural do contrato. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 92. Já Carlos Roberto Gonçalves comprehende que a retrovenda “caracteriza-se como condição resolutiva expressa, trazendo como consequência o desfazimento da venda, retornando as partes ao estado anterior”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 251.

Caio Mário da Silva Pereira ter a resilição unilateral caráter de exceção, pois “um dos efeitos do princípio da obrigatoriedade do contrato é, precisamente, a alienação da liberdade dos contratantes, nenhum dos quais podendo romper o vínculo, em princípio, sem a anuência do outro”.¹¹³¹

É importante ressaltar que se “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” (art. 473, parágrafo único do CC).

Independentemente da nomenclatura utilizada é possível afirmar que aos contratantes é permitido requerer a resilição unilateral, mediante o aviso epistolar ao outro contratante.

A **resilição unilateral** dos contratos produz **efeitos ex nunc**, tendo em vista a impossibilidade de se desconstituir os efeitos já produzidos¹¹³², ou seja, “não operando retroativamente, de sorte que não haverá restituição das prestações adimplidas, uma vez que as consequências jurídicas já produzidas permanecerão inalteráveis”.¹¹³³

11.3.1.2.1. Situações de Resilição prevista no CC

Ao analisar o CC encontram-se situações que permite expressamente a resilição unilateral do contrato. A resilição está prevista nas seguintes relações negociáveis: (a) no contrato de mandato a revogação decorre da perda da confiança, podendo ser irrevogável; (b) no contrato de doação; (c) contrato de comodato; (d) contrato de mútuo; (e) contrato de depósito; (f) contrato de agência e distribuição;

1131 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 130.

1132 GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 225. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos.* Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 269.

1133 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 173.

(g) contrato de corretagem; (h) contrato de transporte; (i) contrato de prestação de serviço; (j) contrato de seguro; (k) contrato de locação; (l) contrato de sociedade; (m) contrato de fiança; e (n) contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda.

(a) **no contrato de mandato a revogação decorre da perda da confiança, podendo ser irrevogável na existência de regra expressa ou decorrente da condição do contrato**¹¹³⁴. No caso da irrevogabilidade a resilição acarretará o direito a perdas e danos ou será ineficaz como no caso do mandato em cláusula própria. A revogação do mandato poderá ser tácita ou expressa, mas a revogação tácita do mandato só se configura se ocorrer a constituição de um novo procurador, sem ressalvar o instrumento procuratório anterior.¹¹³⁵

(b) **no contrato de doação a revogação poderá ocorrer por ingratidão do donatário ou por inadimplemento da condição** (art. 555, do CC). Assim, a revogação da doação deverá ser fundamentada em uma causa legal, sendo proibida o arrependimento do doador. Por isso, para a eficácia da revogação é necessário que o sujeito que requer a resilição prove as condições legais permissivas (rol taxativo)¹¹³⁶. É importante ressaltar que o direito de resilição é personalíssimo, salvo na situação do doador falecer em decorrência do fato.¹¹³⁷

1134 CÓDIGO CIVIL. “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”. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 50.

1135 BRASIL. STJ. REsp 1088783/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 06/05/2009.

1136 CÓDIGO CIVIL. “Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações: I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava. Art. 558. Pode ocorrer também a revogação quando o ofendido, nos casos do artigo anterior, for o cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador”.

1137 CÓDIGO CIVIL. “Art. 560. O direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este

(c) **no contrato de comodato sem termo convencionado, o comandante somente poderá revogar o comodato antes do prazo estipulado se houver necessidade imprevista e urgente¹¹³⁸ reconhecida pelo juiz.** Pode ser o comodato verbal ou expresso, no caso do verbal sem prazo determinado, aplica-se o art. 582 do CC¹¹³⁹. Estamos diante de uma resilição vinculada à justa causa legal. É importante ressaltar que, a valoração da “necessidade imprevista e urgente” não deve ser valorada com rigidez excessiva pelo juiz. Isto porque o contrato de comodato por ser um negócio gratuito tem em sua genética a cláusula de retorno do bem ao poder do comodante em caso de necessidade, devendo ser ponderado com base no princípio da probidade negocial, em cujo contexto se inserem as justas expectativas do comodatário.

(d) **o contrato de mútuo** poderá ser gratuito ou oneroso (pagamento de juros - feneratício), podendo ser por prazo expresso ou não. Quando o contrato não possuir termo expresso deverá observar o regramento do art. 592 do CC, podendo o mutuante solicitar a restituição da coisa e dar fim ao contrato. Neste sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha proclama a possibilidade da resilição unilateral, por meio da denúncia, em favor do mutuário quando decidir pela restituição “anticipadamente bem equivalente ao que lhe foi emprestado, o que se aceita ante a presunção de que o prazo concedido para a restituição foi

falecer depois de ajuizada a lide”. CÓDIGO CIVIL. “Art. 561. No caso de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado”.

1138 A necessidade imprevista é a que surge depois da celebração da avença e não podia ser vislumbrada antes. Compete ao juiz examinar, em cada caso, a necessidade e a urgência alegadas, negando o pedido quando verificar que foi formulado por mero capricho, havendo abuso de direito por parte do comodante. Será plausível a pretensão deste quando, por exemplo, houver emprestado imóvel residencial a um amigo e vier a ser despejado daquele em que residia, ou tiver o seu veículo furtado, necessitando por isso recuperar o que emprestou a um parente. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p.338.

1139 CÓDIGO CIVIL. “Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.”

estipulado em seu favor”¹¹⁴⁰. Caio Mário da Silva Pereira estipula que “o mutuante não pode reclamar antes do termo, salvo nas hipóteses legais de vencimento antecipado da obrigação, ainda que o empréstimo seja gratuito, porque o mutuário não é obrigado a ter as coisas à sua disposição, por serem consumíveis. Não pode o mutuário, a seu turno, compelir o mutuante a receber as coisas, objeto do mútuo, antes do dia aprazado”.¹¹⁴¹

(e) **no contrato de depósito** o depositário é obrigado a guardar e conservar como sua coisa, até solicitação pelo depositante da devolução, podendo ocorrer ao final do prazo estipulado ou não. Na situação de requerimento antes do prazo estipulado estaremos perante a resilição unilateral.¹¹⁴²

(f) **o contrato de agência e distribuição poderá ser realizado por prazo determinado ou indeterminado, sendo este poderá qualquer contratante requerer a resilição mediante aviso prévio, no prazo de 90 (noventa) dias “desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente”.** Sendo assim, o simples exercício do direito potestativo de resilição dentro do prazo não acarreta e tão pouco constitui uma conduta ilícita, logo não acarretará o dever de indenização.¹¹⁴³

1140 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 3, p. 276-277.

1141 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 318-319.

1142 No depósito, o depositário será obrigado a restituir a coisa no momento em que o depositante a reclamar (art. 627). A reclamação, nesse caso, é modo de resilição unilateral. A obrigação de restituir existe ainda que o contrato fixe prazo (art. 633). Isso quanto ao depositante, pois o mesmo não ocorre quanto ao depositário, que deve, em princípio, aguardar o advento do termo. “Todavia, como se trata de contrato de favor, a lei permite a exoneração do depositário, desde que apresente motivo plausível. Note-se não ser, assim, necessária a escusa da força maior”. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 101.

1143 BRASIL. STJ. *REsp 493.159/SP*, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 241.

(g) o **contrato de corretagem** “cessa pela renúncia ou revogação, se tiver sido ajustado por prazo indeterminado, sendo devida a comissão, se o negócio for concluído com pessoa que, na vigência do contrato, tenha sido aproximada pelo agenciador ao comitente”¹¹⁴⁴. Se o negócio for realizado após o vencimento do prazo, mas decorrente de atividade do corretor, este faz jus à remuneração (art. 727 do CC). Cabe aos contratantes denunciá-lo (resilição unilateral), expondo os motivos (cheia) ou não (vazia), quando o contrato for por prazo indeterminado.

(h) o **contrato de transporte** poderá ser de pessoas ou de coisas. O art. 740 do CC permite que o passageiro tem o direito de rescindir o **contrato de transporte**, antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada”, assim, como poderá o passageiro desistir da viagem, cabendo a ele o direito de ser restituído do valor do trecho não utilizado, “desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar”¹¹⁴⁵. Em relação à resilição unilateral, por meio da desistência deverão ser observados os prazos previstos nas normas regulamentadoras do transporte de pessoas, normalmente o prazo é de 24 ou 48 horas. No caso do contrato de transporte de coisas apenas o contratante remetente poderá desistir (resilir) o pacto, desde que o faça até o momento da entrega ao destinatário, situação na qual o objeto deve ser devolvido ao remetente ou, se este preferi, ser encaminhada para outro sujeito.

(i) o **contrato de prestação de serviço** poderá ser por prazo determinado ou indeterminado, e no caso de indeterminado e “não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir-lo da natureza do

1144 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 354.

1145 As duas hipóteses são de resilição unilateral, garantido ao transportador o direito de reter 5% da importância a ser restituída, a título de multa compensatória (art. 740, § 3º). AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 102.

contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato” (art. 599 do CC), ou seja, caberá a resilição unilateral.¹¹⁴⁶

(j) no **contrato de seguro** poderá o segurador resilir o contrato se houver inexatidão ou omissão nas declarações prestadas pelo segurado, sem má-fé (analisada objetivamente). Ruy Rosado de Aguiar Jr. propõe que

Havendo agravamento do risco, sem culpa do segurado, o segurador pode igualmente “resolver” o contrato de seguro, fazendo a notificação por escrito, que terá eficácia trinta dias depois (art. 769, §§ 1º e 2º). O segurado, de sua vez, poderá “resolver” o contrato, se houver considerável redução do risco, se não optar pela revisão do prêmio (art. 770).¹¹⁴⁷

(k) no **contrato de locação** é possível a interposição de uma denúncia com justa causa ou sem justa causa. A Lei de Locação de imóveis urbanos (Lei 8.245/1991) permite que o locador realize denúncia (vazia ou cheia) do contato, com a consequente ação de despejo na forma do art. 59 da lei de locação, na ocorrência de vencimento do contrato¹¹⁴⁸. O art. 570 do CC que possibilita a extinção do contrato

1146 Apesar do emprego do verbo resolver, trata-se de caso típico de resilição unilateral, não de resolução. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 102.

1147 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 37-38.

1148 “DIREITO CIVIL. DENÚNCIA, PELO COMPRADOR, DE CONTRATO DE LOCAÇÃO AINDA VIGENTE, SOB A ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE AVERBAÇÃO DA AVENÇA NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. O comprador de imóvel locado não tem direito a proceder à denúncia do contrato de locação ainda vigente sob a alegação de que o contrato não teria sido objeto de averbação na matrícula do imóvel se, no momento da celebração da compra e venda, tivera inequívoco conhecimento da locação e concordaram em respeitar seus termos. É certo que, de acordo com o art. 8º da Lei no 8.245/1991, se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de 90 dias para a desocupação, salvo se, além de se tratar de locação por tempo determinado, o contrato tiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel. Todavia, em situações como a discutida

de locação de coisa quando ocorrer fim diverso do objeto contrato ou quando danificada pelo outro contratante. Se a deterioração da coisa alugada comprometer a própria finalidade da locação, atribui-se ao locatário o direito de solicitar a extinção do contrato, tendo em vista o seu direito potestativo e desde que não haja culpa do locatário (art. 567 do CC).

(l) **no contrato de sociedade** temos a possibilidade de retirada dos sócios dos quadros societários, devendo observar as regras específicas do tipo societário, no caso da sociedade simples é possível que “qualquer sócio pode retirar-se da sociedade, se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa” (art. 1.029 do CC), sendo considerada uma resilição unilateral. No tocante aos demais tipos societários deve se observar a regra específica e se há previsão de aplicação compatível às regras da sociedade simples.

(m) **no contrato de fiança o fiador poderá rescindir o contrato com a sua exoneração, desde que o pacto seja por prazo indeterminado.** Contudo, o fiador ainda ficará vinculado ao contrato pelo prazo de 60 (sessenta) dias¹¹⁴⁹, devendo assim, o fiador notificar o credor.

(n) **no contrato de compra e venda com cláusula de retroven-**
da¹¹⁵⁰ a parte que alienou o bem imóvel poderá resgatar o bem imóvel

da, apesar da inexistência de averbação, há de se considerar que, embora por outros meios, foi alcançada a finalidade precípua do registro público, qual seja, a de trazer ao conhecimento do adquirente do imóvel a existência da cláusula de vigência do contrato de locação. Nessa situação, constatada a ciência inequívoca, tem o adquirente tem a obrigação de respeitar a locação até o seu termo final, em consonância com o princípio da boa-fé” (BRASIL. STJ. REsp 1.269.476/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 19/02/2013).

1149 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03, p. 639-640.

1150 CÓDIGO CIVIL. “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

vendido, se exercer o direito de resilição do contrato no prazo legal ou estipulado, situação na qual a incidência cláusula expressa irá acarretar a limitação dos efeitos do contato. Não se trata de resolução, por meio de cláusula resolutiva, porque não há inadimplemento de qualquer obrigação, mas sim, o exercício do direito potestativo da parte contratante de reaver o bem imóvel vendido anteriormente.

11.3.1.2.2. A notificação: forma e prazo

Para que a resilição unilateral produza efeitos iniciais é fundamental que o contratante realize a notificação a outra parte, sendo que a notificação deverá chegar ao conhecimento do destinatário. Isto ocorre porque a notificação é um negócio jurídico receptivo da vontade, sem, no entanto, ser necessário o conhecimento do conteúdo, pois poderá ter recusa ou impedimento do contratante em receber a notificação.

A notificação poderá ser realizada por qualquer meio, sendo importante apenas que o notificante tenha provas de que a notificação tenha chegado ao notificado.

Não há previsão legal para o prazo em que o notificado deve atender ao disposto na notificação, desta forma, poderá ocorrer de existir previsão no contrato, poderá o notificante estipular um prazo razoável ou, ainda não estipular prazo algum, situação na qual os efeitos iniciaram a contar do recebimento da notificação.¹¹⁵¹

de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias". CÓDIGO CIVIL. "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".

1151 Para a questão do prazo a ser dado na notificação, deve-se atender ao disposto para o tipo de contrato de que se trata; se nada dispuser, a regra geral é a de que a notificação produz efeitos tão logo chegue ao conhecimento da outra parte. Esse princípio pode ser afastado se a própria parte, em favor de quem é expedida a notificação, conceder um prazo, ou quando as circunstâncias do negócio justificarem certa dilatação de tempo após a notificação, conforme previsto no parágrafo único. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 102.

11.3.2. Resolução

A resolução é a modalidade de extinção do contrato que presupõe o inadimplemento definitivo do devedor e pode resultar de presunção legal ou estipulação contratual¹¹⁵². A resolução ocorrer nas hipóteses: (i) prevista previamente no contrato como cláusula resolutiva, que fora explicada nas causas contemporâneas do contrato; (ii) de inadimplemento voluntário em que uma das partes ou ambas as partes contratantes provocam a ruptura do vínculo em razão do inadimplemento do contrato ou de alguma de suas cláusulas ou (iii) de inadimplemento involuntário das regras em decorrência de fatores externos a vontade das partes, como no caso de fortuito ou força maior; e (iv) inadimplemento por força da excessiva onerosidade.

Formas ou espécies de resolução
Cláusula resolutiva expressa
Resolução por inexecução voluntária do contrato
Resolução por inexecução involuntária do contrato
Resolução por onerosidade excessiva

Fonte: Autor

O motivo da estipulação da cláusula resolutiva expressa reside no fato de segurança judicial aos contratantes que ao celebrar o contrato estipulam regras que podem pôr fim ao contrato, sem a necessidade de propositura da ação judicial.

A ideia da resolução por inexecução voluntária ou involuntária da relação negocial encontra-se sedimentada no art. 475 do CC que dispõe: “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”.

1152 “A falta da prestação autoriza o credor a pedir a extinção do contrato (resolução). O incumprimento que autoriza a extinção da relação é apenas o definitivo”. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 88.

A resolução decorrente do inadimplemento voluntário decorre normalmente de culpa da contratante, situação na qual o lesado poderá optar pelo pedido de extinção ou adimplemento do contrato, inclusive com o pagamento de indenização. O art. 389 do CC estipula que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

A resolução decorrente do inadimplemento involuntário não há culpa do contratante, ocorre que a obrigação apenas se resolverá. Na situação do inadimplemento involuntários os fatores que podem desencadear a resolução são alheios à vontade da parte devedora, como a superveniência de caso fortuito ou força maior ou até mesmo em caso de surgimento de situações imprevisíveis.

Neste sentido Ruy Rosado de Aguiar Jr. dispõe que

O descumprimento pode resultar da impossibilidade superveniente da prestação. Se a impossibilidade, total e definitiva, não for imputável ao devedor, o contrato se extingue por força de lei. Se a prestação se tornou impossível por culpa do devedor, o credor pode optar entre pedir a resolução do contrato ou o adimplemento da obrigação, pelo equivalente (art. 389 do CC). A diferença entre as duas soluções é significativa: pela resolução, as partes retornam à situação anterior; pela ação de adimplemento, o credor efetua a sua prestação e exige o equivalente da prestação do devedor, nos dois casos com direito a perdas e danos.¹¹⁵³

A resolução por onerosidade excessiva decorre de fatos imprevistos que acarretem a um dos contratantes uma prestação excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra.

1153 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 80.

A morte de um dos contratantes poderá acarretar a extinção do contrato, quando o pacto tiver como elemento fundamental o fator *intuitu personae*.

É importante ressaltar que caso tenha ocorrido o adimplemento substancial do contrato, não poderá o credor rescindir o pacto unilateralmente¹¹⁵⁴, salvo se demonstrar a perda de interesse na continuidade da execução¹¹⁵⁵ ou quando não permitida a sua aplicação por força da lei.¹¹⁵⁶

Fica claro que para **a incidência da teoria do adimplemento substancial é fundamental que ocorra fatores quantitativos (pagamento da maioria das prestações) e qualitativo (não ocorrer a perda do interesse).**¹¹⁵⁷

1154 “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 361 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

1155 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido. (BRASIL. STJ. *REsp* 469.577/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310).

1156 BRASIL. STJ. *REsp* 1622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017.

1157 “Para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil - CJF), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos. A jurisprudência brasileira, com apoio na doutrina (Enunciado 361 da IV JDC - CJF), já absorveu a teoria do adimplemento substancial, que se fundamenta no ordenamento brasileiro na cláusula geral da boa-fé objetiva. Superada a fase de acolhimento do adimplemento substancial como fator limitador de eficácia jurídicas, cabe ainda a tarefa de delimitá-lo conceitualmente. Nesse sentido, entende-se que ele não abrange somente “a quantidade de prestação cumprida”, mas também os aspectos qualitativos da prestação. Importa verificar se a parte adimplida da obrigação, ainda que incompleta ou imperfeita, mostrou-se capaz de satisfazer essencialmente o interesse do credor, ao ponto de deixar incólume o sinalagma contratual. Para isso, o intérprete deve levar em conta também aspectos qualitativos que compõem o vínculo”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 582 Aprovado pela Plenária da 7ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

Não há falar em aplicação da teoria do adimplemento substancial, “quando se trata de resolução de contrato de compra e venda de imóvel por culpa exclusiva do promitente-vendedor”, que extrapolou inclusive a extensão temporal para a entrega da obra estabelecida em cláusula de tolerância.¹¹⁵⁸

Os motivos caracterizadores da resolução poderão decorrer do inadimplemento futuro ou mesmo antecipado¹¹⁵⁹. Marco Aurélio Bezerra de Melo propõe a possibilidade de resolução do contrato **de forma antecipada quando a parte expõe expressamente a sua vontade de inadimplir o contrato**, como por exemplo: o jogador que após assinar o contrato para jogar no clube “X”, anuncia em entrevista que com o treinador “Y” não trabalha. Outro exemplo ocorreria em caso de falência de um dos contratantes, caso o administrador judicial do falido uma vez interpelado não responda a interpelação.¹¹⁶⁰ O fundamento da resolução reside na boa-fé e na função social do contrato¹¹⁶¹

Assim, a resolução é um meio de que se vale a parte prejudicada pelo inadimplemento da prestação reservada à outra, para promover a ruptura ou reparação da relação contratual por intermédio de ação judicial.

1158 BRASIL. STJ. *AgInt no AREsp 1.635.882/PR*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24.08.2020, DJe 15.09.2020. BRASIL. STJ. *AgInt no REsp 1847586/RJ*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2020, DJe 26/10/2020.

1159 “A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 437 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

1160 Lei 11.10/2005. “Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê. § 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato. § 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário”.

1161 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Marco Aurélio Bezerra de Melo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (coord). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 275.

11.3.2.1. O inadimplemento voluntário do contrato (Cláusula resolutiva tácita ou presumida)

Para que se opere a resolução contratual por inadimplemento voluntário é primordial e imprescindível que ocorra o incumprimento por culpa de um dos contratantes, o dano causado à outra parte e o nexo de causalidade entre o comportamento ilícito do contratante e o prejuízo, situação na qual poderá o credor interpelar judicialmente o devedor para a resolução do contrato.¹¹⁶²

A cláusula resolutiva tácita (regra legal) opera-se quando uma das partes infringe qualquer regra na qual se encontra vinculado pelo contrato, acarretando o inadimplemento. É certo que todo contrato sinaligmático contém implicitamente em si uma cláusula resolutiva tácita que se opera por meio da interpelação judicial, e ocorre quando o outro contratante se torna inadimplente de qualquer de suas obrigações contratuais, visto que nos contratos sinaligmáticos há uma máxima de que há uma interdependência entre as obrigações das partes.

A cláusula resolutiva tácita não pode ser retirada do corpo normativo contratual, mas sim da ideia de que todo contrato sinaligmático há possibilidade de ser exercida quando configurado o inadimplemento contratual, incluindo os deveres anexos que comprometerem a efetividade da produção de efeitos almejados pelas partes.¹¹⁶³

Sendo assim, o inadimplemento definitivo por ato imputável ao devedor (inadimplemento voluntário) surge quando: (a) a prestação não é realizada pelo devedor e impossibilita-se em seguida, como por exemplo: António permuta o seu veículo com Beto. António entrega o seu veículo a Beto e este se compromete a realizar a tradição do seu em três dias. Na véspera da tradição, o automóvel é inutilizado em uma colisão, por negligência do proprietário; (b) a prestação não

1162 CÓDIGO CIVIL. “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

1163 BRASIL. STJ. REsp 595.631/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 391.

é realizada pelo devedor e o credor perde o interesse objetivo da sua realização, como por exemplo: António encomendar um terno na empresa de Beto, a ideia é usar no seu casamento. Beto não conseguiu entregar o objeto da encomenda antes da data do casamento. Situação na qual António após a realização do casamento não tem mais interesse na aquisição do terno.

Para a sua realização é fundamental que ocorra a interpelação do inadimplente pelo contratante prejudicado, com fixação de prazo para que a parte faltosa efetue a prestação que lhe compete, sob pena de resolver-se o contrato, e somente escoado ele é que caberá requerer a resolução.¹¹⁶⁴

Diante da inércia da parte de adimplir o contrato ou do não interesse na prestação inadimplida por parte do credor, poderá requerer a resolução do contrato, com retorno no *status quo ante* e a devolução das prestações pagas ou a devolução do objeto, em ambos os casos com pagamento de indenização por perdas e danos, compreendo o dano emergente e o lucro cessante, salvo previsão de cláusula penal.

O inadimplemento poderá decorrer de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer. Os efeitos do inadimplemento são:

(a) extinção do contrato de execução instantânea o efeito será *ex tunc*, ou seja, as teremos a restituição de todas as obrigações voltando os contratantes no estado *quo ante*. No caso de contrato de execução tempo o efeito será *ex nunc*, situação na qual não haverá restituição das prestações já realizadas, salvo no caso de contratos de consumo, situação na qual as cláusulas que atribuírem perda total dos das prestações já pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada da coisa (art. 53 do CDC).

1164 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil.* 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 113.

O art. 43-A da Lei 4.591/1964 estabelece: que

Art. 43-A. A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador.

§ 1º Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido no *caput* deste artigo, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A desta Lei.

§ 2º Na hipótese de a entrega do imóvel estender-se por prazo superior àquele previsto no *caput* deste artigo, e não se tratar de resolução do contrato, será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato.

§ 3º A multa prevista no § 2º deste artigo, referente a mora no cumprimento da obrigação, em hipótese alguma poderá ser cumulada com a multa estabelecida no § 1º deste artigo, que trata da inexecução total da obrigação.

O art. 43-A refere à possibilidade de extinção do contrato por distrato ou por resolução decorrente do inadimplemento absoluto.

(b) os terceiros ficam protegidos se adquiriram os direitos e os bens, desde que adquiridos *médio temporis*, ou seja, entre a conclusão e a resolução do ajuste¹¹⁶⁵. Nesse sentido podemos **exemplificar** da seguinte forma: António adquire um bem móvel de Beto, não interessa ao comprador se o objeto está ou não pago, importando apenas se Beto é o dono¹¹⁶⁶.

Contudo, poderemos ter algum questionamento nas situações do objeto vendido estar sob condição ou termo. O desfazimento do contrato “atinge os terceiros adquirentes de boa-fé, que confiaram no registro - em que não constava a averbação do pacto comissório”.¹¹⁶⁷

Nesse sentido, o art. 1.359 CC estipula que no caso da propriedade resolúvel ocorrendo a resolução do contrato pelo “implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha”.

Arnaldo Rizzato afirma que para ocorrência

Da resolução dos direitos reais concedidos ou transferidos durante a pendência do contrato, impede que seu adquirente tenha tido conhecimento da cláusula resolutiva, ou que, pelo menos, constasse cláusula prevendo a condição

1165 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 272-273.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 167.

1166 “A alienação de bem móvel, anterior à restituição, feita por quem receberá a coisa em cumprimento da obrigação, é válida e eficaz, ficando o terceiro subadquirente protegido contra a resolução. Ao consumidor que compra vestuário ou eletrodoméstico nas lojas de departamentos, não interessa saber se a mercadoria está paga ou pende ação de resolução”. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 272-273.

1167 “Se o terceiro adquiriu um direito real, este não será atingido pela resolução, e o credor poderá tão somente reclamar a indenização do dano sofrido. Porém, autores há que não admitem essa solução, por entenderem que, ante o princípio de que ninguém pode transferir mais direitos do que os que têm os efeitos da resolução deverão ser idênticos em relação às partes e a terceiros”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 167. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Coisas*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 4, p. 323.

de resolução. Sem a previsão relativamente ao subadquirente, tem incidência o art. 1.360, onde se consagra a consolidação da propriedade ao terceiro.¹¹⁶⁸

Fabrício Zamprogna Matiello propõe que com a resolução da propriedade, o antigo titular retome todos os atributos que havia transferido. Em virtude disso, ficará autorizado a reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha, já que a retomada das qualidades dominiais restitui ao proprietário os poderes da propriedade.¹¹⁶⁹

O CC prevê no art. 1.360 a seguinte regra:

Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.

Desta forma, resolvido o contrato de aquisição do imóvel, o terceiro adquirente de boa-fé, que confiou no registro e hoje titular do direito, não é atingido pelos efeitos da extinção do contrato primitivo¹¹⁷⁰. Assim, imaginemos o seguinte **exemplo**: António vendeu o imóvel a Beto que posteriormente vendeu a Carlos. Sabe-se que o contrato realizado por António e Beto sofreu a resolução, situação que não atinge o Carlos que adquiriu o bem do proprietário real à época, tendo em vista a boa-fé.

1168 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 272-273.

1169 MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil*. São Paulo: LTr, 2008, v. 3, p. 266.

1170 “RESOLUÇÃO. Alienação de imóvel a terceiro de boa-fé. Resolvido o negócio de compra e venda de imóvel, o terceiro adquirente de boa-fé, que confiou no registro e hoje é titular do domínio, não é atingido pelos efeitos da extinção da primitiva relação de direito obrigacional que existia entre o primeiro proprietário e o que vendeu o terreno aos réus. Art. 859 do CC. Recurso conhecido e provido”. (BRASIL. STJ. *REsp 101.571/MG*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 343).

Situação diversa poderá ser observada no seguinte **exemplo**: no caso do compromisso de compra e venda em que o alienante de um imóvel na planta vende ao sujeito “A” e depois aliena novamente o mesmo imóvel ao sujeito “B”. Ao ser expedido o habite-se o sujeito “B” consegue antes do sujeito “A” o registro da transferência do imóvel, nessa situação poderá o sujeito “A” pleitear a nulidade do registro de propriedade de “B” alegando e provando que o alienante vendeu direito de terceiro.

(c) sujeita o inadimplente ao ressarcimento das perdas e danos, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante; assim, o lesado pelo inadimplemento culposo da obrigação poderá exigir indenização pelos prejuízos causados, cumulativamente com a resolução¹¹⁷¹. Se os contratantes convencionarem cláusula penal para a hipótese de total descumprimento da obrigação, esta se converterá em alternativa a benefício do credor¹¹⁷². Se, no entanto, for estipulada para o caso de mora qualificada¹¹⁷³, o credor terá direito de exigir satisfação da pena combinada, juntamente com o adimplemento da obrigação principal.

1171 “A redação do art. 475 do Código Civil também permite concluir que, em qualquer dos casos (resolução ou cumprimento), caberá a indenização. Houve o inadimplemento, um ilícito contratual. A incidência das perdas e danos requer a prova da culpa do devedor. Neste sentido, assevera o Enunciado no 31 do Conselho de Justiça Federal que “as perdas e danos mencionados no art. 475 do novo Código Civil dependem da imputabilidade da causa da possível resolução”. FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 551.

1172 Resta claro que circunscreve-se esta consequência à resolução voluntária, sem abranger a involuntária, ou aquela onde há a impossibilidade de cumprimento por fatos alheios à vontade. Restringe-se a resolução a compelir o contratante a restituir aquilo que recebeu. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 272-273.

1173 “A simples mora não é causa de resolução, e isso porque a própria lei somente permite ao credor enjeitar a prestação ofertada após o vencimento e a constituição da mora, se essa prestação se mostrar inútil (CC, art. 395, parágrafo único). A mora que permite a resolução é somente a “mora qualificada”. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 109.

11.3.2.2. Resolução por inexecução involuntária do contrato

A resolução do contrato por inadimplemento involuntário decorre da impossibilidade de adimplemento total¹¹⁷⁴, objetivo¹¹⁷⁵ e definitivo¹¹⁷⁶ do objeto do contrato.

Sendo assim, o inadimplemento involuntário (inimputável) poderá ocorrer por diversas causa: **(a)** por fato sem culpa do devedor¹¹⁷⁷, como por exemplo: António deve entregar ou restituir¹¹⁷⁸ um objeto decorrente de um contrato, contudo, o objeto pereceu¹¹⁷⁹ ou teve sua deterioração¹¹⁸⁰ por fato não imputável ao devedor; **(b)** em razão de

1174 Há de ser total porque se a inexecução for parcial e de pequena proporção, o credor pode ter interesse em que, mesmo assim, o contrato seja cumprido. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 191.

1175 De acordo com Carlos Roberto Gonçalves “não concernir à própria pessoa do devedor, pois deixa de ser involuntária se de alguma forma este concorre para que a prestação se torne impossível”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 191. No entanto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias compreendem que “tanto a impossibilidade inimputável absoluta (ninguém pode ou poderia prestar naquela situação) como a relativa (subjetiva, v. g., devedor que fica doente no dia do cumprimento) liberam o devedor nas relações privadas”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 546).

1176 Deve ser total porque se a impossibilidade for “temporária acarreta apenas a suspensão do contrato. Somente se justifica a resolução, neste caso, se a impossibilidade persistir por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor. Mera dificuldade, ainda que de ordem econômica, não se confunde com impossibilidade de cumprimento da avença, exceto se caracterizar onerosidade excessiva”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 191.

1177 Se vier a coisa a se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida (cumprida) a obrigação para ambas as partes. Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos (234 do CC).

1178 CÓDIGO CIVIL. “Art. 240. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239”.

1179 CÓDIGO CIVIL. “Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu”.

1180CÓDIGO CIVIL. “Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação

circunstâncias definidas legalmente como caso fortuito ou de força maior¹¹⁸¹.

O inadimplemento involuntário (inimputável)
(a) por fato sem culpa do devedor.
(b) em razão de circunstâncias definidas legalmente como caso fortuito ou de força maior.

Fonte: Autor

Caso ocorra o inadimplemento total por fatos externos a vontade dos contratantes, que acarretem a impossibilidade de uma das partes cumprirem a prestação teremos a resolução do contrato de pleno direito (sem intervenção judicial), exonerando-se o devedor do liame contratual¹¹⁸², sem gerar o direito de indenização ao outro contratante, salvo se o devedor estiver em mora¹¹⁸³ ou se expressamente se obrigam

se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda”.

1181 CÓDIGO CIVIL. “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 eram possíveis evitar ou impedir”.

1182 Se o contrato for sinalgâmático, havendo impossibilidade do cumprimento da obrigação contraída por um dos contraentes em virtude de força maior, exonerar-se-á ele da obrigação e consequentemente o outro da sua própria, embora a contraprestação por este último devida possa ser satisfeita. Deveras, com a extinção da obrigação de um não se pode exigir a contraprestação do outro, uma vez que a obrigação perder a sua causa, rompendo-se o vínculo de conexão entre as obrigações. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 166.

1183 “O total inadimplemento pode advir de fatos alheios à vontade das partes, que impossibilitam o adimplemento da obrigação que incumbe a uma delas, operando-se de pleno direito, então, a resolução do contrato, sem resarcimento de perdas e danos, por ser esta uma sanção aplicada a quem agiu culposamente, e sem intervenção judicial, exonerando-se o devedor do liame obrigacional. Cabendo a intervenção judicial no caso de compelir a parte a restituir o que recebeu. Isto ocorre porque temos uma impossibilidade superveniente, total, objetiva e definitiva, proveniente de caso fortuito ou força maior, cujos efeitos não podem ser evitados pelo devedor. Apesar de tudo isso, o credor estará autorizado a responsabilizar o devedor pelos danos oriundos de força maior ou caso fortuito, se ele estiver em mora”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 167.

ao resarcimento (CC, arts. 393 e 399)¹¹⁸⁴. Contudo, se a parte que não recebeu o seu direito em decorrência da resolução poderá pleitear restituição dos valores ou coisas que entregou à outra parte.¹¹⁸⁵

O credor suportará os riscos quando estivermos perante um contrato não sinaligmático, uma vez que é totalmente impossível a satisfação da prestação.

Se a impossibilidade for temporária (impossibilidade superveniente transitória) da prestação, como ocorre nos contratos de execução no tempo (execução continuada), não se terá a extinção do contrato (resolução), mas apenas a suspensão do contrato¹¹⁸⁶, exceto se essa impossibilidade persistir por largo espaço de tempo, a ponto de o credor se desinteressar da obrigação¹¹⁸⁷. E se for “parcial essa impossibilidade, a resolução do ajuste não se importará, pois, o credor poderá ter interesse em que o contra se execute assim mesmo”.¹¹⁸⁸

1184 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 191.

1185 Enzo Roppo que se trata de consequências intuitivas da resolução do contrato: “se falta um dos termos da troca (ainda que por causas de força maior, sem que algum dos contraentes tenha culpa) falta a própria operação econômica, o contrato perde a sua funcionalidade e a sua própria razão de ser, sendo, por tal razão extinto”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 225.

1186 Nessa direção, Aline Miranda Valverde Terra. (Covid-19 e os contratos de locação em shopping center. In: *Migalhas de Peso*, publicado em 20.3.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locação-em-shopping-center>. Acesso em 18.9.2021). Eis o teor do art. 567: “Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava”.

1187 A impossibilidade temporária atua de dois modos: nos negócios que não admitem cumprimento em outra data (negócios fixos ou negócios com termo essencial), o incumprimento da prestação na época convencionada equipara-se à impossibilidade definitiva, com extinção *ipso jure*, se inimputável, ou com a resolução, se decorrer de culpa do devedor; nos demais negócios, o obstáculo intercorrente não será motivo de resolução, salvo quando o retardamento destruir o interesse do credor, que então poderá pedir a resolução, haja ou não culpa do devedor, neste último caso sem indenização. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 108.

1188 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 189.

A resolução em decorrência do inadimplemento involuntário, por força maior ou caso fortuito, se opera de pleno direito (efeito *ex tunc*¹¹⁸⁹), não sendo necessário ação judicial para determinar a extinção do contrato. No entanto, a ação será necessária para caso o credor deseje ser restituído dos valores ou das coisas que tenham entregue ao devedor ou de previsão de indenização.

11.3.2.3. Resolução por onerosidade excessiva

Nos contratos comutativos¹¹⁹⁰ nos quais há equivalência das prestações de execução diferida (retardada)¹¹⁹¹, continuada ou periódica (trato sucessivo)¹¹⁹², a excessiva onerosidade imposta há um dos

1189 “O efeito da resolução por inexecução decorrente do fortuito e da força maior é retroativo, da mesma forma como ocorre na resolução por inexecução culposa, com a diferença que, na primeira hipótese, o devedor não responde por perdas e danos. Todavia, deve restituir o que eventualmente tenha recebido, uma vez resolvido o contrato”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 191-192.

1190 Comutativos são aqueles em que as partes reconhecem de imediato, no momento da feitura do contrato, suas respectivas prestações.

1191 “De execução diferida ou retardada é aquele em que a prestação de uma das partes não se dá de um só jato, porém a termo, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completar a solutio”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68. Exemplo: “Uma casa de espetáculos contrata a apresentação de um grupo teatral, com meses de antecedência, pagando o cachê no ato de assinatura do instrumento negocial. São deste tipo as compras efetuadas a crédito, mediante carnê. Enquadram-se nesta classe, também, os contratos sob condição suspensiva”. Paulo Nader (*Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 45-46).

1192 “De execução sucessiva ou de trato sucessivo, ou execução continuada, como denominado no art. 478, é o contrato que sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato. O que a caracteriza é o fato de que os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce. A duração ou continuidade da obrigação não é simplesmente suportada pelo credor, mas é querida pelas partes contratantes. Caso típico é a locação, em que a prestação do aluguel não tem efeito liberatório, senão do débito correspondente a período determinado, decorrido ou por decorrer, porque o contrato continua até a ocorrência de uma causa extintiva. Outro é o contrato de fornecimento de mercadorias, em que o comprador paga por período ou forfetariamente, persistindo, entretanto, a obrigação do vendedor, quanto a novas remessas, e do comprador quanto à liquidação respectiva”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de von-*

contratantes por acontecimentos extraordinários e imprevistos, que dificulte sobremaneira o adimplemento da obrigação, pode ser considerada causa de resolução, desde que preencha alguns requisitos (art. 478 do CC).¹¹⁹³

Maria Helena Diniz afirma que

O órgão judicante deverá, para lhe dar ganho de causa, apurar rigorosamente a ocorrência dos seguintes requisitos: a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada; b) alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do benefício exagerado para o outro; c) onerosidade excessiva para um dos contraentes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação, pois é necessário que as partes, quando celebraram o contrato, não possam ter previsto esse evento anormal, isto é, que está fora do curso habitual das coisas, pois não se poderá admitir a rebus sic stantibus se o risco advindo for normal ao contrato.¹¹⁹⁴

Para Carlos Roberto Gonçalves os requisitos de aplicação do instituto da resolução do contrato por onerosidade excessiva são os seguintes:

a) vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou de trato sucessivo; b) ocorrência de fato extraordinário e imprevisível; c) considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em

tade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68.

1193 “Os requisitos para caracterização da onerosidade excessiva são: o contrato de execução continuada ou diferida, vantagem extrema de outra parte e acontecimento extraordinário e imprevisível, cabendo ao juiz, nas instâncias ordinárias, e diante do caso concreto, a averiguação da existência de prejuízo que excede a álea normal do contrato, com a consequente resolução do contrato diante do reconhecimento de cláusulas abusivas e excessivamente onerosas para a prestação do devedor”. (BRASIL. STJ. *REsp 1034702/ES*, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/2008, REPDRJ 19/05/2008, DJe 05/05/2008).

1194 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 164.

confronto com a que existia por ocasião da celebração; d) nexo causal entre o evento superveniente e a consequente excessiva onerosidade.¹¹⁹⁵

Os requisitos para aplicação são: (a) a vigência de um contrato de execução no tempo (diferida ou de trato sucessivo); (b) ocorrência de fato extraordinário e imprevisível; (c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e vantagem exagerada para o outro; (d) resolução ou modificação.

A culpabilidade do agente não pode ser levada a efeito pela parte que, antes da incidência do evento extraordinário e imprevisível para o pedido de resolução ou mesmo revisão do contrato.

11.3.2.3.1. Contrato de execução no tempo

Em primeiro lugar, **o instituto aplica-se preferencialmente, a contratos sinalagmáticos comutativos de execução no tempo (de execução diferida ou trato sucessivo)**, uma vez que entre a celebração do contrato e a sua execução haverá um lapso de tempo onde poderá surgir eventos ou fatos que poderão levar a quebra da base contratual realizado, tendo em vista que as partes não imaginavam a sua ocorrência.

Nos **contratos não sinalagmáticos (unilaterais)** em que apenas um dos contratantes assume obrigações porque as obrigações do outro representam elemento para o aperfeiçoamento do contrato, como no caso de empréstimo (mútuo feneratício), **também foram contemplados com a possibilidade de modificação equitativa da prestação**, na forma do art. 480 do CC¹¹⁹⁶.

Contudo, é importante ressaltar que as **regras do art. 478 a 480 podem ser utilizadas nos contratos aleatórios desde que os risco**

¹¹⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais.* 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 148.

¹¹⁹⁶ CÓDIGO CIVIL. “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”.

não façam parte exclusivamente do fundamento de aplicabilidade do contrato, ou seja, será possível a revisão contratual quando o evento imprevisível, causador do desequilíbrio contratual, não tiver relação com o risco assumido no contrato e tão pouco seja o gatilho de realização do adimplemento do contrato. Sendo assim, a empresa seguradora não poderá alegar o evento imprevisto de uma batida de carro para não cumprir o contrato, visto que o imprevisto é elemento fundamental para que a segurada cumpra o contrato.

O Enunciado no 176 da 3^a Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, ao afirmar que “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”¹¹⁹⁷. Sendo que “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.¹¹⁹⁸

11.3.2.3.2. O fato superveniente extraordinário e imprevisto

Em segundo lugar, deve ocorrer um fato superveniente ao momento da celebração do contrato¹¹⁹⁹, qualificado como extraordinário e imprevisível¹²⁰⁰, isto é, não previsto ou previsível pelas partes, de modo

1197 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 176 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

1198 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 175 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

1199 Para que os acontecimentos extraordinários e imprevistos acarretem a resolução ou a modificação do contrato pela excessiva onerosidade é necessário que sejam supervenientes à celebração do contrato. AQUINO, Leonardo Gomes de. Hardship: o mecanismo de alteração contratual. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 257, 21 mar. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4922>. Acesso em: 4 set. 2021.

1200 “Devemos entender por imprevisível aquele fato que situa além das fronteiras dos acontecimentos normais, ordinários, comuns, portanto fora de qualquer previsão, já o extraordinário é tudo aquilo que gravita fora da órbita do que é ordinário, comum e previsível. Assim, se o acontecimento imprevisível significa não previsível, não comum, extraordinário, não há como fugir do fato de que o extraordinário tam-

que o fato não possa enquadrar-se naquilo considerado como risco normal do contrato.

As circunstâncias que dão causa à ocorrência da resolução ou da modificação não podiam, razoavelmente, serem levadas em conta pela parte lesada até o momento da conclusão do contrato.¹²⁰¹

Os “**riscos próprios do contrato**” são entendidos como a possibilidade de ocorrência de prejuízos que as partes, expressa ou implicitamente, assumiram e distribuíram entre si quando celebraram o contrato¹²⁰². Derivam, sobretudo, da natureza e finalidade do contrato, dos elementos circunstanciais em que foi celebrado e executado, da autonomia privada material e da indicação da lei que lhe foi aplicável. Giovani di Giandomenico entende que um dos elementos necessários para se avaliar a margem de risco normal é a circunstância concreta em que o contrato foi celebrado, a valoração segundo a consciência do momento, a incidência de elementos legislativos atípicos, a regra do tipo contratual, a autonomia privada.¹²⁰³

Os acontecimentos extraordinários e imprevistos são acontecimentos anormais e insusceptíveis de previsão pelas partes, segundo a diligência ordinária, comum, exigida para os negócios. Segundo o **Enunciado 365 da 6ª Jornada de Direito Civil** “o fato extraordinário e

bém quer dizer não ordinário, não comum, imprevisível, donde a equivalência das expressões e a sua consequente redundância”. Observa que a expressão “acontecimentos extraordinários e imprevistos” poderia ser substituída por “acontecimentos imprevisíveis”, visto que, se o acontecimento é imprevisível, é também extraordinário. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. “Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias”, in *BMJ*, n.º 68, Lisboa, 1957, p. 293-384.

1201 AQUINO, Leonardo Gomes de. Hardship: o mecanismo de alteração contratual. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 257, 21 mar. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4922>. Acesso em: 4 set. 2021.

1202 BOSELLI, Aldo. “Alea”. *Novíssimo Digesto Italiano*. Torino: Torinese Ed., 1986, p. 468-476. vol. I, p. 471. AQUINO, Leonardo Gomes de. Os Riscos Próprios do Contrato. *Jornal estado de direito*. Porto Alegre. 2015. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/os-riscos-proprios-do-contrato-02-semana-da-coluna-descortinando-o-direito-em-presarial/>. Acesso em 04/09/2021

1203 GIANDOMENICO, Giovani di. *Il Contratto e l'Alea*. Padova: Cedam Ed., 1987, p. 300.

imprevisto causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação".¹²⁰⁴

Desta forma, se o acontecimento foge a previsibilidade ou assunção do risco poderemos ter a incidência da resolução ou modificação pela excessiva onerosidade.

11.3.2.3.3. Desequilíbrio que acarreta a onerosidade excessiva para um dos contratantes e a extrema vantagem para o outro.

Em terceiro lugar, deve existir um desequilíbrio entre as prestações dos contratantes acarretado por uma modificação extraordinária e imprevista do contrato, de maneira que o adimplemento do contrato acarretará uma vantagem extrema (enriquecimento sem causa) ao credor e uma excessiva onerosidade (empobrecimento) do devedor. Existe, nesse caso, uma ruptura superveniente do equilíbrio contratual inicialmente estabelecido.

Assim, é necessário que os fatos que acarretam o desequilíbrio fundamental do contrato escapem ao controle do contratante que se encontra em desvantagem ou afetado, ou seja os fatos devem estar fora da esfera de domínio causal sendo, portanto, inevitáveis.¹²⁰⁵

A previsão do CC da resolução por onerosidade excessiva atende ao princípio da equivalência material das prestações, que requer o equilíbrio das prestações do contrato, com o propósito de que os benefícios de cada parte sejam proporcionais aos seus sacrifícios.¹²⁰⁶

A excessiva onerosidade deverá decorrer da diferença entre as prestações previstas no contrato e momento de sua execução, ou seja, do valor da prestação ou do objeto da prestação entre o momento da celebração do contrato e sua execução, de forma haja um prejuízo

1204 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 366 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

1205 AQUINO, Leonardo Gomes de. Hardship: o mecanismo de alteração contratual. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 257, 21 mar. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4922>. Acesso em: 4 set. 2021.

1206 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 559.

para o devedor em caso de adimplir a sua obrigação. De acordo com o **Enunciado 366 da 6ª Jornada de Direito Civil** “a extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.¹²⁰⁷

11.3.2.3.4. Resolução ou modificação

A onerosidade excessiva não resolve o contrato de pleno direito, mas demanda a necessidade de decretar-se judicialmente a resolução a pedido da parte na iminência de torna-se inadimplente pela dificuldade de adimplir sua prestação. A intervenção judicial é imprescindível para não desobedecer ao princípio da *pacta sunt servanda* contratos.

Em decorrência da ideia da manutenção das relações negociais é possível que o magistrado venha intervir na relação negocial e reequilibrar em bases razoáveis as prestações recíprocas. Em tese, admitir-se-ia um pedido alternativo: a resolução ou a adequação do contrato (art. 479 do CC).

À parte que tiver sofrido uma onerosidade excessiva na sua prestação, com extrema vantagem para outra parte, por acontecimentos imprevistos e extraordinários poderá pedir a resolução do contrato, o que pode ser evitada pela outra parte se esta oferecer modificar eqüitativamente as condições do contrato (art. 479). **Mas, pode, no entanto com base no art. 317, do C.C, pedir a modificação da prestação** “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”.

O Enunciado no 367 do Conselho de Justiça Federal avança na vexata quaestio e faculta que: “em observância ao princípio da con-

1207 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 365 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

servação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório”.¹²⁰⁸

A resolução retroage se o contrato for execução única e diferida. No entanto, não retroage se o contrato for de execução continuada ou periódica (trato sucessivo), visto que as prestações nesse caso estão exauridas.

Desta forma, **para que a alteração das circunstâncias possa ensejar a renegociação do contrato, é necessário que ocorra um acontecimento fundamental que afeta, consideravelmente, a base relevante em que as partes fundaram a decisão de contratar, desde que não presentes nos riscos inerentes ao próprio contrato e não tenham sido acatados pelos contratantes.**

11.3.3. Morte da pessoa natural ou extinção da pessoa jurídica

Em regra, **o falecimento de uma das partes não implica fim do contrato.** Mas, nos contratos personalíssimos (*intuitu personae*) a morte (pessoa natural) ou a extinção (pessoa jurídica) de qualquer uma das partes tem o condão de determinar a extinção da relação negocial (do contrato).

O fato jurídico natural denominada morte produz efeito *ex nunc*, não atingindo as prestações a ele anteriores, ou seja, as prestações já consolidadas são preservadas tendo vista a questão patrimonial dos contratos de execução no tempo.

A extinção do contrato decorre da impossibilidade de realização das prestações pelo contratante cujas qualidades pessoais foram o motivo determinante de sua formação.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira¹²⁰⁹ “esta cessação pode-se dizer resilição convencional tácita, por entender-se que os contra-

1208 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 367 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

1209 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração

tantes o avançaram com a cláusula implícita de extinção". Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald¹²¹⁰ e Orlando Gomes¹²¹¹ afirmam que a ideia a resilição decorre invariavelmente da autonomia privada no exercício da faculdade de uma ou das duas partes, ato jurídico que não pode assumir a forma de um fato jurídico stricto sensu, como a morte".

Em **alguns contratos a morte acarreta a extinção da relação jurídica contratual**, como no caso do mandato, da fiança, prestação de serviço entre outros, mas poderá os herdeiros exigirem prestação de contas em relação ao contrato celebrado, visto que podem ter algum direito patrimonial a receber.¹²¹²

unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45-46.

1210 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie.* 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 572.

1211 GOMES, Orlando. *Contratos.* 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 229.

1212 STJ. Informativo no 495, de 9 a 20 de abril de 2012. Terceira Turma: "MANDATO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. MORTE DO MANDANTE. O direito de exigir a prestação de contas do mandatário transmite-se aos herdeiros do mandante, pois o dever de prestar decorre da lei e não está vinculado à vigência do contrato. Na hipótese, o contrato foi firmado para alienação de imóvel, portanto o prazo prescricional da ação de prestação de contas inicia-se após a realização de seu objeto. Assim, a obrigação do mandatário de prestar contas subsiste à extinção do mandato. De fato, a morte do mandante cessa o contrato; porém, por força do art. 1.784 do CC, uma vez aberta a sucessão, os herdeiros ficam automaticamente investidos na titularidade de todo o acervo patrimonial do de *cujus*, formando-se o vínculo jurídico com o mandatário" (BRASIL. STJ. REsp 1.122.589-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 10.4.2012).

Capítulo 12

Interpretação e Integração do Contrato

Tércio Sampaio Ferraz Jr. disciplina que “ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o uso corrente para designação do fato, e a significação normativa”. Podendo os dois aspectos se coincidir ou mesmo ser antagônico.¹²¹³

A interpretação da lei pode ser descrita como a revelação do pensamento que anima as palavras. Interpretar é a elucidação dos significados obscuros ou ambíguos de um texto, portanto interpretar parece indicar o modo de perceber, de entender algo apresentado pelo mundo externo. Interpretar a **norma (qualquer dispositivo legal)** é **revelar o seu sentido (descobrir a finalidade da norma), fixar o seu alcance (delimitar o campo de incidência da norma), no aspecto técnico.**

As noções apresentadas têm a mesma aplicação em relação aos contratos. Se o contrato faz lei entre as partes, é porque ele é um comando que impõe um determinado comportamento aos contratantes. Este comando, assim como o comando estabelecido pela lei, deve ser analisado com o propósito de aferir, o seu verdadeiro conteúdo, o real significado de suas palavras.

Segundo MacCormick, não há como aplicar o direito sem interpretá-lo, uma vez que a compreensão, decorrente da interpretação, precede à aplicação¹²¹⁴. Por isso, a interpretação do contrato só pode ser realizada observando as circunstâncias em que o rodeiam, o quadro normativo em que está inserido e se ela é sempre orientada por princípios, a conclusão é a de que a atividade de interpretar comprehende também a de integrar.

Apesar da interpretação dos contratos ter grande afinidade com a interpretação das leis¹²¹⁵, porém difere em alguns aspectos¹²¹⁶. Os

1213 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 255.

1214 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 161.

1215 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 78.

1216 Paulo LÔBO (*Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174) afirma que

métodos de interpretação são basicamente os mesmos. Analisaremos o contrato utilizando o **método literal (gramatical), lógico, sistemático, teleológico e conforme a constituição**.

12.1. Os métodos utilizados na interpretação

Os processos e técnicas de fixação do sentido da norma, como os métodos mencionados são utilizados, além de outros, em que também se atende à finalidade econômica, a boa-fé presumida ao comportamento passado pelas contratantes, o conteúdo real do ato, independentemente da terminologia utilizada, às circunstâncias peculiares do caso, os usos sociais e locais e à equidade.¹²¹⁷

Métodos				
Literal (gramatical)	Lógico	Sistemático	Teleológico	Conforme a constituição

Figura: Os principais de métodos de interpretação

A competência para fixar as diretrizes e as regras de interpretação é da doutrina e da jurisprudência, isto porque a interpretação tem por objeto determinar o sentido e alcance das expressões do direito. Heleno Taveira Torres disciplina que a escolha do método interpretativo é um dos maiores desafios para própria segurança jurídica, pois os métodos de interpretação são influenciados pelos métodos metodológicos.¹²¹⁸

“A interpretação dos contratos apresenta peculiaridades distintas da interpretação da lei. A lei é predisposta pela autoridade legislativa; o contrato é fruto do acordo das partes. A lei é abstrata e geral; o contrato é concreto e relativo às partes. A lei não depende de consentimento ou aprovação dos destinatários para valer e ser eficaz; O contrato vale e é eficaz a partir do consentimento tido como suficiente. A finalidade da lei é regular interesses coletivos ou públicos; a do contrato a de regular interesses particulares e determinados. A aplicação da lei não leva em conta a intenção de quem a edita; a do contrato tem como fundamental a intenção comum das partes. A lei é uma regulamentação heterônoma; o contrato é uma regulamentação autônoma”.

1217 WALD, Arnaldo. *Direito Civil. Direito das obrigações. Teoria geral dos contratos.* 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v 2, p. 244.

1218 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário.* 2. Ed. São Paulo:

(a) O **método gramatical ou literal procura no sentido literal da norma jurídica o seu sentido e decorre do método positivista**. O elemento gramatical tem em vista determinar o sentido das palavras empregadas pelos contratantes, segundo critérios gramaticais e linguísticos, sendo de notar que no contrato são usados, indistintamente, segundo os casos: termos legais, cujo sentido está determinado na própria lei; termos técnicos sejam jurídicos ou não, em geral, pertinentes às várias ciências ou artes; expressões da linguagem comum, empregadas habitualmente por todos.

Nesta perspectiva, a interpretação jurídica como interpretação semântica dirigir-se-ia em primeiro lugar ao texto escrito e complementarmente ao desejado pela parte nesse enunciado, com o “objetivo de determinar mediante esta semântica o significado dos enunciados legais, os objetivos de referências e de aplicação dos mesmos enunciados, objetivos que seriam definidos por um conjunto de propriedades empíricas, pelas qualidades que os objetos podem ter ou não ter”.¹²¹⁹

O **método pode ser assim resumido: deve-se pontuar que a dicção contratual é clara para que se possa afirmar qual o sentido deve ser considerado como o correto**¹²²⁰. Reforça que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

(b) O **método lógico** pretende “desvendar o sentido e o alcance da norma, estudando-a por meio de raciocínios lógicos, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com o escopo de atingir a perfeita compatibilidade”¹²²¹. Por isso, um termo não poderá ter dois sentidos numa mesma relação jurídica. Segundo Tércio Sampaio

Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

1219 NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 109.

1220 BRASIL. STJ. REsp 212392/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 21.9.2004, DJ 16.11.2004, p. 220.

1221 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 150-151.

Ferraz Júnior¹²²² os procedimentos desta técnica são três: (i) **atitude formal** se expressa no momento em que se preocupa em verificar a existência, e se for o caso, resolver eventuais incompatibilidades, utilizando-se para isso de regras formais. Ou seja, busca-se estabelecer normas jurídicas que venham a solucionar situações de incompatibilidade antes que os casos reais ocorram; (ii) **atitude prática**, por sua vez, visa evitar as incompatibilidades a medida em que elas forem surgindo no universo jurídico e real; (iii) **atitude diplomática** faz com que o intérprete, com o intuito de evitar uma incompatibilidade em um determinado momento e em razão de uma norma jurídica específica, crie uma solução única para aquele único caso, resolvendo assim, aquele conflito.

(c) A **interpretação sistemática** tem como parâmetro o caráter orgânico do Direito, que se configura como um todo ordenado, com uma estrutura em que a localização em um ou outro lugar do texto não é fortuita, mas sim, obedece a uma poderosa estrutura interna, ao qual se conhece como sistema. Compara-se o ordenamento jurídico com um quebra cabeça no qual cada peça obtém seu significado segundo a situação em conjunto. **Este método implica na consideração “da unidade e coerência jurídico-sistemáticos**, onde a compreensão da norma se dá em função do seu contexto, sobretudo pela inclusão no instituto ou domínio jurídico de que seria parte e referindo-se inclusivamente à unidade de toda a ordem jurídica”.¹²²³

Mas, **para adotar este tipo de interpretação o intérprete deve ter como condição necessária a análise do conjunto normativo em sua totalidade (contrato e norma), sabendo que se trata de uma complexidade da qual o preceito objeto da interpretação faz parte.** Isto porque no nosso ordenamento jurídico há um comboio de leis, pois muitas das vezes estão em vigor expressamente, mas tacitamente

1222 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 152.

1223 NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 104.

estão revogadas ou são incompatíveis com a constituição, ou, ainda, há confronto entre os dispositivos contratuais e as normas.

Mas, a ideia da interpretação sistemática vem sendo aplicada de diversas formas pertinentes à técnica, além das demonstradas temos: (i) pela racionalidade do legislador; (ii) dentro de uma harmonização contextual; (iii) por meio dos princípios gerais; (iv) analógica.

A **interpretação sistemática pela racionalidade do legislador**, em outras palavras coerência do legislador, segundo Sgarbi é baseada na defesa de suas realizações¹²²⁴, colocando a ideia dentro da perspectiva contratual pode-se afirmar que o intérprete deve buscar a vontade real.

A **ideia da harmonização contextual** procura na concepção da interpretação a partir da qual qualquer **disposição normativa pode estar inserida em um esquema jurídico mais extenso**¹²²⁵, ao “menos aquele da lei tomada como um todo, mas frequentemente no contexto de um conjunto de leis relacionadas entre si”.¹²²⁶

O **método da interpretação sistemática por meio dos princípios gerais** procura analisar o contrato e a norma a partir da indução dos conceitos regulatórios de caráter geral subjacente a certo conjunto de normas sugerindo que, à luz de seu grau de importância, **impõe-se sua consideração na resolução do caso em apreço por ser ele representativo de um valor comum**, seja na omissão da norma seja permissão.

A **interpretação sistemática analógica** resulta do fato que o intérprete deve analisar a norma de maneira casuística, que servirá de

1224 SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. Primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 547.

1225 “Consumidor. Contrato de prestação de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Art. 52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Eqüidade. Função social do contrato. - É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1º do art. 52, § 1º, do CDC. Recurso especial não conhecido” (BRASIL. STJ. REsp 476649/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.11.2003, DJ 25.2.2004, p. 169).

1226 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 171.

norte ao crítico. Sgarbi demonstra que “deve se acentuar que dada a qualificação normativa para determinada classe de sujeitos, impõe-se a mesma regra para outra classe de sujeitos porque eles têm, com a primeira, a mesma consequência legal”¹²²⁷.

(d) A composição do **método teleológico** procura o fim do contrato, ou seja, **qual o seu propósito, a sua razão de existir ou o seu objeto prático**. Karl Larenz aponta que este método possui dois grupos de critérios de interpretação “por um lado, trata-se das estruturas do âmbito material regulado, dados factuais, em relação aos quais nem o legislador pode alterar o que quer seja, e que ele toma em consideração de modo racional a propósito de qualquer regulação; por outro lado, trata-se dos princípios éticos-jurídicos, que estão antepostos a uma regulação, nos quais a referência de sentido dessa regulação à ideia de Direito se torna apreensível, manifesta”.¹²²⁸

Karl Engisch evidencia o caráter pluridimensional da interpretação teleológica ao afirmar que “**os fins prosseguidos pelas normas jurídicas** tanto podem situar-se dentro como fora delas”, isto porque os problemas de um ramo do direito podem ser resolvidos por outro ramo ou “trata-se de que a vida, por si mesmo, é conformada (modelada) pelo Direito”¹²²⁹. Logo, questões ligadas a um tipo contratual poderá ajudar a solucionar a interpretação de outro tipo contratual.

O importante na análise desta técnica é observar as razões que motivaram a publicação do texto legal, observando os porquês da criação da norma, aqui reacende o problema da eleição dos fatores na investigação da vontade daqueles que elaboraram a norma, convocando os valores e princípios normativos constitutivos do próprio direito. Não significa que estamos perante uma interpretação histórica, pois na interpretação teleológica o que se busca é a ideia do le-

1227 SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. Primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 554.

1228 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 469.

1229 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 141.

gislador ideal. Assim, é por meio deste parâmetro ideal que é possível argumentar a realização do direito pela razoabilidade na interpretação teleológica.¹²³⁰

(e) o método de interpretação conforme à constituição se dá quando há conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos. Para solucionar esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete, isto ocorre porque há uma importância acrescida aos princípios levados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, que é a prevalência da dignidade da pessoa humana, liberdade e intimidade.¹²³¹

A utilização do método de interpretação conforme a constituição, entre outras vantagens, amplia a tutela do homem e enquanto ser, e no que pertine aos seus negócios jurídicos, mitiga o peso da vontade em prol de outros valores tutelados pela carta magna, haja vista que as regras inspiradas no individualismo e que dão força ao positivismo dogmático tornaram inadequadas e obsoletas para solucionar os problemas da sociedade.

Não se pode negar que o impessoal tratamento dado aos sujeitos de direito e a massificação das relações negociais, que os avanços tecnológicos e a crescente especialização das atividades econômicas impuseram ao legislador o dever de buscar respostas para adequada tutela das partes contratantes e, em especial, do polo mais fraco da relação jurídica, dentre eles o consumidor, o aderente e o trabalhador. Isto ocorre porque a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana acarreta uma nova vocação ao direito privado, qual seja, “a

1230 NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 105.

1231 RIBEIRO, Julio de Melo. Interpretação conforme à Constituição. A lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 184 out./dez. 2009: 149-170, p. 157. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479.

de redirecionar o alcance de suas normas para proteção da pessoa, sem prejuízo dos mecanismos reguladores da proteção ao patrimônio”.¹²³²

O Código Civil também absorveu vários dispositivos de cunho constitucional, trazendo em seu corpo regras e princípios que alteraram o foco de sua atenção, abandonando uma proteção injustificada do patrimônio individual, tutelando o homem enquanto ser, informando-se pelo progresso da personalização ou responsabilização do direito privado. Por isso, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald afirmam que “no plano prático, a repersonalização insere o direito civil na legalidade constitucional. Em um ordenamento jurídico unitário e complexo, é impossível associar o direito civil ao Código Civil”.¹²³³

Pode-se assim concluir, ainda que sucintamente, que o negócio jurídico, em especial o contrato, **há que atuar como instrumento hábil a permitir às pessoas a busca por sua satisfação plena, objetivando precípuo derivado do princípio da dignidade da pessoa humana**¹²³⁴, pois esta é a essência do novo direito privado, em especial o direito civil, que exsurge das cinzas do egoísmo que imperou no passado secular.

12.2. Funções da Interpretação do contrato

A interpretação, de acordo com Maria Helena Diniz, pode ser de natureza **declaratória**, se tiver por escopo expressar a intenção dos interessados; **integrativa**, se pretender preencher lacunas contidas no negócio, por meio de normas supletivas, costumes etc.; e **construtiva**, se objetivar reconstruir o ato negocial com o intuito de salvá-lo¹²³⁵.

1232 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 67.

1233 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 9.

1234 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 66-68.

1235 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria do direito civil*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 455.

Orlando Gomes afirma que a interpretação pode ser (i) restritiva; (ii) extensiva; e (iii) complementar¹²³⁶. Carlos Roberto Gonçalves afirma que a interpretação contratual é **declaratória** quando tem como único escopo a descoberta da intenção comum dos contratantes no momento da celebração do contrato; e **construtiva ou integrativa**, quando objetiva o aproveitamento do contrato, mediante o suprimento das lacunas e pontos omissos deixados pelas partes¹²³⁷.

O Enunciado nº 26 da CJF, aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil dispõe que:

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 exigência de comportamento leal dos contratantes.¹²³⁸

Não se trata de reconstruir um mero sentido natural ou histórico, mas influir sobre o processo de determinação do sentido, por meio de regras de interpretação que estabelece o **sentido juridicamente relevante**, tomindo como referência a real intenção dos contratantes ou com o sentido objetivo da exteriorização. Por isso surge o problema das divergências entre intenção e exteriorização.

12.3. A Interpretação do contrato

A interpretação do contrato, entretanto, é feita com base na intenção das partes, o que não ocorre com a interpretação da lei. Na realizada, ao ser concebida, ganha vida própria, autônoma, independente da vontade do legislador. Quando fazemos a exegese da lei não

1236 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 240-241.

1237 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 63.

1238 CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 26 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

perquirir, em regra, qual a vontade do legislador, mas sim a vontade da própria lei. A lei tem vida própria, independentemente da intenção do legislador, e é o próprio intérprete que a mantém, por meio da interpretação, sempre atualizada diante da evolução social. O **contrato, por sua vez, é concebido para atender aquilo que as partes contratantes objetivaram quando da sua celebração**. Por esse motivo, de regra, deve-se fazer a interpretação procurando aferir exatamente qual era a intenção das partes no momento da celebração, ou seja, **esclarecer o sentido das declarações e ordenar o significado do acordo ou consenso**.

Paulo Lôbo dispõe que “a interpretação do contrato paritário funda-se necessariamente na declaração, ou melhor, nas declarações concordes que engendram o consenso (declaração comum)”.¹²³⁹

Assim, a **hermenêutica contratual, por ser a ciência da interpretação deve focar-se na vontade das partes que se exprime pela declaração**, que trafegam por meio desta, até alcançar a outra parte, mas sem abandonar os elementos exteriores que envolveram a formação do contrato, tais como elementos econômicos, sociais, ambientais, bem como as negociações preliminares, a minuta elaborada, a troca de correspondências, contrato preliminar e demais fatores que contribuem para esclarecer e identificar a vontade contratual.

Isto ocorre por que o art. 110 do Código Civil ao regulamentar a **reserva mental** (falsa declaração), disciplina que a mesma não tem o valor jurídico¹²⁴⁰ e se o destinatário tinha conhecimento dela, o negócio jurídico será considerado nulo¹²⁴¹.

Por outro lado, o **silêncio circunstanciado ou qualificado**, importa anuêncio e deve ser levado em consideração nos contratos,

1239 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

1240 CÓDIGO CIVIL. “Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

1241 CÓDIGO CIVIL. “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: (...) II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (...).”

“quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” (art. 111, do Código Civil). E, podemos citar o seguinte **exemplo** clássico: um empresário que recebe, de freguês habitual, encomenda de determinada mercadoria ou produto de seu ramo por preço corrente no mercado com prazo de entrega determinado ocorrendo que, caso o empresário não recuse imediatamente a encomenda, entender-se-á seu silêncio como anuência.

O **intérprete tem a obrigação de verificar o espírito do contrato**, isto é, o seu significado genuíno, pois ao localizá-lo estará exercendo a função primordial da interpretação do contrato que é a determinação dos efeitos jurídicos que este visa plasmar e produzir.

Por esse motivo o art. 112 do Código Civil estabelece “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, isto é, deve ser declarada, externada, exteriorizada, transmitida aos destinatários da declaração. **A vontade interna, de maneira isolada, não tem relevância jurídica para fins de interpretação contratual.**

Outro ponto fundamental da interpretação dos contratos é a observância da boa-fé objetiva e os usos e costumes do lugar da celebração (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.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

É importante ressaltar que nos **contratos gratuitos** (benéficos) a **interpretação** deve ser analisada **de maneira restrita** (art. 114 do Código Civil), isto porque os contratos gratuitos estão interligados com a concepção de liberalidade, onde somente um dos contratantes se obriga, enquanto o outro somente aufere benefícios sem qualquer contraprestação direta, **a doação é o exemplo clássico**.

Antes de analisar os mecanismos mais adequados para a interpretação, o intérprete deve atentar para a identificar: (i) os elementos, requisitos e fatores dos planos da existência, validade e eficácia; (ii) classificar o contrato e consequente identificação das regras cogentes e dispositivas da lei aplicável; (iii) conservar do contrato; e (iv) manter o equilíbrio das prestações.¹²⁴²

Sendo assim, ao realizar a interpretação do contrato é necessário se ater a vontade das partes, pois estamos perante uma relação jurídica normativa.

1242 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 112. LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

12.3.1. A Interpretação do contrato internacional

No tocante aos contratos de compra e venda abrangidos pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em 11 de abril de 1980

- (1) as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la.
- (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte.
- (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.¹²⁴³

Segundo os **Princípios do UNIDROIT** a interpretação dos contratos é feita de acordo com a vontade comum das partes, sem que algum litígio ou dificuldade se suscite. Não “**podendo ser descartada a vontade comum, o contrato deve ser interpretado de acordo com sentido que uma pessoa razoável, do mesmo tipo das partes, lhe daria se estivesse nas mesmas circunstâncias**” (art. 4.1, nº 2).¹²⁴⁴

1243 BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980.

1244 UNIDROIT, *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, trad. pelo Ministério da Justiça de Portugal, Roma, 1995, p. 113.

Nos Princípios do UNIDROIT n.º 2 do art. 4.2, afirma-se que “(...) essas declarações e atos valem com o sentido que lhes daria um declaratório razoável, da mesma condição colocado na situação do real declaratório”. Mas, para aplicação deste artigo devem-se observar as circunstâncias relevantes, das quais as mais importantes estão indicadas no art. 4.3 dos Princípios.¹²⁴⁵

O laudo arbitral nº 9797/CK/ERA/ACS dispõe que **os contratos devem ser interpretados de acordo com a intenção comum das partes e se essa não puder ser estabelecida, o contrato deve ser interpretado à luz das pessoas razoáveis colocadas nas mesmas circunstâncias.**¹²⁴⁶

Assim, só quando não se encontra um sentido consensual para o contrato ou para algumas das suas cláusulas, é que as partes, ou o julgador, interrogam a lei aplicável ao litígio para a solução do caso.

12.3.2. A Interpretação do contrato nacional

Na interpretação do contrato caso não se consiga chegar a esta vontade comum é necessário observar de uma maneira geral, como se dá à interpretação das declarações negociais de cada uma das partes.

Destarte, a **declaração negocial é resultante de uma manifestação da vontade, sendo esta uma representação do elemento interno (subjetivo) e a sua declaração o elemento externo (objetivo)**¹²⁴⁷. Desta maneira, para ocorrer a declaração negocial torna-se indispensável à vontade, o querer, o pensar ou a intenção de negociar. Logo, é por meio dessa conjugação – vontade aliada à sua manifestação – que se torna conhecida a vontade do declarante, externando a sua real inten-

1245 UNIDROIT, *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, trad. pelo Ministério da Justiça de Portugal, Roma, 1995, p. 113.

1246 BONELL, Michael J.; MONFELI, Tommaso, Rassegna Giurisprudenziale sui Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali. *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 15.1, Milano, 2001, 169-225, p. 211 e ss.

1247 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 64. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 239.

ção, e a sua ausência resulta, sem dúvida, em nulidade material do negócio.

A declaração negocial, portanto, é um elemento integrante e imprescindível à efetivação do contrato, pois é por meio dela que o declarante exerce a manifestação da sua vontade¹²⁴⁸. A declaração, ou comportamento declaratório, sempre implica, consequentemente, num ato exterior adequado a dar a conhecer uma certa intenção ou conteúdo de pensamento do seu autor¹²⁴⁹. Nesse aspecto, **a declaração negocial deve refletir a vontade real e efetiva do declarante, para que ela não seja afetada.**

A existência de **divergência** entre a vontade declarada e a real pode resultar na **nulidade da declaração negocial**, desde que o seu destinatário conheça ou não a essência do elemento sobre o qual incidiu os defeitos do negócio jurídico ou, ainda, no caso de incapacidade da parte ou, por último, o livre exercício da vontade do declarante e desde que o facto seja notório ou do conhecimento do destinatário.¹²⁵⁰

A representação exterior da efetiva e real vontade deve significar a intenção de emitir uma declaração negocial de forma consciente e voluntária pois, ao contrário disso, pode resultar num desvio da vontade negocial.

Não se pode, contudo, deixar de se ressaltar que nos casos de **existência de divergência entre a vontade real e a declaração negocial**, a norma aplicável ao contrato deve **procurar dar proteção** às expectativas, com ênfase, inclusive para a aparência da vontade, **como meio de garantir a segurança** do negócio jurídico face à relevância do comportamento objetivo.

Assim, Paulo Mota Pinto esclarece que “constitui papel fundamental do direito, como se sabe, assegurar a proteção de expectativas, podendo mesmo a ordem jurídica ter perspectiva pelo prisma da ins-

1248 FERNANDES, Luís Carlos Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Lex, 1996, v. 2, p. 183.

1249 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 238.

1250 AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. *Revista de direito privado*. vol. 31, julho-setembro, 2007: 119-146, p. 128, nota 31.

titucionalização de expectativas”¹²⁵¹. Dessa forma, é necessário que se proceda a uma separação entre as **divergências intencionais e não intencionais**, onde a primeira declaração é emitida com o intuito de enganar, e, a outra não tem esse propósito.

No caso, a questão envolve uma velha discussão existente entre a teoria da vontade e a teoria da declaração. Pela **teoria da vontade**, o conflito de interesses entre o declarante e o declaratório é resolvido em favor do primeiro, enquanto que na **teoria da declaração** se volta essencialmente à proteção da externalização da vontade¹²⁵².

Na verdade, o que importa é que a declaração negocial represente a vontade real do declarante e que essa vontade chegue ao efetivo conhecimento e entendimento do declaratório, no sentido de afastar a possibilidade de dúvidas e omissões capazes de ocasionar discórdias e proporcionar o surgimento de demandas judiciais.¹²⁵³

Leciona Carlos Roberto Gonçalves **que não há falar em aplicação única da teoria da declaração ou da teoria da vontade, mas “conjuntamente, visto que constituem faces de um mesmo fenômeno”**.¹²⁵⁴

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenthal¹²⁵⁵ apresentam a **teoria da confiança** que não leva em consideração o comportamento do declarante, mas o comportamento e a expectativa dos contratantes, observando a boa-fé.

A **tutela da confiança pode**, assim, ser verificada a partir da confiança propriamente dita, da qual decorrem: (i) tutela mútua que corre do comportamento comum dos contratantes de maneira proba,

1251 PINTO, Paulo Mota. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 31.

1252 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 43. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 127.

1253 RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 15-16, nota 12.

1254 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 300.

1255 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 254.

transparente etc; e (ii) a tutela pelo poder jurisdicional (Estado-juiz) das relações, visando ao seu funcionamento ético e por sua continuidade.

Assim, a teoria da confiança se mostra como um avanço das teorias da vontade e da declaração, por não afastar o primado da vontade, mas incluir o solidarismo e o equilíbrio contratual, pois “o intérprete desloca do microcosmo da declaração para o ambiente social e jurídico em que o negócio jurídico foi celebrado”.

Teoria da		
Vontade	Declaração	Confiança

Figura: principais teorias da interpretação do negócio jurídico.

Observe-se, contudo, que, em caso de divergência entre a vontade real e a declaração negocial, deve-se conferir proteção às expectativas das partes, com ênfase, inclusive, na aparência da vontade, como meio de garantir a segurança do negócio jurídico em face da relevância do comportamento objetivo (teoria da confiança).

Deve **o intérprete valer-se também do princípio da boa-fé objetiva e dos costumes vigentes no lugar da celebração do negócio jurídico** (art. 113, do Código Civil). Incluem-se aí conceitos de lealdade, honestidade, retidão de conduta e mútua confiança.¹²⁵⁶

Percebe-se, mais uma vez, uma relativização do subjetivismo na interpretação do contrato, “uma vez que, se, por um lado, a investigação sobre a intenção é importante, por outro, elementos objetivos devem também ser observados”.¹²⁵⁷

A exigibilidade da boa-fé na realização dos negócios jurídicos é reforçada pelo disposto no art. 422 do Código Civil.¹²⁵⁸ De acordo com

1256 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II, p. 225-230.

1257 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 49.

1258 “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”. CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 27 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado

os Enunciados nºs 168 e 169 da 3^a Jornada de Direito Civil, “o princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação. (...). O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

É inspirado no art. 77 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias da Uncitral que dispõe:

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.¹²⁵⁹

A utilização da boa-fé como mecanismo de interpretação pode ser desenvolvida em três funções: (a) **interpretativa e de colmatação do contrato**; (b) **a de norma de criação de deveres jurídicos anexos ou de proteção** e; (c) **a norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos**¹²⁶⁰. As três funções da boa-fé são suplementares entre si, atuando conjuntamente no contrato.

A função social também deve ser observada e considerada em todas as etapas de interpretação do contrato.

Tratando-se de **negócios jurídicos benéficos e da renúncia, a interpretação deve ser restritiva**, de forma a onerar o menos possí-

Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

1259 BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980.

1260 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I, p. 105. FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4, p. 148-149.

vel a parte que está fazendo a liberalidade. Assim, **por exemplo**, se Rodrigo declarou doar a Leonardo os livros de sua biblioteca, não se comprehende na doação de estantes, armários nem no sistema de catalogação de livros. Donde se conclui que o preceito veda que se amplie o benefício ou a renúncia quando maior alcance não esteja claro na linguagem adotada pelos interessados.

Em suma, **parece adequado adotar a teoria da confiança como explicação do art. 112 do Código Civil**, pois ao referir-se à vontade consubstanciada nas declarações e padrões de sociabilidade, relegando a segundo plano a literalidade do texto, mesmo que este reflita a verdadeira intenção do declarante.

O art 424 do Código Civil estipula que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Mônica Yoshizato Bierwagen explica que

Será ambígua a cláusula que dá sua interpretação gramatical for possível a extração de mais de um sentido, como, por exemplo, o prestador de serviços que se compromete a trocar dois pneus de dois carros; há ambiguidade na medida em que não é possível determinar se a troca versa sobre dois pneus de cada carro, ou seja, quatro pneus, ou um pneu de cada um dos dois carros, totalizando dois pneus. De outro lado, há contradição se o conteúdo das cláusulas foi inconciliável, tal como dispor que o mútuo é celebrado sem vantagens para o mutuante e estabelecer cobrança de juros.¹²⁶¹

Se a situação apresentada acima ocorresse em um contrato patritório, certamente levariam o intérprete a empregar toda a sua experiência e conhecimento das técnicas de hermenêutica na análise do que realmente as partes desejam com a celebração do contrato.

1261 BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89.

12.3.3. A Interpretação do contrato de consumo

Os contratos de consumo se traduzem em contratos de adesão. As relações de consumo, massificadas e impessoais, ocorrem, na maioria dos casos, por meio do contrato de adesão. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, define

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

Desde logo se diga que a cláusula unilateral proposta é a mais comum. São aqueles contratos cujo conteúdo é predefinido pelo fornecedor, e ao consumidor cabe apenas a opção de aceitar ou não contratar. São **exemplos:** cartões de crédito, serviços bancários, passagens aéreas, etc.

Felipe Braga Netto afirma que “trata-se, a rigor, de um poder normativo privado. A parte economicamente mais forte impõe seus interesses por meio de cláusulas padronizadas, pouco restando ao consumidor senão aceitar passivamente tais imposições contratuais, ou ficar sem o produto ou o serviço”¹²⁶², **por isso os contratos de consumo são considerados como existenciais.**

Os contratos de adesão devem ser interpretados contra o que os redigiu, ou quem deles tirar proveito. Aliás, o art. 47 do CDC dispõe que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. De forma similar o Código Civil no art. 423 estipula que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. A interpretação mais favorável ao consumidor

¹²⁶² BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de direito do consumidor*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 503.

não atinge apenas as cláusulas ambíguas ou contraditórias, mas sim todo o contrato¹²⁶³.

Consignou o STJ que “os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”¹²⁶⁴, o que leva a compreender que a **interpretação em favor do consumidor vai além do mero documento escrito, incluindo aqui as demais regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, como as regras sobre vício, oferta, publicidade, informação ou mesmo as cláusulas abusivas**. Por exemplo, se houver contradição entre a oferta publicitária e o documento escrito, prevalecerá a mais favorável ao consumidor.

Segundo a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, nos **contratos de adesão**, categoria em que efetivamente se inclui a presente relação jurídico-obrigacional, **somente se admite cláusula resolutória expressa de forma alternativa, com escolha cabendo ao consumidor** (art. 54, § 2º do CDC), de molde que, imposta unilateralmente pelo fornecedor, implica renúncia de um direito exclusivamente seu, configurando, assim, nulidade de pleno direito tal estipulação (art. 51, inciso I do CDC). Assim, **cabe ao consumidor optar**, na hipótese de inadimplemento do fornecedor, **pela resolução contratual imediata** (com a devolução dos valores pagos, compensada a vantagem experimentada pelo consumidor) **ou pelo adimplemento da obrigação pelo fornecedor.**¹²⁶⁵

As cláusulas que “implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão” (Art. 54, §4º do CDC).

1263 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 259.

1264 BRASIL. STJ. Ag. 935.821, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 6.12.2007.

1265 BRASIL. TJDF, Acórdão n.182996, 20000110885656APC, Relator: Jeronymo de Souza, Revisor: Vasquez Cruxê, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29.9.2003, Publicado no DJU Seção 3: 10.12.2003, p. 43.

Diante do fato de que o exame do qual necessita o autor fora explicitamente excluído das coberturas contratadas, a operadora do plano de saúde que beneficia o autor não pode ser compelida a custeá-lo. Como é consabido, as coberturas oferecidas pelo plano de saúde guardam estrita correlação com as mensalidades que, em contrapartida, ficam debitadas ao consumidor que o contrata. Excluída determinado procedimento das coberturas, é inexorável, pois, que as mensalidades vertidas pelo contratante não se destinaram a cobri-lo, não podendo a operadora ser compelida a custeá-lo à margem do contratado e da contrapartida que lhe é fomentada de conformidade com os cálculos que norteiam o encadeamento do plano e seu regular funcionamento mediante o guarneecimento das coberturas efetivamente contratadas. Afigura-se ilegítimo e desconforme com qualquer parâmetro de razoabilidade se combinar à operadora a obrigação de custear procedimento que restara explícita e textualmente excluído das coberturas contratadas".¹²⁶⁶

Assim, toda estipulação limitativa de direito do consumidor, ou que possa acarretar qualquer desvantagem ao aderente, deve ser revelada de imediato, esclarecendo-se, caso seja necessário, o seu alcance e suas consequências no contrato, sob pena de nulidade.

12.4. Critérios legais de interpretação contratual

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa aponta os seguintes critérios de interpretação: (i) **subjetiva**: observância do sentido literal das palavras; aferimento da intenção comum das partes; integração sistêmica das cláusulas, exame das expressões gerais usadas no contrato; e estudo das indicações exemplificativas; (ii) **objetivas**: recurso da boa-fé objetiva; atendimento ao princípio da conservação do contrato;

1266 BRASIL. TJDF, Acórdão n.º 361675, 20070111513937APC, Relator: Teófilo Caetano 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10.6.2009, Publicado no DJE: 17.6.2009, p. 97.

interpretação das cláusulas ambíguas segundo as práticas gerais; entendimento das expressões plurívocas segundo o entendimento mais conveniente à natureza e ao objeto do contrato; interpretação contra o autor da cláusula.¹²⁶⁷

Carlos Roberto Gonçalves propõe os seguintes critérios práticos para interpretar os contratos:

Algumas regras práticas podem ser observadas no tocante à interpretação dos contratos:

- (a) a melhor maneira de apurar a intenção dos contratantes é verificar o modo pelo qual o vinham executando, de comum acordo;
- (b) deve-se interpretar o contrato, na dúvida, da maneira menos onerosa para o devedor (*in dubiis quod minimum est sequimur*);
- (c) as cláusulas contratuais não devem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto com as demais;
- (d) qualquer obscuridade é imputada a quem redigiu a estipulação, pois, podendo ser claro, não o foi (*ambiguitas contra stipulatorem est*);
- (e) na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível (princípio da conservação ou aproveitamento do contrato).¹²⁶⁸

Caio Mário da Silva Pereira¹²⁶⁹ apresenta as 14 regras de interpretação de Pothier, utilizadas para interpretar o Código Civil Francês, mas que se encontra plenamente adaptada ao nosso sistema jurídico:

1267 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 470.

1268 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 67-68.

1269 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45-46.

1º - O intérprete deve indagar a intenção comum das partes, dê preferência ao sentido gramatical das palavras
- *Potentior est quam vox mens dicentis.*

2º - Quando uma cláusula for suscetível de dois entendimentos, deve ter aquele em que possa produzir algum efeito, e não no em que nenhum possa gerar - *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de qua agitur in tuto sit.*

3º - Quando um contrato encerra expressões de duplo sentido, devem entender-se no sentido condizente com a natureza do negócio mesmo.

4º - A expressão ambígua interpreta-se segundo o que é de uso no país.

5º - Devem-se considerar implícitas em todo contrato as cláusulas de uso - *In contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudini.*

6º - As cláusulas contratuais interpretam-se uma em relação às outras, sejam antecedentes, sejam consequentes.

7º - Em caso de dúvida, a cláusula interpreta-se contra o estipulante e em favor do promitente.

8º - As cláusulas contratuais, ainda quando genéricas, compreendem apenas aquilo que foi objeto do contrato, e não as coisas de que os contratantes não cogitam - *Initum est perimi pacto, id de quo cogitatum non est.*

9º - Compreendem-se na universidade todas as coisas particulares que a compõem, mesmo quando as partes ao contratar não tenham tido conhecimento destas.

10 - O caso expresso para explicação da obrigação não deve considerar-se com o efeito de restringir o vínculo, e sim que este abrange os casos não expressos.

11 - Uma cláusula expressa no plural decompõe-se muitas vezes em cláusulas singulares.

12 - O que está no fim da frase se relaciona com toda ela e não apenas com o que imediatamente a precede, uma vez que guarde concordância em gênero e número com a frase inteira.

13 - Interpreta-se a cláusula contra aquele contratante, em razão de cuja má-fé, ou culpa, a obscuridade, ambiguidade ou outro vício se origina.

14 - As expressões que se apresentam sem sentido nenhum devem ser rejeitadas como se não constasse do texto do contrato.

Além do que prevê os artigos 112, 113 e 114, todos do Código Civil, há outros artigos esparsos no Código Civil e em leis especiais, estabelecendo regras sobre interpretação de determinados negócios. Carlos Roberto Gonçalves expõe que há dois princípios que devem “ser sempre observados, na interpretação do contrato: o da boa-fé e o da conservação do contrato. No tocante ao primeiro, deve o intérprete presumir que os contratantes procedem com lealdade e que tanto a resposta como a aceitação foram formuladas dentro do que podiam e deviam eles entender razoavelmente, segundo a boa-fé (art. 422 do CC). Já o segundo, tem o seguinte significado: se uma cláusula contratual permitir duas interpretações diferentes, prevalecerá a que possa produzir algum efeito, pois não se deve supor que os contratantes tenham celebrado um contrato carecedor de qualquer utilidade”¹²⁷⁰

1270 Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 do CC); a nulidade absoluta das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito re-

A realização desses critérios “tem como finalidade o equilíbrio de direito e obrigações, ou equilíbrio das posições contratuais, rompido com o favorecimento que o predisponente outorgou a si próprio. Até mesmo a regra de interpretação favorável ao aderente tem como limite esse equilíbrio, não podendo resultar em novo desequilíbrio em desfavor do contratante predisponente”.¹²⁷¹

A ideia da interpretação é compreender o sentido do contrato, ou seja, qual foi a intenção das partes ao realizar o negócio, buscando sempre que possível a manutenção da relação contratual em caso de litígio.

12.5. Integração do contrato

Quando o contrato não estipular uma cláusula prevendo determinada situação que não se sujeita à regulação legal, poderá o intérprete se valer da aplicação dos costumes, da analogia e dos princípios gerais de direito.

Torna-se necessária, nesse caso, a integração das lacunas do contrato, cabendo ao julgador se valer de outros métodos, que não a interpretação da cláusula contratual, para a satisfatória análise da questão. Nessa situação Paulo Nader propõe que a integração se faça com “observação da teleologia geral do contrato”, quando se destaca o fim econômico que aproximou as partes e as induziu à prática do ato negocial. Relevante, ainda, que “a regra de integração se revele de acordo com os princípios da boa-fé, e usos do local da celebração”.¹²⁷²

A ausência de cláusula contratual a ser interpretada proporciona a utilização da analogia. O julgador deverá então verificar a existência de norma incidente sobre um contrato de natureza jurídica semelhan-

sultante da natureza do negócio (art. 424 do CC); a transação interpreta-se restritivamente (art. 843 do CC); a fiança não admite interpretação extensiva (art. 819 do CC). GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 65-66.

1271 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

1272 NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 141.

te, a fim de aplicá-la de forma declarativa (*analogia a pari*), restritiva (*analogia ad minus*) ou ampliativa (*analogia ad plus*).

A eventual aplicação da integração por analogia não obsta a verificação dos costumes da localidade (os chamados *usos do tráfico negocial*), nem mesmo afastar a incidência dos princípios de direito, como a boa-fé e a vedação do locupletamento indevido.

Inicialmente cabe ressaltar a distinção entre interpretar e integrar o contrato. A **interpretação integrativa concerne ao conteúdo do contrato, enquanto a integração refere-se aos respectivos efeitos que não foram objetos de qualquer previsão no corpo do contrato**. É o processo no qual preenche as lacunas existentes no contrato por meio de uma solução justa equilibrada. Ou seja, quando os intérpretes não encontram no contrato a norma adequada à solução da controvérsia, configura-se lacuna. Daí proceder à integração com fontes externas, heterônomas, que solucionarão aquelas consequências de um negócio jurídico já interpretado.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. 3 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira Ltda., 1993, p. 345.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALLARA, Mario. *La teoria generale del contratto*. Corso di diritto civile. G Giappichelli Editore: Torino, 1955.
- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor: esquematizado*. Coleção esquematizada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020
- ALPA, Guido. La Protezione della Parte Debole di Origine Internazionale (con Particolare Riguardo al Diritto Uniforme). *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. (COORD) Michael J. BONELL e di Franco BONELLI. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 225-246.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 6^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

AQUINO, Leonardo Gomes de. A classificação dos contratos. Classificação e interpretação dos negócios. *Revista Jurídica Consulex*, v. XII, p. 52-54, 2008.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *A cláusula de hardship no contrato internacional*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003.

AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. *Revista de direito privado*. vol. 31, julho-setembro, 2007: 119-146.

AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. *Revista de Direito Privado*. vol. 28, Out, 2006: 69-112.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Curso de direito empresarial*. Teoria da empresa e direito societário. Brasília: Kiron, 2020.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Curso de direito empresarial: Teoria da empresa e direito societário*, Brasília: Kiron, 2015.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Elementos acidentais*: análise do plano da eficácia dos negócios jurídicos. *Consilium - Revista Eletrônica de Direito*, Brasília no 3, v.1 jan/abr de 2009b, p. 1 - 17. 2009, p. 6

AQUINO, Leonardo Gomes de. Hardship: o mecanismo de alteração contratual. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 257, 21 mar. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4922>. Acesso em: 4 set. 2021.

AQUINO, Leonardo Gomes de. O substrato da sociedade e sua classificação. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 15, n. 58, p. 267-323, out./dez. 2012.

AQUINO, Leonardo Gomes de. Os Riscos Próprios do Contrato. *Jornal estado de direito*. Porto Alegre. 2015. Disponível em: <http://estadode->

direito.com.br/os-riscos-proprios-do-contrato-02-semana-da-coluna-descortinando-o-direito-empresarial/. Acesso em 04/09/2021

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Propriedade industrial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

AQUINO, Leonardo Gomes de. Tricotomia do negócio jurídico (Presupostos Fáticos do Plano da Existência e do Plano da Validade do Negócio Jurídico). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6511>. Acesso em: 13.7.2016.

ARAÚJO, Nádia de. “O Direito do Comércio Internacional e o Mercosul”, in *Contratos Internacionais*, 2.^a ed. Revista e Ampliada, São Paulo, RT. Ed., 1995, 279-303.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Contrato real. *Encyclopédia Saraiva de Direito*. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 20: 92-96, p. 94.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Ações e fatos jurídicos*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

AZEVEDO, Álvaro V. *Curso de direito civil: teoria geral dos contratos*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARONA VILAR, Silvia; ESPLUGUES MOTA, Carlos; HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan. *Contratación Internacional (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1994.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

BELIARD, Géraldine; XIAO-YAN, Wang; RIQUIE, Eric. *Glossaire de Droit International Privé*. Bruxelas: Bruylant, 1992.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato. Um contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2011.

BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BONELL, Michael J.. “The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years”. In. *Uniform Law Review*, n.º 1, Kluwer Law International, 1997, 34-45

BONELL, Michael J.; MONFELI, Tommaso, Rassegna Giurisprudenziale sui Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali. *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 15.1, Milano, 2001, 169-225.

BORGES, Nelson, *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus à Teoria da Imprevisão*. Coimbra: Ed. Minerva, 1988.

BOSELLI, Aldo. “Alea”. *Novíssimo Digesto Italiano*. Torino: Torinese Ed., 1986, p. 468-476. vol. I.

BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de direito do consumidor*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. *Revista dos Tribunais*, vol. 872, São Paulo, 2008: 11-42.

BRASIL, STJ, *REsp 758518/PR*, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 28/06/2010.

BRASIL. Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. *Resolução nº 16, de 02 de março de 2020*. Dispõe sobre Incoterms e estabelece que nas exportações e importações brasileiras serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional. Publicada no *D.O.U.* de 30.8.2020.

BRASIL. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929 - Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana.

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014, que Promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

BRASIL. *REsp 730.626/SP*, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 04/12/2006, p. 322

BRASIL. STF. *ADI 4.908*, Relator Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 11-4-2019, DJe 6-5-2019.

BRASIL. STF. *ADI 4.908*, Relator Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 11-4-2019, DJe 6-5-2019.

BRASIL. STF. *ADI 493*, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724.

BRASIL. STF. *ADIn 319*, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.1993, DJ 30.4.1993, p. 07563, ement v. 01701-01, p. 00036.

BRASIL. STF. RE 103.513/MG, rel. Min. Francisco Rezek e publicado no *DJU* do dia 21.3.1986.

BRASIL. STF. *RE 161243 ED-EDv-AgR*, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 7.10.1999, *DJ* 17.12.1999, p. 00004, ement v. 01976-02, p. 415.

BRASIL. STF. *RE 201819*, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, *DJ* 27.10.2006. p. 64, ement. v. 02253-04, p. 577. RTJ, v. 00209-02, p. 821.

BRASIL. STF. *Súmula 166*: É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei 58/37.

BRASIL. STF. *Súmula 167*: Não se aplica o regime do decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro.

BRASIL. STF. *Súmula 168*: Para os efeitos do Decreto-Lei 58, de 10-12-1937, admite-se a inscrição imobiliária do compromisso de compra e venda no curso da ação.

BRASIL. STF. *Súmula 335*. É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.

BRASIL. STJ, *REsp 196.031*, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3^a T., p. 11/06/01.

BRASIL. STJ, *REsp 476.428/SC*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.4.2005, *DJ* 9.5.2005, p. 390.

BRASIL. STJ. SÚMULA 302: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

BRASIL. STJ. Ag. 935.821, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 6.12.2007.

BRASIL. STJ. *AgInt no AgRg no REsp 1197860/SC*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017.

BRASIL. STJ. *AgInt no AREsp 1.635.882/PR*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24.08.2020, DJe 15.09.2020.

BRASIL. STJ. *AgInt no AREsp 1426568/SC*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 03/09/2020.

BRASIL. STJ. *AgInt no AREsp 1611241/MS*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020.

BRASIL. STJ. *AgInt no REsp 1847586/RJ*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2020, DJe 26/10/2020.

BRASIL. STJ. *AgRg no Ag 590.802/RS*, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 30.5.2006, DJ 14.8.2006, p. 340.

BRASIL. STJ. *AgRg no AgRg no Ag 610.607/MG*, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25.6.2009, DJe 17.8.2009.

BRASIL. STJ. *AgRg no REsp 1177978/DF*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 10/11/2010.

BRASIL. STJ. *AgRg no REsp 687.239/RJ*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.4.2006, DJ 2.5.2006, p. 307

BRASIL. STJ. *AgRg no REsp 698.400/RS*, Rel. Ministro Luiz Fux, 1^a T., DJ 28-11-2005.

BRASIL. STJ. *EREsp* 292.974/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2003, DJ 15/09/2003, p. 231.

BRASIL. STJ. *EREsp* 661.858/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 26.11.2008, DJe 19.12.2008.

BRASIL. STJ. *EREsp* 985531, Relator(a): Ministro FERNANDO GONÇALVES. Decisão monocrática. Data da Publicação 8.2.2010.

BRASIL. STJ. *HC* 12547/DF, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1.6.2000, DJ 12.2.2001, p. 115.

BRASIL. STJ. *Resolução* n. 9, de 4.5.2005, DJ de 6.5.2005, p. 154, Seção I.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.061.500/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3^a T., DJe 20-11-2008.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.073.595/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 29.4.2011.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.122.589-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 10.4.2012.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.132.943-PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 27.8.2013.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.144.840/SP, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma., DJe 11-4-2012.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.230.711/RS. Relator Napoleão Nunes Maia Filho. 05/12/2011.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.269.476/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 19/02/2013.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.269.476/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 19/02/2013.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.381.606, Rel. Ministra Nancy Andrigi, Rel. para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, 3^a T., DJe 31-10-2014.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.424.814/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3^a T., DJe 10-10-2016.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.461.301-MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.3.2015, DJe 23.3.2015.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.773.478. Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data da Publicação: 18/12/2018.

BRASIL. STJ. *REsp* 1.789.863-MS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, por maioria, julgado em 10/08/2021.

BRASIL. STJ. *REsp* 101.571/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 343.

BRASIL. STJ. *REsp* 1034702/ES, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/2008, REP DJe 19/05/2008, DJe 05/05/2008

BRASIL. STJ. *REsp* 1040606/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012.

BRASIL. STJ. *REsp* 1051065/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.2.2013, DJe 27.2.2013.

BRASIL. STJ. *REsp* 1088783/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 06/05/2009.

BRASIL. STJ. *REsp* 1095882/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014.

BRASIL. STJ. *REsp 1112524/DF*, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 1.9.2010, DJe 30.9.2010

BRASIL. STJ. *REsp 1133597/MG*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/02/2014).

BRASIL. STJ. *REsp 1180815/MG*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.8.2010, DJe 26.8.2010.

BRASIL. STJ. *REsp 1192678/PR*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012.

BRASIL. STJ. *REsp 12.663/SP*, Rel. MIN. CLÁUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/03/1992, DJ 13/04/1992, p. 4996.

BRASIL. STJ. *REsp 1202514/RS*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 30/06/2011.

BRASIL. STJ. *REsp 1206723/MG*. Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Decisão Monocrática. Data da Publicação: 1.2.2011.

BRASIL. STJ. *REsp 1212159/SP*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.6.2012, DJe 25.6.2012.

BRASIL. STJ. *REsp 1237054/PR*. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22.4.2014, DJe 19.5.2014.

BRASIL. STJ. *REsp 1237703/MG*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 13/05/2011.

BRASIL. STJ. *REsp 1306367/SP*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.3.2014, DJe 5.5.2014.

BRASIL. STJ. *REsp 1332112/GO*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 17/04/2013.

BRASIL. STJ. *REsp 1419731/PR*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 7.8.2014, DJe 9.9.2014.

BRASIL. STJ. *REsp 1577229/MG*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016.

BRASIL. STJ. *REsp 1607422/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 17/11/2017.

BRASIL. STJ. *REsp 1622555/MG*, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017.

BRASIL. STJ. *REsp 1713096/SP*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 23/02/2018.

BRASIL. STJ. *REsp 1717160/DF*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 26/03/2018.

BRASIL. STJ. *REsp 186.818/RS*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/1998, DJ 15/03/1999, p. 244.

BRASIL. STJ. *REsp 212392/RJ*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 21.9.2004, DJ 16.11.2004, p. 220.

BRASIL. STJ. *REsp 214.680/SP*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/1999, DJ 16/11/1999, p. 214.

BRASIL. STJ. *REsp 237.539/SP*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/1999, DJ 08/03/2000, p. 127.

BRASIL. STJ. *REsp 241.831/RJ*, Rel. Ministro Castro Filho, 3^a T., DJ 3-2-2003.

BRASIL. STJ. *REsp 254875*. SP 2000/0035278-0. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, Data de Julgamento: 05/08/2004, Quarta Turma, Data de

Publicação: DJ 30.08.2004 p. 289</br> LEXSTJ vol. 182 p. 122</br> RE-VJUR vol. 323 p. 104</br> RJADCOAS vol. 62 p. 75</br> RSTJ vol. 182 p. 342.

BRASIL. STJ. *REsp 256.456/SP*, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 22/03/2001, DJ 7.5.2001, p. 147.

BRASIL. STJ. *REsp 259.726/RJ*. Rel. Min. Jorge Scartezzini, data da decisão 03.08.2004, DJ 27.09.2004, p. 361

BRASIL. STJ. *REsp 326.147/SP*, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4^a T., DJe 8-6-2009.

BRASIL. STJ. *REsp 330.261/SC*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2001, DJ 08/04/2002, p. 212.

BRASIL. STJ. *REsp 332.869/RJ*, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3^a T., DJ 2-9-2002..

BRASIL. STJ. *REsp 337.040/AM*, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 2.5.2002, DJ 1.7.2002, p. 347.

BRASIL. STJ. *REsp 407.179/PB*, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro julgamento em 21.05.2002, publ. em 23.09.2002, DJ, p. 00359.

BRASIL. STJ. *REsp 469.577/SC*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310.

BRASIL. STJ. *REsp 476649/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.11.2003, DJ 25.2.2004, p. 169.

BRASIL. STJ. *REsp 489.860/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 27.10.2004, DJ 13.12.2004, p. 212

BRASIL. STJ. *RESp 49011/SP*, 4^a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.3.2002, DJ. 6.5.2002.

BRASIL. STJ. *REsp* 493.159/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 241.

BRASIL. STJ. *REsp* 5.317/RS, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/04/1991, DJ 03/06/1991, p. 7421.

BRASIL. STJ. *REsp* 5.801/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 10.12.1990, DJ 4.2.1991, p. 576.

BRASIL. STJ. *REsp* 509.304/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16.5.2013, *DJe* 23.5.2013.

BRASIL. STJ. *REsp* 533.230/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 2.9.2003, DJ 3.1.2003, p. 323.

BRASIL. STJ. *REsp* 579.324/SC, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 07/08/2006, p. 227.

BRASIL. STJ. *REsp* 595.631/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 391.

BRASIL. STJ. *REsp* 595.734/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3^a T., DJ 28-11-2005.

BRASIL. STJ. *REsp* 595631/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 8.6.2004, DJ 2.8.2004, p. 391.

BRASIL. STJ. *REsp* 620.787/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, REPDJe 15/06/2009, REPDJe 11/05/2009, *DJe* 27/04/2009.

BRASIL. STJ. *REsp* 662.608/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 4^a T., DJ 5-2-2007.

BRASIL. STJ. *REsp* 680.815/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20.3.2014, *DJe* 3.2.2015.

BRASIL. STJ. *REsp* 70.170/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/04/2000, DJ 12/06/2000, p. 112.

BRASIL. STJ. *REsp* 713.115/MG, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21.11.2006, DJ 4.12.2006, p. 300.

BRASIL. STJ. *REsp* 758.518/PR, Rel. Ministro Vasco della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17.6.2010, REP. *DJe* 1.7.010, *DJe* 28.6.2010.

BRASIL. STJ. *REsp* 877.074/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.5.2009, *DJe* 17.8.2009.

BRASIL. STJ. *REsp* 887.946/MT, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10.5.2011, *DJe* 18.5.2011

BRASIL. STJ. *REsp* 95.539/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 3.9.1996, DJ 14.10.1996, p. 39015.

BRASIL. STJ. *REsp* 953.389/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, REPDJe 11/05/2010, *DJe* 15/03/2010.

BRASIL. STJ. *REsp* 953389/SP. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 23.02.2010. DJ de 15.03.2010.

BRASIL. STJ. *REsp* 981.583/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3^a T., *DJe* 1-7-2010.

BRASIL. STJ. *REsp* 985.531/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 1.9.2009, *DJe* 28.10.2009.

BRASIL. STJ. *REsp* 991.317/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.12.2009, *DJe* 18.12.2009.

BRASIL. STJ. *Súmula* 130. A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento.

BRASIL. STJ. *Súmula* 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

BRASIL. STJ. *Súmula* 302. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

BRASIL. STJ. *Súmula* 308. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

BRASIL. STJ. *Súmula* 381. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

BRASIL. STJ. *Súmula* 529. No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.

BRASIL. STJ. *Súmula n. 76*: A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor.

BRASIL. STJ. SÚMULA: 595: “As instituições de ensino superior respondem objetivamente pelos danos suportados pelo aluno/consumidor pela realização de curso não reconhecido pelo Ministério da Educação, sobre o qual não lhe tenha sido dada prévia e adequada informação”.

BRASIL. TJDF, *Acórdão n.182996, 20000110885656APC*, Relator: Jeronymo de Souza, Revisor: Vasquez Cruxê, 3^a Turma Cível, Data de Julgamento: 29.9.2003, Publicado no DJU Seção 3: 10.12.2003, p. 43.

BRASIL. TJDFT, *Acórdão n.º 361675, 20070111513937APC*, Relator: Teófilo Caetano 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10.6.2009, Publicado no DJE: 17.6.2009, p. 97.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão 1025898, 20150111117050APC*, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 14/6/2017, publicado no DJE: 12/7/2017. Pág.: 158-174.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão 1156966, 00035763620178070001*, Relator: LEILA ARLANCH, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 27/2/2019, publicado no DJE: 15/3/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão 1363691, 07179563420198070007*, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 10/8/2021, publicado no DJE: 25/8/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão 148645, 20010020049187AGI*, Relator: JOÃO MARIOSI, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 22/10/2001, publicado no DJU SEÇÃO 3: 8/5/2002. Pág.: 19.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão 74310, APC3359594*, Relator: EVERARDS MOTA E MATOS, , Revisor: JOÃO MARIOSI, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 2/12/1994, publicado no DJU SEÇÃO 3: 21/12/1994. Pág.: 16.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão 808102, 20100111537758APC*, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: SEBASTIÃO COELHO, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 30/7/2014, publicado no DJE: 4/8/2014. Pág.: 270.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão 866515, 20110111997900APC*, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO, 2ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 29/4/2015, publicado no DJE: 15/5/2015. Pág.: 107.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão 900.924, 2015.03.1.001572-8*, 2.^a Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Rel. Juiz Arnaldo Corrêa Silva, DJDFTE 23.10.2015, p. 376.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão n. 896705, 20110110870894APC*, Relator: Alfeu Machado, Revisor: Fátima Rafael, 3^a Turma Cível, Data de Julgamento: 30.9.2015, publicado no DJE: 6.10.2015. p. 242.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão n.310333, 20070110211199APC*, Relator: Carmelita Brasil, Revisor: Waldir Leôncio Lopes Júnior, 2^a Turma Cível, Data de Julgamento: 4.6.2008, Publicado no DJE: 25.6.2008. p. 51.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão n.722131, 20120110985898APC*, Relator: José Divino de Oliveira, Revisor: Vera Andrichi, 6^a Turma Cível, Data de Julgamento: 9.10.2013, Publicado no DJE: 15.10.2013. p. 185.

BRASIL. TJDFT. Acórdão nº 650976, 20110112209533APC, Relator: Simone Lucindo, Revisor: Alfeu Machado, 1^a Turma Cível, Data de Julgamento: 30.1.2013, Publicado no DJE: 5.2.2013. p. 335.

BRASIL. TJDFT. *Acórdão nº 887573, 20110112256972APC*, Relator: Carlos Divino Vieira Rodrigues, Revisor: Hector Valverde Santanna, 6^a Turma Cível, Data de Julgamento: 29.7.2015, Publicado no DJE: 18.8.2015. p. 219.

BRASIL. TJDFT. APC 20120111804179. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. Brasília, 19 de julho de 2017.

BRASIL. TJDFT. *Apelação Cível 07141438020208070001*, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7^a Turma Cível, data de julgamento: 28/4/2021, publicado no DJE: 14/5/2021.

BRASIL. TJMG. *Apelação Cível 1.0024.08.994249-4/001*, Relator(a): Des. (a) Tibúrcio Marques, 15^a Câmara Cível, julgamento em 7.7.2011, publicação da súmula em 15.7.2011.

BRASIL. TJRS. AC 584027965, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Oscar Gomes Nunes, Julgado em 13.3.1985.

BRASIL. TJRS. APC 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em: 06-06-1991

BRASIL. TJRS. APC. 70077408656. Relator Glênio José Hekman. Porto Alegre, 17 de outubro de 2018.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível, N° 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em: 6.6.1991.

BRASIL. TJSC. APC 0302006-27.2014.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Janice Goulart Garcia Ubiali, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 10-12-2019.

BRASIL. TJSP. *Apelação 9055600-38.2009.8.26.0000*; Relator (a): Cardoso Neto; Órgão Julgador: 14^a Câmara de Direito Privado; Foro de Cubatão - 3^a Vara Cível; Data do Julgamento: 1.7.2009; Data de Registro: 23.7.2009

BRASIL. TJSP. *Apelação 9220767-44.2008.8.26.0000*; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4^a Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 5^a. Vara Cível; Data do Julgamento: 16.7.2009; Data de Registro: 7.8.2009.

BRASIL. TJSP. *Apelação Cível 1008548-52.2020.8.26.0048*; Relator (a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13^a Câmara de Direito Privado; Foro de Atibaia - 3^a Vara Cível; Data do Julgamento: 16/07/2021; Data de Registro: 15/07/2021.

BRASIL. TJSP. *Apelação Cível 7302494300*. Relator(a): Maia da Rocha - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 17^a Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 01/12/2008.

BRITO, Maria Helena, *A Representação nos Contratos Internacionais: Um Contributo para o Estudo do Princípio da Coerência em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia>>. Acesso em 18.9.2019.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa*. 15^a ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm, “A Liberdade e a Justiça Contratual na Sociedade de Direito Privado”. *Contratos: Actualidade e Evolução: Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, (coord.) António Pinto MONTEIRO, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, 49-66.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 34^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 149 Aprovado pela Plenária da 3^a Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 150 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 170 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 171 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 175 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 176 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 22 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 23 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 23 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 23 Aprovados pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 25 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 26 Aprovado pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. 23-24 de outubro de 2012, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 26 Aprovados pela Plenária da 1ª Jornada de Direito Civil. 12 e 13 de setembro de 2002, Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 290 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 291 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 292 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 300 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 360 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 361 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 362 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 363 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 364 Aprovado pela Plenária da 4ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 365 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 366 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 367 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 410 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 411 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 413 Aprovado pela Plenária da 3ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 433 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 437 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 438 Aprovado pela Plenária da 5ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 544 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 549 Aprovado pela Plenária da 6ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 582 Aprovado pela Plenária da 7ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 584 Aprovado pela Plenária da 7ª Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado Coordenador Científico do evento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. São Paulo: Saraiva, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Direito de empresa. Contratos. Recuperação de empresas. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3.

COLLAÇO, Isabel Magalhães, *Da Compra e Venda em Direito International Privado: Aspectos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1954.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. “Da Alteração das Circunstâncias: Concretização do Artigo 437 do C.C. à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974”. *Separata dos Estudos em Memória do Dr. Paulo Cunha*. Lisboa: AAFDL, 1987.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção de Teses, Coimbra: Livraria Almedina, 1984, v. I e II.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Manual de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, José Eduardo da. *Evição nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das obrigações*, 4^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no Direito das Garantias – O exemplo da propriedade fiduciária. *Revista de direito privado*. V. 67. Ano 67. p. 129-186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar. *Comércio exterior. Teoria e Gestão*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria do direito civil*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

DOLINGER, Jacob. “Aplicação, Prova e Interpretação do Direito Estrangeiro: Um Estudo Comparado de Direito Internacional Privado”. In. *Revista de Direito Renovar*, n.º 5, Rio de Janeiro, Renovar Ed., 1996, p. 15-68.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*, 2.^a ed., Renovar Ed., Rio de Janeiro, 1993.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. v 4.

FARO, Ricardo; FARO, Fátima. *Curso de comércio exterior. Visão e experiência brasileira*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Luís Carlos Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Lex, 1996, v. 2.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Distinção entre a condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: repercussões na falência e na recuperação judicial. In. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil* | Belo Horizonte, v. 20, p. 183-207, abr./jun. 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Destino do Contrato*. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 3, n. 9, p. 49–54, abr./jun., 1982.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação*. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. 4^a ed. Madrid: Fundación cultural del notariado, 1998.

FONSECA, A. Medeiros, *Caso Fortuito e a Teoria da Imprevista*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONTAINE, Marcel. Les Lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux. *Droit et pratique du commerce international*. 1977.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRADERA, Véra Jacob de. Direito das obrigações. Comentários ao art. 421 do novo Código Civil. In. *Jornada de direito civil*. Ruy Rosado de Aguiar (coord). Brasília: CJF, 2003, p. 206.

FRANÇA, R. Limongi. Contrato. *Encyclopédia Saraiva de Direito*. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 19, p. 137-146.

FRANÇA. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos. Direito civil e empresarial*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral*. 11^a. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, t. I.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 15ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

GIANDOMENICO, Giovani di. *Il Contratto e l'Alea*. Padova: Cedam Ed., 1987.

GIARDINA, Andrea. Les Principes UNIDROIT sur Les Contrats Internationaux". In *Journal du Droit International*, ano 122, Paris, Clunet, 1995: 547-584.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Direito internacional privado e do comércio internacional: coletânea normativa [recurso eletrônico]*. 3^aed. Curitiba, 2016. Disponível em: http://www.cisg-brasil.net/downloads/legislacao/e-book_glitz_3ed.pdf. Acesso em 3.1.2017.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12^a ed. Atualizada por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito civil brasileiro. Parte Geral*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos contratos. A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. INCOTERMS. *Contratos Internacionais.* 2^a ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 147-222.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988-* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 200.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito.* 34^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HESSEN, J. *Filosofia dos valores.* Trad. L. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1946.

HUCK, Hermes Marcelo, *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional.* São Paulo: Aquarela Ed., 1989.

INCOTERMS, ICC. *ICC Guide to Incoterms.* 2020

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Direito Dos Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2013.

LALIVE, Pierre, “L’Arbitrage International et les Principes UNIDROIT”. In. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, a cura di Michael J. BONELL e di Franco BONELLI, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 73-89.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos. Validade jurídica dos contratos via internet.* São Paulo: Atlas, 2007.

LEITÃO, Luís Menezes. Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais. *Revista da Ordem dos Advogados*, 2000, p. 49-56.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Faveri*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

LIMA, Sthefanni Machado de. Vulnerabilidade e Hipossuficiência na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do CAAP*. n. 2, vol. XVII. Belo Horizonte, 2011, p. 241 a p. 259.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao código civil*: parte especial: das várias espécies de contratos (arts. 481 a 564). (coord.) Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Fontes das obrigações: contratos. 5^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, João Baptista, “Do Princípio da Liberdade Contratual”. In. *Obra Dispersa*. Scientia Iurídica: Braga, 1991. v. 1, p. 623-680.

MACHADO, João Baptista. Risco contratual e a mora do credor. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*. v. 2. Coimbra, 1989: 71-151.

MAJO, Adolfo di. L'osservanza della Buona Fede nei Principi UNIDROIT sui Contratti Commerciali Internationali. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. (COORD) Michael J. BONELL e di Franco BONELLI. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 145-160.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. A função social do fomento mercantil. In. *Revista ANFAC - Fomento Comercial: Grandes Empresas, Grandes Negócios*. Ano XIV, 57, nov. 2005, p. 13.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil*. São Paulo: LTr, 2008, v. 3.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MICHILES, Saulo. *Marco legal das startups. um guia para advogados, empreendedores e investidores*. Salvador: Podivm. 2021.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXXIX*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das coisas.*, São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. In. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013, 1-24, p. 23. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Data de acesso: 20.7.2017

NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Coisas*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 4.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Contratos*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos paradigmas*. Belo Horizonte: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor. (com exercícios)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras Parcelares da Boa-fé Objetiva e Venire Contra Factum Próprium*. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/Luciano_venire.doc. Acesso em 14/08/2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamento sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Joint venture: contrato de empreendimento comum em direito internacional privado*. Lisboa: Cosmos, 1998.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 21, temática n. 5, 2008: 45-72.

RAMOS, André Luiz Santa. *Direito empresarial*. Esquematizado. São Paulo: Método, 2011.

RAMOS, Rui Gens Moura, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, nº. 752, ano 87, jun. 1998, p. 22-30.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*. O contrato de agência e de distribuição no Código Civil de 2002. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33-70.

RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 3, p. 276-277.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 03.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte geral*. 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROUSSEAU, Stéphane e, MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza. “Estudo Comparativo sobre os Contratos Internacionais: Aspectos Doutrinários Práticos”. *Contratos Internacionais*. 2^a ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 51-90.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2^a ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005, v. 3.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato*. 2^a. ed. São Paulo: Método, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd’hui*. 2^a ed. Paris: Dalioz, 1952.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no código civil. Críticas e questões controvertidas*. São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 34-56.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. “Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias”, in *BMJ*, n.^o 68, Lisboa, 1957, p. 293-384.

SGARBI, Adrian. *Teoria do direito. Primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Registro público da atividade empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Pedro Paulo Abreu e. Função Social do Contrato: Um Estudo sobre a nova ótica contratual. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*. Disponível em: <https://app.vlex.com>. Acesso em 16.7.2017.

SIQUEIRA, Tania Bahia Carvalho. *Contrato na perspectiva das relações empresariais*. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

SPEZIALI, Paulo Roberto. *Revisão Contratual*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 3^a Ed., São Paulo: Método, 2008. v. 03.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2002.

TELLES, Inocêncio Galvão, “Aspectos Comuns aos Vários Contratos”. *Revista Forense*. vol. CXXXVII, ano XLVIII, fas. 581, Rio de Janeiro: Saraiva Ed., 1951, p. 37-63.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil. Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41. v. II.

TERRA, Aline Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em shopping center. In: *Migalhas de Peso*, publicado em 20.3.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em 18.9.2021

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

UNIDROIT, *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, trad. pelo Ministério da Justiça de Portugal, Roma, 1995.

UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts 2004*. Roma: UNIDROIT. 2004.

UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts*. Rome: UNIDROIT, 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Lisboa: Almedina, 1995.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A convenção de arbitragem. MESC. *Manual de mediação, conciliação e arbitragem*. Ana Paula Rocha Bonfim e Hellen Monique Ferreira de Menezes (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 83-113. VILAS-BÔAS, 2008, p. 83-113.

WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. In. *Revista trimestral de Direito Civil*. V. 17, ano 5. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar. 2004: 13-20.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil*. Direito das obrigações. Teoria geral dos contratos. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v 2.

WALDMAN, Ricardo Libel. O sobre-princípio da função social do contrato: da filosofia à dogmática jurídica. In. *Revista de direito do consumidor*, v. 15, n. 59, p. 127-149, jul./set. 2006.