CONFORME novo CPC

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

CURSO DE DIREITO CIVIL

Contratos
Teoria Geral e Contratos em Espécie

Conforme **MP 764**, de 26 de dezembro de 2016 – autorizou a cobrança diferenciada de preços de bens e serviços a depender da forma e do prazo de pagamento.

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

7ª EDIÇÃO
revista e atualizada

4

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

CURSO DE DIREITO CIVIL

Contratos
Teoria Geral e Contratos em Espécie

CONFORME novo CPC

7ª EDIÇÃO
revista e atualizada

4

2017

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050
• E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robrio Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim *(www.buenojardim.com.br)*

Diagramação: Marcelo S. Brandão *(santibrando@gmail.com)*

F224c Farias, Cristiano Chaves de
Curso de direito civil: contratos / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 7. ed. rev., e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
1.136 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-1106-9.

1. Direito civil. 2. Contratos. I. Título.

CDD 342.144

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

"O bom livro é aquele que se abre com interesse e se fecha com proveito."

(Amos Alcott, pedagogo norte-americano, 1799-1888)

"Escrever é traduzir. Sempre o será. Mesmo quando estivermos a utilizar a nossa própria língua. Transportamos o que vemos e o que sentimos (supondo que o ver e o sentir, como em geral os entendemos, sejam algo mais que as palavras com o que nos vem sendo relativamente possível expressar o visto e o sentido...) para um código convencional de signos, a escrita, e deixamos às circunstâncias e aos acasos da comunicação a responsabilidade de fazer chegar à inteligência do leitor, não a integridade da experiência que nos propusemos transmitir (inevitavelmente parcelar em relação à realidade de que se havia alimentado), mas ao menos uma sombra do que no fundo do nosso espírito sabemos ser intraduzível, por exemplo, a emoção pura de um encontro, o deslumbramento de uma descoberta, esse instante fugaz de silêncio anterior à palavra que vai ficar na memória como o resto de um sonho que o tempo não apagará por completo."

(José de Sousa Saramago, escritor, dramaturgo, romancista, jornalista e poeta lusitano, 1922-2010)

"A melhor maneira de ter bons filhos é fazê-los felizes."

(Oscar Wilde)

"Chega pra cá; Quero brincar com você; Deixa eu ser muito mais que um amigo; Quero sentir a sua energia chegar; Deixa eu ter um lugar no seu mundo; Pegue a minha mão; Segue a direção dessa luz que eu trago pra você; Só de olhar você, tô me vendo outra vez; Criação, meu fruto de paixão, aprendendo a te ensinar, pra nascer de novo; Aprendendo a te ensinar, pra recriar melhor; Ter que esperar; Se já erramos demais, que eles façam por nós um futuro; Ter que explicar que não vivemos iguais que há barreiras de cor e de crença; É pensar então que eu vou renovar, com você o amor que eu recebi; Viu-se em mim alguém, outro pai também; Todo amor, se inspira no amor; Aprendendo a te ensinar pra nascer de novo; Aprendendo a te ensinar pra recriar melhor; Só de olhar você tô me vendo outra vez; Criação, meu fruto de paixão; É pensar então que eu vou renovar com você o amor que eu recebi; Aprendendo a te ensinar pra nascer de novo; Aprendendo a te ensinar pra refazer melhor"

(Roupa Nova, *Filhos*, de Serginho, Nando e Nilson).

Dedico este livro ao meu caçula,
Nicholas. Do seu amor,
muitos livros podem nascer.
Belo Horizonte (MG), janeiro de 2012

Nelson Rosenvald

"Quando me perdi, você apareceu
Me fazendo rir, do que aconteceu
E de medo olhei tudo ao meu redor
Só assim enxerguei que agora estou melhor

Você é a escada da minha subida
Você é o amor da minha vida
É o meu abrir de olhos do amanhecer
Verdade que me leva a viver

Você é a espera na janela
A ave que vem de longe tão bela
A esperança que arde em calor
Você é a tradução do que é o amor"

(Cheiro de Amor / Cesar Menotti e Fabiano / Angélica, *Esperando na janela*, de Blanch)

Confesso que nunca tive muito jeito com as crianças... Talvez por conta disso, me impondo uma superação quase cotidiana, desde muito cedo, Papai do Céu me brindou com uma necessária convivência com elas (algumas já adolescentes...), que vem se tornando, cada vez mais, inspiradora e plena, permitindo a minha absoluta realização como ser humano.

Hoje eu sei que muito melhor e mais reconfortante do que *qualquer outra coisa* (qualquer outra!!!), é o sorriso dos meus pequenos (sempre pequenos!, embora alguns já com quase 1,90m de altura).

Para as crianças e os adolescentes da minha vida:

Para os meus filhos, amados e amorosos, Felipe, João Gabriel e Pedro Henrique. Os amores mais plenos da minha vida, a mais verdadeira *tradução do que é o amor!!!*

Para os meus sobrinhos Ananda e Luiz Otávio e para o meu afilhado Bernardo. Como um reconhecimento da *esperança que arde em calor* de que o mundo será melhor.

Salvador (BA), janeiro de 2012.

Cristiano Chaves de Farias

Sumário

Palavras Prévias – 7ª edição **23**
Prefácio **29**

PARTE I – DOS CONTRATOS EM GERAL

Capítulo I ▸ Introdução à Teoria Geral dos Contratos **33**

1. O direito civil constitucional 34
   1.1. O direito civil na feição liberal 34
   1.2. A humanização do direito civil 36
   1.3. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas 39
   1.4. Perspectivas para o direito civil 42
2. O contrato e a Constituição Federal 44
   2.1. A materialização dos contratos 44
   2.2. A liberdade contratual hoje: duas vertentes 47
      2.2.1. A liberdade contratual como binômio autodeterminação – justiça contratual 47
      2.2.2. A liberdade contratual como elemento da ordem de concorrência 48
      2.2.3. A pluralidade de dimensões funcionais do contrato 50
3. Contrato: evolução, conceito, local e tempo 54
   3.1. A evolução e o conceito do contrato 54
   3.2. Localização do contrato no direito civil 62
   3.3. O tempo do contrato 68
      3.3.1. A escada pontiana 68
      3.3.2. O direito intertemporal dos contratos 71

Capítulo II ▸ A Formação dos Contratos **77**

1. A formação dos contratos paritários 78
   1.1. Noções iniciais 78
   1.2. Estrutura da formação do contrato no Código Civil 79
      1.2.1. Negociações preliminares e a responsabilidade pré-contratual 80
      1.2.2. Proposta e aceitação 86
      1.2.3. A aceitação tácita e pelo silêncio 95
   1.3. Tempo e local de conclusão do contrato paritário 100
2. A formação dos contratos massificados 103
   2.1. Oferta nos contratos civis de adesão 103

2.2. Formação do contrato no Código de Defesa do Consumidor 105
2.3. Formação do contrato eletrônico 115
3. Contrato preliminar 121
3.1. Noções gerais 121
3.2. Regime jurídico 126
3.3. A promessa de doação 134
3.4. A eficácia real do contrato preliminar 138
3.5. O contrato preliminar impróprio 140

Capítulo III ▸ A Principiologia Contratual 147

1. Noções iniciais 147
2. O princípio da autonomia privada 150
2.1. Da autonomia da vontade à autonomia privada 150
2.2. A autonomia contratual e a autonomia existencial 156
2.3. A nova força obrigatória dos contratos 163
2.3.1. O papel da lei 165
2.3.2. O papel do juiz 167
3. O princípio da boa-fé objetiva 171
3.1. A boa-fé – histórico 171
3.2. Noções preliminares 174
3.3. A boa-fé como modelo no Código Civil 180
3.4. Os deveres de conduta 182
3.4.1. A função integrativa da boa-fé 183
3.4.2. A cláusula geral do art. 422 do Código Civil 185
3.4.3. As funções dos deveres de conduta 187
3.4.4. Violação positiva do contrato 193
3.5. A boa-fé e o abuso do direito 195
3.5.1. Limites internos ao exercício de direitos subjetivos 199
3.5.2. Categorias de exercícios abusivos do direito 202
3.5.2.1. Desleal exercício de direitos – O Adimplemento Substancial 202
3.5.2.2. Desleal não exercício de direitos: venire contra factum proprium; supressio e surrectio 205
3.5.2.3. Desleal constituição de direitos – tu quoque 210
3.5.2.4. O Dever de Mitigar o Próprio Prejuízo – Duty to mitigate the own loss 212
3.6. A boa-fé e o princípio da solidariedade 215
3.7. A boa-fé e o princípio da dignidade da pessoa humana 218
3.8 A boa-fé objetiva no CPC/15 219
4. A função social do contrato 221
4.1. A funcionalização do negócio jurídico 221
4.2. A função social do contrato como causa do negócio jurídico 224
4.3. A função social interna do contrato 226
4.3.1. A função social interna do contrato e a dignidade da pessoa humana 229
4.4. A função social externa do contrato 231
4.4.1. O contrato ofensivo a interesses metaindividuais 234
4.4.2. O terceiro ofendido 235

4.4.3. O terceiro ofensor 242
4.5. Estado da arte 249
5. Justiça contratual 249
5.1. Noções gerais 249
5.2. O equilíbrio contratual 254
5.2.1. A lesão 256
5.2.2. Da alteração das circunstâncias 260
5.2.3. A cláusula de hardship 268

Capítulo IV ▸ Classificação e Qualificação dos Contratos 275

1. Classificação estrutural dos contratos 275
1.1. As dicotomias clássicas 275
1.2. Classificações tradicionais 277
1.2.1. Contratos bilaterais (sinalagmáticos) e unilaterais 277
1.2.2. Contratos onerosos e gratuitos 281
1.2.3. Contratos comutativos e aleatórios 285
1.2.3.1. Noções gerais 285
1.2.3.2. A alienação aleatória 288
1.2.4. Contratos consensuais e reais 293
1.2.5. Contratos solenes e não solenes 294
1.2.6. Contratos instantâneos e contratos de duração 297
1.2.7. Contratos principais e acessórios 300
1.2.8. Contratos intuitu personae e impessoais 302
2. Classificação funcional dos contratos 305
2.1. Classificações do contrato contemporâneo 305
2.2. O contrato de consumo 307
2.2.1. Os três sujeitos contratuais 307
2.2.2. Contratos civis e contratos de consumo – diálogo de fontes 310
2.2.3. Contratos empresariais 320
2.3. O contrato de adesão 324
2.4. As cláusulas contratuais gerais 338
2.4.1. Noções gerais 338
2.4.2. Controle do conteúdo das cláusulas contratuais gerais 340
2.5. O contrato-tipo 349
2.6. Contratos coletivos e acordos normativos 350
2.7. Contratos coativos e necessários 352
2.7.1. A liberdade de contratar 352
2.7.2. A obrigação de contratar 353
2.8. O contrato relacional 358
2.9. O contrato eletrônico 361
2.9.1. Noções gerais 361
2.9.2. Despersonalização do contrato 363
2.9.3. Desmaterialização do contrato 364
2.9.4. Desterritorialização do contrato 365
2.9.5. Desconfiança do consumidor 366
2.10 Contratos cativos de longa duração 367

2.11 Contratos sob o paradigma da essencialidade 370
2.11.1. Noções gerais 370
2.11.2. Evolução do conceito de bem jurídico 372
2.11.3. Evolução da função do patrimônio 374
2.11.4. O patrimônio mínimo existencial 376
2.11.5. O paradigma da essencialidade 377
2.11.6. O bem de família 379
2.11.7. O bem mínimo existencial 380
2.11.8. A ponderação entre a tutela do bem existencial e o direito ao crédito 382
2.11.9. Os limites à aplicação dos direitos fundamentais nas lides envolvendo a impenhorabilidade do bem imóvel existencial 385
2.11.10. A Lei nº 11.382/06 – do bem de família aos bens mínimos existenciais 388
2.12 Contratos de direitos da personalidade 391
2.12.1. Noções gerais 391
2.12.2. Contrato de cessão de uso de imagem 396
2.12.3. Contrato de direitos autorais 399
2.12.4. Contrato de casamento 404
2.12.4.1 Casamento como contrato relacional 405
2.12.5. Os esponsais 408
2.12.6. Contrato de união estável 410
2.12.6.1 Contornos gerais 410
2.12.6.2 Celebração do contrato de convivência e modificabilidade 411
2.12.6.3 Eficácia do pacto convivencial 412
2.12.6.4 Conteúdo 414
2.12.7. O contrato de namoro e seus efeitos sobre a união estável 415
3. Qualificação dos contratos 416
3.1. Qualificação e classificação dos contratos 416
3.2. Contratos típicos e atípicos 417
3.3. Contratos mistos e coligados 424
3.4. As redes contratuais 429

Capítulo V ▸ Da Interpretação do Contrato 437

1. Introdução 438
2. Os elementos estruturais do negócio jurídico 442
3. A posição adotada pelo Código Civil de 2002 445
3.1. A função interpretativa do art. 113 do Código Civil 447
3.2. O elemento consuetudinário na interpretação dos contratos 453
3.3. Interpretação dos negócios gratuitos 457
3.4. Interpretação da declaração tácita de vontade 458
4. Interpretação dos contratos de massa 460

Capítulo VI ▸ Cessão do Contrato 471

1. Noções gerais 472
2. Requisitos 476

3. Efeitos 479
4. Distinções com outros modelos jurídicos 480
5. O subcontrato 481
5.1. Noções gerais 481
5.2. Distinção entre o subcontrato e a cessão contratual 484

Capítulo VII ▸ Relatividade dos Contratos 487

1. Estipulação em favor de terceiro 488
1.1. Noções gerais 488
1.2. Regime jurídico 491
1.3. O pacto sucessório e a estipulação em favor de terceiro 495
2. Promessa de fato de terceiro 497
3. Contrato com pessoa a declarar 501
3.1. Noções gerais 501
3.2. Regime jurídico 503

Capítulo VIII ▸ Efeitos dos Contratos 509

1. Vícios redibitórios 509
1.1. Noções conceituais 509
1.2. Fundamentação jurídica dos vícios redibitórios 512
1.3. Requisitos para a caracterização dos vícios redibitórios 515
1.4. As ações edilícias 518
1.5. Os vícios redibitórios no CDC 524
1.6. A desmaterialização dos vícios redibitórios 534
2. Evicção 535
2.1. Noções conceituais 535
2.2. Fundamentação jurídica da garantia 539
2.3. Elementos da evicção 540
2.3.1. Privação do direito do adquirente 540
2.3.2. Preexistência do direito do terceiro 542
2.3.3. Privação judicial ou extrajudicial 546
2.3.4. A evicção e o princípio da concentração na matrícula imobiliária 548
2.4. Extensão da garantia 551
2.5. A denunciação da lide 559

Capítulo IX ▸ Extinção dos Contratos 565

1. Noções gerais 566
2. Extinção pelo regular cumprimento 567
2.1. Extinção normal do contrato na perspectiva da obrigação simples 567
2.2. Extinção normal do contrato na perspectiva da obrigação complexa 569
3. Extinção pela inexistência e pela invalidade 570
4. Extinção pela ineficácia 572
4.1. A cláusula resolutiva 574
4.2. A cláusula de arrependimento 576

4.3. Resilição 579
4.3.1. Distrato ou resilição bilateral 579
4.3.2. Resilição unilateral 582
4.4. Rescisão 588
4.5. Resolução 590
4.5.1. Natureza da resolução 591
4.5.2. A impossibilidade superveniente da prestação 594
4.5.3. A extinção dos interesses objetivos do credor 596
4.5.3.1. Inexecução voluntária 602
4.5.3.2. Inexecução involuntária 603
4.5.4. A violação positiva do contrato 603
4.5.5. O adimplemento substancial 605
4.5.6. O inadimplemento antecipado 607
4.5.7. O cumprimento dos deveres anexos pelo credor 608
4.6. A resolução por alteração superveniente das circunstâncias 609
4.7. A resolução pela frustração do fim do contrato 621
4.8. Extinção por morte de um dos contratantes 623
5. A exceção de contrato não cumprido 624
5.1. Noções gerais 624
5.2. O risco de descumprimento 632
5.3. A exceptio nos contratos administrativos 633

PARTE II – CONTRATOS EM ESPÉCIE

Capítulo I ▸ Contrato de Compra e Venda 639

1. Noções gerais e quadro evolutivo da compra e venda 639
2. O regramento dualista da compra e venda – uma breve introdução à CISG 643
3. Noções conceituais e natureza obrigacional 647
4. Classificação do contrato de compra e venda 650
5. Elementos essenciais da compra e venda 655
5.1. Generalidades 655
5.2. Consentimento 656
5.3. Preço 675
5.4. Coisa (objeto da compra e venda) 684
6. Efeitos jurídicos decorrentes da compra e venda 686
6.1. Prolegômenos 686
6.2. Responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção 688
6.3. Responsabilidade pela perda ou deterioração (perecimento) da coisa adquirida 688
6.4. Responsabilidade pelas despesas 692
7. Situações especiais de compra e venda 693
7.1. Noções gerais 693
7.2. Venda por amostras 694
7.3. Venda ad corpus e venda ad mensuram 696

8. Cláusulas especiais (adjetas) na compra e venda 702
8.1. Generalidades 702
8.2. Retrovenda 703
8.3. Venda a contento e venda sujeita à prova 707
8.4. Preempção ou preferência convencional 711
8.5. Reserva de domínio 716
8.6. Venda sobre documentos 721
9. Venda de bens públicos 723

Capítulo II ▸ Contrato de Troca ou Permuta 727

1. Prolegômenos sobre a troca ou permuta 728
2. Noções conceituais e elementos caracterizadores 730
3. Classificação do contrato de troca ou permuta 731
4. A permuta de valores desiguais (permuta com saldo) 733
5. Aplicação das regras da compra e venda 735
6. Permuta de bens públicos 737

Capítulo III ▸ Contrato Estimatório ou Consignatório 739

1. Noções conceituais sobre a venda por consignação 739
2. Elementos caracterizadores 742
3. Classificação 747
4. Natureza jurídica da obrigação do consignatário: obrigação facultativa ou alternativa? 748
5. Inversão da teoria dos riscos 750
6. O desfazimento do contrato estimatório e a proteção do terceiro adquirente de boa-fé 751
7. Causas extintivas do contrato e os efeitos da eventual falência do consignatário 752

Capítulo IV ▸ Contrato de Doação 755

1. Generalidades sobre a doação 756
2. Noções conceituais e características fundamentais 757
3. Classificação do contrato de doação 762
4. A promessa de doação 765
5. Elementos componentes do contrato de doação 767
5.1. Prolegômenos 767
5.2. O sujeito 767
5.3. O objeto 771
5.4. Mútuo consentimento 775
5.5. Forma 777
6. Vedações legais à doação 778
6.1. Noções gerais 778
6.2. Proibição de doação universal 778
6.3. Proibição de doação inoficiosa 781
6.4. Proibição de doação ao cônjuge adúltero (vedação de doação à concubina) 784
6.5. Proibição de doação pelo devedor insolvente 787

7. Situações especiais de doação 788
7.1. Generalidades 788
7.2. Doação pura e simples e doação com condição (condicional), a termo ou com encargo (modal) 788
7.3. Doação remuneratória 791
7.4. Doação mista 791
7.5. Doação contemplativa ou meritória 792
7.6. Doação conjuntiva ou em comum a mais de uma pessoa 792
7.7. Doação de ascendente para descendente 793
7.8. Doação para entidade futura 795
7.9. Doação em contemplação de casamento futuro com pessoa certa e determinada (doação propter nupcias) 796
8. Doação de bens públicos 797
9. Revogação da doação 799
9.1. A extinção da doação 799
9.2. A revogação da doação 799
9.3. Irrenunciabilidade antecipada do direito de revogar a doação 801
9.4. Revogação da doação por descumprimento do encargo 801
9.5. Revogação da doação por ingratidão do donatário 804

Capítulo V ▸ Contratos de Empréstimo: Comodato e Mútuo 811

1. Noções conceituais sobre o empréstimo como uma figura contratual 811
2. O comodato 813
2.1. Noções conceituais 813
2.2. Elementos caracterizadores do comodato 815
2.3. Prazo do empréstimo 818
2.4. Classificação do comodato 821
2.5. Promessa de comodato (pactum de commodando) 823
2.6. Obrigações do comodatário 824
2.7. Obrigações do comodante 827
2.8. Comodato de bem público 828
2.9. Teoria dos riscos no contrato de comodato 829
2.10 Extinção do comodato 830
3. O mútuo 831
3.1. Noções conceituais 831
3.2. Elementos caracterizadores do mútuo 832
3.3. Capacidade das partes envolvidas 834
3.4. Classificação do mútuo 837
3.5. Prazo do contrato de mútuo 838
3.6. Mútuo em dinheiro (mútuo feneratício) 839
3.7. Extinção 845

Capítulo VI ▸ Contrato de Prestação de Serviços 847

1. Breve introdução à prestação de serviços humanos 847

2. Noções conceituais da prestação de serviços e suas características: os confins divisórios com os contratos de trabalho, de empreitada e de consumo 850
3. Classificação do contrato de prestação de serviços 858
4. Objeto da prestação de serviços 861
5. Remuneração do prestador de serviços 864
5.1. Generalidades 864
5.2. Arbitramento da remuneração pelo juiz 865
5.3. Remuneração acima do décuplo do salário-mínimo e a (des)necessidade de prova escrita 866
5.4. Periodicidade da remuneração 867
5.5. Compensação ao prestador de serviço não habilitado profissionalmente 867
6. Prazo de duração da prestação de serviços 870
7. Aliciamento do prestador de serviços 872
8. Obrigações recíprocas na prestação de serviços 876
9. Competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos decorrentes da prestação de serviços 877
10. Extinção do contrato de prestação de serviços e o direito à certificação 879

Capítulo VII ▸ Contrato de Empreitada 885

1. Prolegômenos sobre a empreitada 886
2. Noções conceituais sobre a empreitada e distinções relevantes 888
2.1. Tentativa conceitual 888
2.2. O objeto da empreitada 890
2.3. Possibilidade de caracterização da empreitada como relação consumerista 891
3. Classificação do contrato de empreitada, a possibilidade de subempreitada e os efeitos da morte do empreiteiro 892
4. Espécies de empreitada 897
4.1. Generalidades 897
4.2. Empreitada de lavor ou de mão de obra 898
4.3. Empreitada de materiais ou mista 900
4.4. Empreitada por administração 901
4.5. Engineering 902
5. O preço da empreitada 903
5.1. Noções gerais sobre o preço 903
5.2. Espécies de empreitada em relação ao preço 904
5.3. Empreitada por preço determinado 905
5.4. Empreitada por unidade de medida 907
5.5. Pagamento do empreiteiro e prazo prescricional para cobrança de sua remuneração 908
6. O recebimento da obra 909
7. Prazo de garantia e responsabilidade do empreiteiro 912
7.1. Responsabilidade do empreiteiro pela segurança e pela solidez da obra entregue ao proprietário 912
7.2. Responsabilidade do empreiteiro quando a relação é consumerista 916
7.3. Responsabilidade do empreiteiro perante terceiros pelo fato da coisa (responsabilidade pela ruína do prédio construído) 918

8. Competência judicial para processar e julgar eventuais conflitos decorrentes da empreitada 919
9. Proteção do direito autoral ao projeto de construção 922
10. Suspensão do contrato de empreitada 925
11. Extinção do contrato de empreitada 929

Capítulo VIII ▸ Contrato de Depósito 931

1. Generalidades sobre o depósito 931
2. Noções conceituais e características fundamentais 933
3. Classificação do contrato de depósito 938
4. Objeto do depósito 940
5. Espécies de depósito 945
6. Aplicação da teoria dos riscos 952
7. Obrigações das partes 953
   7.1. Obrigações do depositante 953
   7.2. Obrigações do depositário e a ação de depósito 954
8. A situação atual da prisão civil do depositário infiel (o controle de convencionalidade do art. 652 do Código Civil) 956

Capítulo IX ▸ Contrato de Mandato 963

1. Prolegômenos sobre o mandato 964
2. Noções conceituais e características fundamentais 965
3. Distinções fundamentais: o mandato, a representação e a procuração 967
4. Classificação do contrato de mandato 972
5. Objeto do contrato de mandato 976
6. Sujeitos do contrato de mandato 977
   6.1. Generalidades 977
   6.2. Mandato conjunto ou simultâneo 979
   6.3. Responsabilidade solidária no mandato 979
7. O substabelecimento 980
8. Atuação das partes (mandante e mandatário) 983
   8.1. Obrigações do mandante 983
   8.2. Obrigações do mandatário 984
   8.3. O abuso do poder e o excesso de poder pelo mandatário 985
9. Mandato e terceiros de boa-fé (o mandato aparente) 987
10. Espécies de mandato 989
11. (Ir)revogabilidade do mandato 991
12. Mandato em causa própria 993
13. Extinção do contrato de mandato 996

Capítulo X ▸ Contrato de Corretagem 999

1. Generalidades sobre a corretagem 999
2. Noções conceituais e distinções relevantes com outras figuras jurídicas 1001
3. Classificação 1004

4. Espécies de corretagem 1008
5. A remuneração do corretor 1012
6. A natureza da obrigação do corretor: de meio ou de resultado? 1020
7. Obrigações do corretor no âmbito do contrato de corretagem 1022
8. Aspectos processuais e competência judicial 1024

Capítulo XI ▸ Contrato de Locação 1027

1. Breve histórico 1027
2. A locação na sociedade de mercado 1030
3. Campo de incidência do Código Civil 1032
4. Elementos contratuais 1038
   4.1. Cessão do uso e gozo 1038
   4.2. Coisa infungível 1040
   4.3. Retribuição (aluguel) 1042
   4.4. Temporariedade (prazo) 1045
5. Natureza jurídica 1046
6. Obrigações dos contratantes 1050
   6.1. Obrigações do locador 1050
   6.2. Obrigações do locatário 1058
7. Extinção da locação 1060
   7.1. Extinção da locação com prazo 1060
   7.2. Extinção da locação sem prazo 1063
   7.3. Extinção pela venda do bem locado 1065
   7.4. Extinção pelo inadimplemento 1067
   7.5. Extinção pela morte de uma das partes 1069

Capítulo XII ▸ Contrato de Fiança 1071

1. Introdução ao estudo das garantias CREDITÍCIAS 1071
2. Noções gerais do contrato de fiança 1077
3. Características primordiais 1084
4. Regramento da fiança 1090
5. Eficácia da fiança 1094
6. Extinção da fiança 1103
   6.1. Decurso do prazo e exoneração do fiador 1103
   6.2. Morte do fiador 1106
   6.3. Causas imputáveis ao credor 1107
   6.4. Causas extintivas diretas genéricas 1111
   6.5. Causas extintivas indiretas 1112

Bibliografia 1115

Palavras Prévias – 7ª edição

(Uma breve introdução):

A fé (na construção de um mundo melhor)

não costuma a falhar...

"Sacudir estrelas, despertar desejo
Numa noite fria, uma noite fria, uma noite fria
Lá no meio da rua, lá de longe eu vejo
***Minas com Bahia** e o samba ia, juro que ia...*
Sacudir o mundo, procurar no fundo
O que leva um dia, até o outro dia."

(Daniela Mercury e Samuel Rosa, *Minas com Bahia,* **de Chico Amaral)**

"Minas do clube da esquina
Minas de Belô
Minas das meninas
Minas de amor
Bahia das serpentinas
Bahia do Pelô
Bahia das colombinas
Bahia dos pierrôs
Veja que coisa mais linda
O show já começou
Veja que belo horizonte
Que se vê em Salvador
Veja que felicidade nos olhos da cidade
Minas hoje é Bahia."

(Jammil e uma noites, *Axé Minas,*
de Manno Goés)

Eis a 7ª edição do volume referente ao *Direito dos Contratos* de nosso *Curso de Direito Civil,* abrangendo a sua teoria geral e as figuras negociais em espécie.

Vale notar que esta obra, talhada com cuidado a quatro mãos, a partir de nossos debates e reflexões sobre os novos quadrantes e perspectivas do Direito Contratual, desmente a célebre frase do escritor britânico Arthur Evelyn St. John Waugh (1903-1966): *"nunca entendi como dois homens podem se juntar para escrever um livro. Para mim, é como precisar de três pessoas para produzir um filho"*. Pois bem, se o conceito de família se tornou plural e aberto na contemporaneidade, por igual, desafiamos a argúcia do satirista inglês.

Construímos com reflexões ponderadas – e entrelaçadas conjuntamente – este livro, que trata do Direito Contratual no mundo contemporâneo.

E esse *locus* na contemporaneidade demandou que evoluíssemos a sistemática clássica dos manuais brasileiros de tratar do Direito Contratual na ordem sequencial do próprio Código Civil. Cuidamos das relações contratuais a partir de uma gênese constitucional, reforçando a sua compreensão a partir dos valores apregoados pela Constituição da República, em especial com foco na filosofia humanista, decorrente da afirmação da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º), da *solidariedade social e erradicação da pobreza* (art. 3º) e da *igualdade substancial* e da *liberdade* (art. 5º). Nessa tocada, a base segura de toda a estrutura deste livro está firmada sob os princípios fundamentais do Direito dos Contratos, cujo pano de fundo, sem dúvida, são os valores constitucionais.

Louvando-nos, declaradamente, do Texto Constitucional, a obra se inicia pela completa abordagem da Teoria Geral dos Contratos, propugnando por uma compreensão constitucionalizada desse essencial instrumento negocial, entabulando como base fundante e inexorável do estudo os princípios fundamentais dos contratos no mundo pós-moderno: função social e boa-fé objetiva. Em seguida, tratamos dos contratos em espécie, submetendo a regulamentação da matéria no Código Civil à incidência dos princípios fundamentais (constitucionais e codificados), na busca de resultados práticos mais enriquecedores, consentâneos com as diretrizes humanistas da Lei Maior. Abrimos mão de interpretações literais ou repetições expressas do texto legal para problematizar as normas sobre o tema. Isto sem olvidar o necessário diálogo dos dispositivos do Código Civil com regras e princípios oriundos de outros ramos, como o Direito do Consumidor, o Direito do Trabalho e, é claro, o Direito Processual, à luz das importantes novidades estabelecidas pelo Código de Processo Civil de 2015, como não poderia ser diferente.

Nesse ponto, inclusive, registre-se que o livro está rigorosamente atualizado com todas as normas publicadas até o final do ano de 2016. A nova normatividade internacional do contrato de compra e venda, com referências ao contrato *built to suit*, os efeitos decorrentes da incidência do Código de Processo Civil de 2015 e do o Estatuto da Pessoa com Deficiência.... e todas as normas sobre a matéria estão devidamente incorporadas. Para além das alterações legislativas, também atentamos

para as recentes manifestações jurisprudenciais e aos enunciados da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal.

Mais ainda: a obra já está em sintonia com a Medida Provisória 746, de 26 de dezembro de 2016, que disciplinou a possibilidade de cobrança diferenciada de preços de bens e serviços, a depender do prazo e da forma de pagamento respectivo, inclusive promovendo uma análise crítica à luz das normas de proteção do consumidor, de envergadura constitucional.

O resultado, pois, é uma obra que pretende ser teórica e prática, a um só tempo. *Teórica* porque destrincha todos os elementos abstratos do Direito Contratual, analisando os seus dogmas elementares, contidos na Codificação de 2002 e nas leis extravagantes. *Prática*, também. Isto porque, em todos os capítulos, o livro traz os possíveis resultados da aplicação concreta dos institutos contratuais, inclusive com a jurisprudência mais recente sobre cada tema. Até porque já advertia Rudolf Von Ihering que o Direito não tende a uma mera pretensão normativa, abstrata, sendo preciso lhe dar *efetividade social*. Para tanto, não escondemos que a nossa experiência cotidiana no Ministério Público e no magistério foi instrumento relevantíssimo de compreensão prática dos institutos.

Aliás, essa busca por uma visão bem próxima da realidade social brasileira motivou a manutenção de uma característica de nossa obra como um todo (também presente nos demais volumes de nossa coleção): a correlação dos institutos do Direito dos Contratos com a música, a literatura, as artes plásticas, o teatro..., enfim, com os demais campos humanos, do viver e do produzir. Em todos os capítulos (sem exceção!) há correlações muito claras com outros aspectos da vida humana, procurando demonstrar que a ciência jurídica nada mais é do que uma das riquezas da dimensão existencial de um jurista.

Para nós, *o Direito precisa de mais vida humana* para que a *vida humana tenha mais direitos!*

Acreditamos firmemente que assim (analisado em combinação com outros aspectos do existir do ser humano, como a música, por exemplo) o Direito Contratual se torna mais real e verdadeiro, abandonando um caráter abstrato, apenas no campo das hipóteses. Aliás, é bem por isso que os exemplos apresentados são, em larga maioria, retirados da concretude jurisprudencial, oferecendo ao leitor uma visão segura dos institutos.

O tema deste livro é apaixonante.

Não há, hodiernamente, quem esteja imune à importância dos contratos como instrumento de circulação de riquezas. Talvez por isso tenhamos ousado verticalizar o estudo da matéria, aprofundando em todos os capítulos as reflexões apresentadas. Ora, se é certo que *"os homens só podem compreender um livro profundo depois de terem vivido, pelo menos, uma parte daquilo que ele contém"* (Ezra Weston Pound),

aqui, no campo do direito dos contratos, dificuldade não haverá, uma vez que a matéria abordada está enraizada no dia a dia de todas as pessoas.

Além de tudo isso, lembramos que *"a gratidão é a memória do coração"* (Antístenes). Ou, como vaticinava o Pe. Antônio Vieira, os tesouros divinos possuem duas chaves: *uma aurífera, que os abre, isto é, a gratidão; e outra, de ferro, que os fecha, ou seja, a ingratidão*. Por isso, não podemos deixar de registrar nosso sincero agradecimento a algumas pessoas que colaboram, eficientemente, com o nosso trabalho. Prestamos uma justa e expressa homenagem a pessoas muito especiais para nós. Primeiramente, nosso agradecimento aos *Profs. Leonardo Beraldo(MG)* e *Marcelo Milagres(MG)* pelo precioso apoio, bem como aos também *Profs. João Hora(SE), Salomão Resedá(BA), Lara Soares(BA), Alerrandro Villalva(BA), Pedro Lino de Carvalho Jr.(BA), Eugênio Kruschewsky(BA), Luciano Figueiredo(BA), Roberto Figueiredo(BA), Conrado Paulino da Rosa(RS), Rita Bonelli(BA), Marília Sacramento(BA), Karla Kruschewsky(BA), Fernanda Barretto(BA), Rodrigo Moraes(BA)* e *Thiago Felipe Vargas Simões(ES)*, cuja ajuda é, sempre, inestimável neste livro (e nos demais). Elastecemos o agradecimento aos Professores *Dílson Bastos Fernandes*, de Governador Valadares(MG), e *Edgard Gaston Jacobs*(MG).

Também um registro, *in memoriam*, ao *Prof. Kléber Leitão*(BA), cuja capacidade de compreensão do magistério no universo social serve de inspiração para todos que ficamos com a sua saudade, inclusive do seu fino humor e generosidade.

Registramos, ademais, a nossa expressa gratidão à valorosa contribuição no plano das ideias e na organização e revisão dos trabalhos a *Fabiano Castanho(*MG), *Ana Luíza Naback* (MG), *Maria Vitória Resedá(BA)* e a *Priscylla Mariz*(BA). Agradecemos, ademais, aos amigos do curso *Ciclo*, de Aracaju(SE), casa em que desenvolvemos avançados projetos em nível de pós-graduação, em especial ao *Prof. Tiago Bockie, aos alunos da pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil*, onde, aliás, os temas aqui tratados foram debatidos amiúde em nossos encontros; também, por igual motivo, ao amigo *Kelson Castelo*, do IMADEC, em São Luís(MA), com quem, igualmente, desenvolvemos comprometidos projetos acadêmicos.

Desejamos, enfim, que esta obra sirva para construir um sistema jurídico contratual não temeroso de abandonar o superado paradigma patrimonialista e individualista, erguido por uma ordem que se mostra dissonante do humanismo jurídico. Propugnamos por um Direito dos Contratos aberto para a inevitável transformação que

emerge dos anseios por mais solidariedade social e erradicação da pobreza, justiça, igualdade e dignidade para todas as pessoas.

Em meio às dificuldades de um mundo tão capitalista e, muita vez, desprovido de valores humanos, sabemos que *"a esperança não vem do mar, nem das antenas de tevê"* e que *"a arte é de viver na fé"*, mesmo quando não *"se sabe fé em que"...*, como vaticinaram os Paralamas do Sucesso (*Alagados*, de Herbert Vianna e Bi Ribeiro).

Bem por isso, temos muita fé numa vida melhor e, como diz um grande e sensível poeta baiano, *a fé não costuma falhar...*

"A fé tá na manhã
A fé tá no anoitecer
Oh! Oh!
No calor do verão...

Certo ou errado até
A fé vai onde quer que eu vá
Oh! Oh!
A pé ou de avião...

Mesmo a quem não tem fé
A fé costuma acompanhar
Oh! Oh!
Pelo sim, pelo não...

Andar com fé eu vou
Que a fé não costuma faiá..."

(Gilberto Gil, *Andar com fé*)

Praia do Forte (BA) / Belo Horizonte (MG), em meio às comemorações pela chegada de 2017, com muita fé num futuro melhor

Cristiano Chaves de Farias
cristianofarias@uol.com.br

Nelson Rosenvald
www.nelsonrosenvald.info

Prefácio

Há, como todos sabem, coisas que não têm preço – a publicidade brasileira soube muito bem desenvolver essa noção do senso comum.

Para mim, é inestimável ser contemporâneo de geração de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Em relação a Cristiano, ainda há o acréscimo de ele ser baiano.

Eles dispensam apresentação.

São, indiscutivelmente, dois dos grandes civilistas brasileiros.

O *Curso de Direito Civil* é uma obra que consegue, como poucas, servir à academia, ao foro e ao estudante. Profunda, rigorosa e atualizada.

Pediram-me que apresentasse o volume sobre os "Contratos".

Destaco, nesta obra, a Teoria dos Contratos.

Em um primeiro momento, os autores realçam a "constitucionalização do contrato" – excerto da "constitucionalização do direito civil", tema que lhes é caro. A abordagem é importante. Há sempre o risco, em relações como esta, de o doutrinador perder-se em divagações sobre a Constituição, esquecendo-se de estudar o Direito Civil. Não é, o leitor verá, o que acontece com este volume do Curso. Estudar o Direito Civil a partir da Constituição deve ser, ainda e sempre, estudar o Direito Civil – e não o Direito Constitucional. O civilista não deve deixar de ser civilista. O Brasil também precisa de civilistas; excelentes civilistas. Cristiano e Nelson estão atentos a isso e, embora se dediquem ao estudo do Direito Civil Constitucional, não ignoram que o tema "contratos" é, sobretudo, regulado pelo Código Civil e outras normas infraconstitucionais.

Um segundo ponto digno de realce é a importância que os autores dão, no estudo das normas gerais sobre os contratos, ao princípio da boa-fé (ou boa-fé objetiva). Para mim, este é o ponto mais importante no estudo contemporâneo dos contratos. Os autores desenvolvem o tema como poucos – e, em nível de Curso, como quase ninguém.

Obviamente, o leitor talvez já desconfiasse disso, esta apresentação não significa que compartilho de todas as teses defendidas neste livro. Isso, porém, não

tem relevância. O que importa é que tudo o que aqui está escrito está bem escrito, bem fundamentado e tem por escopo o desenvolvimento de um direito civil mais justo e solidário.

Meus amigos Cristiano e Nelson: obrigado por esta deferência.

Salvador, em janeiro de 2012.

Fredie Didier Jr.

Parte I

DOS CONTRATOS EM GERAL

CAPÍTULO I

Introdução à Teoria Geral dos Contratos

Sumário • 1. O direito civil constitucional: 1.1 O direito civil na feição liberal; 1.2 A humanização do direito civil; 1.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; 1.4 Perspectivas para o direito civil – 2. O contrato e a Constituição Federal: 2.1 A materialização dos contratos; 2.2 A liberdade contratual hoje: duas vertentes – 3. Contrato: evolução, conceito, local e tempo: 3.1 A evolução e o conceito do contrato; 3.2 Localização do contrato no direito civil; 3.3 O tempo do contrato.

"Confiança – o senhor sabe – não se tira das coisas feitas ou perfeitas; ela rodeia é o quente da pessoa."

(João Guimarães Rosa, Grande Sertão: Veredas)

1. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

1.1 O direito civil na feição liberal

"O oposto do amor não é o ódio, mas a indiferença". Através das palavras de Érico Veríssimo é possível captar o humor das influências recíprocas entre a Constituição e o direito privado.

Com o advento do Estado Liberal, a convivência foi marcada pela total indiferença.[1] A começar pela edificação quase simultânea de um constitucionalismo liberal e do Código Civil Francês de 1804, alastrou-se pela Europa e, posteriormente pelo Brasil, a epidemia da clivagem entre Estado e sociedade. A dicotomia público-privado[2] se insere em um contexto em que a Constituição era a ordem jurídica fundamental do Estado, enquanto o Código Civil traduzia a ordem jurídica fundamental da sociedade. Indivíduos formalmente iguais perante a lei buscavam a satisfação de seus interesses sem a interferência do poder público. O Estado era o inimigo a ser combatido, pois a classe social emergente desejava um espaço de autonomia para desenvolver suas atividades econômicas, infensas a controles externos.

Em seu perfil oitocentista, o direito civil possuía alicerces sólidos na proteção patrimonial. A propriedade e os contratos formavam os pilares de um regime dedicado à apropriação e à conservação de bens. Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares, refletindo a clivagem entre o público e o privado, diante de um Estado ausente, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava, em última instância, para preservar as regras do jogo.

Esse antagonismo afirmou uma primeira geração de direitos fundamentais em que o Estado se enquadrava como único sujeito passivo, os chamados direitos de defesa, com primazia ao indivíduo, os poderes constituídos seriam contidos e teriam a missão de respeitar o âmbito de autodeterminação dos particulares e proteger a propriedade. Trata-se de um ideal absenteísta, de preservação de direitos naturais e liberdades no seio da sociedade civil, convertendo-se súditos em cidadãos. A classe burguesa demandava a sua emancipação, respaldando-se na tradição jusnaturalista da prioridade do indivíduo sobre a comunidade.

A permanência estável do referido ambiente propiciou o desenvolvimento do comércio e a multiplicação de riquezas como nunca havia se experimentado na história

1. A *summa divisio* que fraciona o direito em dois ramos – público e privado – tem por marco histórico o *Corpus Iuris Civilis*. Contudo, Habermas situa tal bifurcação na Grécia. Nas cidades gregas, a esfera da *polis*, comum aos cidadãos livres, era rigorosamente separada do *oikos*, particular a cada indivíduo. Esse modelo ideológico de esfera pública helênica se manteve contínuo e na Idade Média foi difundido através do direito romano. Com o surgimento do Estado moderno, há a nítida separação da esfera pública burguesa da privada. E à medida que a esfera pública se amplia, adquirindo aparentemente cada vez mais importância, sua função passa a ser cada vez menor (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984).

2. Norberto Bobbio cunhou a expressão no artigo "A grande dicotomia: público/privado". In: *Estado, governo e sociedade*. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. Para Bobbio, o primado da política (público) ou da economia (privado), justificaria a separação entre as duas tendências.

da humanidade.[3] Para o que nos interessa, o Estado liberal moldou o direito civil patrimonial centrado em três protagonistas: proprietário – contratante – pai (marido), este último conduzindo a família como uma unidade produtiva e reprodutiva, de forma que o patrimônio amealhado em vida fosse transferido aos filhos oriundos do matrimônio.

Eis aí a *"era dos códigos"*, na qual a segurança jurídica figurava como valor precípuo. Afinal, importava assegurar o *status quo*. Nas nações que seguiam a tradição romano-germânica, o Código Civil se afirmou como a própria constituição da sociedade. A codificação do século XIX e o nosso tardio Código Beviláqua[4] exaltavam o monismo das fontes (para saber, o direito civil era sinônimo de código civil). O Estado monopolizava a produção das normas de direito privado, o formalismo jurídico prestigiava a rigidez da hermenêutica, desenvolvendo-se assim um sistema em que a legislação era impermeável às necessidades e urgências sociais. Os magistrados, propositalmente neutros, laboravam a base do silogismo da subsunção, tal como autômatos, reproduzindo na concretude de suas decisões o receituário legislativo. Na linha da exegese, sequer se exigiria conhecimento especializado, bastaria aos juízes a alfabetização.

Na miopia do direito como ciência pura, olvida-se o homem como ser humano real, capta-se apenas o indivíduo abstraído em suas relações econômicas. O direito civil era um território franqueado para poucos, pois emancipação e cidadania refletiam privilégios, na medida em que o ordenamento privado não recepcionava os diferentes.

Nas primeiras décadas do século XX, o Estado liberal demonstrou sinais de fadiga. A *"mão invisível"* do mercado não foi capaz de solucionar as premências sociais, pois inexistiam instituições que o regulassem. A percepção de que o ordenamento jurídico deveria agir para atenuar desigualdades e libertar indivíduos de necessidades propiciou o surgimento do intervencionista Estado social, o *Welfare State*. Os direitos sociais de segunda geração já não mais correspondiam a uma posição de abstenção por parte do Estado, mas à efetivação de prestações positivas pela via de concessão de direitos promocionais e condições materiais para o desfrute de liberdades.

3. Tercio Ferraz insere o Estado-Leviatã de Hobbes como "corpo artificial que encarna o social e será capaz de conformar o que é público e o que é privado. O privado se identifica com a ideia de riqueza, de propriedade. A proteção da sociedade econômica contra os excessos do Estado se dá pelos direitos individuais, que são os direitos do burguês. Distingue-se o direito público do privado como a oposição entre os interesses do Estado (administração, imposição de tributos e penas) e os interesses dos indivíduos (suas relações civis e comerciais cuja base é a propriedade da riqueza)" (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003).

4. Na prática brasileira a clivagem entre público e privado não aconteceu em razão do patrimonialismo que assaltava os poderes constituídos. José Julio Senna bem pondera que "inegavelmente, faltou aos portugueses a compreensão da natureza do processo de desenvolvimento. Quiseram viver sem trabalhar. A eles escapou a noção de que o desenvolvimento econômico é praticamente sinônimo de obtenção de ganhos permanentes de produtividade. Também não perceberam que o referido processo requer um quadro institucional adequado, capaz de incitar investimentos" (SENNA, José Júlio. *Os parceiros do rei*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995).

O Estado Social introduziu uma ampla gama de normas de ordem pública cujo objetivo era frear a autonomia da vontade em relações jurídicas marcadas pela assimetria. Os códigos perdem o papel monopolista, passando a concorrer com a legislação emergencial. Nada obstante o acréscimo da intervenção estatal na vida privada, as bases do direito civil se mantinham sólidas. Afinal, as normas constitucionais mantinham o seu conteúdo meramente programático, como cartas de intenção. Apesar de os direitos fundamentais contarem com uma dimensão subjetiva, a ponto de ensejarem pretensões negativas (de defesa) ou positivas (de prestação), ainda não alcançam a posição de princípios básicos da ordem constitucional.

1.2 A humanização do direito civil

"No novo tempo, apesar dos castigos
De toda fadiga, de toda injustiça, estamos na briga
Pra nos socorrer, pra nos socorrer, pra nos socorrer
No novo tempo, apesar dos perigos
De todos os pecados, de todos enganos, estamos marcados
Pra sobreviver, pra sobreviver, pra sobreviver."

(Ivan Lins, *Novo tempo*,
de Ivan Lins e Vitor Martins)

"Ontem os Códigos, hoje as Constituições", conclui Paulo Bonavides. O pós-Segunda Guerra Mundial é o marco histórico renovatório da ciência do direito. As incomparáveis atrocidades praticadas pelos Estados totalitários contra a civilização paradoxalmente receberam o amparo formal da lei. As chagas do nazifascismo representaram o lado extremo do ocaso do liberalismo.

Paulatinas transformações culminam por descortinar um novo direito privado. Um dos últimos capítulos coincide com a implantação de uma tábua de valores constitucionais apta a exigir uma releitura do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizando a promoção da dignidade, do solidarismo e da igualdade substancial. A urgência se revela na determinação da preponderância da pessoa em relação ao patrimônio. Sendo a Constituição o centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia público-privado, pois não mais existem espaços imunes ao alcance de parâmetros normativos substancialmente mais justos.

O neologismo *neoconstitucionalismo* expressa uma aproximação entre a Constituição e a Democracia pela via da reconstrução dos direitos fundamentais. Se antes se mostravam acanhados, convertem-se em princípios capazes de expressar uma ordem de valores objetivada pelas Constituições maximalistas.

Os direitos fundamentais assumem então uma dimensão objetiva. Superam o *status* de garantias de situações individuais, passando a ostentar a envergadura de

bens jurídicos essenciais, de máxima efetividade, com força expansiva e eficácia irradiante a todo o ordenamento jurídico.

À medida que a Constituição dos Estados Democráticos de Direito lança os seus tentáculos para os demais ramos do ordenamento, não mais se contenta com a simples condição de ordem jurídica fundamental do Estado, tornando-se igualmente a ordem jurídica fundamental da sociedade. Consequentemente, rompe-se a dicotomia público-privado, inexistindo ilhas inóspitas à Constituição. Estado e sociedade não mais se opõem. Pelo contrário, unem-se em direção a uma ética de tutela material do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito é por essência um agente de transformação social, tendo por função precípua a concretização dos direitos fundamentais previstos em sede constitucional. A seu turno, ao inserir a pessoa como valor maior, fim e fundamento do ordenamento jurídico, a dignidade humana se anuncia como o seu elemento estruturante, verdadeiro manancial de direitos fundamentais, podendo ser esmiuçada na incondicional proteção da integridade psicofísica da pessoa, bem como em sua liberdade, igualdade e solidariedade perante os demais membros da comunidade. A dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral de respeito à condição humana.

O efeito de tais impactos no direito civil é devastador. A tão propalada despatrimonialização ou repersonalização do direito civil é uma consequência certa da alteração de paradigmas. Afinal, o direito privado das coisas e dos bens se transforma no direito das pessoas. O civilista, antes recluso, despe-se da vaidade e da arrogância e calça as *"sandálias da humildade"*, pois percebe que o sujeito do direito não se limita ao titular dos bens, cabendo à sociedade civil recepcionar aqueles que almejam "vir a ter e vir a ser".

O valor da segurança jurídica mantém posição de fundamentalidade na ordem jurídica. Contudo, se antes o princípio implicava conservação do imobilismo, preservação de direitos adquiridos e prestígio ao ato jurídico perfeito, doravante merecerá releitura adequada à realidade de uma nação extremamente desigual. Haverá segurança jurídica quando Estado e sociedade se comprometerem a cumprir o projeto constitucional de uma sociedade mais justa e voltada ao projeto solidário de erradicação da miséria.

Com efeito, o indivíduo é atomizado pelas forças do mercado, e na sociedade de risco o Estado é incapaz de concretizar a Ordem Constitucional, pois não se habilita a conjugar a Ordem Econômica pela ótica da convivência harmônica entre a livre-iniciativa e a tutela de interesses transindividuais (função social da propriedade, consumidores, meio ambiente), a teor do exposto no art. 170 da Constituição Federal. O Estado é protetor para poucos cidadãos e predador para a massa composta por súditos. O esvaziamento do Estado transferiu poder regulamentar para outras instâncias, sobremaneira o mercado. Os grandes conglomerados afastam o Estado de suas relações empresariais, cultivando as suas próprias regras (*lex mercatoria*), submetendo-as eventualmente à arbitragem em caso de desavenças. Por paradoxal

que seja, procuram o Estado para a edição de regras que os imunizem da sociedade civil. A opção da administração pela preeminência do poder econômico em suas políticas públicas remete a sociedade a um único caminho: o Sistema de Justiça como derradeira *ratio* na contenção das forças hegemônicas do mercado.

A divisão tripartida de poderes idealizada por Montesquieu com vistas a um Estado Liberal sofreu o natural câmbio das contingências históricas, sobremaneira geográficas do contexto nacional. Alguns fatores concorrem para a busca pelo cidadão do Sistema de Justiça para a tutela de direitos sociais, dentre os quais: (a) o ocaso da capacidade legiferante do poder legislativo. Em uma sociedade plural, complexa e massificada, sofrendo intensas e urgentes demandas de grupos desfavorecidos, ocorre uma hipertrofia do Poder Executivo, que assume para si a decisão e a responsabilidade de implementar mecanismos hábeis à consolidação da promessa de bem-estar social refletida na Constituição; (b) apesar de gerir o orçamento e substituir o Poder Legislativo pela distorção na edição de Medidas Provisórias, o Poder Executivo é incapaz de se empenhar concretamente pela edificação de uma sociedade solidária posto dominado por grupos de pressão que desvirtuam a ideia de um Estado Democrático de Direito, privatizando a esfera pública naquilo que na peculiaridade da trajetória brasileira usualmente se define como clientelismo ou patrimonialismo;[5] (c) represado o acesso popular à cidadania – seja pela ineficácia do legislativo como pela usurpação do Executivo pelo mercado –, resta à coletividade exercer a sua soberania pelo Sistema de Justiça, especialmente pelo Ministério Público, como órgão incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, através dos instrumentos legislativos postos a sua disposição. Para Lenio Streck,[6] trata-se dos instrumentos *"para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira geração [...] porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas"*.

No plano prático, a repersonalização insere o direito civil na legalidade constitucional. Em um ordenamento jurídico unitário e complexo, impossível associar o direito civil ao código civil. O direito é um sistema aberto de valores e a natureza normativa da Constituição Federal se exterioriza por um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los. Em sociedades complexas, o direito se revela por uma pluralidade de fontes e o método da subsunção (aceito em um viés positivista) é substituído por uma renovada teoria da interpretação jurídica, fundamentada em

5. Para Raymundo Faoro: "A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo" (*Os donos do poder*, op. cit., p. 819).

6. O Estado liberal pertenceu ao Legislativo, como poder *ordenador* das liberdades públicas e civis. O Estado Social foi dominado pelo Executivo, como *promovedor* de políticas públicas de correção de desigualdades. Lenio Streck investe as atenções do potencial *transformador* do Estado Democrático no judiciário, à medida que as "inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder ser suprimidas pelo Judiciário, como o instrumento para o resgate de direitos não realizados" (*Hermenêutica jurídica em crise*, op. cit., p. 38).

procedimentos argumentativos, conforme as escolhas de fundo do ordenamento, com aptidão para extrair dos princípios a sua eficácia transformadora.

O pós-positivismo não despreza o direito posto. Todavia, a passagem da lei ao direito é um processo contínuo pautado em atividade hermenêutica. Em sentido figurado, podemos perceber o ordenamento como um *iceberg*. A parte visível aos olhos representa a letra da lei, porém a maior parte se encontra submersa. É lá que a vida acontece e as necessidades sociais pautam o processo de interpretação do direito por outras fontes, como os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

O Código Civil de 2002 não possui pretensões totalitárias. Jean Cruet observou que o direito não domina a sociedade, apenas a exprime. Miguel Reale renuncia à possibilidade de crioconservação do direito privado em laboratórios estatais, pois o fenômeno jurídico é construído pela experiência de uma sociedade e se refere à historicidade de um processo cultural. Pode-se dizer que o Código Reale desfruta da centralidade do direito privado, concorrendo com outros centros de irrupção de regulamentação civil e sempre prestigiando o diálogo de fontes com a Lei Maior, afinal, os valores que ela concretizou em direitos fundamentais representam a viga mestra do direito privado. A supremacia e a unidade da Constituição Federal exigem que as normas de direito privado sejam submetidas a um permanente processo de filtragem. Obriga-se o civilista a adotar uma postura antropocêntrica e emancipatória.

1.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A eficácia interprivada dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais, deriva de intensos debates ocorridos na Corte Constitucional da Alemanha há mais de 50 anos. No Brasil, a questão aflorou nos últimos 10 anos, primeiramente pela democratização tardia e, por que não dizer, pelo lento e contínuo afastamento do *"mal-estar constitucional"*, que persiste na mente de considerável parcela de operadores de direito.

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais assumem eficácia irradiante e condicionam a atuação dos poderes constituídos, direcionando o administrador para a realização dos programas constitucionais – invalidando os atos que deles se afastem –, gerando efeitos diretamente sobre as normas de direito privado, evidenciando ainda a necessidade do julgador de fundamentar as suas decisões nos valores neles consubstanciados, mesmo *contra legem*. Trata-se da eficácia vertical e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e todos os poderes estatais, sedimentada na norma-princípio de otimização do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: *"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."* É abolida a concepção formal pela qual os direitos fundamentais só seriam vivificados por intermediação legislativa. Revestem-se eles de eficácia plena perante os órgãos estatais, cabendo a estes dotar as normas de direitos fundamentais de máxima efetividade.

Quando dois ou mais particulares praticam um ato dispositivo de titularidade ou de trânsito creditício, centram-se as atenções nos modelos jurídicos da propriedade e dos contratos, alicerces do direito civil tipicamente liberal. Nada obstante, na liberdade de contratar e no acesso à propriedade – reflexos da autonomia privada na órbita civil – configuram-se direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade, haja vista que a dignidade da pessoa humana se evidencia, dentre outras vias, pela percepção do indivíduo como pessoa racional e livre, com capacidade de autodeterminação.

Ocorre que a liberdade econômica tutelada pelo Estado Democrático de Direito não raras vezes será fator de opressão, pois as relações patrimoniais em boa medida culminam por restringir a liberdade para o futuro, gerando a instrumentalização da pessoa pela via negocial. É evidente que em nações globalizadas a perspectiva dos direitos fundamentais seja redimensionada, pois, no Estado Democrático de Direito que se assuma como tal, o maior predador do ser humano não é o Estado, e sim um mercado descontrolado e desregulamentado, além de outras forças sociais: os oligopólios e o poder privado. Enfim, os direitos fundamentais também vinculam as pessoas naturais e as jurídicas.

O Estado, agora amigo, não apenas se incumbe da função de respeito aos direitos fundamentais – seja pela via da defesa, como pelo dever de prestação –, mas sobre os seus ombros recai a tarefa de socorrer a sociedade civil contra si mesma. Cuida-se do dever de proteção, vazado na necessidade de o poder público acautelar e promover os direitos fundamentais nas relações particulares, primordialmente impedindo que situações existenciais sejam fragilizadas na órbita privada e, subsidiariamente, estabelecendo eficazes mecanismos de punição e reparação contra violações concretizadas. O princípio da dignidade da pessoa humana estará presente em todos os momentos da atividade econômica, para reprimir as iniciativas abusivas que desconsiderem o valor da pessoa, bem como para conformar o exercício das liberdades ao plano da legitimidade do ordenamento jurídico.

Foge ao objetivo do texto a distinção entre a eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares. A tendência doutrinária é a de evitar unilateralismos, admitindo-se soluções ecléticas pelas quais o próprio legislador já tenha previsto normas infraconstitucionais de solução de tensões – ou mesmo cláusulas gerais –, e outras hipóteses em que a omissão do legislador demandará a aplicação direta do direito fundamental pelo julgador, conforme interpretação construtiva do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. O mesmo se infere nos casos em que a lei existente é ofensiva a direitos fundamentais. De fato, em um Estado Democrático de Direito não há espaço para uma visão bipartida do ser humano: seja em suas relações com o Estado, como com a sociedade, a sua titularidade de direitos fundamentais será prestigiada pelo ordenamento.[7]

7. Com esteio na posição de J. Rivero, J. J. Gomes Canotilho ensina que descabe uma dupla ética no seio da sociedade. "Essa dupla ética existe quando, por exemplo, se considera como violação de integridade física e moral a exigência de testes de gravidez de mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a

Outrossim, há uma impropriedade na adoção da locução *eficácia horizontal* como contraposição à *eficácia vertical* no império das relações privadas. Nas relações sociais a excessiva assimetria entre os envolvidos – normalmente em vínculos entre empresas de grande porte e particulares – culmina por reproduzir na esfera social a mesma situação que remete ao aspecto verticalizado das relações entre os particulares e o poder estatal. Porém, nas relações efetuadas entre particulares em situação de relativa igualdade material – sem que qualquer um deles expresse uma posição de poder social –, será possível cogitar de um plano horizontal de direitos fundamentais, em que certamente o impacto da Constituição sobre a autonomia privada será bem menos extenso que nas hipóteses pregressas.[8] Daí a preferência pela adoção da expressão *eficácia privada dos direitos fundamentais*.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tende a conciliar harmonicamente o princípio da autonomia privada com outros direitos fundamentais. Destarte, há um componente que diferencia as relações entre particulares das relações destes com o Estado: enquanto aqui há apenas um titular de direitos fundamentais, lá os dois polos da relação jurídica titularizam direitos fundamentais. Isso implica aceitar conflitos que reclamarão soluções diferenciadas conforme um juízo de ponderação. De um lado, o sistema jurídico deve tutelar o crédito, caso contrário culminará por desestimular o fluxo de relações econômicas, comprometendo o próprio funcionamento do mercado, bem como a operabilidade do direito material e a efetividade do processo. De outro lado, o ordenamento protegerá outros valores considerados dignos de tutela jurídica.[9]

A Constituição Federal é uma carta dialética que consagra bens jurídicos contrapostos. *A priori* não existem valores abstratamente superiores a outros. Fatalmente a colisão de princípios será inevitável na concretude da vida. A intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais requer um balanceamento de bens jurídicos por magistrados e tribunais, considerando-se as peculiaridades do caso. O fato é que todas as relações privadas são referenciáveis a direitos fundamentais, e o sopesamento de tais tensões demandará os critérios hermenêuticos da regra da

---

entidades privadas em nome da autonomia contratual e empresarial" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 1251).

8. Carlos Alberto da Mota Pinto defende a incidência de direitos fundamentais nas relações em que não exista hipossuficiência de uma das partes apenas quando se verificar violação de direitos da personalidade de um dos contratantes, como, exemplificativamente, a recusa de contratar com base em discriminação religiosa (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 75).

9. STJ – A soma mensal das prestações referentes às consignações facultativas ou voluntárias, como empréstimos e financiamentos, não pode ultrapassar o limite de 30% dos vencimentos do trabalhador. Essa foi a decisão da 3ª turma do STJ ao atender o recurso de uma servidora pública gaúcha contra o Banco Santander Banespa S/A, que aplicava um percentual próximo dos 50%. A servidora ajuizou ação contra a instituição financeira para limitar os descontos em folha de pagamento, decorrentes de empréstimos consignados, a 30% da remuneração. O ministro argumentou que "*se deve levar em consideração a natureza alimentar do salário e o princípio da razoabilidade*" para atingir o equilíbrio entre os objetivos do contrato firmado e a dignidade da pessoa. Com isso, "*impõe-se a preservação de parte suficiente dos vencimentos do trabalhador, capaz de suprir as suas necessidades e de sua família, referentes à alimentação, à habitação, ao vestuário, à higiene, ao transporte etc.*", complementou (Processo Relacionado: Resp 1186965, 8.1.2011).

proporcionalidade. Importante critério para a equalização de tensões entre direitos fundamentais privados se refere à desigualdade fática entre o detentor de poder social e o indivíduo fragilizado, inibido em sua esfera de autonomia. O ordenamento jurídico tenderá a velar pela parte que se submeteu ao poderio privado.

1.4 Perspectivas para o direito civil

"Diz o filósofo grego Epicarmo que 'os mortais deviam ter pensamentos mortais, não imortais'. Os paradigmas sócio-culturais nascem, desenvolvem-se e morrem. Ao contrário do que se passa com a morte dos indivíduos, a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder. Por outro lado, também ao contrário do que sucede com os indivíduos, só muitos anos, senão mesmo séculos, depois da morte de um paradigma sócio-cultural, é possível afirmar com segurança que este morreu e determinar a data, sempre aproximada, da sua morte. A passagem entre paradigmas é, assim, semi-cega e semi-invisível."[10]

O pêndulo oscila. Acreditava-se que o poder público desempenharia o papel que lhe fora confiado pelo ordenamento jurídico, distribuindo o mínimo existencial aos setores marginalizados da sociedade. Se no Estado Liberal o bem-estar da população desfavorecida era objeto de caridade por instituições particulares, o Estado Social converteu a caridade em um direito, prestigiando a igualdade material e o acesso ao mínimo existencial, expiando a culpa dos mais favorecidos pela via da tributação.

Todavia, a promessa estatal de um cobertor social não foi cumprida a contento. É evidente a crescente sensação de fragilidade e impotência daquele que ostentava a função de ordenador social. O poder público se mostrou ineficiente para realizar no plano real a transfiguração sonhada pela Constituição Federal. Carência de recursos, máquina ineficiente, ausência de gestão, malversação de verbas. O Estado se ausenta em posições determinantes de defesa da vida digna e culmina por restituir à livre-iniciativa os setores da economia que havia abraçado.

Para além da privatização, a pós-modernidade revela o fenômeno da globalização como grande desafio à noção de soberania. Cada vez mais o Estado se incapacita para impor suas regras e normas isoladamente, pois atualmente a tarefa de distribuir o direito também cabe às forças econômicas, pela via da *lex mercatória*.[11] Constata-se o fortalecimento de grandes grupos empresariais dentro de uma "*nova desordem mundial*". De fato, paira uma desconfortável sensação de que agora ninguém parece estar

10. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*, op. cit., p. 15.

11. Véra de Fradera questiona a concepção estatal de direito, ponderando que "a grande liberdade de que goza a lex mercatoria, independente de todo e qualquer ordenamento nacional, gera um certo mal-estar e insegurança naqueles que só acreditam em um direito provindo do estado, olhando com desconfiança as manifestações da prática na criação de regras de conduta. Assim, para esses juristas, o costume e a lex mercatoria devem ser descartados, olvidando que hoje, no mundo todo, há um expressivo retorno ao costume e à lex mercatoria, inclusive entre nós" (FRADERA, Véra Maria Jacob. *O direito dos contratos no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2005).

Faculdade Fc Ceará

no controle. Antes todas as ações e iniciativas de ordenação eram locais, hoje não há mais uma localidade com arrogância bastante para falar em nome da humanidade como um todo. Forças anônimas operam na vasta terra de ninguém. Como percebe Zygmunt Bauman,[12] a separação entre economia e política e a proteção da primeira contra a intervenção regulatória da segunda resultam na perda de poder da política como um agente efetivo. As soberanias tornaram-se nominais.

A fuga do Estado acarreta uma espécie de feudalização do direito privado. O indivíduo, quando livre do jugo da necessidade, deseja a educação privada, a saúde privada, a aposentadoria privada e, alguns mais privilegiados, a segurança privada. Outrossim, a fuga do Estado inclui a desconfiança do poder Judiciário, pelo fortalecimento de arbitragem e das vias alternativas de composição de litígios, pela utilização de cláusulas contratuais hauridas de outros sistemas, bem como pela adoção dos *gentlemen's agreement*, acordo que não passa de um discurso mascarado de boas intenções para que os contratantes recusem a legislação estatal e se submetam aos seus próprios regramentos.

O lado mais sombrio desta crise, anuncia Daniel Sarmento,[13] é o que se relaciona ao retrocesso nos níveis de proteção às populações carentes proporcionados pelos direitos sociais. As prestações estatais voltadas ao atendimento das carências dos excluídos são privatizadas, escapando da condição de deveres estatais. Cuida-se de um verdadeiro desmonte do Estado Social, que assume tons catastróficos em uma nação subdesenvolvida como o Brasil.

A lógica empresarial do lucro assume o trato das demandas sociais de forma distinta da do poder público. A dignidade pode ser flexibilizada ou mesmo suprimida em nome de pragmatismos e visões utilitárias do ser humano. O mercado, quando não normatizado e regulado, não atenta a parâmetros de exclusão social e a economia é progressivamente isentada de controle político.

A evidente inaptidão da Constituição para responder às afrontas que lhe são dirigidas pela pós-modernidade não pode, de maneira alguma, servir de justificativa para renunciarmos à sua condição de vetor axiológico do ordenamento jurídico e diretriz normativa de todas as relações jurídicas da vida em sociedade. Muito pelo contrário, é hora de reafirmarmos a centralidade da Constituição e sua eficácia sobre as relações entre particulares, especialmente naquilo que respeita aos direitos fundamentais sociais, cuja missão é deferir a todo ser humano a salvaguarda do mínimo existencial.

O Direito deve ser entendido não apenas como uma ordem de valores garantidores de um âmbito de liberdade em face do Estado, mas também como um sistema de normas indispensáveis ao acesso e à preservação da dignidade da pessoa humana.

---

12. O filósofo entende que "o significado mais profundo transmitido pela ideia de globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; da ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo" (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999).

13. SARMENTO, Daniel. *A trajetória da dicotomia público/privado*, op. cit., p. 250. O autor lembra que *"se nunca fomos um Estado Liberal, também jamais conseguimos ser um verdadeiro Estado Social"*.

Se o ordenamento democrático tutela a autonomia do indivíduo como condição *sine qua non* de opções de escolha nas realizações existencial e patrimonial, somente se cogitará de alternativas de vida em nações capitalistas quando o Estado, o mercado e a sociedade consensualmente deliberarem por uma atitude de proteção à vida digna – que perpasse o campo da mera subsistência –, como instrumento de desenvolvimento máximo das potencialidades do ser humano e, consequentemente, de desfrute de uma existência com autêntica liberdade.

Há alguns anos, o Supremo Tribunal Federal julgou uma Reclamação proveniente do Estado da Paraíba. O Tribunal de Justiça daquela unidade da federação havia expedido ordem de sequestro de bens do Estado para a quitação de precatório resultante de ação de cobrança por uma senhora que se encontrava em condições críticas de saúde. A autora da demanda em tese não poderia ser beneficiada, porquanto a EC nº 30/2000 não insere a moléstia grave dentre as hipóteses de cabimento do sequestro, uma vez que não se deu a preterição ao direito de preferência.

Todavia, em seu voto-vista, o Ministro Eros Grau julga improcedente a reclamação e tece alguns comentários de rara sensibilidade, que bem se imbricam com a visão substancialista de realização de direitos fundamentais:

"Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos esta única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização –, mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento."

2. O CONTRATO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

"É! A gente quer viver pleno direito
A gente quer viver todo respeito
A gente quer viver uma nação
A gente quer é ser um cidadão."

(Luiz Gonzaga Júnior, o Gonzaguinha, *É*)

"O primeiro princípio de um estado civilizado é
que o poder só é legítimo quando está sob um contrato."

(Walter Lippmann)

2.1 A materialização dos contratos

Em sua acepção clássica, edificada no direito francês, o contrato era a exata tradução de um monismo valorativo. Na medida em que a autonomia da vontade era

absoluta, sem concorrer com outros princípios, inseria-se o contrato exclusivamente no plano da liberdade formal, desligada por completo das condições materiais das partes e da sociedade que as cercava. Era uma perspectiva neutra e asséptica do contrato, filtrado da vida pelas lentes da abstração de um universo jurídico construído em laboratório.

Essa tendência se agravou com a edição do BGB, em 1900. A pandectística alemã forjou a teoria geral do negócio jurídico, uma pura categoria lógico-jurídica que contribuiu para apagar toda e qualquer nota de sociabilidade no fenômeno contratual. O conceito de negócio jurídico como declaração de vontade refere-se apenas a um único sujeito. Toda a análise do contrato é centrada na volição de cada um dos contratantes, perdendo-se de vista a estrutura bilateral do contrato, a participação comunicativa de um *outro*, que é *parte* na relação. Todo o discurso do negócio jurídico se conjuga no singular, centra-se no declarante como único sujeito da ação, cabendo ao declaratário um papel passivo de puro receptor. Ao ignorar a intersubjetividade, a teoria do negócio jurídico deixa de captar a inapagável dimensão relacional do contrato e a bilateralidade da autodeterminação que por ele se exerce.[14]

Neste cenário, ensina Joaquim de Sousa Ribeiro, relevam somente a relação vertical entre o sujeito de direito, que emite a declaração, e o ordenamento, que a reconhece. Ignora-se a vontade do titular de interesses contrapostos. Sendo a liberdade contratual pensada isoladamente, sem se considerar a igual liberdade do outro, o sistema despreza qualquer limite imanente à liberdade daquele que detém o poder contratual, sem que se atue qualquer valor a ela contrastante. A única qualidade do sujeito que importa é sua capacidade para a prática do negócio jurídico, afinal as pessoas são tratadas, em termos abstratos, como declarante/declaratário, credor/devedor, sem se retirar a máscara dos concretos papéis que as diferenciam no domínio das operações econômicas e das relações sociais. Nesta visão unidimensional do contrato, destaca-se uma concepção puramente procedimental de justiça,[15] sendo ela automaticamente garantida com o exercício do ato de liberdade, de acordo com a máxima *"quem diz contratual diz justo"*.[16]

Todavia, o progressivo dimensionamento social do contrato e sua adequação aos valores morais, econômicos e sociais presentes na comunidade tornam impraticável a perpetuação de um conceito racional de contrato, perspectivado puramente pela individualidade e pela autonomia. Para evitar que ele se converta em instrumento de opressão – e para convertê-lo em meio de libertação –, será impregnado pela justiça e pela solidariedade. Não se cuida de declínio do contrato, mas de sua conformação

14. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 35-37.

15. Para John Rawls, *"A vantagem prática da justiça procedimental pura é que não é mais necessário controlar a infindável variedade de circunstâncias nem as posições relativamente mutáveis de pessoas particulares. Evitamos o problema de definir princípios que deem conta das enormes complexidades que surgiriam se esses detalhes fossem pertinentes"* (*Uma teoria da justiça*, op. cit., p. 93).

16. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 38-40.

com uma dimensão social hábil a lhe conferir uma função ordenadora da tutela de todos os interesses relevantes. A autodeterminação requer uma liberdade partilhada, apta a contemplar todos os partícipes da relação jurídica.

Este novo modo de ver o contrato – que, em lugar da abstração de formas universais, assume o particularismo diferenciador – é sintetizado por Teresa Negreiros na ideia de *"materialização"*. Esse fenômeno desafia o intérprete a identificar as razões de inferioridade que devem e quais não devem ser juridicamente relevantes do ponto de vista contratual. Para tanto, materializa-se o contratante à medida que a pessoa que contrata é considerada como tal, isto é, em relação a seus aspectos pessoais (concretos), imperscrutáveis sob a capa das categorias abstratas de "credor" e "devedor". Surgem vários complexos normativos que se justificam em razão de um certo "papel social" atribuído aos grupos de pessoas assim diferenciados. Cuida-se de uma discriminação positiva, que tutelará não apenas consumidores, como idosos e locatários, mas qualquer pessoa que pertença a uma classe de contratantes vulnerável.[17]

Destarte, o contrato não é um ato isolado, mas uma relação inserida em processos econômico-sociais de relacionamento entre categorias de sujeitos. Quer dizer, apesar de a disparidade de poder se exprimir ao nível concreto de cada relação, trata-se de situação à qual dificilmente seus protagonistas individuais poderão se furtar, por repercutir no amplo funcionamento estrutural do sistema econômico e jurídico. Tendo-se em conta as condicionantes sistêmicas que envolvem a relação e nela se projetam, caberá ao ordenamento a estipulação de medidas de controle, correção e compensação, dando origem a uma bipartição do sistema normativo dos contratos. De um lado, um direito geral ou comum, caracterizado pelo predomínio da liberdade contratual; de outro, regimes especiais, nos quais se consagram variados mecanismos de tutela de interesses relevantes que a autorregulação deixaria indefesos.[18]

Esta fragmentação da teoria contratual, que permite a convivência de múltiplos segmentos contratuais em contraste com o modelo monolítico de outrora, demarca uma das características daquilo que Cláudia Lima Marques refere como *"segunda crise do contrato"*. Citando Erik Jayme, a doutrinadora enfatiza o *pluralismo* como um dos produtos da pós-modernidade, aqui entendido como "pluralismo de agentes, de sujeitos de direitos, de fontes e de vínculos no mesmo contrato, a criar a necessária nova visão complexa de um diálogo das fontes e de um conjunto contratual e de feixes de deveres em cada relação".[19]

17. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 318-329.

18. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 41-43.

19. MARQUES, Cláudia Lima. *O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos*, op. cit., p. 24. A autora contrapõe a 2ª Crise do contrato – situada no pós-Segunda Guerra e marcada pela relevância dos bens móveis imateriais e os fazeres ou serviços de massa – à 1ª Crise do contrato, localizada no final dos oitocentos, na economia da abundância e de produção em massa, culminando *"no fordismo e taylorismo, que despersonalizou fortemente as relações com clientes, criando uma distância física entre fabricante e consumidor, com o aparecimento das cadeias de produção e distribuição"* (Op. cit., p. 23).

2.2 A liberdade contratual hoje: duas vertentes

"A liberdade é um dos dons mais preciosos que o céu deu aos homens. Nada a iguala, nem os tesouros que a terra encerra no seu seio, nem os que o mar guarda nos seus abismos. Pela liberdade, tanto quanto pela honra, pode e deve aventurar-se a nossa vida" (Miguel de Cervantes).[20]

A liberdade contratual é conceituada e delimitada à luz da historicidade. Afinal, o contrato muda sua disciplina, suas funções e sua própria estrutura, conforme o contexto econômico-social em que está inserido. O processo de desenvolvimento das sociedades humanas é uma transição do *status* ao contrato. As sociedades antigas eram governadas pelos vínculos de *status*, enquanto o contrato se converte em bandeira das sociedades nascidas da revolução burguesa. A categoria do contrato não apenas exprime uma forma de organização da sociedade, como historicamente é utilizado com uma função ideológica. Há 200 anos, a liberdade contratual se converteu na ideologia de uma sociedade que reclamava a eliminação de todo e qualquer obstáculo à mais segura e intensa circulação de bens. Os únicos limites eram conexos com a exigência de tutelar sujeitos que pelas suas condições psicofísicas correriam o risco de ver aquela liberdade virar-se contra si próprios. O *pacta sunt servanda* apresentava um relevante significado econômico: tornava previsíveis e calculáveis as operações econômicas.[21]

2.2.1 A liberdade contratual como binômio autodeterminação – justiça contratual

Na ideologia do liberalismo e da "mão invisível", de Adam Smith, não se cogitava uma igualdade substancial entre os contratantes ou mesmo uma justiça substancial nos termos da convenção. O equilíbrio negocial era resultado automático de as partes terem livremente convencionado o teor das cláusulas, objetivando a proteção de seus interesses econômicos. A outro lado, a isonomia meramente formal derivava de uma legislação que permitia indiscriminadamente a qualquer indivíduo o intercâmbio de bens e serviços sem privilégios de classes, sendo suficientes à validade do contrato a satisfação dos requisitos de capacidade e a inexistência de vícios do consentimento. A justiça era um corolário natural da realização de um contrato entre pessoas livres e formalmente iguais.

Cogitava-se então a chamada "liberdade negativa". Na dicotomia entre o espaço público e o privado, este é o espaço deferido ao mercado. Em um sentido neutro, a

20. Natural de Alcalá de Henares, na Espanha, Miguel de Cervantes Saavedra nasceu em 1547, falecendo em 1616, deixando como inestimável e imortal legado a obra *Dom Quixote*. Foi romancista, dramaturgo e poeta espanhol e a sua obra-prima, *Dom Quixote*, chegou a ser considerada o primeiro romance moderno, sendo reputado um clássico da literatura ocidental. A densidade intelectual de sua obra chegou a influenciar de tal modo a língua espanhola, que, não raro, ela é designada como *la lengua de Cervantes*, ou, em bom português, *a língua de Cervantes*.

21. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 26-35. Aqui o autor escreve a célebre passagem na qual *"as ideologias são sempre, em variada medida, falsificações da realidade"*, ou seja, a ideologia *"parte da realidade, mas para distorcê-la; distorce a realidade, mas partindo desta não pode deixar de, por algum modo, refleti-la"* (op. cit., p. 31).

liberdade era considerada como a ausência de intervenção e/ou restrição do Estado no âmbito privado do indivíduo.

Essa interação entre o direito privado e a liberdade não mais resiste no Estado Democrático de Direito. O contrato é veículo de livre desenvolvimento da personalidade, meio de realização da dignidade humana. Se, em virtude da disparidade de poderes, for excluída a liberdade de decisão de uma das partes, não haverá nem liberdade como justiça contratual, pois a autodeterminação requer uma justa conformação de interesses.

Vale dizer, a pós-modernidade traz à baila um conceito de liberdade que ultrapassa a mera ausência de interferência estatal. Mais comumente denominada de "liberdade positiva", caracteriza-se pela prévia decisão política de possibilitar a liberdade dos indivíduos por meio da igualdade e da distribuição de recursos. Na Democracia isto se dá através da função promocional do ordenamento jurídico de conceder acesso indiscriminado aos bens fundamentais, para que todos tenham condições concretas de exercer a autonomia. Já não mais se trata pura e simplesmente do *direito de liberdade*, mas do *direito à liberdade*. Basicamente a distinção entre as liberdades negativa e positiva corresponde àquela que Dworkin realiza entre "a ideia de liberdade como licença, isto é, o grau em que uma pessoa está livre de restrições sociais ou jurídicas para fazer o que tenha vontade, e a ideia de liberdade como independência, isto é, o status de uma pessoa como independente e igual, e não como subserviente".[22]

A conformação da liberdade contratual pela justiça contratual, explica João Calvão da Silva, impede que os mais fracos sejam obrigados a querer o que os mais fortes são livres para lhes impor, permitindo que o livre desabrochar da personalidade humana necessariamente continue a ter no contrato um instrumento privilegiado.[23]

A centralidade da pessoa e dos valores a ela imanentes investe em uma concepção de contrato que não exaure a sua relevância na autorregulamentação de interesses. O princípio da proporcionalidade se insere na matéria contratual, carreando o justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade, evitando desproporções macroscópicas a favor de quem não as "merece".[24]

2.2.2 A liberdade contratual como elemento da ordem de concorrência

Em outra perspectiva, a análise econômica do direito concebe o contrato como ferramenta jurídica destinada a facilitar as transações do mercado. Os economistas passaram a ver as transações como reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços mas também pelos mecanismos lastreados nos contratos. Trata-se de uma concepção de raízes utilitaristas que entende o contrato como componente do sistema

22. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 404.
23. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, op. cit., p. 50-51.
24. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 400-404.

de mercado. Em princípio, ela se colocaria de forma antagônica ao modelo contratual massivamente adotado pela doutrina brasileira, transplantado do viés *welfarista* europeu, sindicado em valores estritamente ético-jurídicos.

No paradigma de Direito e Economia, inaugurado por Ronald Coase, a menção à justiça contratual como forma de interferência em prol da parte mais fraca, nos casos em que exista desnível do poder de barganha entre os contratantes, se caracteriza como "paternalismo", pois a interferência estatal no espaço privado do contrato comumente prejudica os interesses coletivos, culminando por desarranjar o espaço público do mercado. Vale dizer, a excessiva intervenção judicial nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança no ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos. Ademais, surgem externalidades negativas, porquanto o risco de perda (ou a perda efetiva do litígio pela parte "mais forte") tende a ser repassado à coletividade, que acaba pagando pelo mais fraco judicialmente protegido.[25]

Na perspectiva da análise econômica, taxativamente os contratos não são o veículo adequado de promoção social da justiça. Os propósitos distributivos não devem ser colocados em posição que possa interferir no livre desenvolvimento do interesse das partes, devendo antes ser promovidos por institutos diferentes que não dizem respeito à disciplina contratual, tais como a tributação e a seguridade social. Para a vertente normativa da *law and economics*, um dos objetivos da ordem jurídica é maximizar o bem-estar social, casando os valores da justiça com eficiência, que estão no mesmo plano, pois "a eficiência é o resultado justo das opções livres à medida que traduz uma maximização dos resultados desejados (significando, em suma, que a eficiência é uma forma de justiça)".[26]

Qual então seria a alternativa a este *paternalismo*, que, de acordo com a análise econômica do direito coloca o contrato e o mercado em rota de colisão, ao gerar a imposição forçada de solidariedade pelo Estado-legislador e pelo Estado-Juiz? A resposta estaria na inarredável defesa do mercado como corretivo das disparidades do poder contratual. Na ordem contratual, os objetivos de justiça redistributiva colidem com os propósitos de eficiência. Todavia, mediante o estabelecimento de mecanismos de concorrência, promovem-se a eficiência e a alocação ótima de recursos. Combatendo-se a assimetria de informações, dando-se ao indivíduo a possibilidade de vinculação com um número significativo de contratantes, teríamos o mercado como instância moderadora de pretensões abusivas.

25. TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual brasileiro*, op. cit., p. 65-66.

26. ARAÚJO, Fernando, cf. *Teoria econômica do contrato*, op. cit., p. 31 e 495-499. Adverte o autor: *"o objetivo principal da análise econômica dos contratos não é o de revolucionar a abordagem teórica, mas sim o de, através desta, respeitar e apoiar as práticas negociais dominantes. Isto espelha-se bem na proeminência reconhecida ao valor da 'liberdade contratual' sobre justiça das trocas e equilíbrio contratual, e certamente acima de quaisquer propósitos redistributivos a que quisesse sujeitar a disciplina contratual"* (op. cit., p. 26).

A existência de interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais não é desconsiderada pelo paradigma do Direito e Economia. Como explica Luciano Benetti Timm, o bem-estar social em uma relação contratual individualizada somente pode ser identificado na estrutura de mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado. Vale dizer, a sociedade não é representada pela parte mais fraca do litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrantes de um específico mercado. Não se pode pensar em interesses sociais em uma relação contratual e descurar do ambiente em que esta relação é celebrada – o qual é, indubitavelmente, o mercado, que pode ser conceituado como "espaço público de interação social e coletiva tendente a situações de equilíbrio". Corolário disso é que o mercado não está separado da sociedade; ele é parte integrante dela. Neste sentido, como qualquer fato social, ele pode ser regulado pelas regras institucionais, especialmente pelas jurídicas.[27]

2.2.3 A pluralidade de dimensões funcionais do contrato

"Os homens estimam-vos conforme a vossa utilidade, sem terem em conta o vosso valor."

(Honoré de Balzac)

O que pensar deste entrechoque de pensamentos sobre o contrato? Joaquim de Sousa Ribeiro reconhece a relevância de ambos os pontos de vista e propõe critérios de concordância prática capazes de forjar uma concepção pluralista em que os dois pontos de vista se enriqueçam mutuamente, pois nenhuma teoria pode fornecer sozinha um corpo completo de soluções integradas. Para tanto, o contrato será, simultaneamente, instrumento e expressão da autonomia pessoal e regulador dos processos sociais de cooperação e troca. A novidade, portanto, reside na introdução, como fator de ponderação, de objetivos de regulação do mercado, outrora alheios ao direito dos contratos. Quer dizer, o contrato deve ser integrado ao seu ambiente, com o qual estabelece interação permanente. Os contratantes não são apenas sujeitos do ato jurídico, mas também agentes de transação do mercado. As regras do contrato levam em conta a posição do sujeito em mercados específicos.[28]

Com efeito, o contrato é fonte constitutiva de juridicidade e 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, CF), inserindo-se entre os fundamentos da República *"os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa"* (art. 1º, IV, CF). A nosso viso, não há razões de aversão ao *"individualismo"*, muito pelo contrário, a autodeterminação dos sujeitos e a liberdade contratual são facetas fundamentais do princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, a justiça contratual entrará em cena para garantir a efetiva

27. TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função social do direito contratual brasileiro, op. cit., p. 80-82.
28. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 50-52.

autodeterminação de uma categoria de contratantes, em todos os casos em que for constatada a sujeição ao poder contratual de outra categoria de indivíduos.

Indubitavelmente, o tráfego negocial, concretizado pela via dos contratos, só pode ser compreendido em um contexto de mercado. O contrato é o meio empregado pelas partes para a consecução de finalidades econômicas e, portanto, será considerado no ambiente que o circunda. Não é possível desgarrar o contrato do ambiente institucional em que está inserido, pois ele determinará as bases da produção, das trocas e da distribuição. Ademais, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir. Quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por *Weber*, é base do pensamento dos juristas modernos.[29]

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.

A essência econômica do contrato é a de promessa. Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura de promessas. Se os contratos estabelecem o padrão de comportamento expresso na forma de um conjunto de deveres que as partes definem por interesse mútuo, será através dele que as pessoas coordenarão as suas ações, realizando ganhos coletivos. Como as transações apresentam custos diversos, um contrato que atenue esses custos resulta em melhora de desempenho econômico de firmas e mercados, com implicações diretas sobre o desenvolvimento econômico e social.[30]

Destarte, nessa análise objetiva do fundamento socioeconômico dos contratos, bem adverte Marcelo Milagres que a perspectiva de vínculo ou sujeição jurídica, no plano interno dos acordos, cede espaço ao resgate conceitual de equilíbrio. Trata-se, no plano atual, de defender a liberdade concreta nas relações intersubjetivas, não desvinculadas, sobretudo, de sua função econômico-social em uma perspectiva notadamente macroeconômica.[31]

29. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*, op. cit., p. 73-76. A doutrinadora toma o exemplo formulado por Hugh Collins: "*quando Tício pela manhã, pede um café na sofisticada cafeteria da esquina de sua casa, o significado dessa sua conduta derivará do contexto negocial. A intenção de trocar o café por dinheiro somente pode ser reconhecida a partir do contexto em que o negócio se aperfeiçoa que, por sua vez, é condicionado pelo padrão de comportamento difundido entre as pessoas naquele local. Se Tício visita seu amigo Caio e pede um café, a mesma solicitação não gera expectativa de pagamento e muito menos outras que podem relacionar-se ao atendimento na especial cafeteria, como qualidade dos grãos e sofisticação do serviço*" (op. cit., p. 74).

30. AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Contratos*: uma perspectiva econômica, op. cit., p. 132.

31. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito econômico dos contratos*, op. cit., p. 37.

Justiça + eficiência é uma fórmula que poderá ser alcançada basicamente se a ordem jurídica atentar para dois aspectos: (a) de um lado *macro* – atacando os gargalos na estrutura concorrencial ao proteger a livre-concorrência em face dos monopólios e oligopólios, sem se olvidar do combate à assimetria de informações dos contratantes quanto aos produtos e serviços oferecidos no mercado. A simples consideração de que uma parte pode deter informações que sua contraparte não possui é suficiente para uma enérgica intervenção legislativa. Instrumentos para tanto, já possuímos: a Lei Antitruste (nº 8.884/94), que visa combater o abuso do poder econômico, e o CADE, que é a agência nacional de regulação da concorrência. O CDC resguarda a amplitude do direito de informações em prol do consumidor, e o CC, mediante o princípio da boa-fé objetiva, atua no mesmo sentido em nível de relações interprivadas e interempresariais (art. 422, CC). O direito do consumidor e o direito da concorrência são instrumentos que se completam na formação de um sistema capitalista que se quer justo; (b) de um lado *micro* – cumpre ao ordenamento jurídico evitar a excessiva interferência nas relações intersubjetivas, sob o pálio de impor conformações justas. Isto realmente seria *"paternalismo"*, nefasto ao sistema econômico, basicamente pelo aumento total dos custos do mercado, a ser repassado à massa de contratantes que não figurou em determinada demanda. Todavia, é imperioso que a legislação e o Judiciário impeçam a eficácia de estipulações clamorosas e intoleravelmente injustas. Desequilíbrios graves, lesões enormes, estados de perigo e usuras são situações flagrantes e extremas de afronta ao bem-estar que não serão espontaneamente alinhadas pelo mercado. Só assim haverá um balanceamento entre razões de eficiência econômica e imperativos de justiça.[32]

Destarte, os dados do mercado são valiosos elementos, mas não devem fornecer, sem mediações, a solução jurídica. O ordenamento não tem que obedecer cegamente a determinantes *"externos"*, às chamadas *"leis do mercado"*, limitando-se a traduzi-las na sua linguagem própria. O que se quer é assegurar, de forma equilibrada, o espaço de liberdade do indivíduo, acrescido de uma eficiente tutela do *"sujeito deficitário"*, predispondo adequados mecanismos de contenção e de compensação contra poderes e riscos a que ele está exposto. Este será o sentido ideal de realização, em simultâneo, do livre, do útil e do justo.[33]

32. STJ – *A negociação é influenciada pelas leituras que as partes fazem acerca dos riscos futuros, mas as prestações são certas. Assim, o fundamento para a constatação, ainda que em tese, da ocorrência de onerosidade excessiva deve estar fundado na alteração inaceitável da comutatividade e não na quebra das expectativas pré-contratuais meramente subjetivas. As prestações são sempre definidas pelo exercício da autonomia de vontade das partes, de modo que a álea a considerar é aquela baseada nos limites aceitáveis do equilíbrio contratual e não nas valorações de interesses precedentes à contratação. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170. – Na presente hipótese, porém, mesmo admitida a revisão, o pedido formulado não guarda qualquer relação com a ocorrência de onerosidade excessiva. O recorrente não pretende retomar o equilíbrio das prestações, mas transformar o contrato de compra e venda futura em um contrato à vista e com isso suprir eventuais discrepâncias entre suas expectativas subjetivas e o resultado apresentado em termos de lucratividade* (REsp 977007/GO REsp nº 2007/0189135-0, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., *DJe* 2.12.2009.

33. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 55-56.

Ilustrativamente, um dos princípios explicitamente previstos no CDC é o da harmonização das relações de consumo (art. 4º, inciso III), o qual visa compatibilizar os interesses e direitos dos consumidores com o desenvolvimento econômico e tecnológico dos fornecedores. O que torna o referido princípio mais dinâmico e interessante é o fato de estar previsto no Capítulo atinente à Política Nacional das Relações de Consumo, a qual engloba todo o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, composto por Órgãos de defesa do Consumidor como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e os diversos Procon estaduais e municipais. Isso significa que essas entidades devem observar, respeitar, implementar, promover e viabilizar a harmonização das relações de consumo entre consumidores e fornecedores.

Quando se pensa em Órgão de Defesa do Consumidor, avulta desde logo a ideia imediata de que sua atuação será sempre em desfavor dos fornecedores. Todavia, de acordo com o Código em comento, esses órgãos, além de terem de defender os direitos dos consumidores, têm também o dever de compatibilizá-los com o desenvolvimento econômico e tecnológico, promovido pelos fornecedores de produtos e serviços, especialmente à luz do que dispõe o art. 170 da CF/88. E isso porque quem mais ganha com o desenvolvimento da indústria é o próprio consumidor, que pode adquirir e usufruir de produtos de última geração e serviços cada vez mais eficazes.

Assim, vê-se que o direito civil constitucional necessariamente recorrerá ao princípio da proporcionalidade em matéria contratual, com o objeto de recuperar coerência e eficiência ao sistema jurídico e correta competitividade concorrencial ao mercado, no justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade.[34]

Portanto podemos concordar com Habermas, em sua obra *Direito e democracia*, que "no *medium* do direito [...] aos argumentos morais vêm acrescentar-se razões pragmáticas e éticas". Ou seja, o direito faz a mediação entre as questões morais, que dizem respeito à justiça, e as questões políticas, as quais envolvem interesses comuns e fins coletivos pragmáticos. Qualquer programa jurídico concreto precisa ultrapassar as fronteiras do discurso da justiça e incluir problemas de compensação de interesses.[35]

No reino da incontingência, incumbe à doutrina civilista identificar e selecionar parâmetros objetivos para o correto enfrentamento de colisões de bens jurídicos, propiciando a máxima eficácia social do direito privado. Até que momento prevalece o primado das situações patrimoniais creditícias e, a partir de que instante o ordenamento respaldará a tutela daquilo que preserva a humanidade do devedor. A

34. Nos anos anteriores à grande crise mundial de 2008, os economistas acadêmicos muito falaram sobre a *eficiência* dos mercados e a *racionalidade* dos investidores e consumidores. Porém, os banqueiros que tomaram emprestado 50 vezes o seu capital para apostar em hipotecas mentirosas, e os reguladores, que permitiram que aqueles agissem dessa maneira, demonstram que os mercados nem sempre estão certos.

35. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, entre facticidade e validade. v. I, op. cit., p. 190-198. Arremata o pensador: "*questões de justiça referem-se a pretensões contestadas em conflitos interpessoais, que nós podemos julgar imparcialmente à luz de normas válidas. Essas normas, por sua vez, têm que passar por um teste de generalização que examina o que é igualmente bom para todos*" (op. cit., p. 193).

tentativa de resposta a este dilema é mais um dos desafios de intérpretes de um sistema que já acolheu a supremacia da dignidade da pessoa humana, mas ainda não precisou o seu exato conteúdo jurídico mínimo de concreção.

3. CONTRATO: EVOLUÇÃO, CONCEITO, LOCAL E TEMPO

"Tudo que se vê não é
Igual ao que a gente
Viu há um segundo
Tudo muda o tempo todo
No mundo."

(Lulu Santos, *Como uma onda*,
de Lulu Santos e Nelson Motta)

3.1 A evolução e o conceito do contrato

"Se quisermos entender contratos, temos de sair do isolamento intelectual que nos impusemos e absorver algumas verdades básicas. Contrato sem as necessidades e gostos comuns criados somente pela sociedade é inconcebível; contrato entre indivíduos totalmente isolados, que buscam a maximização de seus benefícios não é contrato, mas guerra; contrato sem linguagem é impossível; e contrato sem estrutura social e estabilidade é – de modo bem literal – racionalmente impensável, do mesmo modo como é racionalmente impensável o homem fora da sociedade. A raiz fundamental, a base do contrato é a sociedade. O contrato nunca ocorreu sem sociedade; nem ocorrerá sem sociedade; e nunca seu funcionamento poderá ser compreendido isolado de sua sociedade particular."[36]

"Sabe o que é 'contrato'? Você isso, eu aquilo, com assinatura embaixo."

(Pedro Bial, Palavras ao vento)

Não existe opinião unânime sobre o significado do termo *contractus* para os primitivos juristas romanos. A tese mais sedutora é de Bonfante. Pelo vocábulo *contrahere* designou-se o estabelecimento de relações duradouras. Este uso mantém-se vivaz nas modernas línguas latinas e assim é que se fala de "contrair casamento", "contrair uma doença", "uma obrigação", "hábitos" e "relações de amizade". Nestes exemplos não há uma simples aproximação passageira, mas uma relação que se trava e permanece. O *contrahere* não supunha voluntariedade; a vontade podia deixar de intervir; era indiferente que tomasse parte ou não no vínculo. Ou seja, nos primórdios

36. MACNEIL, Ian. O *novo contrato social*, op. cit., p. 1-2.

de Roma, a ideia de vontade, e mais ainda de acordo, era posta de lado, como atributos acidentais que não caracterizavam a noção.[37]

No caminhar da história, o Direito Romano clássico estruturou o contrato sobre a base de um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto. Ali, tal como nas sociedades antigas, a convenção por si só não tinha o poder criador de obrigações. Para o romano, o contrato só seria possível com a existência de elemento material, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Primitivamente, eram as categorias de contratos *verbis, re ou litteris*, conforme o elemento formal se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no *codex*. Somente mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização frequente (venda, locação, mandato e sociedade), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *solo consensus*, isto é, pelo acordo das vontades. Uma vez celebrado, com observância estrita ao ritual, o contrato gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da *actio*, fator da mais lídima essencialidade, sem o qual não haveria direito, já que este era nada, se não fosse munido da faculdade de reclamação em juízo. A expressão genérica *conventio* abrangia os contratos e os pactos. Ou seja, ao lado do *contractum*, estruturou o direito romano outra figura, que foi o *pactum*. Este, porém, não conferia às partes uma ação, mas gerava tão somente *exceptiones* e, portanto, não era dotado de força cogente.[38]

Ao longo de sua evolução, o direito romano manteve o princípio da tipicidade dos contratos. Além disto, somente conhecia os contratos obrigacionais, ou seja, geradores de obrigações. Um conceito assaz restrito, excluindo-se ainda os modificativos e extintivos das preexistentes obrigações. Estava-se distante do conceito moderno dos contratos. Na alta Idade Média, deu-se o encontro do direito romano com o direito germânico, com a formação de novos princípios e tipos contratuais. Fato de relevo constituiu a afirmação pela prática medieval do princípio da eficácia, já não meramente obrigacional, mas também real de certos contratos. De qualquer modo, sobre o pano de fundo romanístico que está presente no direito intermédio atuaram fatores determinantes da evolução do instituto. Destaca-se a doutrina canonista, que, por motivações ético-religiosas, sustentou a relevância dos "*nuda pacta*". Em sentido paralelo, a prática e a jurisprudência comercialistas, apoiando-se na "*aequitas mercatoria*", tendiam à afirmação do princípio da consensualidade.[39]

No decurso da baixa Idade Média, três novas instituições permitem transformar contratos reais em formais, através de um notório simbolismo: (a) o dinheiro

37. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, op. cit., p. 36-37.

38. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 8-9. Arremata o autor: "*estas distinções perderam a sua razão de ser no direito moderno, especialmente depois da obra de Savigny, que afasta a distinção entre pacto e contrato, aproximando-os em sinonímia que o direito moderno traz quase perfeita, porque a terminologia jurídica ainda se compraz em reservar a expressão pacto para a designação de alguns contratos acessórios (v. g. pacto comissório na compra e venda, pacto nupcial). Não obstante tal especificidade, todos eles poderão, sem quebra da boa linguagem, denominar-se contratos, como ainda não ofenderia a boa técnica apelidar de pacto qualquer contrato típico*" (op. cit., p. 10).

39. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 194-195.

de Deus – moeda de baixo valor entregue por uma parte a outra e destinada a um uso piedoso; não se trata de princípio de pagamento; (b) o vinho do mercado – as duas partes entram numa taberna e bebem juntamente vinho ou outra bebida; (c) a palmada – as duas partes apertam a mão, ou então o comprador dá uma palmada na face do vendedor. A palmada significa a entrega da coisa mesmo nos nossos dias, nos mercados de gado centro-europeus, a palmada é de uso corrente.[40]

Do direito romano clássico até os códigos modernos há uma profunda evolução no conceito do contrato. Durante os séculos XVII e XVIII, a contribuição doutrinária da escola jusracionalista do direito natural colocou a liberdade individual no centro de todo o sistema jurídico, espiritualizando o contrato, libertando-o das cargas ritual, simbólica e formalista que, durante séculos, cobriram a essência do fenômeno jurídico. Ademais, enquanto os jurisconsultos romanos englobavam na designação de *contractus* todos os atos voluntários geradores de uma obrigação, quer se tratasse de um ato bilateral ou unilateral, a doutrina e as legislações modernas consideram essencial ao contrato o acordo bilateral, o mútuo consenso. Outrossim, os romanos limitavam o contrato aos atos destinados a construir uma *obligatio*, ao passo que os códigos modernos estendem o conteúdo possível do acordo contratual a outros aspectos da relação obrigacional e a outras classes de relações jurídicas patrimoniais, não havendo dúvidas no momento atual de que os contratos são fontes, não apenas de obrigações como de direitos reais, familiares e sucessórios.[41]

A moderna concepção do contrato, como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem, se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção. O liberalismo econômico, a ideia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto, permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.[42]

O Código Napoleônico de 1804 – grande código da Idade Moderna e o primeiro dos códigos burgueses – associava o contrato à liberdade e o conectava, em um binômio indissolúvel, ao direito de propriedade (categoria-chave do sistema jusprivatístico). O contrato seria o instrumento técnico-jurídico adequado de transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente. Mediante o igualitário acesso à propriedade – pela via do contrato–, a propriedade se liberta dos pesos de origem feudal que impedem o seu uso capitalista, adentrando o bem no ciclo produtivo. No Código Civil alemão de 1896 (BGB), a disciplina do contrato é organizada de forma distinta da organizada no *code Napoléon*. Na Alemanha, a categoria do contrato é

40. GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*, op. cit., p. 731.
41. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit., p. 212-214.
42. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 7.

Faculdade de Direito Fortaleza Ceará

construída no interior e à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras. Esta categoria é o *negócio jurídico*, elaborada pela escola da *"Pandectística"*. Trata-se de um modelo abstrato, originariamente definido como *"uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos"*. Na base desta ideia, acolhida pelos pensamentos jusnaturalista e iluminista, cristaliza-se o *"dogma da vontade"*, destinado a tutelar de modo mais intransigente a liberdade e a espontaneidade do querer de quem realiza o negócio. A teoria do negócio jurídico representa um formidável instrumento ideológico funcionalizado aos interesses da burguesia e ao capitalismo, ao propor a igualização formal dos sujeitos jurídicos, ocultando a concreta posição econômico-social das partes.[43]

Nesse cenário, ensina Joaquim de Sousa Ribeiro, releva somente a relação vertical entre o sujeito de direito, que emite a declaração, e o ordenamento, que a reconhece. Ignora-se a vontade do titular de interesses contrapostos. Sendo a liberdade contratual pensada isoladamente, sem se considerar a igual liberdade do outro, o sistema despreza qualquer limite imanente à liberdade daquele que detém o poder contratual, sem que se atue qualquer valor a ela contrastante. A única qualidade do sujeito que importa é sua capacidade para a prática do negócio jurídico, afinal as pessoas são tratadas, em termos abstratos, como declarante/declaratário, credor/devedor, sem se retirar a máscara dos concretos papéis que as diferenciam no domínio das operações econômicas e das relações sociais. Nessa visão unidimensional do contrato, destaca-se uma concepção puramente procedimental de justiça, sendo ela automaticamente garantida com o exercício do ato de liberdade, de acordo com a máxima "quem diz contratual diz justo".[44]

Esta crença na intrínseca justiça do mecanismo contratual reflete-se no postulado de que, como enunciava Kant: "quando alguém decide alguma coisa a respeito de um outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda injustiça é impossível quando ele decide por si próprio". A vontade como centro do contrato, articulada à regra da igualdade dos contratantes (pela absolutização do indivíduo como um *"eu"* metafísico sem vínculos históricos), obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado. O que é querido pelas partes, nesta medida, é obrigatório. Assim, o contrato constitui um instrumento de autolimitação da liberdade individual e, portanto, só pode justificar-se desde que fundado no consentimento dos indivíduos, que assim se tornam "relativamente" menos livres em face da força obrigatória do vínculo entre eles voluntariamente formado.[45]

Na segunda metade do século XIX e, sobretudo, no século XX, aparecem reações contra a concepção individualista e liberal da teoria dos contratos: (a) os abusos da liberdade contratual são denunciados por pensadores socialistas como Comte,

43. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 41-49.
44. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 38-40.
45. NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*, op. cit., p. 26-27.

Saint-Simon e Karl Marx, que se insurgem contra a ausência total de proteção dos fracos. Surgem leis regulamentando as relações de grupos a grupos, como as convenções coletivas de trabalho; (b) não apenas no direito social, mesmo o indivíduo isolado vê a sua liberdade cada vez mais limitada por contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais.[46]

Portanto, em termos de *Civil Law*, as querelas doutrinárias acerca dos contratos ocorrem há mais de 2.000 anos (glosadores *versus* pós-glosadores *versus* humanistas; na modernidade: jurisprudência de conceitos *versus* jurisprudência de interesses, na Alemanha do século XIX). Historicamente, o tipo de norma jurídica que os juristas da *civil law* estão acostumados a estudar são as estruturais, as normas estabelecidas dogmaticamente de acordo com os direitos e deveres das partes (tal como o código francês e o BGB). Nesse modelo, a função da ciência do direito era interpretar o texto gramaticalmente, sistematicamente, de sorte a orientar as cortes em sua tarefa de dirimir contendas. Os grandes civilistas como Domat e Pothier, em França, e Savigny e Windsheid, na Alemanha, formaram-se estribados em tal tradição e desenvolveram o que se convencionou chamar de modelo clássico de direito contratual.[47]

A desconstrução desses postulados, que durante o século XIX estiveram na base de todas as análises do contrato, dá lugar a uma reconceituação deste modelo jurídico. Seja pela consolidação das ciências sociais – com o estudo interdisciplinar da sociologia e da economia –, como pela maturidade democrática alcançada pelos países do Ocidente no século XX, o contrato começa a se deslocar de definições genéticas em direção a regras funcionais e promocionais. Afasta-se o contrato da visão voluntarista, sendo agora encarado de forma objetiva, mais como um meio concedido pelo ordenamento para a produção de efeitos jurídicos do que propriamente um ato de vontade.

A primeira reação surgiu por concepções normativistas ou preceptivistas do contrato, visualizado como comando concreto do qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante. Para Betti, a tônica do contrato não se encontra nos direitos e nas obrigações criados pelos contratantes, mas no regulamento de interesses instituídos pelo acordo, equiparando-se o contrato às normas jurídicas. Essencialmente, o contrato seria um ato normativo, o mais genuíno expoente da autonomia privada, pois através deste instrumento as partes concebem as normas reguladoras de seus conflitos de interesses. Entendia o jurista de *Camerino* que o dogma da vontade não passava de um preconceito decorrente de um individualismo excessivo. Ademais, a característica da obrigação não poderia estar na vontade das partes, pois estas visam a fins diferentes, quando na verdade o que enaltece os contratos não é o antagonismo, mas a colaboração dos consorciados. Enquanto o direito real resolve um problema de atribuição de bens, no direito obrigacional se resolve um problema de cooperação.[48]

46. GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*, op. cit., p. 739.

47. TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual brasileiro*, op. cit., p. 70.

48. BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Na introdução do livro, o tradutor Francisco José Galvão Bruno assinala que "*a mudança de orientação operada por Betti, longe de inútil e evidente, foi historicamente oportuna*

A concepção objetivista ou preceptivista do contrato não ficou imune às críticas. As regras nascidas das cláusulas contratuais, destinadas a regular pontualmente os interesses concretos dos dois contraentes, não podem ser equiparadas às normas jurídicas, que visam disciplinar, em termos abstratos, conflitos duma generalidade mais ou menos ampla de pessoas. Enquanto as normas jurídicas podem ser alteradas por nova lei, com eficácia retroativa, o mesmo não sucede com as cláusulas contratuais, cuja interpretação e integração se realiza à luz do direito vigente na data da conclusão do contrato. Se as partes, por acordo, alterarem a convenção por elas anteriormente estabelecida, é do novo contrato, e não do precedente, que a alteração procede, ao invés do que sucede se uma nova lei imperativa modificar o seu conteúdo.[49]

No Brasil, Antônio Junqueira de Azevedo critica o unilateralismo, comum às concepções subjetivistas (voluntaristas) e preceptivas (normativas) do contrato. A transformação do negócio jurídico em norma seria artificial, pois a norma jurídica requer uma situação em que um agente se coloque *super partes* – tal como na sentença –, mas não no contrato, que é *inter partes*. Da autonomia privada objetivamente surgirão *relações jurídicas* e não preceitos, sendo que a relação jurídica – regulamento emanado do contrato – nunca será normativa. Assim, filia-se o autor a uma terceira via, a concepção *"estruturalista"* do negócio jurídico (e portanto do contrato). Nesta definição, não se procura saber como o negócio surge, nem como ele atua, mas simplesmente *"o que ele é"*. Deixa-se de lado a vontade, a psique (genética do contrato), ou mesmo o autorregramento e a sociedade (função do contrato). Como fato jurídico concreto, o contrato é um fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos. "Por isto mesmo, num contrato, não há, como as vezes se diz, duas ou mais declarações de vontade; há nele mais de uma vontade e mais de uma manifestação de vontade, mas estas manifestações unificam-se em uma só declaração, que juridicamente será só um fato jurídico. Por outro lado, sendo a declaração de vontade um ato que, em virtude das circunstâncias em que se produz, é visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos, o direito segue a visão social e encobre aquele ato com o seu manto, atribuindo-lhe normalmente os efeitos que foram manifestados como queridos."[50]

De fato, a concepção estruturalista abre espaço para a discussão de questões fáticas, basicamente, o que é o contrato. Assim, o contrato se liberta das amarras

---

e juridicamente relevante: principalmente por não ser segredo a tendência de os juristas se alienarem em um mundo próprio, alheio às tendências sociais da época em que vivem" (op. cit., p. 15).

49. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit., p. 219.

50. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 15-20. Sintetiza o autor: *"somente uma concepção estrutural do negócio jurídico (como fato jurídico que é visto socialmente como declaração de vontade) resolve com clareza duas tormentosas questões, uma muito cara às concepções genéticas, e outras às concepções funcionais; são elas o papel da vontade e da causa do negócio jurídico. Vontade e causa não fazem parte do negócio jurídico. O negócio existe independente delas; uma e outra são somente meios de correção do negócio, no sentido de que elas, agindo fora do negócio, seja no plano da validade, seja no da eficácia, evitam efeitos não queridos – subjetivamente pela vontade e objetivamente pela causa"* (op. cit., p. 21-22).

da dogmática, dos textos legais e da tradição do direito, assumindo um necessário pragmatismo.

Com efeito, em Enzo Roppo,[51] percebemos a distinção entre a operação econômica – na sua materialidade –, o contrato e o direito dos contratos (*law on the books*). O contrato é a formalização de uma operação econômica, de um fato. Já o direito dos contratos é o conjunto – historicamente mutável – de regras e princípios que conformam o modelo jurídico dos contratos. Destarte, onde não há operação econômica – e, portanto, circulação de riqueza –, inexiste contrato. Todavia, poderá existir operação econômica sem contrato, ou seja, transferência de riqueza não medida pelo instrumento contratual – tal como nas relações contratuais de fato,[52] matéria que será estudada em outro capítulo.

Inversamente, o direito contratual – que persegue objetivos políticos e ideológicos – o orientará as operações econômicas, segundo valorações variáveis quanto ao local e ao tempo. No Brasil e no Irã existem operações econômicas de comercialização de bebidas alcoólicas. Em ambas as nações contratos as instrumentalizam. Todavia, no Brasil o contrato é válido e eficaz, pois o direito contratual não o sanciona pela ilicitude. O mesmo não se diga do direito contratual iraniano.

Como radical expressão desta aversão ao formalismo e à dogmática, nos Estados Unidos o denominado modelo clássico de direito contratual tem sido alvo de críticas nos últimos 30 anos. Das várias abordagens do direito contratual, prevalece o paradigma de Direito e Economia, consubstanciado na aplicação de conceitos nucleares da economia ao direito contratual, inaugurado por Ronald Coase, Richard Posner, Robert Cooter e outros. Na perspectiva da *Law and Economics*, o contrato não é um elo solidário entre pessoas vivendo em sociedade, mas sim uma transação de mercado na qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivessem em um jogo, armando a sua estratégia. Não é desconsiderada a existência de interesses coletivos dignos de tutela, mas eles se identificam na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado. Ou seja, a sociedade não é representada pela parte mais frágil do contrato, mas por um grupo ou cadeia de pessoas integrantes de um específico mercado.[53]

---

51. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 10-23. Ilustra o autor: "*se Tizio e Caio se comprometem reciprocamente – mesmo por ato, formal, escrito e assinado – a conservar para sempre a sua crença política comum, e a bater-se pelo triunfo desta, ou então a difundir o seu comum credo estético: ainda que nas partes exista a vontade e a convicção de se obrigarem legalmente, estes não são contratos, justamente porque falta a patrimonialidade*" (op. cit., p. 14).

52. "Esta nova categoria dogmática tem como um dos seus principais alicerces a ideia de que, na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfico jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declaração de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato. Quer dizer, a utilização de bens ou serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as consequências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas que dela se distinguem" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 202).

53. TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual brasileiro*, op. cit., p. 71-72 e 80.

Sob a ótica da Economia das Organizações, para Sztajn e Zylbersztajn,[54] um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo a alocação eficiente do risco, além de incentivos eficientes e economia em custos de transação. Desta forma, os indivíduos realizam investimentos e fazem surgir o pleno potencial das trocas através da especialização. A essência do contrato é uma promessa de salvaguarda do ambiente institucional.[55]

A nosso viso, não há como negar o imprescindível contributo da *Law and Economics* à edificação de renovados fundamentos teóricos no universo dos contratos, sobremaneira em nações globalizadas como o Brasil. *Primeiro*, por constatar o contrato como um fato social e lhe oportunizar a interdisciplinaridade, consubstanciada no forte diálogo com a Economia, uma ciência descritiva metodologicamente preparada para observar e mensurar as operações patrimoniais do tráfego jurídico. *Segundo*, por proporcionar à ciência do direito contratual (doutrina) um paradigma diverso da tradicional e majoritária abordagem da função social do contrato. Na análise econômica do direito o benefício deferido pelos contratos em prol da sociedade não será consequência da aplicação indiscriminada do princípio da justiça substancial pelos magistrados – *v.g.* proteção da parte mais frágil do negócio jurídico em face de cláusulas abusivas, lesão ou usura –, mas sim da construção de um espaço público que permita o desabrochar de um mercado plural, competitivo e imune a oligopólios e à assimetria de informações lesivas a consumidores. Cuida-se de um incentivo à eficiência, capaz de conferir segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, acautelando as expectativas dos agentes econômicos e reflexamente beneficiando a coletividade pela redução de custos e pela ampliação das transações econômicas.

Todavia, se o objetivo de nossa abordagem imediata é compreender "o que é o contrato", o exame da *Law and Economics* se torna despiciendo, pois o grande mérito da análisè econômica do direito reside em uma alternativa à explicação da causa do contrato, de seu papel perante a sociedade em um ambiente de mercado, mas não de sua essência. Novamente, inspirados na lição de Antônio Junqueira de Azevedo,[56] podemos dizer que o desiderato de eficiência e utilidade máxima, com acréscimo de riqueza, corresponderia a um meio de correção do contrato – através das correções das falhas do mercado – no sentido de que este potencialize a sua eficácia. Porém, a "causa" não faz parte do contrato, ele existe independente de sua função social ser A ou B.

54. SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Economia dos contratos*, op. cit., p. 103-104.

55. Para Richard Posner, *"o único critério possível para a definição do que representa a análise econômica do Direito é a utilidade, não a precisão. O propósito de se destacar um campo delimitado e chamá-lo de análise econômica do Direito é identificar uma área da pesquisa econômica na qual o conhecimento substancial do Direito, em seus aspectos tanto doutrinários quanto institucionais, possa ser relevante"* (*O movimento análise econômica do direito*. In: *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*, op. cit., p. 276).

56. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*, op. cit., complementa o doutrinador: *"A vontade e a causa poderão ter importância muito grande, mas delas se deve dizer que, do ponto de vista científico, funcionam como 'meios de correção', isto é, agem sobre uma base da qual não participam (adjuvandi vel suplendi vel corrigendi)"* (op. cit., p. 22).

Afinal o que é o contrato? A partir da demonstração do conflito entre teorias e paradigmas, sejam eles formalistas, voluntaristas, normativistas, estruturalistas ou economicistas, com Roppo,[57] acreditamos que "o contrato é a veste jurídico-formal das operações econômicas". E, estruturalmente, como fato jurídico, em adaptação ao conceito fornecido por Antônio Junqueira,[58] compreendemos o contrato como "todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide".

3.2 Localização do contrato no direito civil

De continente a conteúdo, no extenso império dos fatos jurídicos, o contrato é, simultaneamente, ato jurídico e negócio jurídico bilateral. O estudo dos fatos jurídicos foi realizado no volume I de nossa coleção. Retornamos ao tema para especificarmos aquilo que está imbricado entre eles e os contratos.

Nos sistemas de direito privado que seguiram a organização do BGB alemão, devemos honrar a herança pandectista de inserir o contrato na construção abstrata da categoria lógico-jurídica da teoria geral do negócio jurídico. Posteriormente, adentramos na teoria geral do contrato. Isto se explica, pois a quase totalidade dos negócios jurídicos são contratos e, muitos dos aspectos a eles atinentes se localizam nos domínios amplos, e muitas vezes imprecisos, do negócio jurídico.[59]

Com Pontes de Miranda, é possível definir o fato jurídico, de maneira mais realista, como "o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica".[60]

Parecendo comungar com esse pensamento, Perlingieri define o fato jurídico "como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância deixando antever a possibilidade, potencialidade, de produzir efeitos".[61]

Veja-se, portanto, que o fato jurídico é aquele acontecimento *capaz de produzir efeitos* (isto é, capaz de criar, modificar, substituir ou extinguir situações jurídicas concretas), trazendo consigo uma potencialidade de produção de efeitos, mas não necessariamente fazendo que decorram tais consequências.

Os fatos jurídicos são aqueles eventos, oriundos da natureza ou da vontade humana, que podem repercutir na órbita jurídica, produzindo diferentes consequências.

57. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 11.

58. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 16.

59. Lembre-se, por necessário, da advertência de Flávio Tartuce: *"O contrato apresenta ainda elementos naturais que o identificam e o diferenciam de outros negócios. É o caso do preço, elemento natural da compra e venda e do aluguel, nos caso de locação"* (*Direito civil*, v. 3, op. cit., p. 41).

60. Apud MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, op. cit., p. 93. Aliás, o insigne mestre das Alagoas também anui ao raciocínio exposto, reputando-o *"a melhor conceituação do fato jurídico"*.

61. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 89-90.

A descrição pela norma deste fato material recebe dos italianos o nome expressivo de *fattispecie,* que vem de *facti species* e significa *à letra, imagem do fato*. Os alemães chamam-lhe *Tatbestand*. Nós podemos chamar-lhe tipo, categoria, modelo. De pronto, é preciso divisar uma dicotomia fundamental, enxergada à luz da conformidade ou contrariedade do fato ao direito. Ou seja, existem fatos que se concretizam em conformidade com a ordem jurídica (*fatos lícitos*), enquanto outros, ao se concretizarem, violam as normas jurídicas, negando o direito. São os *fatos ilícitos*.

Prosseguindo com a classificação, não se pode negar que os fatos jurídicos podem se originar da vontade humana, decorrendo da intenção do agente ou da força da natureza, independendo do elemento volitivo. Em presença da atividade humana, o direito sente a necessidade de emitir sobre ela um juízo de valor, aprová-la ou reprová-la, julgá-la socialmente útil ou nociva. Percebe-se, então, dois diferentes sentidos para o fato jurídico: numa primeira perspectiva (*em sentido lato*), é qualquer acontecimento, dependente ou não, do homem, que tem potencialidade de conferir efeitos concretos. Em outro prisma (*em sentido estrito*), significa o acontecimento involuntário, independente da vontade humana, que produz efeitos jurídicos.

Atos jurídicos, expressão ampla, é utilizada para designar os acontecimentos que têm no suporte fático (tipificação) a presença do elemento volitivo. Essa vontade humana (caracterizadora dos *atos jurídicos*, em sentido amplo) poderá se dar meramente para aderir a efeitos preestabelecidos pelo ordenamento jurídico (*atos jurídicos em sentido estrito*) ou, ao revés, poderá ser uma vontade criadora, estabelecendo novas categorias jurídicas que devem decorrer dos fatos (*negócios jurídicos*).

Ao lado dessas, encontra-se, também, o *ato-fato jurídico*, caracterizando espécie autônoma que surge da vontade humana, tendo, pois, o ato humano como essencial, mas desprezando-a em seguida, uma vez que, para a produção dos seus efeitos, a vontade humana é irrelevante, independendo do elemento anímico.

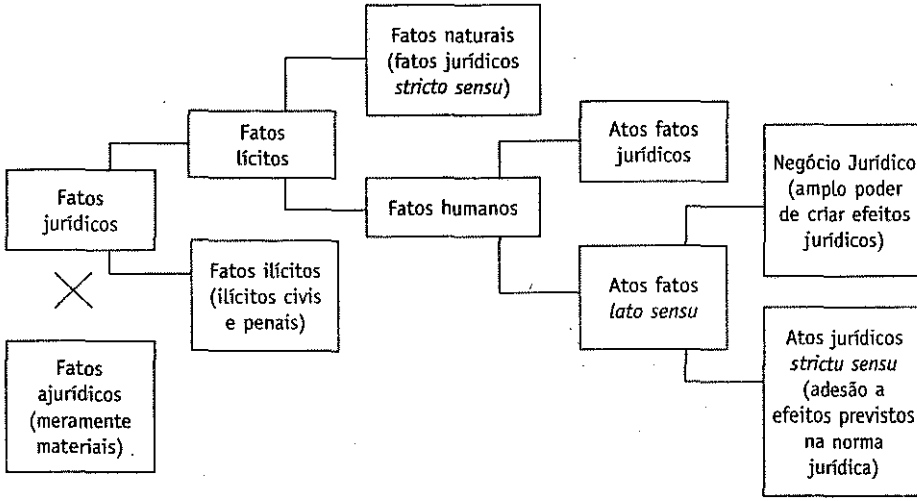
Partindo dessas premissas fundamentais, de modo amplo, é possível classificar os *fatos jurídicos, em sentido amplo, de lícitos* (em conformidade com o ordenamento jurídico) em: (*a*) *fatos jurídicos em sentido estrito*, que decorrem de fenômenos naturais, sem intervenção humana; (*b*) *atos jurídicos em sentido amplo*, que são os acontecimentos decorrentes da exteriorização da vontade humana; (*c*) *atos jurídicos em sentido estrito*, resultantes da subdivisão do ato jurídico *lato sensu*, caracterizados pela vontade humana de que decorram efeitos previstos na norma jurídica; (*d*) *negócio jurídico*, também fruto da subdivisão dos atos jurídicos em senso amplo, tipificando categoria na qual a vontade humana escolhe os efeitos que decorrerão; (*e*) *ato-fato jurídico*, no qual o elemento humano é essencial para a sua existência, mas cuja produção de efeitos independe do ânimo, pois o direito reputa irrelevante a vontade de praticá-lo.

Existem outras classificações adotadas pela doutrina brasileira, ora prestigiando os efeitos decorrentes dos fatos, ora a natureza deles.[62] Apresenta-se, entretanto, dotada de maior técnica a teoria construída na doutrina germânica (Kipp, Von Thur,

62. Confira-se a respeito GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, op. cit., p. 239.

Klein, Biermann, dentre outros) e abraçada no Brasil por Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello,[63] identificando como elementos nucleares diferenciais para a distinção: (*a*) a conformidade, ou não, com o direito; e (*b*) a presença, ou não, de ato humano volitivo.

Assim, com o propósito de facilitar a compreensão da matéria, é possível demonstrar graficamente a classificação adotada no seguinte esquema:



Colocadas de lado as discussões doutrinárias relacionadas às teorias explicativas do negócio jurídico, é de Antônio Junqueira de Azevedo a feliz conceituação do negócio jurídico como "todo fato jurídico consistente na declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".[64]

Como observado, o Código Civil de 1916 não admitia, explicitamente, a figura do negócio jurídico, deixando de promover a sua distinção em relação ao ato jurídico *stricto sensu*. A Codificação de 2002, em seu art. 104, expressamente acolhe a diferenciação, admitindo a existência do ato negocial com autonomia e independência conceitual, influenciado pela Escola alemã.

O negócio jurídico, por ser situação jurídica derivada do elemento volitivo (vontade humana), pertencente à classe dos fatos jurídicos cujo resultado final é pretendido, desejado pelas partes, tem nítido cunho de satisfação de interesses privados. Logo, a exteriorização da vontade é a nota característica que mais avulta no negócio jurídico. É a sua força propulsora.

63. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da existência, op. cit., p. 98.
64. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, op. cit., p. 16.

É preciso aqui registrar, reiterando posição antes evidenciada à exaustão, que o elemento volitivo, fruto da *autonomia da vontade* e da *autonomia privada*,[65-66] marca registrada do negócio jurídico, não mais assume caráter absoluto, sofrendo, sempre, as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção destinada à pessoa humana, realçando sua necessária dignidade (CF/88, art. 1º, III). É que a personalidade humana deve estar, sempre, sublinhada como valor jurídico insusceptível de redução a situações-tipo, sendo mister sua proteção eficaz e efetiva, nas múltiplas e renovadas circunstâncias em que se encontre.

Assim, embora a vontade sempre tenha sido considerada (e continuará, sem dúvida, a ser) como elemento propulsor do ato negocial, dúvida inexiste de que a sua compreensão deverá se dar à luz dos elevados princípios constitucionais protetivos da pessoa humana, considerada em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades, condições econômicas e sociais, respeitados seus valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de sua promoção e desenvolvimento (saúde, trabalho, educação).[67]

Não se pense, todavia, que se tenha negado o princípio da liberdade de contratação. Consagrada a livre-iniciativa no art. 170 da *Lex Legum*, apenas foi instrumentalizada a serviço da cidadania, condicionada a um estágio menos maléfico, mais humanizado, de maneira a possibilitar a real igualdade entre as partes, proclamando os ideais de justiça social (art. 3º, CF).

Assim, o negócio jurídico, assim como sói ocorrer com os demais institutos fundamentais do Direito Civil (a propriedade, o contrato, a responsabilidade civil, a sucessão, a família...), deve ser compreendido de maneira *funcionalizada*, preocupando-se em, concretamente, emprestar eficácia à organização social, abandonando o histórico caráter neutro para assumir feição integrada às necessidades reais do seu tempo.

Forte em Francisco Amaral, emprestar ao negócio jurídico (assim como aos demais institutos fundamentais do direito civil) "uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique,

65. Vale invocar o escólio de Francisco Amaral para esclarecer que autonomia da vontade e autonomia privada, embora sejam expressões utilizadas por alguns como sinônimas, não se confundem. Autonomia da vontade tem conotação subjetiva, psicológica, dizendo respeito à possibilidade reconhecida ao titular de celebrar, ou não, negócios jurídicos. Já a autonomia privada marca o poder da vontade, sendo concernente ao poder dos particulares de regular, pelo exercício da própria vontade, o conteúdo e a disciplina dos negócios que resolverem entabular (*Direito civil*: introdução, op. cit., p. 337-338).

66. Por outro lado, Fabíola Santos Albuquerque, invocando a lição do eminente Paulo Luiz Netto Lôbo, afirma o seu posicionamento de absoluta indistinção entre a autonomia privada e a autonomia da vontade, entendendo ser inócuo o esforço de diferençar as figuras (*Liberdade de contratar e livre-iniciativa*, op. cit., p. 76-77). Conquanto de grande preocupação prática, a posição da ilustre Professora pernambucana, contudo, é minoritária.

67. Assim, NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, op. cit., p. 253.

necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais". E conclui o mestre fluminense: "É precisamente com esse entendimento (função social) que a autonomia privada pode e deve direcionar-se", dizendo respeito "aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interessados comunitários e corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo e capitalismo".[68]

Exemplos eloquentes de uma concepção ética e social dos negócios jurídicos podem ser encontrados nos arts. 113, 421 e 422 do *Codex*, estabelecendo a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, como vetores apontando para um novo tempo de compreensão das relações negociais entre nós, transformando efetivamente a realidade viva das relações jurídicas privadas, em consonância com os ditames da solidariedade e da justiça social.

O negócio jurídico transcende o individualismo da vontade para cumprir função de instrumento de concretização da nova tábua axiológica constitucional (CF/88, arts. 1°, III, 3° e 5°). Sem dúvida, esta há de ser a diretriz do negócio jurídico na perspectiva civil-constitucional: âmbito de atuação individual com eficácia jurídica, servindo aos ideais de desenvolvimento e realização da pessoa humana.

Ora, considerando o deslocamento do eixo das relações privadas para busca da *tutela da pessoa humana*, afirmando-se premente preocupação com o princípio da confiança (boa-fé objetiva e função social do contrato), urge revisitar o instituto, dando-lhe novo colorido. Com isso, afirma-se uma necessária limitação da liberdade de determinação do conteúdo negocial (no mais das vezes estabelecidas unilateralmente pelas grandes empresas e grupos econômicos), com maior intervenção estatal, através de normas de ordem pública, para assegurar a primazia da cidadania.

A classificação dos negócios jurídicos deve ser feita através da verificação dos elementos comuns e diferenciais que os estremam, a partir de critérios distintos,[69] resultando em diversas espécies que servem para auxiliar o aplicador da norma. Assim, diversas são as classificações formuladas do negócio jurídico, variando conforme o critério enfocado.

Para aquilo que interessa ao estudo dos contratos, avulta apenas uma das classificações, qual seja: quanto à declaração de vontade das partes, o negócio jurídico pode ser *unilateral* (quando se aperfeiçoar apenas pela manifestação de uma parte única, como no testamento). O negócio será unilateral, mesmo que a parte única se componha de várias pessoas: se dois ou mais indivíduos deram mandato a outro para os representar na venda do prédio, e depois revogaram o mandato, a revogação é um ato unilateral, se bem que praticado por diversos, que se agrupam numa parte única.

68. Assim, NEVARES, Ana Luiza Maia. *O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil*, op. cit., p. 253.

69. Assim, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 495-496.

O negócio será *bilateral* (sendo aquele em que intervêm só duas partes, através de consentimento mútuo, como se pode notar no casamento ou na compra e venda) ou, ainda, *plurilateral* (dizendo respeito àquele negócio que envolve a composição de três ou mais partes).[70]

Na grande maioria dos casos os contratos são bilaterais, com dois centros de interesse bem destacados: o comprador e o vendedor, o mutuante e o mutuário, o mandante e o mandatário e os nubentes. Mas também há contratos plurilaterais, com três ou mais partes. É o caso da sociedade, que a lei qualifica e regula como contrato (art. 981, CC). Neste caso, os contratantes podem ser muitos, cada um constitui uma parte, porque, embora estejam todos animados do desejo de criar o ente social, há entre eles interesses contraditórios quanto à medida das entradas, modo de repartição dos lucros e perdas etc. Contratos plurilaterais são também, no domínio internacional, os celebrados por vários Estados.

O contrato é um *ato complexo*. Essa figura – contraposta ao ato simples – pode ser conceituada como o fato constituído por dois ou mais fatos relacionados entre si. Vários fatos agremiam-se num fato único sempre que é necessário o concurso direto de todos para a produção de determinado efeito jurídico. Com efeito, o contrato representa o somatório e a síntese de atos unilaterais que, praticados por duas ou mais partes, se concentram e reúnem num todo. E como qualquer outro fato complexo, pode ser de formação simultânea ou sucessiva. Simultânea se os contraentes manifestam as suas vontades ao mesmo tempo; sucessiva se à proposta de um segue, decorrido algum tempo, a aceitação do outro: é o caso dos contratos entre ausentes.[71]

Na verdade, todo o discurso do negócio jurídico se conjuga no singular, centra-se no declarante como único sujeito da ação, cabendo ao declaratário um papel passivo, de puro receptor. Como adverte Joaquim de Sousa Ribeiro, nessa construção abstrata e individualizadora, perde-se de vista a estrutura bilateral do contrato, a participação comunicativa de um *outro*, que é *parte* na relação. Fundamental é perceber a natureza bifrontal da autodeterminação do contrato, a sua dimensão relacional e a intersubjetividade. Afinal, o exercício da liberdade contratual será sempre partilhado e sujeito a limites, pois dependerá do concurso da vontade do titular de interesses contrapostos. A autodeterminação não é, no contrato, exercício solitário de liberdade, mas "*determinação conjunta*" de efeitos vinculativos.[72]

Com efeito, a cilada de identificar o contrato na asséptica teoria geral do negócio jurídico consiste em retroagir aquele modelo jurídico a uma ideologia puramente

70. Não se confunda o critério apontado com a classificação dos negócios jurídicos a partir da extensão dos interesses das partes. Por esse critério, pode o negócio assumir feição intersubjetiva (contando com apenas uma pessoa em cada um dos polos da relação, no típico exemplo do contrato de mandato), plúrima (quando um, ou ambos os polos da relação negocial, conta com mais de um sujeito, como na prestação de serviços por duas ou mais pessoas) ou individual homogênea (quando contar com a presença de uma entidade, regularmente autorizada, representando os interesses de uma das partes, consubstanciando interesses de um grupo determinado de pessoas, previamente determinadas e determináveis).

71. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, op. cit., p. 31-34.

72. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 36-38.

liberal – imune à nota da socialidade –, pela qual a declaração de vontade é uma construção individual, e, portanto, sua aptidão para a produção de efeitos será avaliada conforme a capacidade psíquica deste agente, desconsiderando-se inteiramente o *alter*. Ora, tal análise impede a problematização do poder contratual e da imprescindível aferição do desequilíbrio material entre as partes, pois no desprezo a qualquer outro valor contrastante ao da liberdade do declarante, o negócio jurídico não se submete a limites.

Nada obstante, ao inserirmos o contrato em uma dimensão relacional, em uma esfera de conformação bilateral, abre-se espaço para o acolhimento dos princípios da igualdade material e da justiça contratual, valores que inevitavelmente demandam elementos de confrontação comparáveis e quantificáveis à luz da proporcionalidade.

Em resumo, a escala na genealogia do conceito de contrato sobe ao negócio jurídico, conceito adotado pelo Código Civil, muito embora sem definição legislativa expressa, daí para o ato jurídico e, por fim, para o fato jurídico. Nesta perspectiva, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.[73]

3.3 O tempo do contrato

3.3.1 A escada pontiana

Inicialmente, cumpre efetuarmos breve incursão à *"escada pontiana"*. Pontes de Miranda dividiu o negócio jurídico em três planos: existência, validade e eficácia. Os ensinamentos que serão sucintamente abordados, logicamente, refletem no modelo jurídico do contrato. 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 os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização".[74]

A partir dessa ideia, poderemos organizar a estrutura do negócio jurídico da seguinte forma:

i) *plano da existência*, relativo ao *ser*, isto é, à sua estruturação, de acordo com a presença de elementos básicos, fundamentais, para que possa ser admitido, considerado;

73. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 4.

74. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, op. cit., p. 24.

ii) *plano da validade*, dizendo respeito à aptidão do negócio frente ao ordenamento jurídico para produzir efeitos concretos;

iii) *plano da eficácia*, tendo pertinência com a sua capacidade de produzir, desde logo, efeitos jurídicos ou ficar submetido a determinados elementos acidentais, que podem conter ou liberar tal eficácia.

No plano da existência é preciso preencher *pressupostos ou elementos de existência;* enquanto no plano da validade é necessário que estejam presentes os *requisitos de validade;* e, finalmente, no plano da eficácia, encontram-se os *fatores de eficácia.*

De forma mais específica, inicialmente, averígua-se a presença dos elementos estruturantes para que sejam considerados na esfera jurídica. São elementos essenciais, sem os quais não terá o negócio sequer possibilidade de produzir efeitos.[75] Em seguida, no nível da validade, se analisam os requisitos de conformidade com a ordem jurídica, para afirmar a aptidão do negócio para produzir efeitos. Finalmente, na última etapa, será conferida a produtividade imediata dos efeitos, ou não. Trata-se de análise progressiva, tendo como plano prejudicial e imprescindível a existência.[76]

Tomando como exemplo o testamento, é possível afirmar que *existirá* quando o sujeito emitir vontade, no sentido de dispor de seu patrimônio para depois de sua morte. Em seguida, será *válido* se contiver os requisitos exigidos por lei, possuindo declaração de vontade íntegra, sem vícios, emitida por agente capaz. No entanto, *existindo* e sendo *válido* o negócio, não significa que o testamento irá produzir

75. STJ. Informativo nº 0551 Período: 3 de dezembro de 2014. Terceira Turma DIREITO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA ANTE O ENVIO DA PROPOSTA DE SEGURO APÓS A OCORRÊNCIA DE FURTO. O proprietário de automóvel furtado não terá direito a indenização securitária se a proposta de seguro do seu veículo somente houver sido enviada à seguradora após a ocorrência do furto. O contrato de seguro, para ser concluído, necessita passar, comumente, por duas fases: i) a da proposta, em que o segurado fornece as informações necessárias para o exame e a mensuração do risco, indispensável para a garantia do interesse segurável; e ii) a da recusa ou aceitação do negócio pela seguradora, ocasião em que a seguradora emitirá, no caso de aceitação, a apólice. A proposta é a manifestação da vontade de apenas uma das partes e, no caso do seguro, deverá ser escrita e conter a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco. Todavia, a proposta não gera, por si só, o contrato, que depende de consentimento recíproco de ambos os contratantes. Assim, para que o contrato de seguro se aperfeiçoe, são imprescindíveis o envio da proposta pelo interessado ou pelo corretor e o consentimento, expresso ou tácito, da seguradora, mesmo sendo dispensáveis a apólice ou o pagamento de prêmio. Desse modo, nota-se que, no caso em apreço, não há a manifestação de vontade no sentido de firmar a avença em tempo hábil, tampouco existe a concordância, ainda que tácita, da seguradora. Além disso, nessa hipótese, quando o proponente decidiu ultimar a avença, já não havia mais o objeto do contrato (interesse segurável ou risco futuro). REsp 1.273.204-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva,

76. STJ. Informativo nº 0557 Período: 5 a 18 de março de 2015. Terceira Turma. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO PREVISTA EM CONTRATO SEM ASSINATURA DAS PARTES.Na hipótese em que a própria validade do contrato esteja sendo objeto de apreciação judicial pelo fato de que não houve instrumento de formalização assinado pelas partes, a cláusula de eleição de foro não deve prevalecer, ainda que prevista em contratos semelhantes anteriormente celebrados entre as partes. O STJ tem entendido que, em hipóteses em que se discute a própria validade do contrato, o foro de eleição não prevalece. Esse entendimento aplica-se ao caso em análise, uma vez que a validade do contrato está sendo objeto de apreciação nos autos principais exatamente pelo fato de não haver instrumento de formalização assinado pelas partes, o que demandará produção de prova a respeito e a futura definição quanto à sua validade ao ensejo da prolação da sentença. REsp 1.491.040-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino,

efeitos necessariamente. Como se sabe, somente depois da morte do declarante é que os efeitos do testamento decorrerão, vislumbrando-se, assim, a autonomia dos três diferentes planos.

Apesar de a "Escada Pontiana" ser elemento fundamental para a compreensão do *iter* evolutivo do negócio jurídico e, por conseguinte, dos contratos, não foi adotada pelo Código Civil de 2002.[77]

De logo, é preciso lembrar, forte mais uma vez na lição de Marcos Bernardes de Mello,[78] que dentro do plano da validade do negócio jurídico estão incluídas não apenas as hipóteses de *nulidades* (CC, arts. 166 e 167), mas também as *anulabilidades* (CC, art. 171). Por isso, tanto as *nulidades* quanto as *anulabilidades* são espécies do gênero *invalidade* do negócio jurídico.

Aliás, convém assinalar, por oportuno, que, em se tratando de desconformidade com o ordenamento jurídico, as invalidades dependem de expressa previsão legal, somente podendo estar caracterizadas por expressa previsão da norma jurídica. De modo simples, mas objetivo, é lícito afirmar que, desatendidos os requisitos de validade (CC, art. 104), o negócio jurídico será inválido e, portanto, eivado de nulidade ou anulabilidade.

A *nulidade* viola interesses públicos, cuja proteção interessa a todos, à própria pacificação social. A *anulabilidade*, por sua vez, é vício menos grave, comprometendo interesses particulares, servindo esta distinção para fixar, desde logo, a legitimidade para pleitear o reconhecimento da invalidade: em se tratando de nulidade, qualquer pessoa pode suscitá-la e o magistrado pode conhecer de ofício (art. 168, CC); se, por outro turno, o caso é de anulabilidade, somente o interessado poderá provocá-la (art. 177, CC).

Nessa linha de compreensão, a distinção entre nulidade e anulabilidade se prende às *causas ensejadoras* (motivos geradores) de cada uma das espécies e não aos efeitos ou ao modo com o qual se operam.[79] Importa lembrar, ademais, que a invalidade classifica-se, sob outros prismas, em: *i) originária* ou *sucessiva* (se nasceu, ou não, com o próprio ato); *ii) total* ou *parcial* (se compromete a totalidade do negócio ou somente parte dele).

Consolidando a matéria, vale esquematizar as distinções entre as espécies de invalidades do negócio jurídico no quadro que segue, facilitando a fixação do tema abordado:

77. Para o arquiteto da parte geral do Código Civil, José Carlos Moreira Alves, não se deve modificar a sistemática seguida no Anteprojeto, quanto aos negócios jurídicos, para ajustá-la, rigidamente, à tricotomia existência-validade-eficácia, mas ressalva que, "embora não haja necessidade de mencionarem-se os requisitos de existência, esse conceito deve-se encontrar na base do sistema dos fatos jurídicos" (*A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 45).

78. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, op. cit., p. 82.

79. Com esse pensamento, MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos, op. cit., p. 328.

DISTINÇÃO ENTRE NULIDADES E ANULABILIDADES	
Nulidades	**Anulabilidades**
Fundamenta-se em razões de ordem pública.	Fundamenta-se em razões de ordem privada.
Pode ser declarada de ofício pelo juiz, a requerimento do MP, ou de qualquer interessado.	Somente poderá ser invocada por aquele a quem aproveite, não podendo ser reconhecida de ofício.
Não é suscetível de confirmação.	É suscetível de confirmação ou redução.
Não convalesce pelo passar do tempo.	Prazo decadencial de quatro anos.
Não produz efeitos.	Produz efeitos, enquanto não for anulada.
Reconhecida através de ação meramente declaratória.	Reconhecida através de ação desconstitutiva, sujeita a prazo decadencial.
Admite conversão substancial.	Admite sanção pelas próprias partes.

3.3.2 O direito intertemporal dos contratos

Preceitua o art. 2.035 do Código Civil:

> 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.

Elogiamos o legislador por fazer do Livro Complementar uma verdadeira lei de conflito, cuidando de normas temporárias e excepcionais, que regulam os efeitos futuros de situações jurídicas pretéritas. Indubitavelmente, as Disposições Finais e Transitórias auxiliam o operador do direito a desvendar labirintos que em princípio só poderiam ser enfrentados pelo auxílio no art. 5º, XXXVI, da CF e ao art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Certamente comentaremos o dispositivo mais polêmico dentre as normas de direito intertemporal. O art. 2.035 faz uma simples indagação: *quais são os efeitos futuros dos contratos pretéritos*?[80]

80. STJ – *"Há na norma supra transcrita, duas regras distintas, a saber: (a) a fixação da nova lei como diploma regulador dos efeitos de quaisquer contratos, firmados anteriormente a vigência do novo código (caput); e, (b) a não prevalência de uma convenção, na hipótese de ela entrar em confronto com os princípios de ordem pública introduzidos pela nova lei (paragrafo único). Ou seja: a hipótese 'a' destina-se a regular todos os contratos anteriores, incidindo unicamente sobre seus efeitos, que são mantidos; a hipótese 'b', por sua vez, destina-se a fulminar apenas alguns contratos (contrários a ordem pública), eliminando, portanto, de maneira completa a sua eficácia"* (REsp 691738/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 26.9.2005).

Aqui reina a controvérsia, pois, quanto aos contratos firmados antes do advento do Código Civil de 2002, cujos efeitos já foram produzidos até 11 de janeiro de 2003, ninguém duvida de que apenas incidirá o Código Civil de 1916, pois são fatos pretéritos. Outrossim, não há controvérsia quando afirmamos que os contratos subscritos a partir de 11.1.2003 serão inteiramente regidos pelo Código Civil de 2002, tratando-se de fatos futuros. Mas a celeuma instala-se na investigação dos chamados fatos pendentes, perquirição fundamental para diferenciarmos o efeito imediato do efeito retroativo da lei nova a situações jurídicas passadas.

Os fatos pendentes – ou em via de realização – separam-se em partes anteriores ou posteriores à data da vigência da lei nova. A parte pretérita do fato pendente concerne à alteração de consequências jurídicas que haviam sido determinadas pelas partes de acordo com a lei revogada. Se a nova lei dispõe sobre esses aspectos, ela será taxada de retroativa. Já as partes posteriores dos fatos pendentes ao tempo da vigência da nova lei serão por ela capturadas. Já não se trata de retroatividade, mas de hipótese de aplicação imediata da lei.

A retroatividade da norma pode ser dividida em máxima, média e mínima. Ela é máxima (ou agravada) quando a lei nova desfaz a coisa julgada ou os efeitos já consumados da relação jurídica sob a égide da lei anterior (*v. g.*, lei que determine teto de juros com restituição dos valores já recebidos anteriormente, mas que ultrapassem tal patamar). A retroatividade é média (ou ordinária) quando a lei nova incide sobre as partes anteriores (pretéritas) dos fatos pendentes. Ilustrativamente, seria o caso do ocorrido com a vigência do art. 3º do Decreto nº 22.626/33, ao impor teto de juros às prestações futuras de contratos já existentes, com percentual expressamente definido pelas partes. Por fim, a retroatividade é mínima (ou mitigada) quando a lei nova determina a sua aplicação apenas aos efeitos futuros dos atos jurídicos pretéritos.

Aqui não há de se falar propriamente em retroatividade mínima, mas em aplicação imediata da lei, pois, ao contrário das duas primeiras espécies de retroatividade (máxima e média), a lei não dá um salto para trás nem tampouco interfere em consequências que já haviam sido definidas pelos contratantes.[81] Por isso também é conhecida como retroatividade aparente ou inautêntica, pois age sobre relações jurídicas passadas tão somente no sentido de disciplinar efeitos futuros.

81. STJ. Informativo nº 0566 Período: 8 a 20 de agosto de 2015. Terceira Turma DIREITO CIVIL. IRRETROATIVIDADE DE REGRA QUE PROÍBE REAJUSTE PARA SEGURADOS MAIORES DE SESSENTA ANOS. No contrato de seguro de vida celebrado antes da Lei 9.656/1998, é a partir da vigência dessa Lei que se contam os 10 anos de vínculo contratual exigidos, por analogia, pelo parágrafo único do artigo 15 para que se considere abusiva, para o segurado maior de 60 anos, a cláusula que prevê o aumento do prêmio do seguro de acordo com a faixa etária. Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora o princípio da irretroatividade da lei, pelo qual a lei nova produzirá efeitos imediatos a partir de sua entrada em vigor, não podendo prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 6º da LINDB e art. 5º, XXXVI, da CF). Ou seja, a regra é que a lei não retroage para alcançar fatos ocorridos no passado. Desse modo, as disposições contidas na Lei 9.656/1998 nunca poderiam retroagir, até porque, no passado, o direito agora previsto não existia. EDcl no REsp 1.376.550-RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 17/8/2015.

Com base nas distinções efetuadas nos tópicos pregressos, constatamos que a norma descrita no *caput* do art. 2.035 refere-se exatamente à retroatividade mínima, porque o Código Civil atuará de forma imediata para os negócios jurídicos passados apenas no que concerne ao que está por vir, sem tocar nos efeitos já consumados. Há uma correta separação entre os planos de validade e eficácia do negócio jurídico. A validade do ato será disciplinada pela lei vigente ao tempo de sua conclusão, independente de qualquer alteração posterior. Exemplificando, não se pode questionar a anulabilidade de um contrato efetivado até 10 de janeiro 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.

Portanto, correto o Enunciado nº 204 do Conselho de Justiça Federal, vazado nos seguintes termos: "A proibição da sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002." O enunciado se conecta com o artigo 977 do Código Civil: "faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória". Cuidando-se de norma atinente à capacidade, localizada no plano da validade, apenas se aplicará o referido dispositivo às sociedades constituídas a partir de 11 de janeiro de 2003, já que no Código Civil de 1916 inexistia esta restrição.[82]

Porém, quanto à eficácia do negócio jurídico, aos contratos de execução sucessiva no tempo, cujos efeitos não foram previstos pelas partes (partes posteriores dos fatos pendentes), aplicaremos o Código Civil de 2002 mesmo para os contratos efetivados antes de sua vigência. A título ilustrativo, mesmo que o Código Civil de 1916 não discipline a onerosidade excessiva, é possível aplicar a resolução contratual sugerida no art. 478 do Código Civil de 2002, tratando-se de ineficácia superveniente do negócio jurídico posterior a 11 de janeiro de 2003, sendo, portanto, alcançada pelo Código Civil de 2002.

82. De acordo com o art. 2.031 do Código Civil, *as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007.* Este dispositivo parece conflitar com o nosso entendimento. Com efeito, questão tortuosa diz respeito à imunização de cláusulas de contrato social anterior ao advento do Código Civil de 2002 com base na tese do ato jurídico perfeito. Caso assim se entenda, contratos que contenham cláusulas contrárias ao que determina a nova ordem civil não se submeteriam aos rigores do art. 2.031. Basta pensar em empresa formada por cônjuges casados pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória. A teor do art. 977 do Código Civil essa empresa não poderá mais subsistir, tendo os cônjuges a necessidade de alterar o regime de bens, substituir-se por outros sócios ou alterar a sua configuração para empresa individual. Sendo o ato jurídico perfeito aquele já consumado na vigência da lei revogada, tendo em sua égide produzido todos os efeitos, podemos dizer que nessa definição se encaixa o regime de bens com relação à constituição da sociedade entre os cônjuges. O ato jurídico perfeito gera o direito adquirido do casal à preservação da empresa nos moldes da formação originária, sem sofrer influência da restrição inaugurada pelo Código Civil de 2002. Caso assim não entenda a doutrina e os tribunais, deverá o casal pleitear a alteração incidental do regime de bens (art. 1.639, § 2º, do CC).

Neste sentido, o Enunciado nº 164 do Conselho de Justiça Federal: "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." O pagamento de juros se insere no tempo do cumprimento da obrigação, isto é, em seu plano de eficácia. Portanto, os contratantes se submeterão às normas em vigor quando do adimplemento/inadimplemento.

Nada obstante, a ressalva da parte final do *caput*, "salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução", significa que, quanto aos efeitos futuros previstos pelas partes no passado (partes pretéritas dos fatos pendentes), não poderá a nova norma se imiscuir, prevalecendo a lei antiga, ao impedir-se a chamada retroatividade média. Assim, se as partes subscrevem contrato de prestação de serviços com expressa referência a um percentual de correção, mesmo que posteriormente venha um plano econômico impondo novo índice, as partes poderão preservar o pactuado, sem possibilidade de interferência da nova norma aquela relação jurídica.

Em conexão direta com a aludida ressalva, encontra-se o parágrafo único do art. 2.035. Ele seria uma espécie de "exceção da exceção", à medida que impede que uma convenção elaborada entre particulares na vigência do Código Civil de 1916 possa produzir efeitos já na vigência do Código Civil de 2002, se estes violarem preceitos de ordem pública, como os garantidores da função social da propriedade e dos contratos. O parágrafo único representa fielmente o que se deseja de um direito civil-constitucional, cuja filtragem é conferida por direitos fundamentais que potencializam o primado da pessoa sobre as atividades econômicas. O princípio da dignidade da pessoa humana é um limite à autonomia privada, legitimando o exercício da liberdade contratual, com respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Justifica-se aqui a aplicação da retroatividade média quando a lei nova é benéfica para a coletividade no sentido de maior proximidade aos ideais de justiça.

Nessa linha de raciocínio, por mais que determinada convenção condominial tenha expressamente referido a multa de 20% sobre o valor do débito – nos termos da Lei nº 4.591/64 –, não poderá ultrapassar o patamar de 2% fixado atualmente, cuidando-se de norma de ordem pública que objetiva evitar o abuso do direito subjetivo nas relações privadas (art. 187 do CC).

Ao contrário do que muitos possam imaginar, o art. 5º, XXXVI, não postula o princípio da irretroatividade da nova lei, mas o da retroatividade, pois a lei terá efeito imediato, apenas limitada pelo ato jurídico perfeito, pelo direito adquirido e pela coisa julgada. A retroatividade é a regra e será apenas qualificada como injusta se alcançar as três barreiras intransponíveis.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro define em seu art. 6º os limites da retroatividade. Segundo Gabba, o direito adquirido é aquele já incorporado ao patrimônio de uma pessoa e que pode ser exercido a qualquer tempo, pois

já se constituiu em direito subjetivo de seu titular. O ato jurídico perfeito, por sua vez, é o negócio jurídico fundado em lei e consumado no passado, pois todos os seus elementos constitutivos foram verificados. Ambos expressam valores derivados do ideal de segurança jurídica, mas não podem ser superdimensionados, sob pena de engessamento do sistema jurídico e impossibilidade de atualização de modelos jurídicos. Ao defendermos a coerência do parágrafo único, também nos filiamos à visão de Miguel Reale, do direito como experiência, pois sempre devemos presumir que a lei nova é melhor que a anterior, posto sintonizada à cultura e à linguagem atual de determinada sociedade.

Acirradas discussões surgirão, tendo em vista que, desde a ADIn nº 493/DF, o Supremo Tribunal Federal defende a tese da absoluta irretroatividade da lei nova para os contratos em curso ao tempo do início de sua vigência. A lei do dia em que é feito o contrato comandaria toda a sua existência. Nessa linha seria afirmada a inconstitucionalidade do art. 2.035, por violar o *pacta sunt servanda*, porquanto mesmo norma de ordem pública não poderia ofender direitos adquiridos ao alcançar a causa do negócio jurídico, sob pena de injustificada restrição ao princípio da autonomia privada e da segurança jurídica dos contratantes, que depositaram a sua confiança na subsistência da norma vigente ao tempo da contratação.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 285 no sentido da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos anteriores a sua vigência, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito.

Finalizando, todo o esforço por conferir merecimento à norma em comento resulta de uma necessária ponderação por ela executada entre os valores de segurança e justiça, que se encontram em constante tensão. Ao contrário do Código Civil de 1916, que exalava os ares liberais do século XIX e da "era da certeza", mesmo que às custas do sacrifício de justiça, a tentativa do Código Civil de 2002 foi a de buscar conciliação entre um ideal de justiça – em uma era marcada por "incertezas" do pós-moderno – com um mínimo de segurança jurídica.

Faculdade Terra Nordeste
FAT
Fortaleza
Ceará

CAPÍTULO II

A Formação dos Contratos

Sumário • 1. A formação dos contratos paritários: 1.1 Noções iniciais; 1.2 Estrutura da formação do contrato no Código Civil; 1.3 Tempo e local de conclusão do contrato paritário – 2. A formação dos contratos massificados: 2.1 Oferta nos contratos civis de adesão; 2.2 Formação do contrato no Código de Defesa do Consumidor; 2.3 Formação do contrato eletrônico – 3. Contrato preliminar: 3.1 Noções gerais; 3.2 Regime jurídico; 3.3 A promessa de doação; 3.4 A eficácia real do contrato preliminar; 3.5 O contrato preliminar impróprio.

"Eu vou à Penha de qualquer maneira
Pois não é por brincadeira
Que se faz promessa
E o tal mulato para não entrar na lenha
Fez comigo um contrato
Pra sumir da Penha
Quem faz acordo não tem inimigo."

(Moreira da Silva, *De qualquer maneira*, de Ary Barroso e Noel Rosa)

1. A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PARITÁRIOS

1.1 Noções iniciais

Em sua vasta obra, o fundador do moderno jusnaturalismo, Hugo Grócio, trata da *força vinculativa da promessa* de cada uma das partes. Para que o direito se transmita, a promessa deverá ser aceita. Resulta deste princípio a teoria da conclusão contratual, através da oferta e da aceitação. Esta avançada teoria, formulada no início do século XVII, insere-se até hoje nos códigos modernos.[1]

Em um salto para o Brasil do terceiro milênio, em sede de formação de contratos, podemos criticar o Código Civil de 2002 pela tibieza. Há um evidente descompasso entre a realidade e o texto em vigor.

O legislador preservou a redação conferida pelo Código Civil de 1916 (arts. 1.080 a 1.087), acrescentando unicamente a figura da oferta ao público, o que não é auspicioso, pois a temática já era objeto de eficiente tratamento pelos arts. 30 a 35 do Código de Defesa do Consumidor.

Nada obstante, dentre as lacunas normativas, podemos destacar o fato de a lei civil ignorar as tratativas inerentes à etapa pré-contratual, à formação dos contratos eletrônicos e à questão da execução específica, também objeto de enfoque do processo civil. Quanto às negociações preliminares, implicitamente são extraídas do texto do art. 422 do Código Civil, ao versar acerca da presença da boa-fé *"na conclusão do contrato..."*. Portanto, a matéria demandava disciplina adequada na seção II (arts. 427-435) do Título V do Livro do Direito das Obrigações. Ademais, não se entende como em pleno terceiro milênio a lei civil se omite em enquadrar os contratos formados pela Internet. Ao contrato eletrônico, atípico por escolha legislativa, aplicar-se-á o disposto no art. 425 do Código Civil. Por fim, no tocante à execução específica, a dogmática civilista foge do exame do caráter vinculante da proposta, ainda cuidando da matéria pelo ângulo da reparação pecuniária.

O contrato é negócio jurídico bilateral derivado da união de dois negócios jurídicos unilaterais: proposta e aceitação. Quando aludimos a duas vontades, falamos de duas partes e não de duas pessoas. Parte e pessoa não se confundem, pois a parte, como *"centro de interesses"*, pode se compor de várias pessoas. Por isso a formação do contrato requer a participação de vontades lastreadas em posições econômicas antagônicas, objetivando uma composição de interesses, funcionalizada a uma colaboração intersubjetiva com respeito à boa-fé objetiva e à função social do negócio

1. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, op. cit., p. 332-333. O próprio historiador esclarece que neste século XX a matéria sofre alterações, pois "A teoria da declaração da vontade e da conclusão negocial foram compatibilizadas – através da transcrição da teoria da vontade da pandectística para o princípio da confiança ou vigência, através da interpretação objetiva segundo a boa-fé, através do controle jurisprudencial dos contratos estandardizados e das condições gerais dos contratos e através da teoria do silêncio no comércio jurídico – com a evolução da sociedade, nomeadamente no que respeita à evolução dos negócios jurídicos isolados para os negócios jurídicos em massa" (op. cit., p. 594-595).

jurídico. Não é conveniente falar em polos opostos, mas em uma aproximação de parceiros para a realização da finalidade comum do adimplemento da obrigação.

Há que deixar claro que não cuidaremos especificamente da formação dos contratos plurilaterais. Tal espécie, constituída basicamente pelas várias modalidades de criação de pessoas jurídicas sob a forma de associações, sociedades, cooperativas, sindicatos, condomínios edilícios ou semelhantes, tem a sua formação orientada pela própria especificidade de sua natureza. Nos contratos bilaterais se opõe um figurante ao outro com interesses opostos: "A" quer adquirir determinado bem, e "B" deseja dele dispor. Formam-se os dois lados do contrato. Todavia, nos contratos plurilaterais, os figurantes (sócios), "A", "B", "C" e "D", juntam-se para perseguir um objetivo comum. Não possuem interesses opostos, mas convergentes. Não se pode, portanto, pluraliteralizar o que é bilateral nem bilateralizar o que é plurilateral. São avenças de natureza diferente. Um contrato de sociedade com apenas dois sócios não é bilateral, como não é plurilateral a compra e venda em que o casal "A" e "B" aliena imóvel aos compradores "C" e "D".[2]

Por fim, tal qual evolui a sociedade na direção de múltiplos subsistemas autônomos, o ideal do contrato resta igualmente fragmentado. Existem relações por adesão, de consumo e por contratos eletrônicos. Nada mais natural, portanto, a pluralidade e a segmentação no processo de formação do contrato. Seguindo a trilha sugerida por Ricardo Lorenzetti, examinaremos o tema em uma sequência quadrifásica: (a) *o consentimento contratual*, caracterizado pelo intercâmbio de posições entre as partes, até alcançarem um "sentir comum", é a modalidade regulada nos códigos civis e aquela que se leva em conta como forma padrão para a denominada "teoria geral"; (b) *a adesão, e não o consentimento*, aplica-se ao caso em que uma das partes aceita contratar sob a base de condições redigidas previamente pela outra parte; (c) *o contrato celebrado pelos consumidores*, sujeito à regulação especial, admite um processo de formação no qual a publicidade tem efeitos heterônomos, bem como a conduta prévia e as práticas comerciais podem ser integradas ao consenso; (d) *a oferta com fundamento na aparência e a aceitação, baseada na confiança*, próprias de sistemas de alta evolução tecnológica.[3]

Destarte, primeiro, enfrentaremos a formação dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Na sequência, trataremos da formação do contrato eletrônico.

1.2 Estrutura da formação do contrato no Código Civil

Numa perspectiva realista, o juízo sobre se um contrato se formou ou não constitui o resultado de uma qualificação – de determinados comportamentos humanos, operada por normas jurídicas. Por outras palavras, a formação do contrato consiste

2. MACHADO, Marcello Lavenère. *Formação dos Contratos*. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 79.
3. LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*, op. cit., p. 280-281.

em um processo, isto é, em uma sequência de atos e comportamentos humanos coordenados entre si. Se esta sequência corresponde ao esquema estabelecido pelo ordenamento jurídico, pode-se dizer que esse determinado contrato se formou, ou se concluiu, ou "ganhou existência".[4]

Confirmando tal ponto de vista quanto ao processo de formação contratual, assevera Caio Mário que *"não nasce ele, entretanto, todo pronto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter. É, ao revés, o resultado de uma série de momentos ou fases, que às vezes se interpenetram, mas que em detida análise perfeitamente se destacam: negociações preliminares; proposta, aceitação".*[5]

Esta tripartição de sucessivas etapas de formação do contrato se amolda aos contratos paritários nas relações interprivadas. Correspondem ao modelo clássico de contratação, no qual há um espaço mais amplo de liberdade para o indivíduo concluir ou não o contrato, bem como para a determinação do conteúdo da avença.

Com efeito, o fenômeno da *"formação progressiva do contrato"* evidencia que nem sempre uma relação obrigacional nasce de imediato. O *iter* negocial que levará até a conclusão do contrato poderá ser formado por graus ou escalonadamente. Ademais, o fenômeno merece atenção por potencializar a complexidade da relação e a incidência da boa-fé objetiva.[6]

1.2.1 Negociações preliminares e a responsabilidade pré-contratual

"Pense tudo de novo
Pra não se arrepender de fato
Não diga bobagens
Pois toda palavra é contrato".

(Jair Oliveira, *Vai e volta*)

Na lógica da obrigação como processo, o contrato se desenvolve em três etapas sucessivas: (a) pré-contratual; (b) contratual; (c) pós-contratual.

A fase pré-contratual se inicia com as negociações preliminares, culminando, em caso positivo, com a conclusão do contrato, seja pela via do acordo entre as partes – nos contratos consensuais, ou pela entrega da coisa, nos contratos reais. As tratativas também se dividem em três momentos: (a) negociações; (b) proposta; (c) aceitação.

Nas tratativas as partes analisam a conveniência de eventualmente se submeter ao vínculo contratual. É o período propício para pesquisas, reflexões, exame de

4. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 85.
5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 32.
6. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*, V, t. I, op. cit., p. 58.

dados e informações, propostas e contrapropostas, enfim, um conjunto de atos de esclarecimento do conteúdo necessário à implementação do negócio jurídico.

O início das negociações preliminares, em uma primeira abordagem, poderá consistir em uma solicitação de orçamento, indagação do preço de um serviço ou qualquer comportamento indicativo do interesse de celebrar um contrato. Neste momento surge uma identidade de propósitos entre os pré-contratantes, em que ambos desejam prosperar nas tratativas. Esta trilha paradoxalmente conduzirá a um momento em que as vontades se tornam divergentes. Será a fase da conclusão do contrato, em que um desejará comprar e o outro vender; um desejará locar e outro ser locatário. E por aí vai...

Mesmo nos negócios jurídicos instantâneos, nos contratos de adesão e nas relações contratuais de fato há uma fase preliminar. É uma etapa breve, que não se exterioriza posto ser de natureza psicológica, mas na qual o contratante calcula as vantagens patrimoniais e existenciais de se submeter a uma determinada contratação.

No âmbito das tratativas inexiste proposta formalizada, hábil a vincular as partes (art. 427, CC). Nesta fase de puntuação, eventualmente haverá uma carta de intenções subscrita pelas partes ou uma minuta, consubstanciando documento em que se fixa por escrito o desenho do contrato. Mas ainda não há o consentimento necessário ao contrato definitivo. Realmente, na fase das negociações preliminares as partes costumam celebrar os chamados acordos provisórios, usualmente denominados de minutas, esboços ou cartas de intenção. Elas já se vinculam a determinados pontos do negócio, mas sem a obrigação de celebração do contrato principal enquanto não se acertam com relação aos demais aspectos. Os acordos parciais não geram a obrigação de celebração do contrato definitivo, pois não se pactuou ainda no que tange às cláusulas em aberto. Assim, se as partes não celebram o contrato definitivo, por não alcançarem consenso em relação aos pontos em aberto, automaticamente se extingue o acordo provisório. Nada obstante, se decidirem por contratar, vinculam-se os promitentes aos termos das minutas parciais.

Cumpre distinguir a proposta das negociações preliminares. As tratativas são atos tendentes à análise da viabilidade do contrato. A proposta, por sua vez, é a exteriorização do projeto de contrato, a manifestação de uma vontade definida em todos os seus termos, dependente apenas da concordância da parte contrária para o aperfeiçoamento do contrato.[7]

Uma importante distinção delimita o contrato preliminar e as tratativas. Em comum, ambos antecedem o contrato definitivo. Todavia, o contrato preliminar não pode ser enfrentado como uma categoria intermediária entre as negociações preliminares e o contrato definitivo. Cuida-se de figura autônoma. Enquanto as tratativas são levadas a efeito independente de qualquer compromisso, pois as partes não sabem se

7. GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, op. cit., p. 32.

irão ou não contratar, o contrato preliminar é uma convenção completa que demanda um acordo de vontades e uma relação jurídica concluída, de natureza patrimonial. Já há o consentimento dos pré-contratantes, cuja finalidade é a segurança do negócio substancial que se tem em mira. A fase das tratativas é concluída positivamente, porém as partes optam pela não celebração do contrato definitivo. Com o contrato preliminar, as partes não se obrigam a prosseguir nas negociações, mas a concluir um certo conteúdo, pronto e acabado, pois elas já "fecharam o negócio". Com sua erudição peculiar, lembra Caio Mário da Silva Pereira que as negociações preliminares "*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*".[8]

Em regra as negociações preliminares não vinculam, sejam elas orais ou escritas, pois é inerente ao princípio da liberdade contratual que os indivíduos tenham a autonomia de optar pela contratação, sem que a negativa estabeleça a obrigação de indenizar em favor do outro negociante. A recusa de iniciar negociações jamais será abusiva e, se no interregno das *pourparlers* falte o indispensável elemento volitivo de prosseguir nas tratativas, cessará o consentimento mútuo fundamental ao êxito da contratação.

Todavia, as negociações preliminares não são procedimentos completamente discricionários. Os deveres de conduta emanados da boa-fé objetiva já estão presentes ao tempo das tratativas. Eles antecedem ao momento da contratação, surgindo com o início do contato social entre os parceiros. Concilia-se a autonomia privada com a noção da indispensável responsabilidade dos entabulantes sobre as legítimas expectativas de confiança depositadas parte a parte. Assim surgem: (a) deveres laterais de informação, a fim de que sejam comunicadas todas as circunstâncias relevantes para a conclusão do contrato. O dever de esclarecimento completa a teoria dos vícios do consentimento, pois a pertinência da informação é a garantia de um razoável equilíbrio contratual; (b) deveres de proteção, para que os pré-contratantes zelem mutuamente pela tutela da integridade psicofísica e pela proteção do patrimônio do *alter*; (c) deveres de cooperação – intercedem no sentido de prestigiar a honestidade, a diligência e a lealdade de parte a parte, acentuando a colaboração no sentido de preservar a confiança depositada no outro.

De acordo com o art. 422 do Código Civil, "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé". A norma não olvidou a fase das tratativas, tampouco a da

8. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. III, p. 81. Acresce o doutrinador que a difusão deste modelo jurídico gera várias terminologias: "*Vorvetrag*, no direito alemão; *contratto preliminare* ou *ante-contrato* no direito italiano; *avant contrat* ou *promesse de contrat*, no Francês; *contracto preliminar* no espanhol. No nosso direito: *Pré-contrato, antecontrato, contrato preparatório, compromisso*. Com boa sorte de escritores e com o nosso Projeto do Código de Obrigações, preferimos a todos eles a designação *contrato preliminar*, que dá melhor mostra de seu caráter preparatório, e de sua condição de ato negocial sem foros de definitividade, denominação esta adotada no código civil de 2002" (op. cit., p. 82).

responsabilidade *post pactum finitum*. Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares e sobre aquilo que se passa depois do contrato. É certo que não possuímos um dispositivo elástico como o do art. 1.337 do Código italiano de 1942 – o qual dispõe expressamente sobre a responsabilidade pré-contratual –,[9] todavia não podemos olvidar que estamos diante de norma de textura aberta que induz os operadores ao seu preenchimento com base em argumentações já desenvolvidas na doutrina.

Não por outra razão, dispõe o Enunciado nº 170 do Conselho de Justiça Federal 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".[10]

Da lição de Nelson Nery[11] se extrai que estão compreendidas no art. 422 "as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. Com isso, os entabulantes – ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato e os ex-contratantes também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais)".

Se nas negociações preliminares já há um contato social entre os contraentes, de onde emergem deveres de conduta vazados na preservação de condutas leais e cuidados recíprocos, no transcurso das tratativas, a ruptura imotivada e danosa das

9 1.337. *"As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato devem se comportar segundo a boa-fé."*

10. STJ – Informativo nº 0517. Período: 2.5.2013, Terceira Turma. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. "A parte interessada em se tornar revendedora autorizada de veículos tem direito de ser ressarcida dos danos materiais decorrentes da conduta da fabricante no caso em que esta – após anunciar em jornal que estaria em busca de novos parceiros e depois de comunicar àquela a avaliação positiva que fizera da manifestação de seu interesse, obrigando-a, inclusive, a adiantar o pagamento de determinados valores – rompa, de forma injustificada, a negociação até então levada a efeito, abstendo-se de devolver as quantias adiantadas. A responsabilidade civil pré-negocial, ou seja, a verificada na fase preliminar do contrato, é tema oriundo da teoria da culpa in contrahendo, formulada pioneiramente por Jhering, que influenciou a legislação de diversos países. No Brasil, o CC/1916 não trazia disposição específica a respeito do tema, tampouco sobre a cláusula geral de boa-fé objetiva. Todavia, já se ressaltava, com fundamento no art. 159 daquele diploma, a importância da tutela da confiança e da necessidade de reparar o dano verificado no âmbito das tratativas pré-contratuais. Com o advento do CC/2002, dispôs-se, de forma expressa, a respeito da boa-fé (art. 422), da qual se extrai a necessidade de observância dos chamados deveres anexos ou de proteção. Com base nesse regramento, deve-se reconhecer a responsabilidade pela reparação de danos originados na fase pré-contratual caso verificadas a ocorrência de consentimento prévio e mútuo no início das tratativas, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo destas, a existência de prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido. Nesse contexto, o dever de reparação não decorre do simples fato de as tratativas terem sido rompidas e o contrato não ter sido concluído, mas da situação de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material" (REsp 1.051.065-AM, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21.2.2013).

11. NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil* – estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, op. cit., p. 433.

conversações é fator que vulnera a confiança daquele que foi induzido a legítimas expectativas de que o contrato seria realizado.

Alcançamos a questão central. O aspecto mais examinado da fase pré-contratual é a desistência injustificada das negociações preliminares. Até que ponto é lícita a recusa de contratar? Para Enzo Roppo, o ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não quando apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade econômica, tal como quando sobrevêm circunstâncias inesperadas que tornam inconveniente a contratação, ou a contraparte modifique inopinadamente 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.[12]

Portanto, se, em princípio, cuida-se de regular exercício do direito, ocasionalmente a liberdade de não contratar poderá lesar legítimas expectativas. Trata-se da quebra da confiança, do *affidamento* que se depositou na conclusão do contrato. Ao analisarmos as categorias de abuso do direito, observaremos que há um exercício desleal do direito de recesso por parte daquele que adota condutas isoladamente lícitas, mas incompatíveis com o dever de correção, quando vistas em conjunto. Trata-se da proibição ao *venire contra factum proprium*.

Com efeito, a *culpa in contrahendo*, evidenciada na quebra da confiança pelo recesso intencional, não se verifica no início das tratativas, mas quando as conversações preliminares se encaminham para a conclusão, pois a confiança se intensifica na mesma proporção que as negociações avançam; mais precisamente ao tempo em que as partes já tenham alcançado os elementos essenciais do contrato, instante em que uma delas muda de ideia, injustificadamente desistindo da contratação, ou então, fazendo exigências desproporcionais que obrigam a outra a desistir, ou mesmo de forma culposa dar início a um contrato irrealizável, por saber de antemão que ele nunca seria concluído. Em uma ou outra situação, evidente o exercício abusivo do direito de não contratar quando comparado com toda a atividade pretérita daquele que, agindo de forma aparentemente dirigida à conclusão do contrato, induz o outro a negociar, atrai a sua confiança, propicia a realização de despesas fundadas em tais expectativas, para, na iminência da conclusão do contrato, retirar-se abruptamente.

Aspecto relevante da responsabilidade por ruptura das negociações preliminares está em que, por toda a parte se afirma a impossibilidade de coagir alguém a celebrar um contrato. A contradição representada pela ruptura das tratativas tem como única consequência a reparação por perdas e danos. Entende-se mais gravosa para a paz social a violação à liberdade – que decorreria de uma contratação forçada, que

12. ROPPO, Enzo, *O contrato*, op. cit., p. 107.

a ruptura da confiança derivada da não contratação, para a qual a reparação dos prejuízos parece remédio adequado.[13]

Discute-se sobre a abrangência desta reparação. De um lado se colocam os *"interesses negativos"*, tidos como os prejuízos decorrentes da não conclusão do contrato. Cuida-se do *"dano à confiança"*, verificado em decorrência das tratativas frustradas. Os danos emergentes consistem nas despesas efetuadas pelo lesado ao curso das negociações preliminares. Já os lucros cessantes concernem às oportunidades de negócios que a parte perdeu no período em que se envolveu nas tratativas. Deverá ela efetivamente demonstrar as "ocasiões frustradas", por ter acreditado na certeza do êxito das conversações.

Cogita-se, ainda, dos "interesses positivos". Seriam as vantagens obtidas pelo negociante lesado se o contrato fosse concluído. Simplificando, consiste em toda a vantagem patrimonial que ele auferiria caso o negócio jurídico alcançasse bom termo.

Rudolph Von Jhering, primeiro formulador da teoria da responsabilidade civil pré-contratual, limitou o dano indenizável na *culpa in contrahendo* ao que chamou de interesse negativo, cingindo-se a colocar a parte lesada na mesma situação em que se encontrava no momento anterior à estipulação do negócio. O dano a ser ressarcido nesses casos não coincide com o interesse que a parte tinha na execução do contrato. Ou seja, a ela não cabe indenização pelo interesse positivo. Daí que a responsabilidade pela ruptura das tratativas somente pode compreender os prejuízos que o contratante sofreu em razão de ter, de boa-fé, confiado na conclusão do contrato. Esses prejuízos se limitam às despesas em que incorreu no desenrolar das tratativas e, eventualmente, na perda de algum outro negócio que tenha desistido em virtude de estar negociando o contrato que posteriormente não veio a se estabelecer.[14]

Pensamos da mesma maneira. Caso o interesse positivo fosse indenizável, reflexamente o lesado seria colocado em posição de exigir o contrato. Por via oblíqua, haveria severa ofensa ao princípio da liberdade contratual, à medida que a parte desistente seria condenada a valor semelhante à própria prestação que o lesado auferiria se o contrato fosse celebrado.[15]

13. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 241.

14. PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*, op. cit., p. 372-378.

15. Em sentido contrário, preconizando o raciocínio tópico-sistemático e conjugando o princípio da liberdade contratual com o da boa-fé, Carlyle Popp sustenta que "o cerne da responsabilidade pré-negocial está não na sua ocorrência e juridicidade, mas sim na necessária efetividade das soluções encontradas pelo intérprete. Não basta punir o infrator. É imprescindível premiar a vítima. Ou seja, a sanção tem que solucionar o problema do lesado. Para isto, defende-se que o melhor remédio, mais atual e eficaz é a tutela específica" (*Responsabilidade civil pré-negocial*, op. cit., p. 310).

1.2.2 Proposta e aceitação

"Vamos fazer um trato, uma combinação?
De que forma, de que jeito, agora vamos viver
Sem claustrofobia, sem tristeza e dor
Um profundo, intenso, leve e provisório amor
No tempo de um abraço
Aceito sua proposta
Você me leva à loucura
Falando ao meu ouvido
No meio da rua."

(Kid Abelha, *Combinação*,
de Paula Toler, George Israel e Lui Farias)

Pelo princípio do consensualismo – salvo nos contratos que exigem a forma como substância do ato –, o acordo de proposta e aceitação é bastante para o aperfeiçoamento do negócio jurídico bilateral. O consentimento mútuo é pressuposto de existência do contrato, à medida que sem ele não há o suporte fático para que o fato ingresse no mundo jurídico. Como ensina Clóvis do Couto e Silva, o contrato não se constitui de duas vontades declaradas isoladamente consideradas, mas da fusão desses elementos: vontade declarada na proposta e vontade declarada na aceitação.[16]

O mundo negocial mudou. O fenômeno proposta × aceitação não mais pode subsistir se vislumbrado 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.[17]

Note-se que nem todos os contratos são formados de maneira instantânea, *solu consensu*, mediante simples convergência de oferta e aceitação. Existem os contratos de formação progressiva, como os contratos reais. Neles, a tradição da coisa é elemento essencial para o aperfeiçoamento do negócio jurídico, e não a sua fase de execução. Assim, em um contrato de mútuo, comodato ou depósito, a manifestação de vontade é insuficiente, pois é reclamada a entrega do bem móvel ou imóvel para que possa o negócio se formar. Exemplificando, como bem alude o art. 579 do Código

16. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 35.
17. POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*, op. cit., p. 240.

Civil, inexistindo a tradição do objeto, não se "*perfaz*" o contrato de comodato. De comodato não poderá se falar, pois este nunca existiu.

Em sentido diverso, nos contratos consensuais, formados pelo mero acordo de vontades, a transferência do bem se insere na etapa do adimplemento, como efeito do contrato. Assim, se A vende a B uma determinada mercadoria, o contrato já existe e é válido em razão da adesão de B à declaração de vontade de A (art. 482, CC). A entrega da mercadoria e o pagamento do preço concernem ao plano da eficácia do negócio jurídico de compra e venda, que se amoldará à eventualidade da execução ou inexecução contratual.

Destarte, o processo obrigacional supõe duas fases: a fase de nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. Esta distinção encontra máxima relevância quando o adimplemento importa em transmissão de propriedade, pois a fase do adimplemento se desloca para o plano do direito das coisas. Esta duplicidade de planos torna impossível qualquer tentativa de tratamento unitário dos negócios jurídicos. De fato, quem vende um imóvel por escritura pública não necessitará de outro ato para que se realize o registro, pois, na vontade de vender, está a vontade de adimplir, de transmitir, que, por si só, é suficiente para permitir o registro no fólio imobiliário.[18]

De acordo com o art. 427 do Código Civil, "*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 síntese, na etapa conhecida como oferta, oblação ou policitação a proposta vincula o proponente, resultando no dever de concluir o contrato definitivo.

A proposta, oferta ou policitação, é a declaração receptícia – pois para produzir efeitos tem de alcançar o destinatário –, pela qual alguém (policitante, proponente, solicitante) efetivamente dirige a vontade declarada a outrem (aceitante, policitado, oblato), pretendendo celebrar um contrato. A proposta será *escrita*, quando se efetiva pela via de carta ou outro documento enviado ao policitado; será *oral*, quando se aperfeiçoa de viva voz, ou *tácita*, quando exteriorizada por atos inequívocos, tal como a exposição de um determinado objeto com o preço afixado na mercadoria.

No que tange às formas, não há de se falar em proposta silenciosa ou silêncio como forma de proposta. A exposição de objetos em estantes, por exemplo, constitui proposta tácita, uma vez que há prática de atos pelo vendedor em questão, qual seja, justamente, a disposição dos produtos, desde que estejam claros os elementos mínimos essenciais do contrato a ser formado. À medida que o silêncio parte da ideia de inação, não se pode considerar que alguém inerte, sem praticar nenhuma ação e sem palavras, faça a outrem uma proposta contratual.[19]

18. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 43 e 56.
19. TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*, op. cit., p. 39-40.

Na teoria clássica, a proposta era o primeiro elemento da relação contratual. Atualmente, na complexidade do processo obrigacional, consiste no ápice da fase das tratativas. Na fase das conversações preliminares só há uma análise de probabilidades, sem intenção definitiva de contratação. Por outro lado, a proposta ainda não traduz um contrato, mas, quando séria e completa, acarreta força vinculante para o policitante que a promove. A sua precisão serve como ponto de partida para o aperfeiçoamento do negócio, ao dispensar qualquer outra declaração unilateral receptícia *a posteriori*, definindo a estrutura e as linhas gerais do tipo contratual que será desenvolvido. O proponente deseja a aceitação, enquanto bastará ao aceitante se manifestar nos limites da anterior oferta. Na eventualidade de oferecimento de uma contraproposta, os papéis se invertem.

Isoladamente observadas, a proposta e a aceitação são negócios jurídicos unilaterais. Independente do nascimento do contrato, ambos possuem juridicidade, validade e aptidão para a produção de efeitos próprios, sendo o mais importante destes, como veremos, a vinculatividade. Porém, com a adesão da aceitação à oferta, surge um terceiro negócio jurídico, o negócio bilateral, hábil a realizar outra classe de efeitos, àqueles que se relacionam ao cumprimento da obrigação que acaba de ser constituída.[20]

De fato, ensina Antonio Chaves que a proposta é negócio jurídico, enquanto as negociações preliminares não o são. A proposta mantém o seu efeito jurídico mesmo que o contrato não se forme. Malgrado a não conclusão do contrato, a proposta existiu e produziu os efeitos que dela se esperava (obrigatoriedade). Deste atributo não comunga a simples tratativa.[21]

À oferta ou sucede a aceitação pura e simples, que bilateraliza o negócio jurídico e vincula os figurantes, ou a recusa, ou a aceitação modificativa, que não é propriamente aceitação, mas sim nova manifestação de vontade, outra oferta, no lugar da aceitação ou da recusa pura e simples, que se havia de esperar. O oferente passa à situação de destinatário da nova oferta e tem de aceitá-la ou recusá-la, ou, por sua vez, em lugar de proceder como destinatário, novamente oferecer. Nesse jogo de tênis de ofertas, tem-se de chegar ao ponto final: ou uma delas é aceita totalmente e, assim, não há pensar-se em nova oferta; ou há a recusa (nada feito).[22]

Para ser considerada como tal, a oferta será qualificada pela firmeza, precisão e completude, consubstanciando todos os elementos do contrato que será celebrado.

---

20. Ensina Marcos Bernardes de Mello que "Os negócios jurídicos unilaterais têm existência e eficácia autônomas, por isso não supõem nem provocam reciprocidade ou correspectividade 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 bilateralize" (*Teoria do fato jurídico* – plano da existência, op. cit., p. 196-197).

21. CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*, op. cit., p. 66.

22. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII. Arremata o autor, "os figurantes só se vinculam quando a conclusão se opera e a conclusão tem de ser no tocante a pontos sobre os quais houve o acordo final, ou acordos parciais insubstituídos (= acordos parciais + acordo último que integra os acordos)" (op. cit., p. 53).

A proposta é uma manifestação de vontade com carga de definitividade. Caso contrário, tratar-se-á de mero convite para a apresentação de uma proposta, ou o início das tratativas (negociações preliminares), sem efeito vinculante, pois o declarante deseja apenas sondar parceiros e iniciar um futuro contrato.[23] Exemplificando, uma proposta de compra e venda que omita menção ao preço não gera contrato em caso de aceitação por parte do oblato, em razão da falta de indicação do valor, um dos elementos essenciais do referido negócio jurídico (art. 481, CC). É vedado ao juiz fixar o *quantum* diante de sua indeterminação pelo proponente.

Há uma relevante incongruência na letra do artigo 427 do Código Civil. A proposta de contrato não obriga o proponente, pois o termo *obrigação* se refere a uma relação jurídica em que alguém se vincula perante outrem ao cumprimento de uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Ou seja, o fato de o proponente efetuar a proposta não implica a obrigatoriedade de contratar em definitivo, isto só ocorrerá após a aceitação. Em verdade, melhor seria utilizar-se a expressão *força vinculante da proposta*. Quer dizer, o ofertante terá o dever de manter a oferta, quando realizada de forma irrevogável. Afinal, visando à proteção da segurança das relações negociais, o legislador enfatiza se encontrar o proponente em situação de sujeição, pois executará precisamente os termos da proposta caso o oblato exerça o direito potestativo da aceitação, submetendo aquele à concretização do conteúdo integral da proposta.

Neste caso, com o aperfeiçoamento da aceitação, nos exatos termos da proposta, o que acontecerá caso o ofertante se recuse a contratar? Em princípio, a indenização por perdas e danos é a resposta de nossos tribunais face à negativa de celebração do contrato.[24] Contudo, na diretriz civil da operabilidade e na constitucional da efetividade, cremos ser viável o recurso à execução específica. Bem observa Judith Martins-Costa que, com a *"colagem"* entre os dois negócios jurídicos unilaterais – oferta e aceitação –, surgirá uma obrigação que poderá ser exigida pelo credor. A bilateralização remete à execução específica. Ao contrário, antes da aceitação, ainda

23. "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 a companhia é porque não se trata de um mero convite, mas de uma oferta efetiva" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*, v. II, op. cit., p. 41).

24. *"Compra e venda e 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"* (TJSP, Ap. Cível nº 5.698.894.000, Rel. Enio Zuliani, j. 16.7.2009).

inexistente o negócio bilateral, poderá se cogitar de perdas e danos caso o ofertante retire a proposta efetuada ao oblato.[25]

A "irrevogabilidade" da proposta não possui caráter absoluto, sob pena de se confundir com o próprio contrato. Portanto, perde ela a força vinculante por três razões: quando resulte de seus termos, ou da própria natureza do negócio, e, finalmente, das circunstâncias do caso.

Na primeira hipótese, vê-se que a vinculatividade da oferta não detém caráter cogente, pois o próprio teor da oferta já deixa clara a discricionariedade do proponente em contratar. Não obriga a proposta que embute a previsão de facultatividade de vinculação pelo ofertante em caso de aceitação, como nas declarações *"salvo confirmação"* ou *"sem compromisso"*. Caso aquiesça à proposta, o aceitante já sabe que será lícito à outra parte o exercício do direito de retratação, sem possibilidade de execução específica ou perdas e danos. Inclui-se aí a hipótese de o ofertante declarar a alguém o desejo de futuramente lhe locar um determinado imóvel – inclusive com manifestação quanto ao valor. Trata-se de mera intenção, que não se confunde com a imediata vontade de contratar. Da mesma forma, a proposta não se compara com o convite para a apresentação de oferta. Neste caso, o proponente não antecipou os elementos do contrato, tão somente convocou o interessado para o ajuste dos termos do eventual acordo. Cuida-se de posição de cautela do pré-contratante, quando, em princípio, deseja conhecer melhor as intenções do declaratário.

Outra exceção à força vinculante da proposta deriva da *"natureza do negócio"* (art. 427, CC). Há negócios em que a oferta pela sua própria natureza é aberta. E, se o policitante 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.[26] 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.

A terceira ressalva à vinculatividade da proposta concerne às *circunstâncias do caso*. O seu exato entendimento é extraído do artigo 428 do Código Civil: "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

25. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 509-510.
26. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 42.

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."

As exceções à vinculatividade da proposta são tantas, que podemos mesmo indagar se a irrevogabilidade da oferta é verdadeiramente a regra. Para facilitar a compreensão, cabe diferenciar entre a proposta à pessoa presente e à pessoa ausente, bem como a oferta feita com ou sem prazo.

A proposta à pessoa presente é aquela em que existem plenas condições materiais de imediata resposta pelo aceitante ao proponente.[27] Dispensa-se, todavia, a presença física das partes, basta a interlocução. Destarte, o conceito jurídico de "pessoa presente" é uma simulação. Assim, não há a necessidade de um encontro "*face a face*". Quando o inciso I dispõe sobre "*meio de comunicação semelhante*" ao telefone, exprime a presença na aceitação pela Internet e outros meios de comunicação em tempo real.

A *contrario sensu*, 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. O fenômeno da *contratação a distância* será examinado com mais vagar ao tratamos da contratação eletrônica, que é o meio de comunicação a distância realmente relevante. Por ora, importa aduzir que o contrato se aperfeiçoa com a expedição da aceitação pelo oblato, sendo insuficiente a mera recepção da proposta pelo ausente para a conclusão do contrato. A expedição da aceitação apenas não bastará quando o policitante se comprometer a aperfeiçoar o contrato com a recepção da resposta.[28]

A oferta com prazo estipulado pelo policitante cria para o destinatário a legítima expectativa de que a sua aceitação naquele termo vinculará as partes. Daí que a irrevogabilidade da oferta acompanhada de prazo de aceitação é uma consequência do princípio da confiança e da necessidade de seriedade e segurança no tráfego jurídico. Aliás, a retirada da oferta antes de expirado o prazo conduz à obrigação de reparação de danos em favor daquele que assumiu despesas por acreditar na conclusão do contrato. A retratação é indenizável independente da cogitação de culpa do proponente.

Pois bem: tratando-se de oferta entre presentes, cai a obrigatoriedade em não havendo imediata aceitação. Excepciona-se a proposta elaborada com a concessão de prazo determinado, a fim de que o aceitante possa conhecer melhor os seus termos.

27. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 74.

28. Bem pondera Flávio Tartuce que "o contrato será considerado formado entre ausentes quando não houver tal facilidade de comunicação quanto à relação pergunta-resposta. O exemplo típico de contrato inter absentes é o contrato epistolar, cuja proposta é formulada por carta, via correio. Entretanto, diante dos novos métodos de comunicação eletrônica, tal contrato vem perdendo a sua importância prática" (A formação do contrato no novo Código Civil, op. cit., p. 267).

Em sede de Internet, qualquer aceitação poderá se realizar enquanto a oferta se mantiver no servidor, pois quando subtraída do *site*, já não será acessível ao público e não mais subsiste.

Quando o contrato que obriga imediatamente o aceitante é uma relação de consumo firmada fora do estabelecimento comercial, devemos sempre recordar do prazo de reflexão a que alude o art. 49 da Lei nº 8.078/90. O mesmo se aplica aos contratos eletrônicos a distância (contados da data em que o consumidor enviou a aceitação ao fornecedor). O consumidor que adquire produtos ou serviços fora do estabelecimento do fornecedor é muitas vezes sugestionado por pressão psicológica. Daí o direito potestativo de no prazo decadencial de sete dias resilir unilateralmente o contrato mediante denúncia (art. 473, CC).

Já na proposta sem prazo endereçada a pessoa ausente (inciso II), a proposta deixa de ser obrigatória quando decorrer tempo suficiente para que a resposta alcance a pessoa do proponente. Há um limite razoável de tempo, aferível pelas circunstâncias (tais como as práticas anteriores entre as mesmas partes) e pela natureza do negócio, em que a resposta do aceitante deva chegar ao conhecimento do policitante, sob pena de perda da eficácia do ato de aceitação. O razoável seria uma espécie de termo moral ou prazo tácito, que será aferido na linha da equidade. No mais, a proposta sucumbirá mesmo que a tardança na resposta não seja imputável ao oblato, mas obra do fortuito ou força maior.[29]

Consoante o inciso III, nas hipóteses de estipulação pelo proponente de prazo fatal para a aceitação, a única possibilidade de quebra de obrigatoriedade da proposta resultará da não expedição da resposta (aceitação) no prazo dado pelo ofertante. Ora, se é lícito ao autor da oferta unilateralmente retirar sua força obrigatória (art. 427, CC), mais razoável ainda submeter a sua vinculatividade a um prazo.

Nada obstante, dispõe o art. 430 do Código Civil que, caso a aceitação tenha sido tempestiva, todavia custe a alcançar o proponente, em razão de um evento alheio à vontade do aceitante, incumbirá àquele a imediata comunicação do evento, sob pena de eventual responsabilização civil como sanção por sua desídia. Em princípio, o aceitante acredita na consumação do contrato por ter expedido a resposta em tempo oportuno, ou seja, dentro do prazo previsto pelo ofertante. Exemplificando, se a resposta foi feita por carta e o correio estava em greve, impedindo a ciência do proponente no prazo por ele delimitado. Em suma, pelo fato de o contrato não poder ser concluído pela extemporaneidade da aceitação, exige-se a boa-fé do proponente, no sentido de não iludir as legítimas expectativas do aceitante, comunicando-lhe prontamente o ocorrido, pois, caso contrário, culminará por efetuar despesas e recusará outros negócios, na falsa crença de o contrato ter sido celebrado.

29. "Cambial. Ação anulatória de duplicata. Emissão de título por prestação de serviços. Ausência de requisito na cambial. Falta de aceite e por indicação. Duplicata que não corresponde ao contrato. Ônus da recorrida para comprovar aceitação alegada pelo recorrente. Inteligência do art. 428 do código Civil. Ausência de deveres de boa-fé objetiva da recorrida" (TJSP – Ap. Cível nº 7.339.424.800, Rel. Cardoso Neto, j. 1.7.2009).

Será ainda caso de considerar a retratação quando o arrependimento do proponente alcançar o destinatário antes mesmo que este tenha ciência da proposta, ou simultaneamente a esta (art. 428, inciso IV). Basta supor a retratação por via de carta com sedex, daquele que enviou proposta por carta ordinária. A retratação será ineficaz caso chegue posteriormente à proposta, mesmo que a delonga resulte do fortuito ou força maior. Não obstante a externidade e a inevitabilidade do evento, terá de executar a proposta nos termos originários.

Esta última norma apresenta simetria com o artigo 433 do Código Civil: *"Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante."* Portanto, não só o proponente mas também o aceitante tem a faculdade de desconstituir sua aquiescência sem qualquer ônus.

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. Caso a retratação seja extemporânea – mesmo que em virtude do fortuito, o então declaratário se converterá em oblato, devendo assumir os direitos e as obrigações decorrentes do contrato já formado, sob pena de sofrer as consequências do inadimplemento.

Apenas constatamos um equívoco na formulação da redação do artigo. Não se pode cogitar de inexistência da aceitação e, sim de sua ineficácia superveniente. Da mesma forma que a expedição tempestiva da manifestação é fator de eficácia da aceitação (art. 431, CC), a sua retratação importará, consequentemente, em perda da eficácia. Não se pode falar em inexistência superveniente, bem como em invalidade superveniente. O ato existe, pois a aceitação se verificou. Simplesmente, deixou de produzir efeitos em face do arrependimento, como uma espécie de resilição unilateral (art. 473, CC) em que o aceitante exerce o direito potestativo à denúncia, dentro do prazo decadencial citado no dispositivo.

Dispõe o art. 431 do Código Civil que "a aceitação fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, importará nova proposta".

A aceitação é a última declaração negocial necessária à conclusão do contrato. O aceite do oblato forma o consenso, sendo que o seu primeiro efeito será a vinculação de ambas as partes às obrigações contratualmente assumidas. Face ao caráter receptício da declaração de aceitação, não é suficiente o puro e simples ato de aceitar. É necessário que a aceitação seja realizada no prazo estipulado na proposta, em seus exatos termos, e que o aceite chegue ao conhecimento do proponente. Naturalmente, quando a proposta for realizada entre pessoas presentes, a aceitação será imediata na ausência de prazo. Caso se imponha um termo, exige-se que a aceitação seja formulada ou expedida dentro desse prazo. No que tange aos ausentes, a aceitação deverá chegar ao conhecimento do proponente em prazo razoável, conforme as circunstâncias, ou, havendo prazo, a resposta será dentro dele expedida (art. 428, II e III).

Destarte, a aceitação tardia desvincula o proponente, que não será vinculado à contratação, à medida que a própria proposta exclui a sua irrevogabilidade diante de uma resposta intempestiva (art. 427, CC). Porém, pode ocorrer da aceitação tardia se convolar em uma nova proposta pelo fato de sofrer adaptações pelo aceitante. Se esta "contraproposta" for aceita pelo ofertante haverá uma inversão de papéis: o proponente se transforma em aceitante, o oblato em policitante, viabilizando-se a contratação.

Em princípio, exige-se uma coincidência integral entre as duas declarações (oferta e aceitação) para a formação do contrato. A divergência do oblato indica o dissenso sobre aspectos principais ou secundários do negócio jurídico. A introdução de adições ou restrições, mesmo na aceitação tardia, acarreta uma nova proposta e a possibilidade de nova aceitação, agora do proponente, assumir foros vinculativos.[30]

Se, no entanto, o próprio proponente formula a proposta de modo a aceitar que o seu conteúdo seja em certos pontos alterado pelo oblato, as modificações por ele eventualmente levadas a efeito não necessariamente consubstanciarão uma nova proposta, o que significa que a aceitação corresponderá à formação do contrato.[31]

O que acontecerá se o proponente falecer ou se tornar incapaz no momento intermediário entre a oferta e a expedição da aceitação? Ninguém duvida de que a morte ou a incapacidade superveniente após a aceitação obrigue os sucessores do falecido ou representantes do incapaz. Já há um contrato e suas obrigações serão honradas, nas limitações das forças da herança ou, eventualmente, sujeito a uma ação desconstitutiva do negócio, na hipótese de prova quanto à incapacidade notória e conhecida pela parte contrária ao tempo da contratação.

Porém, temos aqui uma hipótese distinta. Não havia contrato ao tempo do óbito ou da incapacitação do proponente. Apesar da omissão do código, temos que a morte ou a superveniente interdição do proponente não revogam a proposta. A declaração de vontade se assemelha à norma, inicialmente subjetivada na pessoa de seu autor, mas, emitida a manifestação, adquire a objetiva e se desprende da pessoa do ofertante, passando a circular no mundo jurídico. Se houve a responsabilidade do emitente ao emanar a vontade e a confiança do aceitante em sua seriedade, a boa-fé objetiva exige que os herdeiros e o representante do policitante assumam a declaração de vontade, exceto em se tratando de negócios jurídicos que envolvam obrigações personalíssimas. Instado a se manifestar sobre a morte do ofertante, Caio Mário assevera que não prevalece a opinião favorável à caducidade da oferta. A abertura da sucessão transmite aos herdeiros o patrimônio do *de cujus* com o ônus

30. "Proposta de renegociação de dívida. Pagamento não realizado até o dia do vencimento. Art. 431 CC, aplicação. Não efetuado o pagamento da proposta de renegociação da dívida até o dia do vencimento, fica o proponente desobrigado da proposta realizada, restando a seu critério aceitar ou não pagamento em data posterior, por se tratar de nova proposta, nos termos do art. 431 do Código Civil" (TJMG, Ap. Cível nº 1.0051.07.019854-7/001 – Rel. Mota e Silva, j. 24.11.2009).

31. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 47.

Faculdade Farias Brito 95 Ceará

da proposta feita, salvo se os sucessores exercerem a faculdade de retratação, na forma e na oportunidade em que o poderia fazer o antecessor.[32]

Conforme o art. 432 do Código Civil, "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".

Em regra, a aceitação se manifestará de forma expressa. Seja pessoalmente, ou por outras vias acrescidas pela sociedade contemporânea, avulta o consenso, dispensando-se formalidades. A exteriorização da declaração de vontade propicia estabilidade nas relações negociais e dissemina o tráfego jurídico. Aliás, o art. 110 do Código Civil não reconhece a reserva mental como valiosa, sendo despicienda a vontade interna e real do declarante quando não coincidir com a manifestação do agente – exceto se o outro contratante sabia da motivação encoberta. Exemplificando, no ato do casamento importará a vontade declarada pelo nubente, mesmo que no íntimo o matrimônio seja contraído com o objetivo de aquisição de nacionalidade.

O art. 432 ressalva a aceitação expressa em duas circunstâncias: (a) quando ofertante e oblato já tenham realizado contratos da mesma natureza, com dispensa de aceitação expressa; (b) o proponente a tenha dispensado por ocasião da oferta. Nesta segunda hipótese é possível convencionar formas alternativas de aceitação em cláusula contratual. Basta pensar em um contrato de empreitada em que o negócio jurídico será renovado em caso de ausência de manifestação das partes em determinado prazo previamente assinalado. Já a primeira exceção à aceitação expressa reforça os usos e as praxes negociais, valorizando a confiança já estabelecida entre aqueles que habitualmente costumam negociar.

1.2.3 A aceitação tácita e pelo silêncio

"Antes de existir computador existia tevê
antes de existir tevê existia luz elétrica
antes de existir luz elétrica existia bicicleta
antes de existir bicicleta existia enciclopédia
antes de existir enciclopédia existia alfabeto
antes de existir alfabeto existia a voz
antes de existir a voz existia o silêncio
o silêncio
foi a primeira coisa que existiu
um silêncio que ninguém ouviu."

(Arnaldo Antunes, *O silêncio*)

Tradicionalmente o acordo pode ser definido como *o consenso recíproco das partes em ordem a um programa contratual, envolvendo a constituição, a modificação*

32. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. iii, op. cit., p. 44.

ou extinção de uma relação jurídica patrimonial. O contrato se conclui quando se aperfeiçoa o acordo entre as partes. Mas, na complexidade do mundo contemporâneo, devemos inicialmente identificar se o comportamento das partes (declaração, atos materiais, silêncio) integra uma *fattispécie* valorada como acordo, pois o seu significado social exprimirá um consenso. Critica-se o dogma da vontade, pois o acordo não é mera fusão de vontades de cada contratante; o que releva é a avaliação do significado social objetivo do ato das partes. Não basta, portanto, a coincidência exterior das declarações, e sim o significado aparente do ato. A relevância da intenção do declarante perde a sua importância originária, releva a valoração social do ato como afirmativo ou não de um consenso.

Realmente, para além das declarações expressas – produzidas com o objetivo consciente de ser conhecidas por outrem –, muitas vezes o tráfego negocial indica certas condutas que evidenciam a aceitação. A aceitação só será considerada como tal quando importe em definitiva vontade de contratar, mesmo que não corresponda a uma manifestação de vontade nos moldes tradicionais. Em outras palavras, a aceitação será expressa quando o destinatário da oferta se serve de certo meio que propiciará ao proponente conhecimento imediato da aceitação, seja por forma escrita, falada e mesmo por gestos, interpretados no comércio jurídico de forma corrente como evidências de aquiescência a uma oferta (aperto de mão, inclinação da cabeça, movimento com o polegar etc.). A outro turno, será tácita a declaração nos casos em que o oblato atua de maneira incompatível com a vontade de não aceitar.[33]

O Código Civil de 2002 admite ao longo de seus dispositivos tanto a aceitação expressa como a tácita. Assim, se determinado contrato dispensar exigência de forma especial, sendo bastante a consensualidade, poderá o início da execução representar uma forma tácita de conclusão do contrato. Nesta senda, a remessa de uma mercadoria solicitada pelo proponente representa um ato de cumprimento pelo oblato e, consequentemente, aperfeiçoamento do contrato. A aceitação tácita no contrato de mandato é facultada no art. 659 do Código Civil pelo começo da execução do ajuste, ou por qualquer outra conduta típica e própria por parte do mandatário que denote haver ele aceito o contrato.

Já tratamos das declarações negociais receptícias como substrato da contratação, mas não do designado *comportamento concludente.* Ele se relaciona à declaração tácita de vontade, abrangendo a conduta pela qual não se emprega a linguagem como meio de manifestação de aceitação, pressupondo uma inferência a partir de circunstâncias. O comportamento concludente permite a ilação da existência de um significado, constituindo uma impressão no destinatário no sentido desta declaração tácita. O conteúdo das declarações tácitas se determina pela via interpretativa.[34]

33. No mesmo sentido, explica Orlando Gomes 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" (Contratos, op. cit., p. 62).

34. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente*, op. cit., p. 750-752.

Na sociedade de massas, a declaração tácita pelo comportamento concludente é mesmo um dado banal: aquisições de bens e serviços pela *web*, contrato de transporte público, saques em conta corrente por máquinas e uma gama de negócios jurídicos que traduzem o dinamismo dos tempos atuais. Em comum, atos materiais que objetivamente demonstram a vontade de contratar, mas afastados do clássico modelo do ajuste mútuo, porquanto ausente a declaração expressa de aceitação por parte de quem se utiliza do produto ou serviço quando apenas praticou um fato material que ordinariamente se ajusta a um comportamento típico de quem pratica determinado modelo de negócio jurídico, ou se coloca em contradição com a conduta de quem evidentemente não celebraria um contrato.

Mas qual seria a relação entre a declaração tácita e o comportamento concludente? A nosso viso, não há relação de gênero e espécie nem tampouco são sinônimos. Com arrimo em Paulo Mota Pinto,[35] visualizamos o comportamento concludente como elemento objetivo da declaração tácita. Esta só se exterioriza através de um comportamento concludente. Se, diante da totalidade das circunstâncias específicas, em certo contexto a impressão do proponente – ou de qualquer pessoa que estivesse em seu lugar – se der no sentido de que a proposta foi aceita, haverá um comportamento concludente caracterizado como declaração negocial de aceitação. Leva-se em conta aquilo que ordinariamente acontece no senso comum, conforme os usos.

A outro giro, a aceitação será conceituada como o direito potestativo do oblato de constituir o contrato que lhe foi ofertado. Se em regra a declaração receptícia de aceitação se manifesta expressamente, nada impede que o *silêncio circunstanciado* importe em idênticas consequências.

Muitas são as questões em torno da possibilidade de serem atribuídos efeitos ao silêncio, de sua capacidade de criar obrigações. No âmbito dos contratos, a indagação consiste em saber se ele pode valer como aceitação de uma oferta e, portanto, ser suficiente à formação do contrato. Neste diapasão, a simples abstenção da palavra só excepcionalmente pode ser considerada manifestação de vontade. Para tanto, são exigidas determinadas circunstâncias manifestando inequivocamente a vontade de quem se abstém.[36]

De acordo com o art. 111 do Código Civil, "o silêncio importa anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". O ordenamento pátrio adotou a teoria do *silêncio qualificado* (ou circunstanciado), pela qual se admite a juridicidade do silêncio, desde que evidenciadas certas circunstâncias – anteriores ou concomitantes – que o legitimem.

Em princípio, o silêncio puro não detém valor declarativo. Vale a antiga regra romana, atribuída a Paulo: "quem cala não fala, mas também não nega". Porém, quando as circunstâncias e os usos autorizarem, o silêncio possuirá significado

35. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente*, op. cit., p. 746-747.
36. FRADERA, Véra Jacob de. *O valor do silêncio*, In: ARRUDA, Alvim (Coord.), op. cit., p. 574.

social relevante, como forma de aceitação e declaração negocial, produzindo efeitos positivos. Ao contrário da declaração expressa de vontade, vinculativa ao emissor pela sua responsabilidade e pela emanação objetiva de confiança aos declaratários, determinadas condutas admitem, conforme o tipo negocial, a vontade de conclusão do negócio jurídico. Portanto, de vez em quando valerá a máxima "quem cala, consente".

Adverte Werner Flume que o silêncio somente será sinal de uma declaração de vontade dirigida à configuração de uma relação jurídica quando aquele que cala esteja consciente do significado de seu silêncio como sinal de declaração de conformidade. Ademais, serão as circunstâncias concorrentes que legitimarão o silêncio como aceitação.[37]

A aceitação pelo silêncio é um *tertium genum*, não corresponde às outras formas de aceitação, seja a expressa ou a tácita, objetivamente extraída de um comportamento concludente. No silêncio inexistem atos. A aceitação é a soma da ausência de atos com as circunstâncias autorizadoras do art. 111 quando levados ao conhecimento da outra parte. Pontes de Miranda admite a tripartição ao aduzir que *"a aceitação pode ser expressa, tácita ou pelo silêncio [...] o que se tem de cuidar é de não se confundir a manifestação de vontade pelo silêncio com a manifestação tácita de vontade"*.[38] De qualquer forma, tanto à aceitação expressa, à tácita ou ao silêncio se aplicam as mesmas regras do Código Civil referentes à validade e à eficácia do negócio jurídico.

Os elementos qualificadores do silêncio como forma *sui generis* de aceitação são os seguintes conceitos indeterminados: (a) as circunstâncias do caso; (b) os usos. Em qualquer caso, como esclarece o art. 111, a formação do contrato pelo silêncio é incompatível com a exigência de declaração expressa, seja por lei, por acordo entre as partes que vincule qualquer anuência à expressa manifestação, ou mesmo por força dos próprios usos. A leitura do art. 432, *a contrario sensu*, infere hipóteses de imposição de declaração expressa como forma de aceitação pela via dos costumes. Os usos e as convenções sociais indicam certas condutas e gestos que evidenciam a aceitação, como o acenar com um movimento da mão em um lance de leilão. Cuida-se de aceitação expressa baseada em padrões sociais.[39]

---

37. FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, op. cit., p. 95. Exemplifica o autor com um julgado no qual um comerciante prometeu a um corretor uma comissão por um pedido que um cliente pagaria com letras de câmbio. Em razão do alto risco, o comerciante declarou ao corretor que só lhe pagaria quando o cliente pagasse o título de crédito. O corretor guardou silêncio sobre isto. O Tribunal entendeu que o silêncio do corretor implicou aceitação, pois "todo mundo sabe que em tais casos o silêncio se entende como assentimento. Há de se admitir que o corretor também sabia. Se o corretor, apesar de saber o significado do silêncio, em realidade não quis assentir, então houve reserva mental" (op. cit., p. 95).

38. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, op. cit., p. 54-56.

39. STJ. Informativo nº 0537, Período: 10 de abril de 2014. Quarta Turma. "DIREITO CIVIL. DISPENSABILIDADE DA EMISSÃO DA APÓLICE PARA O APERFEIÇOAMENTO DO CONTRATO DE SEGURO. A seguradora de veículos não pode, sob a justificativa de não ter sido emitida a apólice de seguro, negar-se a indenizar sinistro ocorrido após a contratação do seguro junto à corretora de seguros se não houve recusa da proposta pela seguradora em um prazo razoável, mas apenas muito tempo depois e exclusivamente em razão do sinistro. Isso porque o seguro é contrato consensual e aperfeiçoa-se tão logo haja manifestação de vontade, independentemente da emissão da apólice, que é ato unilateral da seguradora, de sorte que a existência

Apenas pela experiência será possível compreender os conceitos abertos do art. 111 do Código Civil. Neste sentido, Priscila Tutikian exemplifica o conceito jurídico indeterminado "circunstâncias do caso" com a hipótese de A comumente contratar com B, e o trâmite normalmente adotado entre as partes para vinculação é que o silêncio costuma valer como aceitação e assim continuará sendo caso nenhuma das partes declare algo em sentido contrário. No caso de eventual litígio envolvendo a formação de um contrato, o silêncio será aceitação, justamente, dadas as circunstâncias.[40]

Podem as partes convencionar que, após o transcurso de determinado prazo, o silêncio será considerado anuência e forma de declaração negocial. Nesta senda, dispõe o art. 539 do Código Civil 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." Vê-se que o legislador tratou de juridicizar a eficácia positiva do silêncio na eventualidade da ausência de manifestação do donatário. Certamente, o nascimento do contrato requer a demonstração da ciência da existência do prazo pelo donatário. Outrossim, enquanto o donatário não se manifestar, é possível que dentro do prazo assinalado possa o doador revogar a liberalidade. Aliás, se o doador falecer dentro do prazo, o óbito não impede que o donatário aceite, pois o primeiro já havia manifestado a vontade de realizar a liberalidade, sem que tenha retirado a proposta.

O silêncio opera como produtor de efeitos, ainda, nos casos de contratos renovados ou prorrogados, destacando-se o de locação de imóveis, em que é usual a inclusão de cláusula pela qual se entende prorrogado o prazo caso não haja manifestação em sentido contrário de uma das partes, sem embargo de, na hipótese, ocorrerem prorrogações legais, ante a falta de oposição do locador.[41]

---

da relação contratual não poderia ficar a mercê exclusivamente da vontade de um dos contratantes, sob pena de se ter uma conduta puramente potestativa, o que é vedado pelo art. 122 do CC. Ademais, o art. 758 do CC não confere à emissão da apólice a condição de requisito de existência do contrato de seguro, tampouco eleva esse documento ao degrau de prova tarifada ou única capaz de atestar a celebração da avença. Além disso, é fato notório que o contrato de seguro é celebrado, na prática, entre corretora e segurado, de modo que a seguradora não manifesta expressamente sua aceitação quanto à proposta, apenas a recusa ou emite a apólice do seguro, enviando-a ao contratante juntamente com as chamadas condições gerais do seguro. Com efeito, havendo essa prática no mercado de seguro, a qual, inclusive, recebeu disciplina normativa pelo órgão regulador do setor, há de ser aplicado o art. 432 do CC, segundo o qual, 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. Na mesma linha, o art. 111 do CC preceitua que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Assim, na hipótese ora analisada, tendo o sinistro ocorrido efetivamente após a contratação junto à corretora de seguros, se em um prazo razoável não houver recusa da seguradora, há de se considerar aceita a proposta e plenamente aperfeiçoado o contrato. De fato, é ofensivo à boa-fé contratual a inércia da seguradora em aceitar expressamente a contratação, vindo a recusá-la somente depois da notícia de ocorrência do sinistro" (REsp 1.306.367-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20.3.2014).

40. TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação do contrato*, op. cit., p. 117.

41. DUARTE, Nestor, *Código Civil comentado*, op. cit., p. 102.

Além das circunstâncias do caso, os usos também são aptos a qualificar o silêncio. Lá, perscruta-se o contexto singular do caso concreto (micro), já no que concerne ao elemento consuetudinário, em que há uma visão coletiva da ambiência em que se deu a aceitação (macro). Os usos que qualificam o silêncio como aceitação são aqueles em que a prática habitual de certo setor da atividade econômica, em determinado local e tempo, já atribuiu ao silêncio o significado de peculiar forma de declaração.

Em trabalho dedicado aos usos e costumes, Marcos de Campos Ludwig aduz que, "quando falamos em elemento consuetudinário, o sentido da expressão não se restringe ao costume vigente numa certa região geográfica ou no seio de uma dada comunidade: cada cidade, cada bairro, cada prédio, cada agrupamento social, enfim, possui um espaço normativo que lhe é próprio, que nasce da reiteração espontânea de um determinado comportamento e que, de um modo ou outro, acaba por influenciar e até mesmo vincular as condutas de cada uma das pessoas envolvidas no meio em questão".[42]

Por conseguinte,[43] deverá o intérprete, com base nas regras comuns de experiência ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual é desenvolvida e concluída a relação contratual.[44]

Para além do Código Civil, nas relações consumeristas, entendeu o legislador que é inaplicável a regra do art. 111 do Código Civil. O silêncio do consumidor remete frequentemente a condutas abusivas do fornecedor de produtos e serviços. O art. 39, III, do CDC taxa como abusiva a prática da remessa de produtos e serviços sem a prévia solicitação do consumidor, como o envio de cartões de créditos. A inércia do consumidor não importará em aceitação, pois o produto enviado será considerado "amostra grátis" (parágrafo único, art. 39, Lei nº 8.078/90).

1.3 Tempo e local de conclusão do contrato paritário

"Concordo
Discordo
Acordo."

(Arnaldo Antunes, *Acordo*)

Os contratos entre presentes se formam imediatamente ao tempo da aceitação (art. 428, I, CC). No momento em que ocorre o consenso está concluído o contrato.

42. CAMPOS LUDWIG, Marcos de. *Usos e costumes no processo obrigacional*, op. cit., p. 165.

43. MARTINS-COSTA, Judith, cf., *O método da concreção e a interpretação dos contratos*, op. cit., p. 146-147.

44. Como exemplo de silêncio como aceitação na qual os usos qualificam a inação de uma das partes, Priscila Tutikian refere-se ao contrato de seguro que *"sempre pressupõe aceitação pelo silêncio, caso a seguradora não recuse, em determinado espaço de tempo, a proposta do contratante, considera-se a proposta aceita"* (*O silêncio na formação do contrato*, op. cit., p. 125).

Se não houve concordância, houve dissenso e não se concluiu o negócio jurídico. Se houve consenso ou não, é questão de interpretação. Em princípio, o consenso se estende a todos os pontos da oferta, mas, se os figurantes consentiram a propósito dos pontos reputados essenciais, o que ficou reservado é ponto secundário ou complementar. O contrato está concluído quando há o consenso referente aos pontos essenciais.[45]

Contudo, no que concerne à formação do contrato entre ausentes, quatro teorias são apresentadas, a saber: (1) *teoria da declaração ou agnição*, estabelecendo que a conclusão do contrato se dá quando o oblato escreve a resposta de aceitação; (2) *teoria da expedição*, pela qual avulta o tempo do envio da vontade pelo aceitante como instante do encontro de manifestações e nascimento do contrato, sendo insuficiente a simples declaração no sentido da aceitação; (3) *teoria da recepção*, pela qual a formação do contrato ocorre no momento em que a aceitação do contrato chega ao endereço do proponente, mesmo que este não tenha conhecimento de seu conteúdo; e (4) *teoria da informação ou cognição*, que só considera formado o contrato quando o proponente é cientificado da aceitação.

Em sintonia com a linha já adotada pelo código anterior, o legislador pátrio adota a teoria da expedição para os contratos entre ausentes, nos quais as manifestações não são concomitantes, ocorrendo em momentos sucessivos. O contrato é concluído quando o declaratário não só manifesta a aceitação, como a remete ao proponente. Esclarece o art. 434 do Código Civil que "Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida." A teoria da expedição é razoável, pois propicia equânime balanceamento entre os interesses do proponente e do aceitante, da confiança e da responsabilidade. O dever de cooperação deste se dá com a expedição da aceitação para que aquele possa conhecê-la. Seria despautado exagero exigir que o aceitante ainda diligenciasse no sentido de que o proponente tivesse conhecimento da aceitação.

Nada obstante, a opção pela teoria da expedição é praticamente desfigurada pelas situações descritas, respectivamente, nos incisos I a III do art. 434: (a) no caso do artigo antecedente – vale dizer, caso a retratação do oblato alcance o proponente antes ou concomitantemente ao momento em que este tenha conhecimento da aceitação, conforme apreciado no art. 433; (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; e (c) se ela não chegar no prazo

45. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, op. cit., p. 87.

convencionado – caso a expedição seja tempestiva mas a recepção não ocorrer no prazo assinalado pelo proponente.

Vê-se que nas realçadas hipóteses o legislador optou ora pela teoria da informação, ora pela teoria da recepção, concebendo um sincretismo jurídico passível, inclusive, de derrogação pelos interessados, tendo em vista a liberdade do particular para derrogar estas regras legais – de caráter supletivo – e autonomamente fixar o momento exato de conclusão do contrato.

Estatui o art. 435 do Código Civil: "reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que for proposto". Vigora a ressalva de que a regra tem sentido dispositivo e não cogente, prevendo o que vier estipulado por expresso.[46] Assim, exemplificativamente, poderão as partes reputar o local da aceitação como o da celebração do contrato.

A maior importância da determinação do local de celebração do contrato concerne às situações em que este seja o foro de eleição. Em princípio, o lugar em que a proposta foi expedida é aquele em que se considera celebrado o contrato, sendo irrelevante o local da expedição da aceitação. O legislador valoriza o local em que se deu o sopro criador da contratação. Certamente a regra se aplica apenas aos contratos entre ausentes, pois entre presentes prevalece o lugar em que ambos se encontrarem.

Note-se que é temerário confundir o local da expedição com o domicílio do proponente, pois este poderá efetuar a proposta em local distinto – em que eventualmente se encontre –, sendo tal local o que determinará os efeitos da obrigação. A regra é positiva, pois permite maior mobilidade ao tráfego jurídico.

Outrossim, o princípio da autonomia privada permite que as partes escolham o foro competente para a execução das obrigações, na dicção do art. 78 do Código Civil. A eleição de domicílio será mitigada nos contratos de adesão que envolvam relações de consumo, à medida que se verifique a abusividade de cláusulas que possam impor excessiva onerosidade ao consumidor, inserindo-o em situação de desvantagem (art. 51, IV, CDC e § 3º do art. 63, CPC/15).

O local do contrato, como aquele em que se realiza a oferta, não se confunde com o local do pagamento, a que reporta o art. 327 do Código Civil. O adimplemento é o efeito normal da perfeita execução do contrato, sendo razoável a formulação de regras específicas e disponíveis que permitam que a relação obrigacional seja cumprida da melhor forma.

Em sede de Direito Internacional Privado, o art. 9º, § 2º, da LINDB afirma que, caso seja incerto o local de constituição da obrigação contratual, reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Em matéria de contratos internacionais esta será a solução nas hipóteses em que a convenção possua elementos de conexão em mais de um ordenamento jurídico. A regra determinará, também, o foro competente

46. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 49.

para eventuais litígios e a opção pela lei que regulará a relação jurídica. Assim, se o proponente se encontrar na Austrália e o aceitante no Brasil, o contrato seguirá as regras daquele Estado. Lembre-se que o verbo residir não indica o domicílio, mas o local em que se acha o proponente.

Atualmente as partes resolvem seus conflitos pela via da arbitragem, prevalecendo a liberdade na escolha da lei aplicável. Dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/96 que as partes poderão escolher livremente as regras de direito que serão escolhidas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

2. A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS MASSIFICADOS

2.1 Oferta nos contratos civis de adesão

Em uma formulação sucinta, Ana Prata define o contrato de adesão "como aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contraentes que o apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer das suas cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato".[47]

Este conceito evidencia os três atributos dos contratos de adesão: pré-disposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez.

De fato, um dos contratantes não possui a liberdade de estipulação do conteúdo das cláusulas, restando-lhe apenas a liberdade de aceitar ou não a contratação (*take it or leave it*). A qualificação de um contrato como paritário ou de adesão dependerá, portanto, da perquirição se o conteúdo das cláusulas pode ser atribuído a ambas as partes ou se nasceu de uma prévia imposição inegociável de um dos contraentes. Isto evidencia que os contratos de adesão não se distinguem dos modelos clássicos de contrato pelo seu tipo, mas pela sua forma.

Enfatiza o art. 429 do Código Civil que "A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos." Os contratos de adesão supõem oferta e complemento da aceitação pelos membros do público, um de cada vez. A oferta é a todos que satisfaçam os pressupostos.[48]

A proposta é a declaração de vontade dirigida a alguém com quem se quer contratar. Nas situações em que a proposta não é direcionada especificamente a uma determinada pessoa, mas, *ad incertam personam*, surge a figura da "oferta ao público", que não perde a natureza de declaração receptícia de vontade, pelo fato de o oblato não poder ser identificado *a priori*. A indeterminação será transitória, pois a

47. PRATA, Ana. *Contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 17.
48. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, op. cit., p. 64.

formação do contrato demanda a determinação do aceitante. Portanto, a oferta não é propriamente realizada para uma coletividade, mas para cada pessoa.

Assim, o Código Civil opera a distinção entre os termos proposta e oferta. Aquela dirigida a um destinatário determinado; esta, ao público em geral.

É viável a configuração de uma oferta pública nas relações puramente civis ou entre empresários-fornecedores, sendo o exemplo mais notável as licitações em geral, sobremaneira em concorrências abertas pelo poder público e em concursos para escolha de empregados e seleção de projetos nas quais serviços ou grandes quantidades de determinados produtos serão adquiridos (já acabados ou como insumos ou componentes) para posterior revenda aos destinatários finais. Será tarefa árdua identificar hipóteses de ofertas ao público desvinculadas de relações de consumo em contratos de adesão. Poder-se-ia cogitar de uma oferta efetuada por um empreendedor imobiliário para aqueles comerciantes que desejam adquirir lojas em um novo shopping center.

O sistema de oferta ao público adotado pelo Código Civil é diverso daquele concebido para o Código de Defesa do Consumidor (arts. 30 a 35, Lei nº 8.078/90), no qual a oferta pública é irrevogável. Ademais, ao tratar da oferta ao público, o Código de Defesa do Consumidor é mais rigoroso que o sistema privado, pois o art. 35 da Lei nº 8.078/90 permite ao consumidor, em caso de recusa de fornecedor ao cumprimento, a possibilidade de demandar a tutela específica da obrigação nos termos da oferta, apresentação ou publicidade. Trata-se do princípio da suficiência, que em princípio, não se aplicaria ao Código Civil, para o qual se reservaria a indenização por perdas e danos quando o ofertante desonrasse a proposta ao público. Porém, a nosso viso, aplicam-se imediatamente as normas civis à execução específica das obrigações de dar e fazer (artigo 497 e 498, CPC/15), possibilitando ao aceitante a efetivação do direito subjetivo ao resultado útil do contrato.

Contudo, diversamente ao regime de ordem pública do CDC, o *caput* do art. 429 admite a figura do "convite público à oferta", quando a proposta não contiver os elementos essenciais do contrato. No Código Civil, a oferta somente assume ares de definitividade quando consubstancia os requisitos essenciais do contrato. Neste caso, a mera oferta se converterá em uma *"proposta ao público"*; caso contrário, será considerada uma recomendação para que sejam encaminhadas propostas ao anunciante, um convite a contratar. Quer dizer, sem se vincular, o proponente se insere na cômoda situação de aguardar propostas por parte do público em geral.

Portanto, no âmbito das relações civis, há uma distinção entre o alcance da proposta e o da oferta. A vinculação do proponente à proposta será mais ampla do que a do oferente à oferta, pois aquela englobará mais especificidades do que esta, à medida que, necessariamente, a proposta encerrará os requisitos essenciais do

contrato.[49] Já a declaração que não consubstanciar os requisitos de uma proposta será um convite a contratar.[50]

Outrossim, a faculdade de retratação poderá constar da própria oferta. É o que se extrai do parágrafo único do sobredito dispositivo: *"pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada"*. De qualquer forma, quando completa, tornando-se uma proposta ao público, a oferta se torna mais vinculativa do que a proposta a uma pessoa determinada, pois, retirando-se a expressa menção à potestatividade do arrependimento, na oferta ao público em geral o proponente não poderá se servir das escusas do art. 428 do Código Civil.

2.2 Formação do contrato no Código de Defesa do Consumidor

Em sede de formação do contrato, pode-se afirmar que as deficiências legislativas do Código Civil são as virtudes do Código de Defesa do Consumidor e vice-versa. Enquanto o Código Civil bem disciplinou os momentos da proposta e da aceitação dos contratos interprivados (arts. 427 a 435), o CDC foi bastante acanhado. Em contrapartida, a Lei nº 8.078/90 tratou de normatizar importantes aspectos da fase pré-contratual das relações consumeristas, enfatizando a tutela do consumidor no curso das negociações preliminares, com destaque para as Seções II e III (arts. 30 a 38), que cuidam, sequencialmente, da oferta e da publicidade.

Não é difícil compreender a opção empreendida pelo CDC. Na formação das relações contratuais de consumo, é necessário corrigir previamente as profundas desigualdades materiais entre as partes, a fim de se alcançar uma real autonomia da vontade àquele que é submetido por pressões e métodos publicitários à efetivação do contrato. Esta vontade racional e ponderada só será alcançada se o conteúdo dos contratos não mais se reduzir às imposições subjetivas do fornecedor, atendendo

49. TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*, op. cit. A autora comenta: "Vejam-se os adjacentes exemplos, iniciando-se pelo seguinte anúncio de uma concessionária de automóveis: 'vendem-se automóveis do modelo corsa, marca General Motors, preços baixos'. Trata-se o anúncio, flagrantemente, de uma oferta, pois não encerra os requisitos essenciais do contrato de compra e venda que visa a formar, faltando o preço e, eventualmente, as condições. Dessa feita, o fornecedor estará vinculado até o limite da oferta, ou seja, ele deverá possuir pelo menos dois automóveis do modelo Corsa, marca General Motors para venda e sua vinculação terminará neste limite. Caso, entretanto, o anúncio seja o seguinte: 'vende-se automóvel do modelo Corsa, marca General Motors, cor preta, ano 2006, por apenas R$ 31.000,00 em 10 parcelas iguais', na medida em que contém todos os elementos fundamentais do contrato de compra e venda (coisa, preço, consentimento e, inclusive, as condições), caracteriza uma proposta e o fornecedor ficará vinculado à integralidade dos termos dela, podendo com um simples aceite do comprador ter-se formado o contrato. Nesse caso, não poderia o vendedor exigir o preço à vista, ou pedir preço diverso, ou querer vender outro automóvel que não o Corsa, ano 2006. A extensão da vinculação desse último exemplo é, portanto, muito maior do que a do primeiro" (op. cit., p. 44-45).

50. Orlando Gomes explica que "o convite a fazer oferta também não é proposta. Quem o faz, quer, precisamente, receber proposta, como no caso de alguém desejar comprar determinada mercadoria que escreve às casas fornecedoras, convocando-as a que façam oferta. Suscita-se a proposta. Quem assim procede fica na posição de oblato, não de proponente. O convite a fazer oferta não é pré-negocial nem tem relevância jurídica" (*Contratos*, op. cit., p. 73).

objetivamente aos ditames da boa-fé objetiva e aos deveres anexos dela decorrentes. Os consumidores são massacrados pela publicidade massiva e por múltiplas práticas comerciais, com amparo nas mais diversas tecnologias, que comumente geram expectativas excessivas ou irreais. Daí o cuidado com a fase pré-negocial, sobremaneira pela mitigação da fase da puntuação, sem a extensão que se descortina nas relações privadas. Tenta-se assim conceder uma real autonomia contratual ao consumidor – pela via de uma declaração de vontade refletida e prudente –, mediante o reforço do princípio da boa-fé objetiva na etapa formativa do contrato, seja pela imposição de deveres anexos de proteção, cooperação e informação ao fornecedor, como pela vedação do exercício abusivo de posições jurídicas.

O ônus da veracidade das declarações e informações na fase pré-negocial também incide sobre o consumidor, de quem igualmente se exige a boa-fé objetiva. No contrato de seguro (art. 766, CC), desde a proposta, ou mesmo independente dela, incumbe ao segurado, como imperativo de boa-fé, informar ao segurador tudo quanto possa influir na verificação da probabilidade de sinistro, inclusive de forma a se permitir a justa fixação do prêmio devido pela garantia contratada. São comuns os questionários entregues ao segurado, ou já integrantes da proposta, indagando sobre fatos relevantes à contratação daquela espécie de seguro. Nas respectivas respostas, o segurado deve guardar a mais estrita veracidade e transparência.[51]

Não se pode olvidar que, diferentemente do que sucede na esfera civil, geralmente a oferta de consumo se destina a pessoas indeterminadas, atingindo tanto o consumidor efetivo (que adquire produtos e serviços) como aquele potencial, propenso a consumir ou exposto às práticas de consumo e sujeito à influência generalizada da oferta e da publicidade.[52] A expressão "oferta ao público", inserta no art. 429 do Código Civil, não remete ao CDC. Trata-se de uma oferta voltada a um público indeterminado de não consumidores, tais como empresas e empresários individuais que pretendem adquirir grande quantidade de bens em determinada licitação, para fins de posterior revenda.

Não por outra razão, inserem-se dentre os direitos básicos do consumidor, como garantia em face da formação unilateral do contrato pelo fornecedor, o direito subjetivo à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços e a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva e métodos comerciais coercitivos ou desleais (art. 6º, III e IV, CDC).[53]

51. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, op. cit., p. 781.

52. ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, op. cit., p. 105.

53. Cláudia Lima Marques enfatiza que "a *ratio legis* do Código de Defesa do consumidor é justamente valorizar este momento de formação do contrato de consumo. A tendência atual é de examinar a 'qualidade' da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que a sua simples manifestação: somente a vontade racional, a vontade realmente livre e informada, legítima, tem o poder de ditar a formação e, por consequência, os efeitos dos contratos entre consumidor e fornecedor" (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 592).

Sendo tanto a fase pré-contratual como a formação do contrato de consumo guiadas pelo princípio da transparência (art. 4º, CDC), o equilíbrio material entre os contratantes resultará de uma drástica intervenção de um conjunto de normas de ordem pública apontadas no sentido da efetivação da almejada justiça contratual. O dever de informar será tutelado principalmente pela diversa noção de oferta, preconizada pelo artigo 30 da Lei Consumerista, como o próprio conteúdo do contrato, evitando-se que o vulnerável seja submetido a um contrato desproporcional às suas possibilidades econômicas, ou, mais grave, mesmo que proporcional, culminando por se vincular a um contrato indesejado.

Enuncia o art. 30 do CDC que "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". Enquanto no clássico regime das relações privadas a publicidade era uma prática comercial, qualificando-se como mero convite à contratação, na órbita do CDC não apenas toda informação constituirá uma oferta vinculativa ao fornecedor como o fornecedor sempre será qualificado como proponente, pois todas as suas manifestações serão presumidas como ofertas, cabendo a aceitação ao consumidor. A partir do instante em que toda publicidade passa a equivaler a uma espécie de cláusula contratual não escrita, mas igualmente vinculativa, reforça-se a correção e a lisura nas relações de consumo, preservando-se as legítimas expectativas do contratante mais frágil. Outrossim, o CDC protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e à do mercado, vale dizer, não desconhece que há "consumidores" e "consumidores", que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados *hipervulneráveis*, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos. Aqui, com maior rigor se dá a integração da informação ao contrato.[54]

54. STJ. Informativo nº 0562 Período: 18 a 28 de maio de 2015. Quarta Turma DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE QUE GARANTE NA PUBLICIDADE A QUALIDADE DOS PRODUTOS OFERTADOS. Responde solidariamente por vício de qualidade do automóvel adquirido o fabricante de veículos automotores que participa de propaganda publicitária garantindo com sua marca a excelência dos produtos ofertados por revendedor de veículos usados. O princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30 do CDC. Realmente, é inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca. Trata-se de materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade. O próprio art. 30 do CDC enfatiza expressamente que a informação transmitida "obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar", atraindo a responsabilidade solidária daqueles que participem, notadamente quando expõe diretamente a sua marca no informativo publicitário. A propósito, a jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que venham a se beneficiar da cadeia de fornecimento, seja pela utilização da marca, seja por fazer parte da publicidade. Trata-se, cabe ressaltar, de caso de responsabilização objetiva. Nesse contexto, dentro do seu poder de livremente avalizar e oferecer diversos tipos de produtos e serviços, ao agregar o seu "carimbo" de excelência aos veículos usados anunciados, a fabricante acaba por atrair a solidariedade pela oferta do produto/serviço e o ônus de fornecer a qualidade legitimamente esperada pelo consumidor. Na verdade, a utilização de marca de renome – utilização essa

O pressuposto para a força obrigatória da oferta é a *suficiente precisão*. Não se cogita da necessidade de identificação dos elementos básicos do contrato, mas tão somente de uma precisão mínima para que a oferta vincule o fornecedor e integre o contrato. A oferta sequer necessita aludir o negócio como um todo, bastando que indique um específico aspecto do contrato para que produza vinculação. Figure-se mensagem publicitária que, sem aludir a preço, condição e outros aspectos do negócio, informe que a garantia contratual é de cinco anos. Neste ponto, o fornecedor já está vinculado e, independentemente da menção contratual específica a prazo menor, a garantia contratual deverá estender-se pelo período referido na oferta.[55]

Nesse caminhar, enfatiza-se que o CDC impõe uma obrigação primária de informação. A referida obrigação tem a sua fundamentalidade consagrada pela Constituição de 1988, tanto como prerrogativa individual quanto coletiva: "é assegurado a todos o acesso à informação" (art. 5º, XIV), só sendo lícito ao legislador, seja do Direito Público como do Direito Privado, restringir tal direito quando contar com legítima justa causa, o que, certamente, não é a tônica das relações de consumo. O dever de informação, antes relegado à saliência da obrigação principal, adquire vulto de direito básico do consumidor, obtendo autonomia em relação à prestação. Tal, evidentemente, não quer significar que lhe faltem finalidades e funções conectadas à relação de consumo de fundo.

Portanto, para o art. 30 da Lei nº 8.078/90, "informação" e "publicidade" integram o termo "oferta". A oferta é um veículo que transmite uma mensagem, incluindo informação e publicidade. Toda publicidade veicula alguma forma de informação, mas nem toda informação é publicidade. A informação é mais ampla. Exemplificando, a resposta do gerente do banco ou o preço dado pelo feirante *"de boca"* são informações suficientes para vincular o fornecedor, mas não são consideradas publicidade. Já a publicidade é entendida como o anúncio veiculado por qualquer meio de comunicação, inclusive embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto de venda.[56]

Não se deve interpretar o vocábulo *oferta* utilizado pelo CDC em seu sentido clássico. Na lição de Antônio Herman Benjamim, o fenômeno é atualmente visto pelo prisma da realidade massificada em que as ofertas não são mais individualizadas e cristalinas. Oferta, em tal acepção, é sinônimo de *marketing*, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado. Aí reside uma das maiores contribuições do Direito do Consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos.[57]

---

consentida, até por força legal (art. 3º, III, da Lei 6.729/1979) – gera no consumidor legítima expectativa de que o negócio é garantido pela montadora, razão pela qual deve esta responder por eventuais desvios próprios dos negócios jurídicos celebrados nessa seara. REsp 1.365.609-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 25/5/2015.

55. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor* – interpretado, op. cit., p. 105.

56. MEDEIROS GARCIA, Leonardo de. *Direito do consumidor*, op. cit., p. 119.

57. VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor*, op. cit., p. 213.

Em complemento, preconiza o art. 31 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, prazo de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores."

Por tudo isso, o art. 31 do CDC é extremamente minucioso e desdobra o dever de informar, com ênfase no pré-contratual, em quatro categorias principais, imbricadas entre si, em diálogo e sobreposição: (a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e do serviço), (b) informação-utilização (= para que se presta e se utiliza o produto ou o serviço), (c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento do produto ou do serviço) e (d) informação-advertência (= sobretudo quanto aos riscos do produto ou do serviço). O dever de informação, previsto no CDC, tem uma finalidade inegável, óbvia até: informar o consumidor do que é relevante, da melhor e da mais completa forma possível. O próprio art. 31 se encarrega de, exemplificativamente, indicar o que é mais relevante. Qualquer informação, portanto, prestada pelo fornecedor há de passar pelo seguinte teste duplo: (a) a informação é relevante?; (b) a informação é "correta, clara, precisa, ostensiva"?[58]

À evidência há de se excepcionar a informação ou a publicidade lastreada na figura do *dolus bonus*. É corriqueiro o *marketing* que exagera no sentido de destacar positivamente determinados produtos ou serviços tidos como *"o melhor do mundo"*, *"o mais versátil"* e por aí vai... até que um consumidor postule reparação por não encontrar as 1001 utilidades do Bombril!! O *puffing* – exagero publicitário – não obriga o fornecedor, sobremaneira por carecer do atributo da suficiente precisão. Somente o erro grosseiro do consumidor desatento o induziria ao erro. Ademais, o microssistema de proteção do consumidor não se coaduna com meia-informação. Informação ou é prestada de forma completa ou não é informação no sentido jurídico (e prático) que

58. STJ, Segunda Turma, REsp 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.4.2009. No voto lapidar, o Relator destaca as quatro funções do dever de informação nas relações de consumo, em resumo: Primeiro, a informação é irmã-gêmea – "inseparável", dos Princípios da Transparência, da Confiança e da Boa-fé Objetiva. Sem ela, esses princípios não se realizam. Por isso se apregoa que ser informado é ser livre, inexistindo plena liberdade sem informação. Perceptível, então, a contradição entre aqueles que pregam o "livre mercado" e, ao mesmo tempo, negam, solapam ou inviabilizam a plena informação ao consumidor. Segundo, é a informação que confere ao consumidor a possibilidade de utilizar os produtos comercializados com plena segurança e de modo satisfatório aos seus interesses. Só o consumidor bem informado consegue de fato usufruir integralmente os benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, bem como proteger-se de maneira adequada dos riscos que apresentam. Por esse último aspecto (proteção contra riscos), a obrigação de informar deriva da obrigação de segurança, que modernamente, por força de lei ou da razão, se põe como pressuposto para o exercício de qualquer atividade profissional no mercado de consumo. Não se veja, contudo, naquela simples manifestação desta ou da garantia dos vícios redibitórios, como no passado se defendia. A rigor, a obrigação de informar assume, nos dias atuais, verdadeira natureza autônoma. Terceiro, a informação é um fator essencial do desenvolvimento da concorrência pois sabe-se que, bem informados, os consumidores podem melhor adquirir produtos e serviços, ou simplesmente evitá-los. Quarto, a informação é uma das técnicas de enfrentamento das assimetrias existentes no mercado, sobretudo entre profissionais e profanos – o desequilíbrio de conhecimento entre os contratantes. Todos concordam que o consumidor está em um patamar de informação inferior ao fornecedor, sendo-lhe muito mais custoso – quando não impossível – adquiri-la no mercado.

lhe atribui o CDC. Enfim, a fantasia não se confunde com a fraude. Nada obstante, se a informação detém precisão, aquilo que foi prometido será cumprido, arcando o fornecedor com excessos praticados na exaltação das virtudes de seus produtos ou serviços.

A vinculação obrigacional decorrente da atividade publicitária, à luz do entendimento de Cláudia Lima Marques, inicialmente possui natureza pré-contratual, pois é somente uma declaração de vontade da qual decorrem deveres jurídicos para o fornecedor e a qual correspondem direitos para os consumidores expostos à publicidade. Significa que o fornecedor se encontra (por ação própria) em um estado de sujeição, em face da possível aceitação dos consumidores de sua oferta publicitária; se tal aceitação ocorrer, sujeita-se o fornecedor às consequências irresistíveis da atuação do direito formativo do outro; vincula-se ao contrato e terá de prestar conforme informou na oferta publicitária.[59]

Porém, na hipótese de recusa ou resistência ao cumprimento da oferta ao mercado de consumo, incumbe ao Judiciário exigir o cumprimento integral do que se espera do fornecedor. Por isto, não pode fazer uso do direito potestativo de revogação da oferta a que alude o parágrafo único do artigo 429 do Código Civil. O CDC adotou o sistema da *obrigatoriedade da oferta*. O vínculo já se estabeleceu com a publicidade, podendo o consumidor "exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade" (art. 35, I, CDC).

Assim, o CDC diverge do regime tradicional da reparação por perdas e danos quando da recusa à oferta. A execução específica é um apelo à efetividade do processo, à medida que o consumidor receberá em juízo exatamente o bem da vida que o fornecedor espontaneamente se negou a lhe transmitir. Sendo este o resultado pleiteado pelo consumidor dentre as demais opções do art. 35, apenas será obstaculizada a tutela específica face à impossibilidade material da prestação.

Exemplifique-se com uma loja de Goiânia que fez promoção de fornos de micro-ondas em um grande jornal de circulação da cidade, onde foram divulgados o preço, as especificações do produto e as condições de pagamento. O número de pessoas que procuraram a loja superou as expectativas e a quantidade de estoque, pois a marca era bem conhecida, e o preço, convidativo. Para solucionar o problema, o gerente da loja emitiu vales-compra, mediante pagamento antecipado, até que o estoque fosse reposto. A loja ingressou com ação anulatória do ato jurídico, alegando que houve erro na veiculação da oferta e que os preços eram claramente inadequados e, ainda, que o gerente sofreu coação psicológica, pois estava temeroso da reação dos consumidores que estavam dentro da loja. Ora, a vontade declarada prevalece perante a interna, se despertou a confiança do público; o contrário significaria o rompimento de um dever profissional. O consumidor, se assim quiser, poderá exigir

59. MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 626-627.

o cumprimento da obrigação. No caso de erro involuntário, a loja terá direito de regresso contra o veículo ou a agência responsável pelo anúncio.[60]

Há um detalhe na pesquisa do art. 30 do CDC que não pode passar em branco. Se é certo que a publicidade suficientemente precisa obriga o fornecedor a celebrar o contrato nos seus exatos termos, ninguém mais ousa duvidar. Contudo, nas relações massificadas nem sempre o autor da publicidade será efetivamente o fornecedor que celebrará o contrato de adesão com o consumidor. A fabricante de geladeiras X exalta em publicidade em todo o território brasileiro as qualidades de seu produto, mas serão as lojas Y e Z que serão responsáveis pelas vendas. Y e Z serão responsáveis nas regiões em que estão atuando pelas suas próprias ofertas ao grande público. Eventualmente, o teor de sua publicidade poderá divergir do fabricante das geladeiras, sendo que o consumidor pleiteará a obrigatoriedade da oferta e sua execução específica conforme a publicidade que esta alardeou pela televisão em cadeia nacional. Neste caso poderemos interpretar o aludido dispositivo de forma a admitir que a legítima expectativa de confiança do consumidor será captada pelo direcionamento à aquisição do produto A ou B, independente da iniciativa da campanha publicitária? Como a regra do art. 30 do CDC isoladamente não nos permite alcançar tal conclusão, será mais profícuo aplicar o art.18 do Código de Defesa do Consumidor para provocar a responsabilidade solidária entre os fornecedores pelo vício das informações quanto à mensagem publicitária. Dentre as opções para a sanação do vício, o § 1º do art. 18 prevê a "substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso".

Ainda em conexão imediata com o art. 30 do CDC se coloca o art. 46 da mesma lei, vazado nos seguintes termos: "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance."

Instaura-se o dever do fornecedor de oportunizar ao consumidor o conhecimento sobre o contrato. Descumprido o dever, posto ignorar este o teor da relação a que se vinculou – pois se tivesse conhecimento, talvez não contratasse –, a sanção da norma será a desconsideração de sua declaração de aceitação, mesmo que não demonstrado qualquer dos vícios subjetivos tradicionais como erro, dolo e coação. Aliás, em nada interessa o ânimo do fornecedor, ou se houve ou não o intuito de iludir ou prejudicar o consumidor. Objetivamente inexistirá vinculação ou contratação, sequer se cogitando do ingresso do "contrato" no mundo jurídico.

Em 2015 foi editada a Súmula 532 do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: "Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito

60. ARANTES, Priscila Lacerda Junqueira de. A vinculação da oferta. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato e sociedade* – princípios de direito contratual, op. cit., p. 105.

à aplicação de multa administrativa". Aliás, é despiciendo averiguar se o cartão de crédito estava bloqueado. O simples envio ao consumidor, sem que a iniciativa tenha partido da parte aderente não apenas caracteriza a prática comercial abusiva, (art.39, III, do CDC) como evidencia a ausência de suporte fático do negócio jurídico. Tanto é verdade que, como salienta FLÁVIO TARTUCE, no caso de envio de cartão de crédito sem solicitação, se o consumidor quiser com ele permanecer, a instituição não poderá cobrar anuidade, devendo esse serviço ser considerado como amostra grátis, com base no art. 39, parágrafo único, do CDC.[61]

Faltando o consentimento esclarecido por parte do consumidor, estamos no plano da inexistência do negócio jurídico pela ausência de um dos seus pressupostos. O contrato de consumo não ingressará no plano do ser por ausência de suporte fático. Assim, equivocado o posicionamento no sentido de que, na colisão entre os princípios da transparência e da informação (arts. 4°, *caput*, 6°, III, e 46, CDC) com o princípio da conservação do contrato (arts. 6°, V, e 51, § 2°, do CDC), devem aqueles ceder face a este, devendo o julgador esforçar-se para aproveitar e manter a relação jurídica existente. O princípio da conservação dos contratos, não se pode perder de vista, aplica-se tão somente na hipótese de eventual invalidação de cláusulas abusivas, pormenorizadas, dentre outras, no art. 51 do Código das Relações de Consumo. Na espécie, não se trata de suprimir cláusulas abusivas, mas de afastar um negócio jurídico do qual o consumidor não teve prévio conhecimento de seu conteúdo.

Nesse sentido, pode-se citar como exemplo os contratos firmados por instituições financeiras com o consumidor, nos quais aquelas impõem aos consumidores a assinatura de um contrato por adesão, sem lhes dar prévio conhecimento de seu conteúdo.[62] Tal hipótese também se verifica nos contratos de seguro, quando da aceitação da proposta, cujas condições gerais, muitas vezes omitidas pelo corretor (ou por ele desconhecidas), somente serão levadas ao conhecimento do consumidor após o recebimento da apólice. A "cláusula surpresa" ou "depositada em cartório" não satisfaz o princípio da transparência e da boa-fé contratual, nem mesmo assegura o conhecimento prévio das verdadeiras condições aderidas.

61. TARTUCE, Flávio. NEVES; Daniel Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Método, 2014, p. 377.

62. De acordo com a Súmula 530 do Superior Tribunal de Justiça: "Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada – por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos –, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor". Daí a razoabilidade da aludida Súmula 530 ao demarcar a taxa média do mercado como parâmetro de quantificação dos juros. A taxa média oscilará conforme o tipo de contrato que foi ajustado, com a categoria do mutuante e com a modalidade de empréstimo realizada. O cálculo levará em conta as informações fornecidas pelas instituições financeiras, representando o ponto de equilíbrio nas forças do mercado. Além disso, traz embutida em si o custo médio dos bancos e seu lucro médio, ou seja, um spread médio. Assim, perscrutando os juros exigidos pelo banco em cotejo com o que razoavelmente se pratica mercado, se eles estiverem acima da taxa média, o juiz reconhecerá a abusividade, reduzindo-os. Porém, se os juros praticados pelo credor estiverem em patamar inferior à a taxa média, o magistrado a ignorará e preservará o montante cobrado, obviamente menos onerosos para o devedor.

Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato, sobremaneira dos direitos e deveres dele decorrentes, especialmente as cláusulas restritivas de direitos, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contratos de adesão (art. 54, § 4º, CDC). Com a inversão do ônus da prova, caberá ao fornecedor demonstrar que foi dada oportunidade ao consumidor para que tomasse conhecimento dos termos do contrato.[63]

Destaque deve ainda ser conferido ao art. 48 do CDC. Adverte a norma que "as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do artigo 84 e parágrafos".

O art. 48 do CDC reforça a nova noção de conteúdo do contrato de consumo disposta no art. 30. Todas as informações consubstanciadas nos instrumentos citados no dispositivo farão parte do contrato. A norma tem o condão de diluir, ainda mais, a diferença existente entre as manifestações das partes, quando da chamada fase de negociações preliminares, e as manifestações das partes dirigidas à formação do contrato definitivo, ou oferta e aceitação. Como repercussão prática da norma, avulta a temática da execução específica de instrumentos particulares de contratos de promessa de compra e venda, pela qual os promissários compradores que integralizem as suas prestações poderão obter sentença que substitua a vontade do promitente vendedor. Da mesma maneira, ao se referir a norma a *"escritos particulares"*, culmina por abranger pequenas promessas realizadas por prepostos ávidos em vender (art. 34, CDC). Elas agora integram o contrato como obrigações de fazer, alcançando todos os anexos e os documentos conexos contratuais.[64]

Nas relações intercivis os escritos particulares, recibos e pré-contratos não são vinculativos. Excepcionalmente, a lesão à confiança da contraparte na fase de negociações preliminares poderá ensejar responsabilidade civil pré-negocial com repercussão reparatória. No artigo 35 do CDC, ao revés, como resposta do ordenamento à recusa ao cumprimento de qualquer declaração de vontade que influencie o ânimo do consumidor, a solução será a execução específica, o que implica contratação por via oblíqua como sanção à violação da promessa inicial de qualidade do produto ou serviço. O teor do art. 84 do CDC corrobora tal asserção, ao tratar do descumprimento da obrigação de fazer, com a consequente obtenção, pela via judicial, de *"resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação"*.

Assim, tendo sido elaborado um orçamento prévio com a previsão de um determinado valor para prestação ou fornecimento, diante da confiança depositada, não poderá o prestador ou fornecedor alterar tal preço, por estar presente

63. NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 384-385.
64. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 638-640.

a sua responsabilidade pré-contratual diante do compromisso firmado. Caso se negue o profissional a cumprir a obrigação assumida, caberá ação de execução de obrigação de fazer, com fixação de preceito cominatório – multa diária ou *astreintes* –, nos termos do citado art. 84 da lei protetiva.[65] Obviamente, será respeitado o prazo de validade do orçamento, de 10 dias, consoante o art. 40 da Lei nº 8.078/90.

Prosseguindo, conforme o art. 49 do CDC, poderá o consumidor alterar o seu comportamento em relação ao vínculo recém-assumido, no prazo de sete dias, que e seguir a contratação concluída fora do estabelecimento comercial. Cuida-se de interessante hipótese de resilição unilateral oportunizada em favor do consumidor na atividade negocial de oferta de produtos e serviços de contratação a distância. O regime especial objetiva assegurar a boa-fé e a lealdade nas relações marcadas pela *"desumanização do contrato"*, ou *"contrato sem sujeito"*, um tipo de contrato pós-moderno em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e na qual todas as técnicas de contratação de massa se reunirão: do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos à catividade do consumidor. O prazo decadencial de arrependimento (de sete dias) corresponde a um direito de reflexão concedido ao consumidor, diante da pressão psicológica inerente a uma venda emocional que o coloca em evidente situação de vulnerabilidade, pois impede uma decisão racional e refletida.

Não concordamos com a tese pela qual a lei impôs um requisito específico para que o contrato feito fora do estabelecimento comercial se torne pronto e acabado: ou seja, para que irradie os seus habituais efeitos seria necessário não só a sua formal celebração, mas também o transcurso do interregno de sete dias.[66] A nosso viso, o contrato não terá a sua eficácia sustida durante o prazo de reflexão, na feição de uma condição suspensiva. Pelo contrário, o contrato a distância foi imediatamente concluído – art. 49: *"O consumidor pode desistir do contrato"* –, surtindo efeitos concomitantes ao tempo da aceitação pelo consumidor da oferta ao público. Simplesmente se outorga ao consumidor a faculdade unilateral de retratação. Com o exercício da faculdade resilitória, a relação consumerista será desconstituída, restituídas as partes ao *status quo* originário. Caso tenha havido pagamento, será restituído, monetariamente atualizado.

Enfim, o art. 49 do CDC é uma norma complexa, misturando várias figuras, como o arrependimento, que até então era pré-contratual, a desistência unilateral, enquanto o direito civil tradicional conhecia somente o distrato e o prazo de reflexão, que antes era considerado um simples dever acessório do contrato.[67] Dentro da complexidade

65. TARTUCE, Flávio. A formação do contrato no novo Código Civil. In: DELGADO, Mario Luiz (Coord.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*, op. cit., p. 277.

66. Esta é a posição de NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor* – interpretado, op. cit., p. 152.

67. MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 605.

da norma, pode-se mesmo sugerir que, se for dos usos e costumes entre as partes a celebração de contratos por telefone, por exemplo, não incide o dispositivo e não há o direito de arrependimento.[68]

2.3 Formação do contrato eletrônico

A prática negocial de ofertar produtos e serviços pela Internet, em seus diversos modos, interativos (*on-line*) e estáticos (por *e-mail*), é oferta de consumo, e o contrato daí resultante, concluído por meio eletrônico e a distância, é um contrato de consumo e será regulado pelo direito do consumidor.[69]

A contratação a distância e a contratação eletrônica, embora conceitos distintos, encontram-se umbilicalmente ligados. A contratação eletrônica é contratação a distância, e os meios de comunicação a distância realmente relevantes são os meios eletrônicos.

Eventualmente a contratação eletrônica poderá ser concluída na esfera interprivada ou interempresarial. Todavia, delimitaremos o estudo do tema ao universo dos contratos de consumo, isto é, aquelas relações contratuais em que os consumidores – pessoas naturais ou jurídicas – assumem a condição de destinatários finais de determinado bem ou serviço (art. 2º, Lei nº 8.078/90). Não necessariamente os contratos formados por meio eletrônico se adaptam ao CDC, pois relações intercivis e interempresariais também se amoldam a esta fluida técnica de formação contratual. Todavia, os atos tendentes à conclusão do negócio eletrônico, no interstício do endereçamento da oferta pelo proponente à aceitação pelo oblato, são quantitativamente preponderantes nas relações consumeristas, nas quais a urgência se situa na tutela da confiança do usuário-leigo, bem como no fornecimento de informações adequadas, na proteção de sua segurança e, fundamentalmente, na exigência de uma relação de transparência e cooperação desde a fase pré-contratual, passando por todo o processo de adesão do consumidor à oferta.

A oferta ao público adquire vulto descomunal na sociedade tecnológica em que a Internet, meios eletrônicos e de telecomunicação massiva facilitam a contratação a distância. O comércio eletrônico é praticado de forma absolutamente despersonalizada, por *e-mail*, *on-line* e por outros veículos virtuais. De fato, a pessoa que declara a vontade de contratar poderá mesmo não coincidir com o proprietário ou

68. NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 393. Prossegue o autor: "o consumidor pode ter relações comerciais com empresa que fornece suporte para informática e adquirir, mensalmente, formulários e contínuos para computador, fazendo-o por telefone. Conhece a marca, as especificações, e o fornecedor já sabe qual a exigência e preferência do consumidor. Negociam assim há seis meses continuados, sem reclamação por parte do consumidor. Nesse caso, é evidente que se o contrato de consumo se der nas mesmas bases que os anteriores, não há o direito de arrependimento. Havendo mudança da marca do formulário, ou das especificações sempre exigidas pelo consumidor, tem ele o direito de arrepender-se dentro do prazo de reflexão", op. cit., p. 393.

69. LORENZETTI, Ricardo, *Comércio eletrônico*, op. cit., p. 187.

possuidor do computador; eventualmente será um relativo ou absolutamente incapaz. Será igualmente árdua a aferição do consentimento real de quem opera a máquina. Qualquer espécie de contrato que não exija solenidade especial pode ser realizada pelas modernas vias *"desmaterializadas"*. Para contrabalançar tal estado de coisas, a resposta do ordenamento será no sentido de sempre privilegiar a *transparência*. Haverá a necessidade de se conceder superior proteção aos consumidores, em razão de sua especial vulnerabilidade técnica no trato dos mecanismos eletrônicos e no grande poder de sugestão das imagens e informações muitas vezes falhas e distorcidas empregadas por fornecedores em publicidades alocadas pelas ofertas públicas em *site, link* e *e-mail*.

A primeira informação importante é que o acesso à via eletrônica é dado hoje por quatro tipos de rede: (1) por via telefônica fixa; (2) por redes que usam a telefonia celular; (3) por rádio, cabo ou fibra ótica; e (4) por satélite. Outrossim, existem pelo menos 4 (quatro) diferentes constelações de procedimentos para esta contratação a distância no comércio eletrônico com consumidor. São elas: (1) ou o consumidor se dirige a um fornecedor conhecido por meio eletrônico (rede de lojas de eletrodoméstico, de roupas, fabricantes de carros etc.); (2) ou o consumidor encontra a publicidade no site do fornecedor, quando está surfando na Internet e se interessa pela oferta; (3) ou a publicidade enviada por *e-mail* leva o consumidor virtual ao sítio de Internet do fornecedor; (4) ou a publicidade enviada por *e-mail* já contém o *link* do fornecedor que o consumidor então acessa. Acresça-se, por necessário, que as ofertas dos fornecedores no comércio eletrônico podem ser ofertas: (a) *on-line*, de apresentação fixa ou ativa. Por exemplo, uma oferta interativa de resposta imediata com um *click*; (b) *off-line*, como através de *e-mails*, que mais se assemelham a ofertas por correspondência ou por catálogos, só que de mais rápida aceitação.[70]

Nestas hipóteses, ensina Ricardo Lorenzetti, tanto o consentimento quanto a adesão tornam-se conceitos insuficientes, haja vista a existência de atribuições de efeitos jurídicos que não estão vinculadas com uma declaração de vontade expressa, mas sim com comportamentos objetivos aos quais são agregadas consequências pelo ordenamento jurídico. Quanto ao ofertante, ele não se vincula por sua vontade, mas pela aparência jurídica criada; trata-se de um fenômeno de imputação de efeitos negociais, fundamentado na regra da primazia da declaração sobre a intenção. No que toca ao aceitante, também não interessa tanto a sua vontade em comparação à confiança que despertou ao aceitar. A confiança remodela a declaração de vontade do aceitante consoante o significado que o proponente poderia e deveria conferir-lhe, levando em consideração todas as circunstâncias, no sentido que a boa-fé lhe possa razoavelmente atribuir. Em síntese, uma nova técnica produz novas regras jurídicas. O consentimento contratual foi a resposta para relações jurídicas interpessoais; a adesão a cláusulas gerais consistiu num conjunto de tecnologias com intuito de dar resposta à sociedade massificada; a oferta com base na aparência e a aceitação

70. MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 159-175.

baseada na confiança são conceitos apropriados para a excessiva sofisticação proposta pela economia digital e informação.[71]

A oferta eletrônica resultará em um contrato a distância – entre pessoas não presentes – substituídas as pessoas reais por um conjunto de informações que abstratamente identificarão um fornecedor. O computador figurará como mecanismo que completa o processo volitivo, manifestando-o. A proposta do fornecedor consubstancia todos os elementos da oferta de consumo, sendo aplicável ao comércio eletrônico a vinculação assinalada no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor: *"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 a ser celebrado."* O *site* será considerado como uma oferta ao público, nos termos do art. 30 do CDC, quando contiver os elementos suficientes do negócio jurídico. A página da WEB será, portanto, vinculante como contrato de consumo.

Praticamente se converte o contrato em uma negociação unilateral, em silêncio e visual. Reputa-se a aceitação virtual como conduta social típica, na qual um simples tocar nos teclados e um direcionar do *mouse* a um *click* importa aquiescência à contratação e um simples continuar no *site*, sem protestar ou cortar a conexão, significa uma declaração tácita de vontade. Todas estas impressões criam a confiança do consumidor. Este *iter* virtual da contratação traz dois problemas: como assegurar de forma prévia a informação do consumidor sobre o produto e o serviço, ou sobre o conteúdo do contrato a ser celebrado e como assegurar a compreensão e a reflexão do consumidor sobre o negócio que está concluindo.[72]

A oferta será clara e precisa, vinculando o fornecedor que a formular. Esclareça-se que, com a oferta, compreendida como declaração inicial de vontade que se destina à realização do contrato, o proponente não fica desde já obrigado a efetuar a prestação principal, a qual somente nascerá após a aceitação, quando da formação do contrato. Vincula-se, porém, pela própria proposta na condição de sujeito passivo ao qual incumbe o dever jurídico de manter a oferta, no interesse de outra pessoa, devendo se submeter aos efeitos jurídicos da aceitação, caso esta já tenha ocorrido, devendo responder pela sua conduta no sentido de quebrar a confiança do outro sujeito, que acreditou em sua oferta inicial. Se ao usuário for concedido prévio conhecimento do conteúdo do contrato em que será parte (art. 46, CDC), a sua aceitação só será invalidada caso comprovado que o consumidor agiu mediante erro ou dolo, caso os dados esclarecedores se mostrem deficientes ou tendenciosos.[73]

71. LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*, op. cit., p. 284. Aduz o autor: "Como princípio jurídico e regra hermenêutica, tanto a confiança quanto a aparência significam que se confere primazia ao que foi objetivamente declarado" e, citando Josserand, "quem gera uma aparência, fica prisioneiro dela" (op. cit., p. 283).

72. MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 67.

73. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos...*, op. cit., p. 118-126.

Já sabemos que o fato determinado para se atribuir a um contrato a qualificação de "*entre presentes*" não reside na proximidade física, mas na viabilidade de uma resposta imediata à proposta. Tal e qual o entendimento de Flávio Tartuce, o contrato formado pela rede de computadores poderá ser formado entre presentes ou entre ausentes, dependendo do caso concreto.[74]

Inicialmente, na forma do art. 428, I, do Código Civil, considera-se presente aquele "*que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante*". Isto ocorre quando se utilizam programas de conversação em tempo real como o *Skype*, *MSN*, o *Messenger*, ou por *chat* e videoconferência, bem como nas ofertas permanentes *on-line*. Em sede de Internet, algumas ofertas podem ser consideradas entre presentes (quando há interatividade) e outras entre ausentes, como através de mensagens eletrônicas (por *e-mail* ou *site*), em que não há instantaneidade na troca de informações. Assim, contratos celebrados por salas de *Chat* e *webcam* são realizados com simultaneidade em tempo real. Determinados aplicativos permitem o diálogo imediato como em uma tradicional conversa ao telefone. Nestes casos, o recebimento da aceitação determina a contratação.

Mas os contratos celebrados por *e-mail* serão contratos "entre ausentes", posto não se evidenciar a comunicação de forma imediata. Falta a instantaneidade. De fato, há um hiato entre a declaração de uma parte e a recepção desta pelo outro contratante. Em analogia com as correspondências escritas, os questionamentos não são prontamente respondidos, pode haver uma certa demora na resposta do destinatário, até mesmo pela necessidade de uma reflexão ponderada sobre a contratação.

Aliás, aplica-se aqui o Enunciado 173 do Conselho de Justiça Federal: "*A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes por meio eletrônico completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.*" A adoção da teoria da recepção, para os contratos firmados pelo correio eletrônico, se justifica como protetiva ao consumidor aderente, afastando a insegurança da teoria da expedição, quanto à chegada da comunicação eletrônica ao seu destino. À luz da teoria da recepção o contrato somente se reputará formado quando a aceitação for recebida pelo proponente, não bastando o simples envio. Derroga-se, no particular, a posição do Código Civil de opção pela teoria da expedição para os contratos entre ausentes (art. 434 do Código Civil, que "*Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida*"). Caso aplicada esta teoria ao meio eletrônico, o contrato seria concluído quando o declaratário manifestasse a aceitação e a remetesse ao proponente, despojando-se do documento portador dela, independente de se apurar se chegou ou não ao destinatário.

Lembramos que o policitante não se obriga quando lança a oferta ao público. Isto só ocorrerá após a aceitação pelo consumidor. Contudo, antes da aquiescência,

74. TARTUCE, Flávio. A formação do contrato no novo Código Civil. In: DELGADO, Mario Luiz (Coord.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*, op. cit., p. 280.

já se vincula à oferta perante a coletividade, tornando-se irrevogável a declaração unilateral. No contrato eletrônico o binômio aparência/confiança reforça esta vinculatividade.

Desta maneira, a revogação da oferta antes do decurso do prazo para a aceitação (ou, caso tal prazo não seja fixado, por um período razoável ou termo moral, observadas as circunstâncias do caso) é passível de acarretar para o proponente a reparação dos danos causados à outra parte em virtude da prematura revogação. Tal obrigatoriedade foi criada por lei tendo em vista a seriedade da proposição feita, bem como a necessidade de assegurar o destinatário de boa-fé. Nosso sistema se filia à sistemática dominante nos países do *civil law*, na forma do art. 427 do Código Civil.[75]

As contratações pela Internet provocam um abalo nas tradicionais regras quanto ao local da contratação. Estatui o artigo 435 do Código Civil: *"reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que for proposto"*. Vigora a ressalva de que a regra tem sentido supletório e não cogente, prevendo o que vier estipulado por expresso. Assim, exemplificativamente, poderá o fornecedor reputar o local da aceitação como o de seu domicílio, desde que o aderente tenha ciência plena da incorporação da cláusula, sob pena de abusividade.

Quanto ao local de contratação, o art. 9° da LINDB prescreve a regra do *locus regis actum*, prevalecendo a lei do país em que se estabeleceram as obrigações. Culmina o Direito Internacional por lesar substancialmente a garantia fundamental da tutela ao consumidor (art. 5°, XXXII, CF). A seu turno, o art. 9°, § 2°, da LINDB afirma que, caso seja incerto o local de constituição da obrigação contratual, reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. É uma importante norma para os contratos a distância e os contratos entre ausentes, sem se esquecer que as ofertas que se encontram na rede possuem caráter global, não se identificando uma nação ou limites territoriais. Sendo o proponente o fornecedor, os contratos eletrônicos internacionais de consumo sempre se submeteriam à lei de sua residência em detrimento do contratante débil. Quer dizer, se o proponente for domiciliado no exterior e não tiver filial no Brasil, o aceitante brasileiro não poderá se socorrer do CDC, pois o foro para discussão legal será estrangeiro.[76]

Portanto, não há equilíbrio estrutural nos contratos internacionais concluídos com consumidores leigos. Cláudia Lima Marques[77] sugere a aplicação do CDC em todos os contratos negociados no Brasil por nacionais ou estrangeiros, ou quando o *marketing* ou oferta forem feitos no Brasil, inclusive nos contratos eletrônicos com fornecedores com sede no exterior. Melhor ainda seria elaborar uma norma flexível,

75. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos...*, op. cit., p. 145.

76. "Competência territorial. Internet. Contrato eletrônico. Serviço de atribuição de ISBN. Obrigação de fazer e indenização. É competente o foro do lugar em que expedida a proposta contratual (CPC, art. 100, V, a c/c CC, art. 435). Proposta que se considera expedida na sede da pessoa jurídica proponente (LICC, ART. 9°, § 2°)" (TJSP, AI n° 6.770.254.100, Rel. Egidio Giacoia, j. 1.12.2009).

77. MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 445.

indicando a lei do domicílio do consumidor (analogicamente ao art. 101 do CDC) como aplicável, mas permitindo ao juiz utilizar a lei escolhida pelas partes no contrato, caso seja esta mais favorável ao consumidor.[78]

Pelo visto, a aplicação da legislação consumerista às relações jurídicas de consumo pela Internet é plena, conquanto isso não signifique afirmar, absolutamente, seja ela suficiente. Afinal, não há diferença ontológica e axiologicamente relevante entre o que se passa no mundo real e no mundo virtual.

Nada obstante, já se questionou a incidência do direito de arrependimento do consumidor no prazo decadencial de sete dias (art. 49, CDC) no âmbito dos contratos eletrônicos. O argumento seria a inviabilidade da retratação unilateral e imotivada quando o consumidor tiver pela Internet o acesso às mesmas informações que teria se a aquisição se desse no ambiente físico do estabelecimento do fornecedor. Porém, a corrente doutrinária majoritária entende que o referido dispositivo é perfeitamente aplicável aos contratos eletrônicos, pois, além de ser um contrato a distância, está presente a impessoalidade e a incerteza da satisfação, já que o consumidor não tem contato direto com o produto ou serviço disponível na rede, estando mais sujeito a práticas comerciais agressivas. Por este motivo, ele conta com a prerrogativa de um prazo de reflexão, podendo verificar se o produto ou serviço realmente satisfaz suas expectativas.[79]

Excepcionalmente haverá alguma peculiaridade não coberta pelo CDC, tal e qual a aquisição de produtos digitais (bens intangíveis como *software* e músicas) que se incorporam, desde logo, ao patrimônio do comprador, tornando extremamente delicado, em tais hipóteses, o exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 da Lei nº 8.078/90.[80] Quando a operação começa, desenvolve-se e termina nos meios eletrônicos há uma natural incompatibilidade com a resilição unilateral do contrato de consumo.

---

78. Informativo nº 434 Período: 10 a 14.8.2010. Quarta Turma: "INTERNET. Trata-se, na origem, de ação de reparação civil por danos materiais e morais proposta pela recorrida, alegando que foi contratada na Espanha para fazer show no exterior e meses depois, já no Brasil, local onde reside, viu, no endereço eletrônico da empresa contratante, ora recorrente, sediada na Espanha, imagens recortadas de várias fotografias dos shows nos quais havia trabalhado, além de outras utilizadas para propaganda. Alega, ainda, que havia cláusula expressa vedando a utilização das imagens sem prévia autorização, bem como cláusula de foro na Espanha. Assim, a Turma, entre outras questões, entendeu, com ressalva do Min. Aldir Passarinho Junior, que, em razão de não haver lei que regulamente a jurisdição no ciberespaço, a ação mencionada pode ser promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, mesmo que a ré, ora recorrente, seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é no local em que reside e trabalha a pessoa supostamente prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão. Ademais, a cláusula de eleição de foro existente no referido contrato, embora admitido no sistema jurídico brasileiro, não impede que a ação seja proposta no Brasil, ainda que se trate de competência concorrente. A competência concorrente do juiz brasileiro não pode ser afastada pela vontade das partes" (REsp 1.168.547-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.5.2010).

79. AZEVEDO, Carlos Eduardo Mendes de. O direito de arrependimento do consumidor nas contratações eletrônicas. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*, op. cit., p. 105.

80. LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor*, op. cit., p. 455.

De fato, quando os consumidores realizam o *download* desses produtos na forma digital e depois manifestam o direito potestativo à resilição, resta a dúvida de como devolver este bem imaterial, afinal ele já se encontra incorporado ao patrimônio do consumidor, posto inserido no disco rígido instalado em seu computador. Como bem enfatiza Carlos Alberto Rohrmann, a tais arquivos ainda é mais difícil a questão da aplicabilidade do direito de arrependimento, pois algumas dúvidas persistirão após o exercício deste direito. Assim, como saber se o consumidor não reteve consigo uma cópia do produto em seu computador, mesmo após a devolução do arquivo digital? Aliás, seria extremamente árduo para o fornecedor fazer a prova de que, embora tenha recebido o original do seu produto, o consumidor não o tenha copiado.[81]

Contudo, seria injusto obrigar o consumidor a aceitar um produto que não atende às suas expectativas, apenas pela facilidade tecnológica de ser copiado. Se um consumidor adquire um livro por um *website*, poderia exercer o direito de arrependimento na hipótese de o produto não se mostrar adequado as suas necessidades. Mas, se o mesmo livro fosse adquirido no formato digital, o raciocínio já não seria o mesmo. Destarte, é mais plausível que o ônus incida sobre o fornecedor como risco inerente ao seu empreendimento. Isto lhe permitirá buscar alternativas, tais como o uso de bloqueios anticópias, hábeis a perdurar até o prazo final de sete dias.[82]

3. CONTRATO PRELIMINAR

"É essenziale alla promessa essere mantenuta, cosi come è essenziale al triangolo equilatero di avere lati eguali."

(Norberto Bobbio)

3.1 Noções gerais

Na doutrina civilista a construção teórica da figura do contrato preparatório ocasionou múltiplas dificuldades. Para alguns autores, explica Luis-Díez Picazo, falar sobre o *contract to make a contract* constitui um verdadeiro exercício de conceitualismo jurídico. Para outros, ao contrário, trata-se de uma figura que pode se revelar frequente no tráfego jurídico, através da qual os interessados tratam de obter fins de ordem empírica, dignos e merecedores da proteção do ordenamento jurídico.[83]

Pertencemos, portanto, ao segundo grupo de civilistas. Aqueles que concebem o contrato preliminar como um instrumento capaz de preencher variados interesses

81. ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*, op. cit., p. 107.

82. AZEVEDO, Carlos Eduardo Mendes de. O direito de arrependimento do consumidor nas contratações eletrônicas. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*, op. cit., p. 113.

83. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, v. 1, op. cit., p. 394.

práticos em uma ordem privada essencialmente dinâmica e plural. Mais do que isto, percebemos o pré-contrato não apenas como uma obrigação de contratar no futuro, pela emissão de um novo consentimento, mas como uma obrigação de cooperação para o estabelecimento do contrato definitivo. Aqui, a proteção da unidade funcional da relação jurídica ocupará especial posição para a definição dos critérios e das diretrizes básicas que serão desenvolvidos nesta etapa preparatória de um *iter* negocial complexo e de formação sucessiva.

Via de regra, os contratos se formam com presteza pelo mero encontro de vontades ou, mais especificamente, de uma proposta e uma aceitação. Na visão pueril da fenomenologia contratual, imaginamos uma pessoa ingressando em um mercado, escolhendo o produto na gôndola com base em suas características e seu preço, para ao final realizar o pagamento e sair do estabelecimento, mesmo que o evento não seja marcado por nenhum diálogo entre comprador e vendedor.

Contudo, nas sociedades complexas a dinâmica é diversa. Determinados contratos demandam profundos estudos técnicos e cálculos econômicos envolvendo relatórios, viagens e pesquisas. Muitas vezes os parceiros preferem se conhecer melhor antes do passo final, elidindo consequências jurídicas de uma convenção definitiva. Em outros casos, existem dificuldades momentâneas que procrastinam a celebração imediata do contrato principal, sejam de ordem subjetiva ou objetiva. Nestas situações, nada impede que duas ou mais pessoas ajustem o contrato, convencionando-se os direitos e deveres recíprocos e os termos essenciais da operação econômica, porém protraindo-se o acordo definitivo e a produção de efeitos jurídicos e econômicos para um momento posterior.

Estas são algumas das razões que justificam o enorme significado do contrato preliminar, que pode ser conceituado como *aquele em que as partes se comprometem a efetuar, posteriormente, um segundo contrato, que será o contrato principal.* Por meio do contrato preliminar, os promitentes antecedem e preparam o contrato definitivo, obrigando-se mais tarde a celebrá-lo. Cuida-se de um *pacto de contrahendo*, definido por Orlando Gomes como *"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."*[84]

O Código Civil de 1916 não cuidou dos contratos preliminares. Tal fato é justificável se percebermos que o trato da matéria se acentua com a própria aceleração do tráfego jurídico dos últimos 50 anos. O nosso legislador ordenou a temática especificamente no campo da promessa de compra e venda, através da edição do Decreto-lei nº 58/37 e da Lei nº 6.766/79. Ocorre que, sem negar o seu acentuado vulto econômico, a promessa de compra e venda é apenas uma modalidade de contrato preliminar. Todavia, a abordagem autônoma deste modelo jurídico no Título destinado aos contratos em geral (arts. 462 a 466) demonstra que os contratos preliminares

84. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 135.

podem ter em vista a realização de outros tipos de contrato definitivo,[85] até mesmo de uma doação, como veremos adiante.

A distinção que na realidade se impõe dá-se entre a intenção de fazer imediatamente o contrato definitivo e a obrigação de só fazê-lo no futuro. É viável, portanto, que as partes acordem na venda de certa coisa, por certo preço, sem que realizem logo o contrato definitivo, limitando-se a prometer, reciprocamente, a sua futura outorga. Assim, entabulam um contrato preliminar, que constitui uma convenção de prestação de fato, pois ficam vinculadas à obrigação de prestar um fato, qual seja a realização do contrato definitivo. Isto não é indiferente, pois os dois contratos têm fisionomias distintas e diversos efeitos jurídicos. O contrato preliminar não produz os efeitos do contrato definitivo: apenas adstringe a celebrá-lo. Ilustrativamente, pela venda de coisa certa e determinada, transfere-se a propriedade, ao passo que a promessa de venda não tem esta consequência.[86]

A autonomia privada permite que, através de duas relações obrigacionais sucessivas de efeitos diversos, possam as partes produzir negócios jurídicos. Com o contrato preliminar as partes não se obrigam apenas a prosseguir negociações, mas a exigir a conclusão de um contrato com um certo conteúdo.

A distinção entre os dois modelos contratuais é facilitada pela identificação do objeto: enquanto, no contrato principal, o objeto consiste na obrigação de dar, fazer ou não fazer, no contrato preliminar, se traduz na obrigação de concluir o contrato principal, ou seja, uma obrigação de fazer em momento futuro.

O contrato preliminar não pode ser enfrentado como uma categoria intermediária entre as negociações preliminares e o contrato definitivo. Cuida-se de figura autônoma. Enquanto as tratativas são levadas a efeito independentemente de qualquer compromisso, pois as partes não sabem se irão ou não contratar, o contrato preliminar é uma convenção completa que demanda um acordo de vontades e uma relação jurídica concluída, de natureza patrimonial. Já há o consentimento dos pré-contratantes, cuja finalidade é a segurança do negócio substancial que se tem em mira. A fase das tratativas é concluída positivamente, porém as partes optam pela não celebração do contrato definitivo. Com o contrato preliminar, as partes não se obrigam a prosseguir nas negociações, mas concluir um certo conteúdo, pronto e acabado, pois elas já "fecharam o negócio". Com sua erudição peculiar, lembra Caio Mário da Silva Pereira que as negociações preliminares "não envolvem compromissos, nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e

85. "Locação. Existindo a possibilidade de um documento ser tido como um contrato preliminar, nos termos do art. 462 do CC e, havendo resistência da locadora em firmar o contrato definitivo, conforme estatui o art. 463 do CC e de se reconhecer que o contrato de locação estaria em vigor por prazo determinado, a Ação de despejo por denúncia vazia seria improcedente, o que obstaria o despejo" (TJSP – AI nº 1.173.691.005, Rel. Paulo Ayrosa, j. 1.7.2008).

86. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, op. cit., p. 209-210.

salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro".[87]

Nos tempos atuais, é por demais simplório acreditar que as relações jurídicas que precedem o contrato definitivo pautam-se apenas pelas vias alternativas das tratativas e do contrato preliminar, especialmente quando visualizamos as práticas levadas a efeito por grandes grupos econômicos. Carlos Augusto da Silveira Lobo faz menção à técnica da *punctação*, pela qual as partes formam o seu entendimento em relação a cada ponto, em reuniões sequenciais e progressivas, até que negociados todos manifestam a vontade de se vincular, seja pela celebração do contrato preliminar ou, diretamente, pelo contrato definitivo. Citando Francesco Galgano, o autor frisa que "algumas vezes, um documento que apresenta um título típico de punctuação, como por exemplo 'memorando de entendimento', contém todos os elementos do contrato definitivo, sem qualquer reserva de ulteriores tratativas. Nesse caso, não obstante a intitulação, está-se diante de um documento vinculante".[88]

Ademais, na fase das negociações preliminares as partes costumam celebrar os chamados *acordos provisórios*, usualmente denominados de minutas, esboços ou cartas de intenção. Elas já se vinculam a determinados pontos do negócio, mas sem a obrigação de celebração do contrato principal enquanto não se acertam com relação aos demais aspectos. Os acordos parciais não geram a obrigação de celebração do contrato definitivo, pois não se pactuou ainda no que tange às cláusulas em aberto. Assim, se as partes não celebram o contrato definitivo, por não alcançarem consenso em relação aos pontos em aberto, automaticamente se extingue o acordo provisório. Nada obstante, se decidirem por contratar, vinculam-se os promitentes aos termos das minutas parciais. Esta *fatispecie*, segundo Enzo Roppo, pode dar lugar a um contrato preliminar, mas com esta figura não se confunde, pois no pré-contrato "as partes não se obrigam simplesmente a prosseguir as negociações (permanecendo firmes os eventuais acordos já alcançados), mas obrigam-se, sem mais, a concluir um contrato com certo conteúdo".[89]

Também existe uma certa proximidade entre os contratos normativos e os preliminares. O contrato normativo não obriga as partes a uma futura contratação, mas, caso deliberem em tal sentido, os termos da futura avença não poderão fugir do conteúdo por aquele disciplinado. Seria o caso do contrato coletivo de trabalho. Ele não disciplina diretamente os contratos individuais de trabalho, mas fixa cláusulas gerais

87. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. III, p. 81. Acresce o doutrinador que a difusão deste modelo jurídico gera várias terminologias: "*Vorvetrag*, no direito alemão; *contratto preliminare* ou *ante-contrato* no direito italiano; *avant contrat* ou *promesse de contrat*, no Francês; *contracto preliminar* no espanhol. No nosso direito: *Pré-contrato, antecontrato, contrato preparatório, compromisso*. Com boa sorte de escritores e com o nosso Projeto do código de Obrigações, preferimos a todos eles a designação *contrato preliminar*, que dá melhor mostra de seu caráter preparatório, e de sua condição de ato negocial sem foros de definitividade, denominação esta adotada no código civil de 2002" (op. cit., p. 82).

88. SILVEIRA LOBO, Carlos Augusto da. Contrato preliminar. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo*, op. cit., p. 314-315.

89. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 102.

de contratação, cuja estipulação é imprescindível entre empregador e empregado. Diversamente, o contrato preliminar dá ensejo à obrigatória realização do contrato principal e perde a sua razão de ser quando este é firmado. Já o contrato normativo não desaparece, pois continuará regulando uma série indefinida de futuros contratos.

Dessume-se do exposto que há um relativo consenso doutrinário em associar o conceito do contrato preliminar à ideia de um contrato acessório a um contrato futuro, sem cuja existência aquele deixa de fazer sentido. Nesta linha de raciocínio, o contrato preliminar não criaria efeitos substanciais, já que seu objeto se reduziria à celebração do contrato principal, este sim capaz de modificar substancialmente a situação jurídica dos contratantes, ainda que se possa convencionar o cumprimento antecipado de algumas das prestações constantes do contrato definitivo.[90]

O estudo do contrato preliminar é um ótimo momento para ampliarmos a percepção da distinção entre a estrutura e a função deste negócio jurídico e, com isto, avançarmos na definição de seu próprio conceito e objeto. Francisco Eduardo Loureiro explica que a multiplicidade e a diversidade de funções do contrato preliminar não permitem afirmar que o seu objeto inexoravelmente será a celebração de um contrato futuro, sem a criação de efeitos substanciais. Para tanto, ilustra a prática corriqueira da celebração de promessas de compra e venda com função precípua de garantia do recebimento do preço. Ao invés de se utilizar dos direitos reais de garantia da hipoteca, penhor e propriedade fiduciária, serve-se o vendedor da promessa de compra e venda, retendo o direito de propriedade até a satisfação integral de seu crédito. Na hipótese de inadimplemento, o vendedor desconstituirá o negócio jurídico pela via resolutória (art. 475, CC), reintegrando-se na posse do bem.[91]

A função deste contrato preliminar não será a de servir como elemento de segurança à conclusão de um futuro negócio jurídico. A promessa de venda com função de garantia produz imediatos efeitos substanciais, considerando-se que já ao tempo de sua celebração o comprador se imitirá na posse do bem, detendo as faculdades de uso e fruição do bem. À medida que integralize as prestações, consolida o domínio. Ao tempo da quitação só restará ao vendedor a titularidade formal do bem, posto esvaziada de conteúdo econômico. A efetivação do contrato definitivo de compra e venda consiste meramente em reprodução do consentimento já obtido no instrumento da promessa.[92]

---

90. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 53.

91. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*, op. cit. p. 1488.

92. Basta mencionar que o promissário comprador, imitido na posse do bem, mesmo sem ter registrado o contrato preliminar terá legitimidade para excluir a penhora feita sobre o imóvel em execução promovida contra o promitente vendedor, caso o contrato preliminar seja anterior à citação do executado. Este é o conteúdo da Súmula 84 do STJ: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda do imóvel, ainda que desprovido de registro." Acresce a Súmula 308 do STJ que "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior a celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel."

3.2 Regime jurídico

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).

A par desta bifurcação, aplica-se a ambas as modalidades a regra geral do art. 462 do Código Civil: "*O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.*" Na linha consensualista, o Código Civil é enfático na defesa do princípio da liberdade de forma para os contratos preliminares (art. 107, CC). Em outras palavras, dotado o negócio jurídico dos pressupostos de existência e dos requisitos de validade a que alude o art. 104 do Código Civil, o contrato preliminar é um ato jurídico perfeito, independente da relação principal que procura garantir. O ordenamento afastou o princípio da atração de formas entre os contratos preliminar e definitivo. Esta diversidade de fundamentos e efeitos entre os dois modelos jurídicos justifica a liberdade de contratar sem a exigência da forma pública, essencial à validade de negócios jurídicos que visem à constituição de direitos reais sobre bens imóveis de valor superior a trinta salários mínimos (art. 108, CC).

Certamente esta liberdade de forma não será extremada, posto conciliada com outros dispositivos legais. Daí a necessidade de escrito particular para os contratos preliminares cujo valor ultrapasse o décuplo do salário mínimo, admitindo-se a prova exclusivamente testemunhal quanto à sua existência tão somente para transação de patamar inferior ao aludido montante (art. 227, CC).

Especificamente quanto à promessa de compra e venda, o art. 1.417 do Código Civil é explícito ao delimitar a sua concretização através das vias alternativas do instrumento público ou particular. Então, esta espécie de contrato preliminar é solene, pelo simples fato de demandar como parâmetro mínimo de validade a materialização de um documento particular.

No que tange ao seu conteúdo, é imprescindível que as partes tenham por ocasião do contrato preliminar alcançado consenso sobre todos os pontos do contrato principal, à medida que não se admitirá que, em eventual execução específica, o magistrado se substitua à vontade dos contratantes, preenchendo as lacunas que não foram recepcionadas no pré-contrato. Expresso neste aspecto é o art. 464 do Código Civil. No Célebre "Caso Disco" – cujo objeto era um contrato preliminar de venda do controle acionário da referida empresa de comestíveis –, o documento levado a juízo demonstrava que as partes deixaram em aberto importantes pontos do negócio jurídico. No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Moreira Alves fundamentou a decisão de afastamento da adjudicação compulsória por não admitir "que o juiz se

substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo".[93]

Elementar aos contratos preliminares bilaterais é a subscrição do documento pelas duas partes. Afinal, ambas anseiam pela celebração do contrato definitivo. Inocêncio Galvão Telles pondera acerca da validade deste *contrato-promessa* (equivalente ao contrato preliminar no direito português) nos casos em que o documento foi assinado apenas por uma das partes, não obstante haja prova, por outros meios admissíveis em direito, de que ambos quiseram celebrar o contrato preliminar. Para o autor, será o contrato-promessa sancionado pela nulidade, "não se decompondo em parte válida e parte viciada, pois, uma vez que se trata de contrato bilateral, deveria estar documentado todo o acordo, como acordo sinalagmático, não bastando ter-se documentado apenas o querer de um dos estipulantes".[94]

Também caberá a sanção de nulidade do contrato preliminar quando, por meio dele, persigam as partes a efetivação de um contrato futuro objetivamente inválido. Havendo entre os dois contratos um nexo causal, projeta-se o preliminar no futuro com a imagem perante o espelho. Ilustrativamente, será inválida a promessa de venda de direito real de usufruto, pois o referido direito real é intransmissível face a sua essência *intuito personae* entre usufrutuário e proprietário (art. 1.393, CC).

Uma última observação relativa ao enunciado do art. 462 concerne à aferição da necessidade ou não de outorga uxória no contrato preliminar, tratando-se o contrato definitivo de aquisição de propriedade imobiliária. O fundamento jurídico para a dispensa do consentimento se apoia no fato de a promessa de compra e venda gerar apenas efeitos obrigacionais, não sendo, pois, a outorga do cônjuge requisito de validade do pacto firmado.

Nada obstante, o art. 462 exige que, exceto a forma, todos os requisitos de validade do negócio jurídico definitivo estejam presentes no contrato preliminar. Este dispositivo estabelece, portanto, aquilo que Antunes Varela designa como *princípio da equiparação*. Além das regras comuns aos contratos em geral, o contrato preliminar seguirá as normas específicas do contrato definitivo quanto à capacidade dos contraentes, a proibições de aquisição, interpretação e integração do negócio e à disponibilidade dos direitos.[95]

93. STF, Segunda Turma, RExtr nº 88.716-RJ, Rel. Min. Moreira Alves. Ressalto extrato do voto do Ministro Relator: "a questão jurídica fundamental que se discute nos autos é esta: se no curso de negociações as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando porém, para momento posterior a solução de questões relativas a elementos acidentais, e, reduzem tudo isto a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar, ou não passa de mera minuta (punctação), sem o caráter vinculante do contrato preliminar e, consequentemente, insuscetível de adjudicação compulsória".

94. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, op. cit., p. 209-210. O autor ressalva a possibilidade da conversão substancial do negócio jurídico nulo em válido, provando-se que o fim prosseguido pelas partes permite supor que elas teriam querido uma promessa unilateral, se tivessem previsto a nulidade da promessa bilateral (p. 214). No direito brasileiro, a conversão substancial é localizada no art. 170 do Código Civil.

95. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit., p. 308.

A compra e venda imobiliária requer a outorga do cônjuge. Não basta que o contratante seja titular do bem e se encontre no gozo de sua capacidade de fato. Demanda-se ainda a sua legitimação como uma capacidade especial para a prática de atos específicos. Insere-se neste rol a compra e venda, porque a ausência da outorga do cônjuge priva o negócio jurídico de elemento de integração, tornando-o anulável (art. 176, c/c 1.649, CC) – excetuando-se o matrimônio pelo regime convencional da separação absoluta de bens (art. 1.647, CC).[96] A repercussão deste fato é sentida em nível processual, pois, na eventualidade de recusa de outorga da escritura definitiva pelo promitente, a falta de legitimação obstaculizará a sub-rogação judicial do consentimento.

O próprio cônjuge que não participou do contrato preliminar terá legitimidade para impugnar a validade do contrato preliminar em razão da ausência de outorga uxória, exceto se isto não configurar um *venire contra factum proprium*. Há clássico precedente no Superior Tribunal de Justiça em que o marido prometeu pôr o imóvel à venda, sem a aquiescência da esposa. Por 17 anos, os promissários compradores exerceram posse tranquila do bem. Neste interregno, o casal de promitentes vendedores foi demandado pelos antigos proprietários, sendo que, no afã de se exonerar de responsabilidade, ambos promoveram a denunciação da lide do casal de promissários compradores. Algum tempo depois os promissários compradores exigiram judicialmente a outorga da escritura definitiva de compra e venda, mas a esposa do vendedor impugnou o contrato preliminar justamente pela falta de sua adesão àquele instrumento. O Tribunal considerou a quebra da boa-fé objetiva pelo comportamento contraditório de quem, tendo admitido em juízo a validade do contrato (por denunciação da lide) e nada oposto à sua execução por longo período, alega posteriormente a falta de anuência ao contrato a fim de se furtar de seu cumprimento.[97]

Na dicção do art. 463 do Código Civil, *"concluído o contrato preliminar com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra parte para que o efetive"*.

O dispositivo em exame assume relevo. Sendo o negócio jurídico preliminar válido, produzirá eficácia obrigacional consistente na possibilidade de execução específica da obrigação de fazer consubstanciada no contrato preliminar. A efetivação do contrato principal enfatiza a presença dos elementos da responsabilidade do declarante e da confiança do declaratário no sentido da seriedade do contrato preliminar.

Portanto, sendo lícito o objeto do contrato preliminar, no sentido de ausência de qualquer ofensa à boa-fé objetiva e à função social do contrato (arts. 187 e 421, CC), além de praticado por pessoas dotadas de capacidade negocial e legitimação

96. O mesmo não se diga quanto ao regime da separação obrigatória de bens, resultante de imposição normativa, e não de autonomia privada.

97. STJ, REsp 95.539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, Quarta Turma, *DJ*, 3.9.1996.

para disposição de bens, qualquer dos parceiros poderá perseguir a conclusão do contrato definitivo, sendo bastante a verificação do termo ou a implementação da condição pactuada entre as partes. Não havendo delimitação de prazo, cumprirá à parte interpelar o cocontratante, concedendo-lhe prazo razoável para o cumprimento da obrigação de fazer.

Contudo, a possibilidade de execução específica do contrato preliminar é de natureza supletiva e, portanto, derrogável conforme o interesse das partes. Em princípio, a promessa de contratar é *"firme"*, de feição irretratável e irrevogável. Qualquer das partes conta com a pretensão de exigir a pactuação do contrato final. Ocorre que, no vasto território da autonomia privada, é lícito aos parceiros a aposição de *cláusula de arrependimento*, de modo a afastar a viabilidade da execução específica da promessa. Em princípio, havendo paridade de armas em relações privadas, não há interesse superior do sistema em restringir este espaço de liberdade contratual.

A existência da cláusula de arrependimento é fator impeditivo à persecução da tutela específica judicial. Cuida-se de um direito potestativo de retratação deferido aos contratantes, deferindo-lhes o poder de, a qualquer tempo, resilir unilateralmente o contrato preliminar pela forma de denúncia notificada à outra parte (art. 473, CC).

Esta faculdade será exercitada com razoabilidade, sob pena de se erigir em abuso do direito potestativo por parte do contratante demissionário (art. 187, CC). Nesta senda, certamente o prazo decadencial para o exercício do poder de desconstituição da relação será o momento anterior ao cumprimento de todas as obrigações constantes do pacto (*v.g.* pagamento da última prestação pelo promissário comprador na promessa de compra e venda).

Atrevemo-nos a ir além e, na premissa da teoria do *venire contra factum proprium*, enfatizar a vedação ao arrependimento naquelas hipóteses em que a parte já iniciou a execução das prestações que lhe incumbiam no contrato preliminar. De certo, haveria ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, se um dos contratantes manifesta comportamento concludente ao aquiescer periodicamente na percepção das prestações e, na iminência da obtenção integral de sua vantagem patrimonial, delibera por resilir unilateralmente o contrato preliminar. Em evidência, nesta conduta incoerente, há uma ofensa à legítima expectativa de confiança da contraparte, objetivamente atraída ao longo da execução do contrato preliminar.[98-99]

---

98. O *venire contra factum proprium* "traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos lícitos e sucessivos, porém o primeiro (factum proprium) é contrariado pelo segundo. O fundamento técnico jurídico do instituto não se alicerça na questão da contradição das condutas em si – pois não é possível ao direito eliminar as naturais incoerências humanas – mas na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário a sua expectativa de benefício justamente gerada pela palavra do parceiro contratual" (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé objetiva no Código Civil*, op. cit., p. 137).

99. A recíproca também é válida. Gustavo Tepedino emitiu parecer em Contrato Particular de Oferta de aquisição de ações, visando futura celebração de compra e venda. O contrato previa cláusula de arrependimento através da pactuação de arras penitenciais. Uma das partes violou a boa-fé objetiva pelo *venire contra factum*

O desiderato de excluir a execução específica nem sempre emana de uma cláusula expressa de arrependimento, mas poderá ser presumido quando o contrato preliminar anuncie arras penitenciais (art. 420, CC). Afinal, a resilição unilateral se verifica nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita (art. 473, CC). As arras penitenciais concedem uma espécie de autoexecutoriedade para que se faculte à parte desistente o recesso do contrato, deferindo a qualquer dos contratantes o direito potestativo à resilição unilateral, sem necessidade de motivação. Tampouco poderá o contratante inocente exigir o cumprimento do negócio jurídico. A execução específica é incompatível com as arras penitenciais.[100] Pelo contrário, deverá se contentar com o correspectivo financeiro pelo exercício do recesso, não lhe ensejando direito à indenização suplementar, pois o que se recebe é tudo aquilo que a outra parte se propôs antecipadamente a pagar caso optasse por se libertar do vínculo. É o preço pelo arrependimento.[101]

A título ilustrativo, A adianta a B a quantia de R$ 5.000,00 como sinal e início de pagamento de promessa de compra e venda. Se o comprador A se arrepender, perderá para B as arras adiantadas. Mas, se partir a desistência do vendedor B, terá este de restituir o valor em dobro (R$ 10.000,00) para A, nada mais.[102]

Aliás, nas promessas de compra e venda, o art. 1.427 do Código Civil é explícito ao permitir a inserção de cláusula de arrependimento. Aqui a denúncia do contrato demanda que a cláusula seja expressa no contrato preliminar.

Vimos que, para a celebração do contrato definitivo, deverá o contratante que cumpriu as suas obrigações interpelar o outro contraente, com a concessão de prazo razoável a fim de que este efetive a obrigação de fazer. De acordo com o artigo 464 do Código Civil, *"esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar. Salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação"*.

---

proprium. Primeiramente, praticou atos materiais tendentes à sua perda de interesse no prosseguimento do negócio jurídico, mas posteriormente, pretendeu a execução específica do contrato preliminar que, antes, admitiu estar resolvido; *"semelhante revisão da conduta anterior configuraria comportamento contraditório"* (Estipulação de arras penitenciais e direito de arrependimento no contrato preliminar de compra e venda de ações. In: *Temas de direito civil*, t. III, op. cit., p. 306).

100. Hipótese diversa seria a predeterminação de cláusula penal compensatória ao invés de arras penitenciais. Consistindo aquela em alternativa a benefício do credor (art. 410, CC), este teria a faculdade de optar entre a execução específica da prestação – ou seja, a celebração do contrato definitivo –, ou então cobrar o valor da cláusula penal, desaparecendo a obrigação originária. O credor efetuará a escolha conforme a utilidade que o contrato lhe proporcionará.

101. STJ, AG. 717840/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, *DJ* 21.10.2009: "No que tange às arras, que o arrependimento da promitente compradora só importa em perda das arras se estas foram expressamente pactuadas como penitenciais."

102. ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. A pena privada nas relações negociais, op. cit., p. 178. Nas arras penitenciais a perda do sinal ou a sua restituição acrescida do equivalente não constitui uma sanção a um inadimplemento, "mas uma compensação econômica que a parte inocente recebe pela frustração de suas legítimas expectativas negociais em razão do exercício da faculdade de recesso utilizado pela contraparte" (op. cit., p. 179).

Assim, transcorrido o prazo entabulado para as partes – e não havendo cláusula de arrependimento –, faculta-se ao contratante o exercício da tutela específica da obrigação de fazer perante o Poder Judiciário. Apenas nas obrigações personalíssimas será vedada ao magistrado a sub-rogação sobre a vontade do devedor inadimplente. Tratando-se de obrigação de fazer infungível, seja a infungibilidade natural (*v.g.* contratação de cantor de ópera para apresentação) ou jurídica (convenciona-se que a prestação só pode ser realizada pelo devedor e mais ninguém), preponderará a vocação essencialmente ressarcitória da tutela jurisdicional, pois a sentença não poderá suprir a vontade do devedor (art. 247, CC).

Com efeito, Marcos Jorge Catalan adverte que em tais hipóteses caberá ao credor requerer a cominação de *astreintes*, na expectativa de que o devedor cumpra o ajustado, pois medidas físicas seriam ofensivas à dignidade da pessoa humana, restando ainda ao credor direito à pretensão reparatória.[103]

Afora as hipóteses de contratos *intuitu personae*, aplica-se a tutela jurisdicional diferenciada prevista no art. 501 do CPC/15, com emissão de sentença executiva, mediante a tutela sub-rogatória. Ou seja, atendendo o contrato preliminar ao plano de validade, a vontade do magistrado substituirá a do devedor renitente, que injustificadamente a negou, não havendo qualquer óbice para a admissão da antecipação de tutela. A produção do resultado jurídico pretendido pelo demandante opera independentemente de uma execução subsequente. A decisão jurisdicional basta, porquanto ela mesma agrega algo à esfera jurídica do demandante. Não há necessidade de fixar-se prazo para que o demandado preste a declaração de vontade. A sentença já coloca o demandante na situação perseguida desde que eficaz.[104]

Tem-se aqui exemplo vivo da superação do dogma da incoercibilidade das obrigações, legitimado por uma ideologia liberal que negava ao judiciário a aptidão para constranger a vontade do devedor renitente. Consequentemente, desenvolveu-se o processo civil clássico à luz do minimalismo na intervenção nas relações privadas, excepcionalmente admitido para fins de ressarcimento em face de ilícitos contratuais (inadimplemento) e extracontratuais (responsabilidade civil).[105]

---

103. CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o contrato preliminar. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e contratos*, op. cit., p. 328.

104. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, p. 512. Bem observam os autores que "uma vez prolatada decisão com base no art. 501, CPC/2015, tendo essa eficácia, podem surgir direitos e deveres oriundos da nova situação em que se encontram as partes. Daí decorre que têm essas de observar os direitos e deveres oriundos da declaração de vontade suprida. Não havendo, todavia, observância espontânea desses direitos e deveres no plano do direito material, abrem-se as vias processuais adequadas para a tutela dessa nova crise de cooperação, que é, rigorosamente, estranha ao mérito da causa de que trata o artigo em comento".

105. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, "A imprescindibilidade de uma nova tutela jurisdicional é o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados de forma preventiva, especialmente porque a nossa própria Constituição, fundada na Dignidade da Pessoa Humana não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma expressamente o direito de acesso à justiça diante de ameaça a direito. Pesa, portanto, sobre a doutrina processual, a grave e importante incumbência de elaborar um modelo de tutela jurisdicional adequado aos valores do tempo presente" (*Tutela inibitória*, op. cit., p. 23).

Atualmente, a crise do inadimplemento nos contratos preliminares é solucionada em uma perspectiva de efetividade e acesso à justiça (art. 5º, XXX, CF), atendida a máxima de *Chiovenda*, para o qual o processo deve dar a quem tem um direito exatamente aquilo que ele receberia no mundo dos fatos, sem ou mesmo contra a vontade do contraente faltoso. O credor de uma obrigação de fazer (prestação de um fato) perseguirá legitimamente a emissão de uma declaração de vontade substitutiva à do devedor.

Portanto, se A promete a venda de um imóvel a B e se nega a celebrar o contrato definitivo, B obterá sentença executiva que supra a declaração contratual do faltoso, gerando efeitos idênticos ao do título prometido. Certamente, só haverá a referida pretensão, sendo isso possível e não excluído pelo título. Isto é, não existindo cláusula de arrependimento (art. 463, CC) – o que demanda atividade infungível do devedor – e a isso não se opondo a natureza da obrigação (art. 464, CC), tal como uma cláusula expressa no pré-contrato que obstaculize a obtenção de tutela específica da obrigação.

Contextualizando o dispositivo, Glauco Gumerato Ramos assevera não pretender o autor a declaração em si mesma, mas um comando jurisdicional substitutivo da prestação não cumprida. O poder jurisdicional não exercerá qualquer pressão sobre a vontade do réu inadimplente, pois não se trata de execução indireta. Haverá efetiva substituição de sua vontade, e não coação. A sentença fará com que todos os efeitos da declaração de vontade não emitida sejam desde logo produzidos.[106]

Apesar de notabilizado em nosso País pela promessa de compra e venda, o modelo jurídico do contrato preliminar é aplicável aos contratos em geral. Perfeitamente plausível uma promessa de locação, bem como à sub-rogação do consentimento do promitente, caso resista à celebração do contrato definitivo.

O art. 465 do Código Civil adverte que, *"se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos"*. A norma em apreciação remete as partes a uma opção subsidiária, qual seja a indenização por perdas e danos contra o estipulante que não deu execução ao contrato preliminar.

Cuida-se, conforme o exposto, de uma segunda possibilidade de atuação do credor, pois o sistema deseja precipuamente o adimplemento da obrigação, mesmo que o cumprimento se viabilize pela tutela específica. A noção tão contemporânea da efetividade do direito material indica que a obrigação nasce para ser cumprida, e o ordenamento civil, pelo princípio da operabilidade, velará para que, tal e qual um processo, seja ela encaminhada ao seu término natural, sendo patológicas e excepcionais as hipóteses de inadimplemento.

106. RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CPC*, op. cit., p. 130-131. O autor assume a natureza constitutiva dessa sentença, pois "a pretensão do autor não é o cumprimento da obrigação de fazer, mas sim a obtenção de uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado" (op. cit., p. 132).

Se toda a arquitetura do Código Civil de 2002 privilegia o adimplemento, a opção do art. 465 apenas será exercitada quando a natureza personalíssima da obrigação se opuser à tutela específica ou quando for o desejo do próprio credor a conversão da coisa devida em seu equivalente pecuniário, nos termos dos arts. 389 a 420 do Código Civil, que cuidam da responsabilidade contratual.

Tecnicamente, a parte lesada pelo inadimplemento propugnará pela resolução do contrato, desconstituindo o negócio preliminar, conforme o indicado no art. 475 do Código Civil.

Caso o rompimento se verifique na fase das tratativas – negociações preliminares –, também será interditada a via da tutela específica da substituição da vontade. Afinal, a eventual concessão da tutela jurisdicional diferenciada culminaria por reflexamente subverter a autonomia privada daquele que optou por não contratar. Contudo, aferida a quebra ilegítima do princípio da boa-fé objetiva no contrato social, pelo comportamento desleal daquele que injustificadamente viola a confiança da contraparte mediante o abusivo exercício do direito de recesso, caberá a tutela reparatória, à luz do art. 422 do Código Civil.[107]

Adiante, dispõe o art. 466 do Código Civil: "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." Os contratos preliminares se dividem em unilaterais ou bilaterais. Os bilaterais geram obrigações para ambas as partes, podendo uma exigir da outra o cumprimento do contrato definitivo (*v. g.* na promessa de compra e venda o promissário comprador assume obrigação de dar – pagar prestações –, e o promitente vendedor, de fazer – outorgar escritura definitiva). Já os contratos unilaterais produzem obrigações para apenas uma das partes. Esta peculiaridade facultará à outra parte a opção entre aquiescer ou recusar ao contrato definitivo. No particular, precisa Antunes Varela a existência de situações em que um só dos contraentes está disposto a vincular-se e ao outro interessa compreensivelmente o estabelecimento desse vínculo. É o caso da promessa unilateral. Assim, A está disposto a vender a B uma joia; B não sabe se poderá ou lhe convirá comprar, mas interessa-lhe, por fundadas razões (até mesmo para se acautelar contra um acréscimo eventual no preço), vincular desde já o proprietário da coisa para a hipótese de o contrato lhe convir.[108]

107. No escólio de Regis Fichtner Pereira, "A relação jurídica pré-contratual não tem como conteúdo a obrigação de uma parte de prestar alguma coisa em favor de outra. Essa relação faz surgir deveres de conduta, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé objetiva. O dano indenizável na responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais é normalmente o decorrente do chamado interesse negativo. A noção de indenizabilidade do interesse negativo vem sendo hoje em dia substituída pela idéia de dano decorrente da confiança no estabelecimento do contrato. Excepcionalmente se admite a indenização do interesse positivo na responsabilidade pela ruptura das tratativas, quando tal ruptura tornar inviável a celebração do contrato projetado com terceiro" (*A responsabilidade civil pré-contratual*, op. cit., p. 442-443).

108. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit., p. 308.

Justamente por situar o promitente em uma situação jurídica passiva de sujeição em face ao direito potestativo do credor de contratar ou não contratar, o referido art. 466 do Código Civil tenciona estabelecer um mecanismo de contenção ao exercício abusivo do direito pela contraparte. Desta forma, o ideal é que o contrato consubstancie um prazo para a manifestação do credor. Na falta deste prazo, caberá ao devedor promitente notificá-lo para que declare o seu propósito em período razoável. Com isto se quer evitar a procrastinação indefinida do exercício do direito formativo pelo credor.

O mérito do dispositivo consiste em demonstrar que as obrigações são transitórias, à medida que uma pessoa não pode se vincular ao poder da vontade alheia *ad eternum*. O termo vínculo expressa a ideia de cadeia, prisão. A relação obrigacional traduz a ideia de liberdade, que, inicialmente cedida em prol do êxito do projeto contratual, será recuperada pelo devedor com o adimplemento.

A promessa unilateral se aproxima 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.

Por fim, não se pode confundir a promessa unilateral de contratar com a proposta do contrato a que alude o art. 427 do Código Civil. Na policitação, o proponente apenas realiza uma oferta, aguardando a aceitação ou a contraproposta do oblato. A proposta não gera obrigatoriedade em várias oportunidades (art. 428, CC). Já a promessa unilateral é um contrato formado em que se concretizou a manifestação das vontades. Outrossim, a segurança jurídica do contrato preliminar, mesmo que unilateral, estende-se ao plano da sucessão *mortis causa*, pois o contrato integra o acervo hereditário transmitido aos herdeiros do promitente (devedor) e do beneficiário (credor) – exceto se a obrigação do promitente era de caráter personalíssimo –, ao contrário da proposta, que, invariavelmente, caducará com a morte do ofertante ou do destinatário.

3.3 A promessa de doação

A doutrina clássica majoritária reputava inaceitável a extensão dos domínios dos contratos preliminares ao contrato de doação. O argumento central do referido posicionamento consiste no constrangimento do promitente a um ato de liberalidade, algo incompatível com a própria espontaneidade da doação.[109] Não obstante a aferição

109. Caio Mário da Silva Pereira, encarando o problema sob perspectiva ontológica, aduz que a recusa da prestação resultaria em *"doação coativa, doação por determinação da justiça, liberalidade por imposição do juiz e ao arrepio da vontade do doador"* (*Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 257).

da generosidade do doador ao tempo da promessa, desaparece o *animus donandi* se não há espontaneidade no ato de doar no momento da celebração do contrato definitivo, perecendo assim a causa do contrato, destinado a prestigiar o altruísmo do doador. A atualidade do *animus donandi* seria imprescindível à efetivação da doação, *conditio sine qua non* à configuração do tipo contratual. Resumindo o pensamento dominante, o Mestre Agostinho Alvim assevera ser "dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do *animus donandi*, tal necessidade, desta feita, constitui óbice à promessa de doação, porque entre a promessa e sua efetivação pode ter havido arrependimento".[110]

Este posicionamento repercute em termos práticos. Caso se considere inoperante a promessa de doação, pela viabilidade de arrependimento e revogação por parte do promitente doador, o ato inicial de liberalidade seria incompatível com a execução forçada. Qualificada a promessa de doação pela faculdade de *retrato antes* da definitiva doação, acaba despida da exigibilidade típica do vínculo contratual.[111] Aliás, dentre os doutrinadores clássicos, em posição intermediária, encontrava-se Pontes de Miranda, admitindo a possibilidade jurídica da promessa de doação, porém com outorga à parte prejudicada tão somente do recurso residual às perdas e danos.[112-113]

Nada obstante, divergimos desta linha de pensamento à luz de paradigmas contratuais contemporâneos hábeis a dimensionar o princípio da autonomia privada com outros princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Para tanto, nos servimos de sólidos fundamentos carreados por Maria Celina Bodin de Moraes, ao sustentar não só a validade da promessa como também a sua

110. AGOSTINHO ALVIM. *Da doação*, op. cit., p. 43.

111. Esta é a posição ainda majoritária no Superior Tribunal de Justiça – Informativo 299 – 06/10/2006 – PROMESSA. DOAÇÃO. PRÉ-CONTRATO. No caso dos autos, o réu comprometeu-se a doar parcela de imóvel que pende de regularização acerca da propriedade ou, na impossibilidade, percentual equivalente do aferido com sua utilização ou aproveitamento. Destacou o Min. Relator que o objeto central da avença firmada entre as partes é a realização de futuro contrato, este principal, de doação. Logo, o acerto que move a presente ação de cobrança é contrato preliminar ou pré-contrato. A intenção do doador de praticar um ato de liberalidade é o que se considera requisito indispensável para a configuração do contrato de doação. Se, no momento da celebração do contrato preliminar, por óbvio, estará presente a intenção de efetivar a doação futura, não há como se afirmar, com tal certeza, se, ao tempo da celebração do contrato principal, subsistirá a livre determinação do doador de efetivar o ato de liberalidade. Esclareceu o Min. Relator que, se não há espontaneidade no ato de doar no momento da celebração do contrato definitivo, não pode ocorrer o contrato. E, in casu, tomando-se em conta que a ação de cobrança subjacente é movida por contrato preliminar de doação pura e, partindo do pressuposto de que tal avença é inexigível judicialmente, revela-se a patente carência do direito de ação, especificamente em razão da impossibilidade jurídica do pedido, devendo, portanto, ser extinto o feito sem exame do mérito nos termos do art. 267, VI, do CPC. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento, conheceu do recurso do réu e deu-lhe provimento (REsp 730.626-SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 3.10.2006).

112. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, v. XLVI, op. cit., p. 261.

113. Na doutrina contemporânea nacional Pablo Stolze também assume posicionamento intermediário: "Nesse diapasão concluímos pela impossibilidade da execução coativa da promessa de doação, muito embora não neguemos a possibilidade de o promitente-donatário, privado da legítima expectativa de concretização do contrato definitivo e desde que demonstrado o seu prejuízo, poder responsabilizar o promitente-doador pela via da ação de perdas e danos" (*O contrato de doação*, op. cit., p. 87).

exequibilidade, através de ação cominatória. A *vexata quaestio* concerne à *causa do contrato de doação*. Causa entendida como função econômico-social do contrato, síntese de seus efeitos essenciais, que o faz merecedor de tutela por parte do legislador. Enfim, a causa é o elemento que define o negócio jurídico e serve para diferenciá-lo de qualquer outro, típico ou atípico.[114]

O elemento que define a doação, concedendo-lhe singularidade no plano contratual, é a transferência de um bem ou direito sem qualquer contraprestação. Na doação não há prestação correspectiva ou sinalagmática. Quer dizer, o *animus donandi* não é efeito essencial do contrato, pois o espírito de liberalidade não está presente em algumas modalidades de doação – remuneratória, com encargo e por merecimento – que nem por isto perdem o caráter de doação. O intuito altruísta é apenas o motivo individual, psicológico, que impulsiona o doador à conclusão do contrato. Porém, os motivos particulares do doador e o seu espírito de liberalidade não ditam a qualificação deste negócio jurídico, mas sim a ausência de sinalagmaticidade pela livre atribuição de uma vantagem patrimonial sem contraprestação.[115]

Libertando-se a doação do espectro benemérito e de uma concepção de ato puramente moral, para assumir-se nela um contrato consubstanciado em duas manifestações de vontade, apto a realizar interesses concretos do doador e do donatário, colocam-se três argumentos favoráveis à exequibilidade da promessa de doação, a saber:

A um, ao formatar o modelo jurídico do contrato preliminar nos arts. 462 a 466 do Código Civil, não só expressamente manifestou o legislador o desiderato de desvincular o gênero de uma de suas espécies – promessa de compra e venda (arts. 1.417 e 1.418, CC), como implicitamente ampliou os horizontes do contrato preliminar, admitindo a sua formulação como antecedente a qualquer tipo de contrato definitivo, incluindo-se aí a doação.

A dois, escapando das visões unilaterais e reducionistas das teorias da vontade e da declaração, na linha da diretriz da eticidade, o Código Civil aderiu à teoria da confiança, por considerar que o princípio da boa-fé objetiva incita os contratantes a uma postura leal e colaborativa, na qual o declaratário (leia-se: o promitente donatário) recebe a legítima expectativa de confiança relativamente à perseverança da palavra dada pelo promitente doador. A manifestação de vontade dirigida à atribuição de uma vantagem se concretizou no contrato preliminar; assim, a conduta

114. MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*, op. cit., p. 528-529.

115. MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. Ensina a autora que "em outros contratos também pode não haver a contraprestação; assim, por exemplo, no comodato, no mútuo e depósitos gratuitos. Estes contratos diferem da doação, todavia, por serem tipificados pelo legislador, e exigirem outros requisitos além da ausência de contraprestação. Sob esta óptica, a doação representa uma figura residual de fechamento do sistema: para fins de qualificação, não tendo o negócio contraprestação, nem podendo ser subsumido em outro tipo não correspectivo, de doação possivelmente se tratará" (op. cit., p . 530).

esperada para a parte coincide com a conduta desejada pelo ordenamento, qual seja, a preservação e a concretização da promessa.[116]

A três, tal e qual qualquer outro contrato preliminar, a promessa de doação é irrevogável. Esta irretratabilidade só será derrogada por meio da inserção de cláusula de arrependimento (art. 463, CC). Consideramos legítimo o exercício do direito potestativo à resilição unilateral com fundamento na cláusula prevista no pré-contrato. Todavia, o arrependimento posterior do promitente doador – no contrato em que não se inseriu a aludida cláusula – será definido como inadimplemento contratual, cuja sanção é a pretensão ao cumprimento.

Portanto, elogiamos o Enunciado nº 549 do Conselho de Justiça Federal: *"A promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil."* Tem-se como justificativa do referido enunciado que é comum a identificação de 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. 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.

Outrossim, não se subsuma a estas diretrizes a promessa de doação entre os cônjuges ou companheiros ou em favor de terceiros, notadamente os descendentes, por ocasião da dissolução do matrimônio ou da união estável. A viabilidade de cumprimento coativo desta espécie de contrato preliminar encontra apoio doutrinário e jurisprudencial.[117] A par de argumentos solidaristas, em prol da tutela do cônjuge (ou companheiro), ou de seus filhos, consideramos que uma promessa de doação que ingressa em um acordo dissolutório como parte de uma composição patrimonial de um acordo sobre a partilha de bens evidencia uma liberalidade associada a uma contrapartida, basicamente uma retribuição, e não uma verdadeira atribuição patrimonial sem qualquer correspectivo. Da mesma maneira, no direito sucessório, a promessa de doação é meio corrente pelo qual as partes da chamada *"transação"* viabilizam a partilha dos bens entre os herdeiros; é, portanto, condição do negócio, e não mera liberalidade.[118]

116. Assevera Cláudia Lima Marques que "O direito encontra legitimidade justamente no proteger das expectativas legítimas e da confiança (*vertrauen*) dos indivíduos [...] Em resumo, confiar é acreditar (*credere*), é manter com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio." Confiança no comércio eletrônico (op. cit., p. 31-32).

117. O Supremo Tribunal Federal não admite a tutela específica da promessa de doação em geral (RE nº 122054/RS e 105862/PE), mas reputa ilegítima a retratação da promessa de doação ao cônjuge ou aos filhos do casal (RE nº 109097/RS).

118. STJ – Informativo nº 0354-9/05/2008, Terceira Turma. "DOAÇÃO. DIREITOS HEREDITÁRIOS. MEAÇÃO. As partes, quando do falecimento do de cujus (pai e marido) e da abertura do inventário, entenderam firmar um contrato particular sobre a cessão de direitos dos filhos para a mãe, além da promessa de doação quanto a todos os bens da viúva meeira, como forma de viabilizar a partilha. Alega-se desobedecida a necessária

No mais, tranquila nos afigura a sub-rogação da vontade do promitente doador em sede de doação com encargo. Mesmo com encargo, a doação mantém sua característica de negócio jurídico gratuito, privado de uma contraprestação.[119] Todavia, se o encargo estabelece para o beneficiário uma obrigação acessória de dar, fazer ou não fazer, poderá este exigir o cumprimento da promessa.

3.4 A eficácia real do contrato preliminar

"Mas como eu já sabia,
Dá ganância que viria,
eu quis me prevenir.
contagem regressiva,
A validade do contrato,
Tá tudo muito complicado.
Mesa de negócios,
Canetinha na mão,
Arrependimento não adianta mais, não.
Não quis autografar,
Não quis me acorrentar,
Mas assinei contrato, assinei contrato."

(Supla, *Assinei contrato*, de Supla e George)

Conforme o parágrafo único do art. 463, *"o contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente"*. Apesar de sucinta, a hermenêutica do dispositivo pode causar perplexidade. Se entendermos que o legislador condiciona a validade do negócio jurídico preliminar ao registro (RGI, para imóveis, e Cartório de Títulos e Documentos, para bens móveis), poderíamos concluir que não agiu com acerto. Realmente, não devemos confundir a eficácia obrigacional do contrato preliminar com a sua eficácia real. Aquela é restrita às partes e independe do registro, posto suficiente a satisfação das obrigações inseridas no contrato preliminar para que o promissário pretenda do promitente a execução específica do contrato definitivo.

Tenhamos como exemplo a promessa de compra e venda. Combinando os arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil, observamos que, para o êxito da ação de adjudicação compulsória, é suficiente que o credor demonstre os seguintes requisitos: (a) que

---

forma pública, contratada a proibida herança de pessoa viva com o uso de indevida promessa de doação, além de existir coação em sua celebração. Nesta instância especial, diante dessas peculiaridades, o Min. Relator reconheceu a eficácia do instrumento particular para a comprovação do negócio entabulado. O Min. Ari Pargendler, em seu voto-vista, ao acompanhá-lo, aduziu que a promessa, no caso, caracterizar-se-ia como uma condição do negócio, não seria apenas mera liberalidade."

119. Pontes de Miranda professa que "o modus, de jeito nenhum faz oneroso o contrato de doação. Há ônus, mas sem se estender ao contrato o elemento da onerosidade. Qualquer alusão a correspectividade seria absurda" (*Tratado de direito privado*, XLVI, op. cit., p. 267).

o contrato preliminar tenha sido subscrito atendendo aos requisitos essenciais do contrato definitivo, com exceção da forma, tal como exige o art. 462 do Código Civil; (b) que o contrato preliminar não possua cláusula de arrependimento, conforme já estudado, incompatível com a substituição da vontade do devedor renitente; (c) que o promitente vendedor esteja em mora; (d) que o promitente comprador tenha adimplido as suas obrigações, sobremaneira a integralização do preço.

Portanto, para que o promitente comprador obtenha um título hábil a ser conduzido ao registro, é dispensável o registro da promessa de compra e venda. Neste diapasão, cite-se a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça: "O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis."

Assim, quando a norma exige que o contrato preliminar seja conduzido ao registro (parágrafo único, art. 463, CC), não está em qualquer instante submetendo a sua validade ou eficácia obrigacional *inter partes* ao registro. O registro do contrato preliminar no fólio competente não é requisito para que o contratante possa exigir a celebração do contrato principal, mas pressuposto de oponibilidade a terceiros de boa-fé, quer dizer, a tutela da promessa em caráter *erga omnes*, caso o objeto da prestação seja transmitido a terceiros no curso da execução do contrato preliminar. A própria técnica normativa induz a tal conclusão, ou seja, se o codificador pretendesse erigir o registro ao plano da validade, teria inserido observação no próprio *caput* do art. 463, ou mesmo no art. 462, ao aludir aos requisitos essenciais. Em síntese, para os contratantes, a vantagem do registro é a tranquilidade de saber que, quando do cumprimento das obrigações referidas no contrato preliminar, a execução da obrigação de fazer poderá ser dirigida não apenas contra o devedor, mas em caráter absoluto. Não é outra a dicção do Enunciado nº 30 do Conselho de Justiça Federal: *a disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros.*

Em adendo, entendemos não ser suficiente para firmar a boa-fé a conduta do terceiro que apenas consulta o Cartório de Títulos e Documentos (bens móveis) e o Cartório de Registro Imobiliário, antes de proceder ao negócio jurídico aquisitivo. Ao estudarmos a função social do contrato, na linha da tutela externa do crédito, aferimos a figura do terceiro ofensor como aquele que ofende crédito alheio através da realização de um segundo contrato com uma das partes. Trata-se de uma interferência ilícita, pois a incompatibilidade entre os dois negócios jurídicos induz à violação do contrato primitivo. Esta violação ao dever anexo de proteção não só ocorre quando o terceiro sabe que estava em curso um contrato incompatível com aquele que visava realizar, como também, pelas circunstâncias, poderia conhecer da situação contratual prévia se agisse com um grau de diligência ordinária.[120]

120. Marcos Jorge Catalan bem fere o tema, asseverando que "tal postura parece bastante acertada, especialmente no atual contexto social em que o trânsito de informações tornou-se mais acessível, impondo-se a quem se alega terceiro de boa-fé o dever de prová-lo mediante a demonstração de uma conduta diligente

Nos contratos de promessa de compra e venda, o registro não produz apenas eficácia real, pois culmina por conceber um direito real de aquisição, inserido no rol do art. 1.225 do Código Civil (inciso VII).

Aliás, em sede de promessa de compra e venda, a celeuma assume maior proporção, à medida que o art. 1.418 do Código Civil condiciona o exercício da ação de adjudicação compulsória em face do promitente vendedor à titularidade do direito real de aquisição, que demanda o registro do contrato preliminar. Em outras palavras, ao se exigir o registro da promessa até mesmo para se adjudicar em face do promitente vendedor, o Código Civil fere a autoexecutoriedade do pré-contrato, pois inadvertidamente confunde a relação jurídica obrigacional *inter partes* com a relação real que envolve o titular da promessa registrada com o sujeito passivo universal, cujo objeto é o dever geral de abstenção. Pior, culmina por suprimir a já referida Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça. Pronunciando-se adequadamente sobre a matéria, o Conselho da Justiça Federal emitiu o Enunciado nº 95: "o direito à adjudicação compulsória, quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário".[121]

Enfim, a distinção que reside entre o contrato preliminar registrado e o não registrado consiste unicamente na oponibilidade perante terceiros. Se A promete imóvel a venda a B e neste interim o aliena a C, que de boa-fé registra o imóvel em seu nome por desconhecer a transação entre A e B, restará ao promissário B uma ação de restituição dos valores pagos, acrescida de ressarcimento de danos em face de A, em razão do inadimplemento da obrigação de transmitir a titularidade do bem. Todavia, se B registrou a promessa de venda no momento anterior à alienação de A para C, o contrato preliminar tornará dita alienação relativamente ineficaz (inoponibilidade) perante B, sendo a sentença de adjudicação compulsória dirigida contra C, desconstituindo-se o seu direito real.

3.5 O contrato preliminar impróprio

Em detida análise sobre a promessa de compra e venda, Orlando Gomes questiona se realmente ela se insere entre os contratos preliminares ou, ao contrário, se *"é um instituto que, em sua essência, repele tal configuração"*. Atribuindo-se ao promissário

e proba: por exemplo, o pretenso adquirente de um imóvel deve visitá-lo para aferir se está cercado ou se há alguém exercendo sua posse" (Considerações sobre o contrato preliminar. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas de obrigações e contratos no Código Civil*, op. cit., p. 336).

121. De acordo com Francisco Eduardo Loureiro, "para contornar a exigência absurda criada pelo atual Código Civil, necessária se faz interpretação construtiva, com saída técnica e razoável para a questão. Basta entender que adjudicação compulsória é espécie do Gênero execução de obrigação de fazer, de prestar declaração para concluir contrato. Logo, o promitente comprador com título registrado usa a espécie adjudicação compulsória (art. 1.418, CC), enquanto o promitente comprador sem título registrado usa o Gênero do artigo 461 do CPC, que alberga todos os contratos preliminares. O resultado prático é rigorosamente o mesmo e produzirá a sentença judicial todos os efeitos do contrato ou declaração não emitida" (*Código Civil comentado*, op. cit., p. 1505).

comprador um direito real sobre o bem, surgiria contrato preliminar impróprio, cuja denominação mais justa seria *compromisso de compra e venda.*[122]

O art. 1.417 do Código Civil enfatiza que o direito real de aquisição não se formará quando, não obstante registrada, contiver a promessa de compra e venda cláusula de arrependimento. Cuida-se de direito potestativo que confere aos parceiros a possibilidade de denúncia do contrato. Assim, terá o promitente vendedor a opção de resilir unilateralmente o negócio jurídico, mediante a denúncia notificada à outra parte (art. 473, CC), impondo-se a devolução integral das quantias pagas ou aquilo que as partes houverem fixado a título de arras penitenciais (art. 420, CC).

Neste sentido, a existência da cláusula de arrependimento impede o exercício da ação de outorga de escritura. De fato, se no título há um óbice convencional que exclui a possibilidade de o promissário comprador exigir do promitente vendedor a escritura definitiva, não poderia aquele indiretamente se socorrer do Poder Judiciário para que este substitua uma vontade que contratualmente não pode ser substituída.

Há de se observar que o direito de arrependimento foi proscrito do compromisso de compra e venda de lotes rurais e urbanos, sendo de essência desse modelo jurídico a sua irretratabilidade. Pela Súmula 166 do STF, "é inadmissível o arrependimento do compromisso de compra e venda ao regime do Decreto-Lei nº 58". Igual entendimento extrai-se da leitura do art. 25 da Lei nº 6.766/79.

Assim, não há possibilidade de inserção de cláusula de arrependimento, tanto nos contratos que envolvam lotes rurais (Decreto-Lei nº 58/37) quanto nos que se referem a lotes urbanos (Lei nº 6.766/79). A vedação é de ordem pública, sendo plenamente justificável pela própria dinâmica dos contratos que envolvam loteamentos. Cuida-se de relações de consumo em que a vulnerabilidade de uma das partes é manifesta. Se fosse possível a retratação, o compromitente vendedor poderia agir deslealmente ao livremente praticar a especulação imobiliária, com a prática de consecutivas vendas de lotes por preços bem superiores aos obtidos nas transações anteriores.

Pela dicção do Código Civil, somente para os imóveis não loteados resta ainda possibilidade de ajuste de arrependimento em promessa de compra e venda, mediante cláusula expressa no contrato.

Com base no art. 54 da Lei nº 10.931/2004, altera-se a redação do § 2º do art. 32 da Lei nº 4.591/64. Nas incorporações imobiliárias as relações jurídicas que envolvem contratos de promessa de compra e venda tornam-se irretratáveis e, uma vez registradas, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito à adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder. Com esta justa e ponderada inovação, a cláusula de retratação fica restrita às transações entre os adquirentes dos imóveis incorporados e os futuros compradores das unidades

122. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 242.

imobiliárias, negócios jurídicos nos quais a assimetria das partes não é acentuada, e o princípio da autonomia privada prevalecerá sem maiores restrições.

Em virtude da irretratabilidade dos referidos negócios jurídicos, é apropriada a adoção da expressão *compromisso de compra e venda*, no que se refere aos contratos preliminares de aquisição de lotes urbanos e rurais e incorporações imobiliárias, enquanto a promessa de compra e venda – passível de retratação – concerne aos imóveis não loteados, doravante regidos pelo Código Civil.

Com efeito, é um dado da experiência que, em todos os setores da vida civil, os compromissos sejam sempre mais sólidos que as meras promessas. Apesar da crítica que muitos autores fazem ao termo *compromisso*, cuida-se de uma expressão que a lei usa para distinguir da promessa, a qual não apresenta as características e efeitos daquela.[123]

No campo específico do compromisso de compra e venda, importante alteração legislativa (de mais de trinta anos!!) passou despercebida para muitos. O art. 41 da Lei nº 6.766/79[124] admite a transmissão da propriedade imobiliária unicamente em decorrência da averbação da quitação do contrato preliminar de compromisso, independentemente da celebração do contrato definitivo, a escritura de compra e venda. Isto é, realizado o contrato preliminar e demonstrado o pagamento do preço, nada mais precisaria o adquirente providenciar, pois o negócio jurídico estaria completo.

A outro giro, a Lei nº 9.785/99 – objetivando a implantação de loteamentos para pessoas de baixa renda – introduziu na Lei nº 6.766/79 fundamental inovação no artigo 26, § 6º: "Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação." Da forma que foi inserida, a norma se aplica a qualquer tipo de aquisição de lotes em loteamentos e não apenas às populações de baixa renda.

Portanto, em tais hipóteses, será dispensada a sentença de adjudicação compulsória, pois a averbação da quitação ao registro do contrato de compromisso será medida suficiente para obtenção da propriedade. Aliás, dispensando-se a superfetação da segunda escritura, o contrato de compromisso perde a característica de contrato preliminar, pois só existirá uma manifestação de vontade dos contratantes. A nosso viso, cuida-se de excelente medida dos pontos de vista econômico e jurídico. No aspecto econômico, evita o encarecimento despropositado da aquisição da propriedade imobiliária, pois é afastada a duplicidade de atos de escrituração e registro. Na lógica jurídica, é de se ver que quando da assinatura do compromisso, o vendedor

123. GOMES, Orlando. *Direitos reais*, op. cit., p. 448.

124. Art. 41, Lei 6.766/79: "*o adquirente do lote, comprovando o depósito de todas as prestações do preço avençado, poderá obter o registro de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de compra e venda definitivamente firmado*".

praticamente transferiu todo o conteúdo dominial para o comprador, sobejando-lhe apenas a obrigação de outorga de escritura. Assim, a entabulação de um segundo contrato sobeja despicienda, pois as faculdades da propriedade já se encontravam com o adquirente.

Note-se, contudo, que, pela dicção emprestada pelo Código Civil aos arts. 1.417 e 1.418, a promessa de compra e venda de imóveis não loteados prossegue na condição de contrato preliminar, sendo o seu registro (além de gerar oponibilidade perante terceiros) um fato gerador de direito real à aquisição em coisa alheia, insuficiente para isoladamente proporcionar direito real de propriedade, aqui sendo mantida a necessidade de uma segunda manifestação de vontade, alicerçada na obrigação de emissão do instrumento definitivo de compra e venda.

Ora, se no contrato de compromisso de compra e venda inexiste possibilidade de exercício de direito de arrependimento, temos um contrato preliminar impróprio. Isto é, munido da prova do pagamento integral do preço, o compromissário comprador será dispensado de procurar um segundo acordo de vontades com o vendedor, já que o adimplemento integral é justificativa suficiente para alcance do registro do direito de propriedade, dispensando-se a superfetação de se promover uma escritura definitiva de compra e venda.[125]

De fato, ressalta José Osório de Azevedo Júnior que "ficou claro para todos que o compromisso era mesmo uma nova forma de venda e que esse contrato preliminar era um contrato preliminar impróprio, daquele tipo que se esgota com uma única manifestação de vontade, não passando a segunda manifestação de mera reprodução da anterior".[126]

Comentando a eficiência da Lei nº 9.785/99, o Professor Melhim Namen Chalhub ressalva: "trata-se de disposição que poderá contrariar o espírito conservantista de certa parte dos profissionais do direito, podendo-se admitir que durante algum tempo, ainda pareça estranha uma certidão de matrícula de imóvel que indique como título de aquisição do domínio o compromisso, e não a escritura de compra e venda. Mas,

125. STJ. "A gradação do instituto da promessa de compra e venda fica explícita no art. 25 da Lei n. 6.766/1979, que prevê serem irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuem direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, conferem direito real oponível a terceiros. Portanto, no caso concreto, parece lógico admitir a inclusão dos direitos oriundos do contrato de promessa de compra e venda de lote em inventário, ainda que sem registro imobiliário. Na verdade, é facultado ao promitente comprador adjudicar compulsoriamente imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda não registrado, e a Lei n. 6.766/1979 admite a transmissão de propriedade de lote tão somente em decorrência de averbação da quitação do contrato preliminar, independentemente de celebração de contrato definitivo, por isso que deve ser inventariado o direito daí decorrente. O compromisso de compra e venda de imóvel é suscetível de apreciação econômica e transmissível a título inter vivos ou causa mortis, independentemente de registro, porquanto o escopo deste é primordialmente resguardar o contratante em face de terceiros que almejem sobre o imóvel em questão direito incompatível com a sua pretensão aquisitiva, o que não é o caso dos autos" (REsp 1185383/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., *DJe* 5.5.2014).

126. AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. O compromisso de compra e venda. In: *O novo Código Civil* – estudos em homenagem a Miguel Reale, p. 448.

com o tempo a nova conformação será assimilada, pois a validade do compromisso para registro da propriedade é apenas a ampliação do direito já reconhecido no art. 41 da mesma Lei nº 6.766/79".[127]

No sistema do Código Civil, o contrato preliminar de promessa de compra e venda terá como objeto imóveis não loteados, pois o art. 1.418 mantém a exigência de efetivação de dois contratos sucessivos para se alcançar o direito de propriedade: a promessa de compra e venda (contrato preliminar) e, posteriormente, a compra e venda (contrato definitivo).

A nosso viso, o Código Civil não foi feliz ao filiar o contrato de promessa de compra e venda à modalidade do contrato preliminar próprio. Basta pensar que, ao tempo do adimplemento integral das prestações pelo promissário comprador, a propriedade que remanesce em poder do vendedor é apenas um resíduo formal do registro, mero espectro de titularidade, pois o domínio e todas as potencialidades materiais da coisa já se encontram a serviço do comprador.

Neste momento, o que há a ser transmitido de real e concreto ao promissário comprador? O único sopro da propriedade será a obrigação do promitente vendedor de outorgar a escritura definitiva. A cisão que se dá entre o domínio e a propriedade após a quitação do débito é tão evidente, que qualquer ato de disposição do bem por parte do titular será ineficaz perante o promissário comprador após o adimplemento, tenha sido ela registrada ou não. Em sentido inverso, o promissário comprador também é penalizado, pois não poderá dispor do bem, porquanto o seu domínio não se revestiu da necessária publicidade e da titularidade formal, que só será deferido com o registro no RGI.

Outrossim, na essência não existe nenhuma distinção entre a promessa de compra e venda da qual não conste cláusula de direito de arrependimento e os contratos de compromisso de compra e venda de loteamentos. Ora, nada proíbe que de forma construtiva o aplicador do direito utilize a norma do art. 26, § 6º, da Lei nº 6.766/79, pela via de ingresso da cláusula geral da boa-fé, para conferir efetividade a tais contratos. A nosso viso, a omissão do legislador culminou por ferir as três diretrizes do Código Civil: socialidade, eticidade e operabilidade.

Olvidou-se da socialidade, pois o promissário comprador terá de arcar com o encarecimento dos custos do negócio jurídico, diante da necessária obtenção de uma escritura de compra e venda, sem que possa obter o benefício da gratuidade, restrito pela legislação a outras formas de atos registrários. A operabilidade também foi abandonada, à medida que a dispensa da outorga da escritura para se alcançar à propriedade eliminaria a necessidade de o comprador se socorrer da adoção de pretensões de adjudicação compulsória em juízo, o que apenas contribui para a paralisação do Poder Judiciário e a procrastinação na pacificação social.

127. CHALHUB, Melhim Namen. *Propriedade imobiliária*, op. cit., p. 131.

Por fim, a eticidade também é desprezada. Partindo de uma noção prospectiva das obrigações e de sua natureza complexa, observamos que a promessa de compra e venda desempenha fundamental papel de garantia ao promitente vendedor enquanto o preço do bem não é integralizado. Contudo, evoluindo a relação obrigacional para o estágio do adimplemento, o dever anexo emanado do princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC) remete os contratantes ao necessário dever de cooperação mútua, eliminando-se qualquer exigência exorbitante que impeça as partes de alcançar a finalidade econômica do negócio jurídico.

Se no contrato não há cláusula de arrependimento, diante do próprio desinteresse do vendedor em outorgar a escritura definitiva ou, mesmo, do seu falecimento no transcurso do pagamento, nascerá a necessidade de o promissário comprador ajuizar ação de outorga de escritura ou ingresso com pedido de alvará em inventário, o que demanda desperdício de tempo e energia, frustrando-se assim a diretriz ética da obrigação como um processo direcionado ao efetivo adimplemento, através de uma relação solidária e cooperativa entre as partes.

A legislação especial ressalta o equívoco do art. 1.418 ao insistir na formalidade da obtenção da escritura definitiva de compra e venda para fins de posterior registro e transmissão da propriedade. Trata-se de mero formalismo, inócuo em um país com inúmeras demandas sociais. Perdeu-se bela oportunidade de aceitar-se que o contrato preliminar pudesse ser diretamente levado ao registro, sendo bastante que o interessado comprovasse a quitação do débito.

Por isto, fazemos como nossas as palavras de Sílvio Venosa: *"Instigo os magistrados deste País, a ousar e dar interpretação ampla ao dispositivo, permitindo que o registro definitivo seja averbado à matrícula, quando pago todo o preço, independentemente da decantada escritura definitiva. Trata-se de interpretação de acordo com a função social do contrato e não se choca contra o sistema. E, com isto, estarão sendo beneficiados milhares de adquirentes de imóveis, bem como a arrecadação de tributos e incentivando-se a veracidade do registro imobiliário. Não se esqueça que o magistrado do século XXI deve aplicar a lei na busca da equidade e do interesse social, princípios do novel código."*[128]

ENUNCIADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Formação do Contrato no Código de Defesa do Consumidor – Enunciados nºs 297, 321 e 469 do STJ.

Contrato Preliminar – Enunciados nºs 76, 84 e 308 do STJ

A Eficácia Real do Contrato Preliminar – Enunciado nº 239 do STJ

128. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Compromisso de compra e venda com eficácia real*, op. cit., p. 442.

ENUNCIADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Contrato Preliminar – Enunciados nºs 583 e 621 do STF

Contrato Preliminar Impróprio – Enunciados nºs 166, 167, 168, 412 e 413 do STF

ENUNCIADOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL

Negociações Preliminares

Enunciado nº 170 – Art. 422: 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.

Formação do Contrato Eletrônico

Enunciado nº 173 – Art. 434: A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.

Contrato Preliminar

Enunciado nº 30 – Art. 463: a disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros.

A Eficácia Real do Contrato Preliminar

Enunciado nº 95 – Art. 1.418: 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 239 do STJ).

Enunciado nº 253 – Art. 1.417: O promitente comprador, titular de direito real (art. 1.417), tem a faculdade de reivindicar de terceiro o imóvel prometido à venda.

CAPÍTULO III

A Principiologia Contratual

Sumário • 1. Noções iniciais – 2. O princípio da autonomia privada: 2.1 Da autonomia da vontade à autonomia privada; 2.2 A autonomia contratual e a autonomia existencial; 2.3 A nova força obrigatória dos contratos – 3. O princípio da boa-fé objetiva: 3.1 A boa-fé – histórico; 3.2 Noções preliminares; 3.3 A boa-fé como modelo no Código Civil; 3.4 Os deveres de conduta; 3.5 A boa-fé e o abuso do direito; 3.6 A boa-fé e o princípio da solidariedade; 3.7 A boa-fé e o princípio da dignidade da pessoa humana; 3.8 A boa-fé objetiva no CPC/15 – 4. A função social do contrato: 4.1 A funcionalização do negócio jurídico; 4.2 A função social do contrato como causa do negócio jurídico; 4.3 A função social interna do contrato; 4.4 A função social externa do contrato; 4.5 Estado da arte – 5. Justiça contratual: 5.1 Noções gerais; 5.2 O equilíbrio contratual.

"Voar num limite improvável
Tocar o inacessível chão
É minha lei, é minha questão
Virar esse mundo
Cravar esse chão."

(Chico Buarque de Hollanda, *Sonho impossível*)

"Eu sou o início, o fim e o meio."

(Raul Seixas, *Gita*)

1. NOÇÕES INICIAIS

"Comece pelo começo. Siga até chegar ao fim e então pare."

(Lewis Carrol, em Alice no País das Maravilhas)

A teoria contratual clássica se enraizou no ensino jurídico com alicerce no dogma da autonomia da vontade. Aos privados se concede um espaço – impermeável ao Estado e à sociedade – no qual se exercita o poder de criação de normas individuais, delimitando-se a função econômica do contrato, ou propriamente a *"veste jurídica da circulação econômica"* na conhecida acepção de Enzo Roppo.

No paradigma voluntarista o contrato se qualifica como a espontânea submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade em três momentos: (i) pela liberdade contratual, em seu sentido positivo de livre escolha do parceiro e da estipulação do conteúdo do contrato e ainda, em seu sentido negativo, de liberdade de não contratar – *freedom from contract*; (ii) pela intangibilidade do pactuado – o vetusto *pacta sunt servanda* justificava a obrigatoriedade dos efeitos contratuais. Em outras palavras: o contrato era justo por ser emanado da vontade de pessoas livres, o que significava abstenção do julgador de envolver-se na apreciação do conteúdo substantivo do clausulado, cingindo-se a uma apreciação formalista; (iii) pela relatividade contratual, isto é, o contrato tão somente vincula as partes, sendo infenso a terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico.

Porém, os signos da modernidade nas estremas contratuais foram submetidos paulatinamente a um amplo rearranjo. A abordagem clássica à disciplina contratual sucumbiu, primeiramente por ascendência de orientações reguladoras, atentas à questão do bem-estar social do *welfare state* e, mais recentemente, perante uma renovada visão do direito civil na ótica principiológica das Constituições. Este fenômeno conduziu a um declínio tão acentuado das características tradicionais do contrato que não foram poucos que vaticinaram a sua "morte", uma tendência que mais recentemente tem sido desmentida.

O contrato hoje pode ser conceituado como um instrumento de tutela à pessoa humana, um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade (art. 1º, III, CF), na qual o "estar para o outro" se converte em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais.

Apesar de a Constituição ter há pouco completado a maioridade civil, houve a necessidade da edição de um Código Civil para que a comunidade civilista brasileira despertasse de uma letargia profunda ou de uma espécie de "mal-estar constitucional" como tão bem sugere Lenio Streck. Pouco a pouco os amantes do direito privado se comovem com a arte do *"desapego"*. Repensam a condição de indivíduos segregados e abandonam as suas ilhas e pequenas posses. Migram para o continente e se submetem a filtragem da axiologia constitucional. Convertem-se em seres humanos – valor, fundamento e fim da ordem jurídica. Esmaece a dicotomia público e privado pela evidente constatação de que não existem locais inóspitos à recepção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste percurso rumo a um direito privado humanizado e, por que não dizer civilizado, desaba a sacralidade da autonomia da vontade, substituída por uma noção renovada de autonomia privada, atada aos Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III, CF) e da Ordem Econômica (art. 170, CF). A autonomia privada é forjada na liberdade do ser humano de edificar a sua própria vida, exercendo o seu consentimento em suas escolhas existenciais e no desenvolvimento das relações patrimoniais.

Uma expressão mais qualificada para localizar a autonomia privada no plano do "ter" seria a locução "autonomia contratual". A autonomia contratual não é um valor em si, pois se condiciona ao quadro de valores da Constituição em uma linha direta e imediata de aplicação de suas normas sobre as relações privadas. A Constituição não reduz a autonomia contratual, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade. A liberdade é consentida pelo sistema, pois a ordem econômica não é a corda que asfixia o ser humano, mas aquela que retira a pessoa do pântano que movia o liberalismo.

Portanto, o reconhecimento do caráter constitucional da autonomia privada contratual não importa em imunizar este campo diante de intervenções legislativas ditadas pelos poderes políticos. Pelo contrário, tais intervenções devem ser consideradas absolutamente naturais e até indispensáveis no quadro de uma sociedade desigual e de massas, em que se torna imperativo proteger as partes mais fracas nas relações negociais, assim como promover outros interesses relevantes da coletividade.[1]

Muito da atual análise do direito dos contratos é tributário do ressurgimento de uma filosofia jurídica "valorativa" que aditou novos temas àqueles propostos pelo positivismo, procurando redimensionar as funções do fenômeno contratual.

Nada obstante, descabe adotar uma atitude quixotesca a ponto de sepultarmos os princípios clássicos da teoria contratual. Sobrevivem a liberdade contratual, a força obrigatória e a relatividade dos contratos. A finalidade básica do contrato como fonte de obrigações é a persecução dos objetivos demarcados pela autonomia. O sistema deve encorajar as trocas, pois elas traduzem o benefício mútuo que resulta da transação econômica. O contrato é um facilitador da circulação de titularidades e valores, apto a alicerçar a confiança nas promessas, promovendo a intersubjetividade.

Todavia, o solidarismo constitucional adicionou à autonomia privada a companhia de outros três princípios: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a justiça (ou equilíbrio) contratual. Estes três princípios não restringem a autonomia privada, pelo contrário: valorizam-na, equilibrando aquilo que a realidade crua tratou de desigualar, afinal o poder da vontade de uns é maior que o de outros. Na arguta observação de Teresa Negreiros, vivencia-se uma hipercomplexidade, um amálgama entre os princípios clássicos e contemporâneos, como modelos que convivem simultaneamente.

Este é o nosso ponto de partida. Pouco se pode dizer sobre o restante do percurso, pois a pós-modernidade marca o direito pelo sinal da incerteza e da fragmentação. Vários caminhos se abrem sem que se afirme um norte. Certo é que o contrato não pode mais ser percebido como uma instituição. Tornar-se instituição significa paralisar a história, aceitar a imobilidade sob a capa da segurança. E toda segurança, no reino da contingência, é sempre uma forma de prisão.

1. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 216.

Tal como imaginou Lewis Carrol, em sua obra *Alice no País das Maravilhas*, a menina seguiu um coelho branco e se viu em uma dimensão na qual muitas das regras que regem o mundo real são quebradas. Curiosamente, há uma lógica em todos os atos, que podem ser vistos nas relações entre os personagens. Tudo acaba quando Alice desperta de seu sonho e retorna ao mundo controlado e conhecido. Enfim, podemos perseguir o coelho branco, desbravando desconhecidos territórios, mesmo que isto implique uma certa perda de segurança, ou, então, imitar o personagem do chapeleiro, que brigou com o tempo e permanece tomando o seu chá, pois, para ele, o relógio estacionou às 18 horas.

2. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

"O ser humano verdadeiramente livre apenas quer o que pode e faz o que lhe agrada."

(Rousseau)

2.1 Da autonomia da vontade à autonomia privada

Em uma conceituação inicial, exclusivamente atrelada ao princípio da liberdade contratual, a autonomia privada pode ser definida como *"o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico"*.

Assiste razão a Luigi Ferri, que, não obstante indiscutível a compreensão da autonomia como expressão da liberdade, se evidencia indiscriminada utilização das expressões *"autonomia privada"* e *"autonomia da vontade"*. Aliás, mesmo a afirmação de ser o negócio jurídico uma manifestação de autonomia requer a correta formulação deste conceito. Decerto, segundo o autor, a autonomia privada não se identifica com a autonomia do querer.[2]

Há uma enorme distância entre aquilo que se concebia como autonomia da vontade e o conceito presente de autonomia privada. A construção de um conceito de *autonomia* na modernidade é obra de Immanuel Kant. Com fundamento em princípios morais livremente escolhidos, o sujeito moral realiza as suas livres escolhas e por elas se responsabiliza: "A autonomia da vontade; a condição da possibilidade de agir moralmente, o princípio da subjetividade moral, encontra-se na capacidade de determinar-se segundo princípios postos por si mesmo."[3]

2. FERRI, Luigi. *La autonomia privada*, op. cit., p. 6.

3. HOFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Explica o autor que *"A ideia de autolegislação remete a Rousseau, que no contrato social diz que a obediência a uma lei dada por si mesmo é a liberdade. Mas só Kant descobre pela primeira vez, no pensamento que Rousseau menciona mais episodicamente, o princípio fundamental de toda a Ética e fornece sua fundamentação. Com a fundamentação do agir a partir da autonomia, a racionalidade e a responsabilidade obtém um novo rigor. Não quem em última instância é determinado pelo poder dos instintos e paixões. No sentido mais estrito, no sentido moral do conceito é responsável somente aquele que segue princípios de vida que nascem da vontade autônoma, não da vontade heterônoma"* (op. cit., p. 216).

Na órbita do direito, a autonomia da vontade, fruto do voluntarismo dos oitocentos, concebia o vínculo contratual como resultado de simples fusão entre manifestações de vontade. A autonomia do querer era o único fundamento da *vinculatividade*. A autonomia clássica era absoluta, como valor em si, abstratamente conferida a todos.

Partia-se de um perfil estrutural do contrato, sendo suficiente a identificação das partes (quem contrata?) e do objeto do negócio jurídico (o que querem?). Todavia, era despicienda a perquirição acerca das razões que as partes perseguem e das suas finalidades, pois imperava o anticausalismo.

Portanto, a ideologia que subjaz à ideia da autonomia da vontade localiza o contrato como voluntária submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade. A autonomia da vontade é centrada em três princípios: (a) *liberdade contratual*, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento; (b) *intangibilidade do pactuado* – o *pacta sunt servanda* exprimia a ideia da obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livres; (c) *relatividade contratual*, pautada pela noção da vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico.

Porém, as transformações do cenário jurídico há muito já eram anunciadas. Norberto Bobbio[4] asseverou que o predomínio da teoria pura do direito de Kelsen orientou o estudo do direito por um longo tempo para a análise da estrutura do ordenamento jurídico em detrimento da sua função. Mas o direito não é um sistema fechado e independente como se coloca do ponto de vista de sua estrutura formal. Fundamental não é averiguar como o direito é produzido, mas, sim, perceber as consequências sociais para as quais se dirige o direito subjetivo, ou seja, a sua finalidade (função), para tanto se impondo a abertura do sistema jurídico para outros sistemas de igual relevância.

Em toda relação jurídica encontramos uma estrutura e uma função. O seu perfil funcional é a disciplina do caso concreto, a harmonização de opostos centros de interesses. Esse momento dinâmico dos interesses é tido como situação jurídica. Torquato Castro ensina que toda operação jurídica incide sobre sujeitos concretos, sempre certos, e sobre a realidade de uma *res* certa, que é objeto de atribuição. O direito revela-se, assim, no plano fenomênico, como um *concretum* situacional, consistente em uma disposição normativa de objetos certos ou medidos, enquanto referidos a sujeitos individuados. Sujeito será aquele que for referido (ou posicionado) ao objeto, ocupando, assim, uma posição. Esse *concretum* situacional se denomina *situação jurídica*.[5]

4. BOBBIO, Norberto. *Dalla strutura alla funzione*, op. cit., p. 8.
5. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*, op. cit., p. 50.

Em denso estudo sobre o conceito de situação jurídica, André Fontes imprime uma atitude funcionalista, na "busca da realização do sentido final do conceito de situação jurídica subjetiva, e não a sua acomodação estruturalista, de se limitar a ordenar objetivamente as situações normadas".[6]

O objeto restrito da situação jurídica, visto até aqui na doutrina tradicional, não permite a exata dimensão da abrangência das situações jurídicas subjetivas. O viés funcionalista deseja redimensionar a área de incidência das situações jurídicas, de maneira a ampliar o seu objeto, renovando velhas figuras e abrangendo novas figuras.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri[7] trabalha com a contribuição da constitucionalização do direito civil no reexame de institutos clássicos. O professor de Camerino acredita que em seu perfil funcionalizado a situação jurídica pode qualificar comportamentos com diversas manifestações, de acordo com a complexidade das soluções dos problemas de convivência na construção de um equilíbrio de poder e dever. "Em uma realidade na qual à atribuição de direitos se acompanham deveres e obrigações, as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente. No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas aquele da coletividade." O cerne do reexame da estrutura com base na função das situações jurídicas é o da oxigenação do sistema, eliminando-se a estagnação vigente, com a possibilidade de revisão dos mais variados modelos jurídicos.

A passagem do estruturalismo ao funcionalismo impacta sobremaneira o modelo jurídico ora enfocado. Em sede de *autonomia privada*, admite-se a vontade como suporte fático, porém acrescida à regulamentação legal, a fim de que realize interesses dignos de tutela. Cuida-se da funcionalização do contrato. Vale dizer, sendo o direito um meio de promoção de determinadas finalidades, o negócio jurídico somente terá juridicidade e justificativa social quando o concreto interesse das partes realizar os fins a que se propõe o direito, basicamente a harmônica convivência entre justiça, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana. Fazendo coro com Betti, o negócio jurídico não consagra a faculdade de *"querer no vazio"*.[8]

Isto implica aceitar que a liberdade dos sujeitos de direito é circunscrita pelos valores constitucionais. Recusa-se a tutela ao contrato sem justificativa ou significação social. Será considerado como abuso do direito (art. 187, CC) – ato ilícito objetivo – pela desproporção entre o exercício da situação jurídica e o resultado a que se propõe.

---

6. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. O autor ensina que, *"para melhor dimensionar a contribuição da idéia de função, deve-se considerar que por estrutura de um órgão entende-se a configuração espacial das partes que o constituem: já por função o papel assumido por esse órgão. A estrutura refere-se à anatomia, à arquitetura e à geometria; a função mostra de modo preciso como todas as partes de um órgão ou de uma máquina contribuem para o cumprimento do fim a que se destina"* (op. cit., p. 124).
7. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 674-678.
8. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, op. cit., p. 54.

Destarte, há uma composição que confere merecimento ao contrato. Os contratantes delimitam a função econômica do negócio jurídico, acrescendo-se a isto o interesse prático que esteja em consonância com os interesses social e geral. A força normativa do contrato é conferida pelo ordenamento, sendo a vontade o seu suporte fático. Quer dizer, a utilidade deverá se conformar com as aspirações éticas do ordenamento. O *"porquê"* (do contrato) e o *"para que"* serve o contrato é o problema de sua causa. Este é o elemento que lhe concede ou denega juridicidade. Ademais, servirá para delimitar e qualificar o contrato, especificando os seus efeitos.

Tem-se o contrato como instrumento de realização das finalidades traçadas pelo ordenamento jurídico, e não mais dos interesses dos contratantes isoladamente considerados. O poder jurígeno da vontade não é originário e autônomo, mas derivado e funcionalizado em prol de finalidades heterônomas. Atualmente, há um amálgama entre os princípios clássicos e os contemporâneos do contrato, como modelos que convivem e interagem em uma linha de ponderação de interesses.

Vale trazer à baila situações que denotem a funcionalização do contrato:

a) O que parece óbvio para os consumidores hoje nem sempre foi assim. No ano 2000, chegou ao STJ um recurso de um associado à seguradora Golden Cross. Com uma filha ainda bebê, internada na UTI de um hospital, ele precisou recorrer à Justiça para que não cessasse o tratamento. Havia uma cláusula no contrato que limitava as despesas – somente 60 dias de internação a cada 12 meses. No STJ, ficou reconhecida a abusividade da cláusula (Resp 251024). Após decisões reiteradas com o mesmo teor, foi aprovada a Súmula 302: *É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.* Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça expandiu o controle funcional do conteúdo das cláusulas em contratos de planos de saúde, não apenas no que tange aos limites de internação como também às carências excessivas.[9] Afinal, qual é a finalidade deste tipo de contrato, senão a tutela do direito fundamental à integridade psicofísica e à própria subsistência do usuário?[10]

9. STJ. Informativo nº 0511 Período: 6 de fevereiro de 2013, Terceira Turma. "DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA LIMITATIVA. CIRURGIA BARIÁTRICA. OBESIDADE MÓRBIDA. É abusiva a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas de intervenção cirúrgica de gastroplastia necessária à garantia da sobrevivência do segurado. A gastroplastia, indicada para o tratamento da obesidade mórbida, bem como de outras doenças dela derivadas, constitui cirurgia essencial à preservação da vida e da saúde do paciente segurado, não se confundindo com simples tratamento para emagrecimento. Os contratos de seguro-saúde são contratos de consumo submetidos a cláusulas contratuais gerais, ocorrendo a sua aceitação por simples adesão pelo segurado. Nesses contratos, as cláusulas seguem as regras de interpretação dos negócios jurídicos estandardizados, ou seja, existindo cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao aderente, conforme o art. 47 do CDC. Assim, a cláusula contratual de exclusão da cobertura securitária para casos de tratamento estético de emagrecimento prevista no contrato de seguro-saúde não abrange a cirurgia para tratamento de obesidade mórbida" (REsp 1.249.701-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 4.12.2012).

10. STJ. Informativo n. 0588. Período: 17 a 31 de agosto de 2016. Quarta Turma. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA QUE AUTORIZA PLANO DE SAÚDE A INDEFERIR PROCEDIMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES. Em contrato de

b) Hipótese peculiar de inobservância da causa do contrato ocorria constantemente na contratação de aquisição de ingressos em cinema, com a denominada *"venda casada"*. Sob esse enfoque, tendo como fundamento a vedação imposta pelo fornecedor do ingresso a salas de exibição com o alimento adquirido pelo consumidor fora daquele estabelecimento comercial. Ao se opor à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatória e preços competitivos, condicionando o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, a prática abusiva revelou-se patente, pelo fato de a empresa cinematográfica permitir a entrada de produtos adquiridos nas suas dependências e interditar o adquirido alhures. Afinal, a finalidade do contrato é o fornecimento de entretenimento e não de alimentação. A referida cláusula se reveste de desproporcionalidade face ao objetivo precípuo da contratação.[11]

Diante do exposto, conclui-se que o ordenamento civil-constitucional não quer que o contrato seja *"abstrato"*, no sentido de servir somente à utilidade econômica proporcionada às partes, mas *"causal"*, cumpridor de uma função social. A Constituição Federal não restringe a autonomia negocial, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade. Na ótica solidarista, a autonomia negocial se condiciona a um quadro de valores, sendo a liberdade consentida pelo sistema, de forma a que o contrato não

---

plano de assistência à saúde, é abusiva a cláusula que preveja o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares quando solicitados por médicos não cooperados. O contrato de plano de saúde, além da nítida relação jurídica patrimonial que, por meio dele, se estabelece, reverbera também caráter existencial, intrinsecamente ligado à tutela do direito fundamental à saúde do usuário, o que coloca tal espécie contratual em uma perspectiva de grande relevância no sistema jurídico pátrio. No âmbito da legislação, a Lei n. 9.656/1998 - a qual versa sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde - preconiza, logo no art. 1º, I, o seu escopo. É com clareza meridiana que se infere da legislação de regência a preponderância do zelo ao bem-estar do usuário em face do viés econômico da relação contratual. Até porque não se pode olvidar que há, nesse contexto, uma atenta e imperativa análise dos ditames constitucionais, que, por força hierárquica, estabelecem o direto à saúde como congênito. Assim está previsto na CF, especificamente em seu art. 196. Indeferir a solicitação de qualquer procedimento hospitalar requerido por médico não cooperado estaria afetando não mais o princípio do equilíbrio contratual, mas o da boa-fé objetiva. De fato, exames, internações e demais procedimentos hospitalares não podem ser obstados aos usuários cooperados exclusivamente pelo fato de terem sido solicitados por médico diverso daqueles que compõem o quadro da operadora, pois isso configura não apenas discriminação do galeno, mas também tolhe tanto o direito de usufruir do plano contratado como a liberdade de escolher o profissional que lhe aprouver. Com isso, não resta dúvida da desproporcionalidade da cláusula contratual que prevê o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares se estes forem solicitados por médicos não cooperados, devendo ser reconhecida como cláusula abusiva. A nulidade dessas cláusulas encontra previsão expressa no art. 51, IV, do CDC. REsp 1.330.919-MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 18/8/2016.

11. STJ – REsp 744602/RJ Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJ* 1.3.2007. "Ao fornecedor de produtos ou serviços, não é lícito, dentre outras práticas abusivas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (art. 39, I, do CDC). Na hipótese, a prática abusiva revela-se patente se a empresa cinematográfica permite a entrada de produtos adquiridos nas suas dependências e interdita o adquirido alhures, engendrando por via oblíqua a cognominada 'venda casada', interdição inextensível ao estabelecimento cuja venda de produtos alimentícios constituiu a essência da sua atividade comercial como, verbi gratia, os bares e restaurantes. Com efeito, ao juiz, na aplicação da lei, incumbe aferir as finalidades da norma, por isso que, in casu, revela-se manifesta a prática abusiva".

se restrinja às "vestes da circulação econômica", mas que, simultaneamente, atue como instrumento a serviço da defesa dos interesses existenciais do contratante e da coletividade que com ele interage.

Daí o acerto do Enunciado nº 23 do Conselho de Justiça Federal: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à *dignidade da pessoa humana*."

Uma derradeira observação se faz necessária. Vimos que a definição da locução "autonomia privada" não é um dado abstrato, mas uma construção correlata a um determinado ordenamento jurídico. No momento atual, este poder concedido a um indivíduo, pessoa jurídica, ente despersonalizado ou grupo, para determinar o nascimento, modificação ou extinção de situações jurídicas não pode ser tomado como dogma, pois a autonomia não é um valor em si, porquanto o ato de liberdade se submete a uma valoração de merecimento. Tudo isto é incontroverso.

Com efeito, a prerrogativa de autogoverno não é unicamente deferida à pessoa natural. A pessoa jurídica possui idoneidade para proteger e promover a sua autonomia, que não se confunde com o âmbito de autodeterminação de cada um dos seus sócios. Ilustrativamente, terá legitimidade ativa para propugnar pela própria desconsideração (art. 133, CPC/15), objetivando resguardar os seus interesses, objetivando o alcance do patrimônio pessoal dos sócios, nos casos em que abusos por eles praticados tenham reduzido a pessoa jurídica a instrumento de fins fraudulentos, configurando-se o desvio de finalidade institucional ou a confusão patrimonial.[12]

12. STJ. Informativo nº 0544, Período: 27 de agosto de 2014.Terceira Turma LEGITIMIDADE DE PESSOA JURÍDICA PARA IMPUGNAR DECISÃO QUE DESCONSIDERE A SUA PERSONALIDADE.A pessoa jurídica tem legitimidade para impugnar decisão interlocutória que desconsidera sua personalidade para alcançar o patrimônio de seus sócios ou administradores, desde que o faça com o intuito de defender a sua regular administração e autonomia – isto é, a proteção da sua personalidade –, sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios ou administradores incluídos no polo passivo por força da desconsideração. Segundo o art. 50 do CC, verificado "abuso da personalidade jurídica", poderá o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. O referido abuso, segundo a lei, caracteriza-se pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial entre os bens dos sócios/administradores com os da pessoa moral. A desconsideração da personalidade jurídica, em essência, está adstrita à concepção de moralidade, probidade, boa-fé a que submetem os sócios e administradores na gestão e administração da pessoa jurídica. Vale também destacar que, ainda que a concepção de abuso nem sempre esteja relacionada a fraude, a sua figura está, segundo a doutrina, eminentemente ligada a prejuízo, desconforto, intranquilidade ou dissabor que tenha sido acarretado a terceiro, em decorrência de um uso desmesurado de um determinado direito. A rigor, portanto, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica resguarda interesses de credores e também da própria sociedade indevidamente manipulada. Por isso, inclusive, segundo o enunciado 285 da IV Jornada de Direito Civil, "a teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor". Nesse compasso, tanto o interesse na desconsideração ou na manutenção do véu protetor, podem partir da própria pessoa jurídica, desde que, à luz dos requisitos autorizadores da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a pertinência de seu intuito, o qual deve sempre estar relacionado à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade. REsp 1.421.464-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2014.

Todavia, com Perlingieri, o cuidado ao se utilizar a expressão "autonomia privada" provém do fato de que este poder cabe, na realidade, a todos os sujeitos jurídicos, sejam estes privados ou públicos. A impossibilidade de se propor uma noção de autonomia privada baseada exclusivamente no "particular" emerge ainda mais quando a regulamentação dos interesses seja fruto não de um acordo entre um particular e um ente público, mas do encontro de vontades de entes públicos.[13]

2.2 A autonomia contratual e a autonomia existencial

"Toda a sociedade que pretende assegurar a liberdade aos homens deve começar por garantir-lhes a existência."

(Léon Blum)

A hipótese mais frequente e, sob o aspecto econômico, mais relevante da exteriorização da autonomia privada é a autonomia dita contratual. Porém, no campo dos negócios jurídicos patrimoniais, a locução "autonomia contratual" é insuficiente, pois o contrato não exaure a área de relevância da liberdade dos sujeitos, ele abarca exclusivamente atividades econômicas manifestadas em negócios bilaterais ou plurilaterais. Assim, a locução mais idônea a acolher a vasta gama de exteriorizações da autonomia é aquela de "autonomia negocial", enquanto capaz também de se referir a atos de iniciativa em negócios com estrutura unilateral e negócios com conteúdo não patrimonial.[14]

Portanto, duas imprescindíveis constatações merecem exame. *A uma*, a autonomia privada não é um fenômeno restrito ao negócio jurídico derivado do encontro de duas ou mais manifestações de vontade que se fundam sob a forma de um contrato; *a duas*, se a patrimonialidade é um dado ínsito ao contrato, o mesmo não se diga da autonomia privada e de seu instrumento por excelência, o negócio jurídico. Em síntese, a autonomia se manifesta com a realização de um negócio, de qualquer forma ou conteúdo.

Quanto à preferência pela expressão "autonomia negocial" em detrimento de "autonomia contratual" no setor dos negócios jurídicos patrimoniais, não há maior dificuldade de compreensão. Ao deliberar disposições de última vontade pela via do testamento, emitir uma cambial ou efetivar uma promessa de recompensa, também estará o sujeito regulando determinado interesse mediante a sua própria manifestação de vontade. O negócio é o gênero; o contrato, uma de suas espécies, cuja singularidade se localiza na pluralidade de partes e patrimonialidade do objeto.

13. PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional*. Complementa o autor: "naturalmente, a circunstância de que os sujeitos públicos, enquanto tais, são preordenados a gerir interesses públicos (também quando utilizam instrumentos de direito civil em lugar daqueles próprios do direito administrativo), exige que a decisão de exercer atos de autonomia 'privada' seja tomada través de um procedimento adequado regido pelo direito público" (op. cit., p. 336).

14. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 338.

Quando alguém queira utilizar a locução "autonomia contratual", poderá tranquilamente localizar o seu fundamento na garantia constitucional da iniciativa econômica privada (art. 170, CF), sobremaneira em se tratando de atos empresariais. A opção pelo sistema capitalista é conjugada ao destaque do valor e do princípio da solidariedade. Para tanto, a ordem econômica, ainda que definida pela cláusula da "livre-iniciativa", é conformada aos valores reputados essenciais pela tábua axiológica do ordenamento jurídico, de modo que o poder de atuação do sujeito do direito tenha "por fim, assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social". Esta fórmula compromissória é ainda ressaltada no art. 1°, IV, da Lei Maior, carreando como fundamentos da república "os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa". Tudo isto nos faz pensar que a autonomia contratual não é um fim em si, mas um instrumento para o alcance das finalidades alvitradas pelo legislador constitucional. Estes atos de autonomia, vinculados puramente a interesses patrimoniais, são direcionados à promoção de interesses socialmente úteis.

Se a patrimonialidade é um atributo inerente a todo contrato, não o será naquilo que se refere à categoria mais ampla dos negócios jurídicos e, fundamentalmente, ao conceito de "autonomia privada". Identificada esta como um gênero, podemos situar as suas três espécies como "autonomia contratual", "autonomia negocial unilateral" e "autonomia existencial".

Sim, a autonomia privada transcende o perímetro dos negócios jurídicos patrimoniais, pois, em uma ordem pós-positivista, afirma-se como exercício de liberdade e instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, a autonomia privada não se reduz ao espaço normativo em que o sujeito realiza a atividade econômica (art. 170, CF), sendo também localizada sempre que o ser humano manifesta situações jurídicas da personalidade, concretizando os seus projetos espirituais (art. 1°, III, CF). Aqui, afirma-se a "autonomia existencial".

Destarte, as duas grandes viradas "*copernicanas*" dos últimos 50 anos em sede de autonomia privada são: (a) a imposição de limites à autonomia contratual em prol da funcionalização da igualdade substancial, da solidariedade e da justiça contratual; (b) a ampliação da incidência dos atos de autonomia, que passa a ter trânsito igualmente nas situações subjetivas existenciais.

Tenha-se em consideração que, para além da dispensa da patrimonialidade, o objeto das situações existenciais são os atributos intrínsecos da pessoa, o conjunto de bens em que se manifesta a personalidade. A particularidade é a indissociabilidade existente entre os bens tutelados e o sujeito titular dos direitos. O vínculo entre a pessoa e o objeto é orgânico, pois este não é exterior ao direito, mas o próprio "modo de ser" da pessoa.

Efetivamente, como reconhece a Professora da UERJ, Heloisa Helena Barboza, embora marcante nos negócios contratuais, de há muito não se restringe o consentimento às relações patrimoniais. Constata-se que, a partir do momento em que o ser humano passou a ocupar o núcleo do ordenamento jurídico, reconhecido em sua

dignidade e sua liberdade, outros direitos lhe foram assegurados, por serem inerentes à qualidade de ser humano.[15]

A tutela dos direitos da personalidade não se exaure na proteção do indivíduo contra o Estado ou em face de outros particulares. Esta é apenas a tutela negativa da dignidade da pessoa humana. Mas há uma outra faceta: a tutela positiva. Por seu intermédio, defere-se ao ser humano o poder de gerir a sua vida. Este poder positivo é exercido por meio da autonomia privada.

E qual será a estatura desta autonomia privada? Decerto não será a autonomia privada do proprietário, do empresário ou do contratante, pois estas titularidades se referem a relações quantitativas de equivalência e, por isto, sujeitas à lógica do mercado. Mas poderá ser a autonomia privada da pessoa na sua "nuditá esistenziale", expressão utilizada por *Natalino Irti* para descrever a existência humana como bem originário e primordial. As situações patrimoniais têm a dignidade como fim mediato, enquanto as existenciais como fim imediato.[16]

Isto posto, em uma interpretação constitucionalizada dos direitos da personalidade, admite-se a sua relativa disponibilidade, pois a dignidade da pessoa humana também possui uma dimensão afirmativa, calcada no direito de autodeterminação, conferindo trânsito à autonomia existencial para que a pessoa possa afirmar o livre desenvolvimento de sua personalidade. Cuida-se do dever de promoção da dignidade. Exemplificativamente, o consentimento para a remoção de órgãos em vida, para fins de transplante, é um negócio jurídico despido de patrimonialidade (parágrafo único, art. 13, Código Civil, c/c § 4º, art. 199, CF), caracterizando ato de autonomia existencial de disponibilidade sobre o próprio corpo. Já o consentimento informado para fins de intervenção cirúrgica (art. 15, CC) também é negócio jurídico formalizado por Termo de Consentimento Informado, no qual a autonomia se dirige à atuação de uma pessoa sobre corpo que não é seu.

Nessas situações, como em outras nas quais o ato de iniciativa alcança o valor da pessoa, o fundamento da autonomia é diverso daquele que a justifica na teoria do contrato. Afinal, se as situações jurídicas existenciais tutelam os atributos essenciais do ser humano e o livre desenvolvimento da vida em relação, em um ordenamento protagonizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fatalmente esta lógica antropocêntrica e despatrimonializada conduzirá a uma absoluta impossibilidade de se condicionar a proteção e a promoção da autonomia existencial a qualquer forma de funcionalização ou satisfação de interesses coletivos.

---

15. BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*, op. cit., p. 414.

16. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, op. cit., p. 300-301. Complementa a autora: "verifica-se a necessidade de se apontar a distinção qualitativa da autonomia privada quando comparadas situações patrimoniais com existenciais. Se uma pessoa quer dispor de seu útero ou de sua privacidade, não pode ter o mesmo tratamento jurídico que aquela que deseja dispor do seu carro ou de seu apartamento. A autonomia privada, portanto, possui duas lógicas: lógica da equivalência para situações patrimoniais e lógica do desenvolvimento da pessoa, para as situações existenciais".

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia negocial: a unidade é axiológica, pois unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente esta conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que, de modo diferenciado, tocam os referidos valores e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais.[17]

Embora a tutela em ambos os casos tenha assento constitucional, concordamos com Daniel Sarmento ao asseverar que a proteção à autonomia nas questões existenciais é muito mais intensa, já que as decisões neste campo situam-se numa esfera que deve ser protegida de intervenções externas. Nosso ordenamento transige muito mais com as restrições à liberdade contratual do que com aquelas impostas a outras liberdades mais fundamentais, ligadas às opções e aos projetos de vida de cada pessoa humana. Diversamente da autonomia contratual, as liberdades existenciais não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que o sejam, afinal cabe ao ordenamento tutelar a esfera de autonomia privada do cidadão na sua dimensão mais relevante: o poder da pessoa humana de se autogovernar; de fazer escolhas existenciais e viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros.[18]

De fato, as situações jurídicas subjetivas existenciais não têm propriamente função social porque são função social.

É certo que somente o conteúdo mínimo da dignidade é irrenunciável, pois o sistema jurídico acautelará a pessoa contra a sua fragilidade. Ninguém poderá praticar atos de autonomia existencial em que se escravize, cometa suicídio ou contrarie obrigações tolerando ofensas à honra ou à integridade. A ordem pública não os tolera, qualificando-os como ilícitos (art. 187, CC). Mas há uma esfera de disponibilidade que aceita a renúncia a direitos da personalidade, mesmo que permanente. A transgenitalização do transexual, quando constatada a disforia de gênero, é uma renúncia à integridade corporal e não apenas o exercício de um ato de autonomia existencial. Todavia, legitima-se o ato de iniciativa por sua adequação a direitos fundamentais como a tutela da integridade psicofísica, a afirmação da liberdade de orientação sexual e o direito à diferença. O mesmo se diga da ortotanásia, que, lida ao *"pé da letra"*, representaria uma renúncia à própria vida, mas que na ordem civil constitucional evidencia a proteção ao postulado da dignidade daquele que autonomamente manifesta o seu intuito de não se submeter a tratamentos fúteis e desproporcionais, quando constatada sua doença como crônica, grave e incurável.[19]

17. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 350.

18. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 214-215 e 308-309. Por isto, arremata o doutrinador: "a liberdade de pensamento, por exemplo, inclui a faculdade de ter e divulgar ideias absurdas; a liberdade de associação abrange o poder de fundar entidades visando finalidades fúteis, desde que não criminosas; a liberdade de religião tutela tanto o direito de professar o credo católico como o de frequentar cultos satânicos" (op. cit., p. 215).

19. A teor do Parágrafo único do art. 41 do Código de Ética Médica (Resol. 1931/09) "Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender

Diante do exposto, percebemos a incidência de uma tutela qualitativamente diversa nas situações subjetivas existenciais e patrimoniais. Nestas, a vontade sofreu limitações diante da funcionalização do contrato e da própria autonomia, para garantir um tratamento materialmente igualitário às pessoas. Já nas situações existenciais, a vontade passou a ter trânsito garantido, mas a sua relevância ou não no caso concreto depende da ponderação entre a autonomia e os demais direitos da personalidade envolvidos.[20]

Para além dos negócios jurídicos unilaterais ora suscitados, uma situação híbrida poderá resultar de negócios jurídicos bilaterais de disposição de direitos da personalidade. Ou seja, o ser humano realizará contratos envolvendo situações existenciais como a imagem e a privacidade. Não há margem para perplexidade, pois o consentimento não envolve matéria puramente econômica, mas o aspecto patrimonial se localiza nos efeitos financeiros decorrentes da cessão da exploração da imagem (*v. g.* publicidade realizada por uma celebridade), ou mesmo da intimidade (*v. g.* cachê decorrente da participação em *reality show*, como o *Big Brother*).

As declarações de vontade alusivas ao exercício do consentimento para a disposição de bens da personalidade poderão se consubstanciar em negócios jurídicos unilaterais ou contratos. No primeiro caso, inexistem efeitos econômicos (*v. g.* cirurgia de transgenitalização no transexualismo e autorização para ortotanásia do paciente na terminalidade da vida). Todavia, será um contrato quando o ato de autonomia gerar efeitos patrimoniais. Mesmo sendo um negócio bilateral, o sistema não patrimonializou o direito da personalidade, apenas lhe revestiu de consequências econômicas.

Nos exemplos imaginados no tópico pregresso, pinçamos um *continuum* de situações em que o comportamento humano envolve, simultaneamente, aspectos patrimoniais ou existenciais, em maior ou menor grau. Nestes casos, o nível de proteção constitucional conferido à ação do agente vai depender de sua posição dentro daquela escala: quanto mais o comportamento se aproximar da esfera das opções e das valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar deste campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será esta tutela.[21]

Realmente, conforme as finalidades patrimonial ou existencial de um ato de autonomia, poder-se-á mesmo admitir a renúncia a direitos da personalidade, no qual o poder de disposição se revelará pelo consentimento. Imaginemos um implante de

---

ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal." Para além da ortotanásia, a Resolução do CFM n. 1995/12, concebe as diretivas antecipadas como "como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade"(art. 1.).

20. CANTALI, Fernanda Borgheti. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 209.

21. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 215.

Faculdade 7 de Setembro
161
Fortaleza - Ceará

microchip subcutâneo. A ponderação será decisiva para legitimar o ato restritivo ao corpo nos *hard cases*. Assim, se a justificativa for a proteção do indivíduo na eventualidade de um sequestro, ou a aceitação das cláusulas gerais de contratação em contrato de adesão de "sócio VIP", formulado por clube noturno, haverá merecimento na prática do negócio jurídico. O mesmo não se diga se a inserção do mecanismo no corpo se der pela exigência de controle de ingresso e saída de funcionários no estabelecimento no qual realizem suas atividades. A evidência é a de que o ato será rejeitado pelo ordenamento, cuja missão é proteger o indivíduo em face de si próprio, seja por necessidade ou miséria. Imperioso é que casuisticamente se verifique se o ato de autonomia atinge o núcleo essencial da dignidade e resulte ou não em benefício ao interessado.

Outrossim, nas situações jurídicas meramente patrimoniais, o consentimento dado é irrevogável; já nas situações existenciais, ele é iminentemente revogável. Quando se trata de direitos ligados à própria personalidade humana, há que se considerar que o particular, mesmo depois de ter consentido com a limitação, tem também o poder de revogar tal manifestação, já que não há como obrigar a pessoa a dispor do direito se não há mais voluntariedade do ato. Contudo, em se tratando de contratos, inegável é o interesse da outra parte, que recebeu a autorização para utilização de bens da personalidade alheios. Esta pessoa, muito embora corra o risco de revogação, pode vir a ser indenizada pela frustração de suas legítimas expectativas em função do consentimento dado e revogado. Para além da reparação pela frustração das expectativas, o titular do direito ainda pode vir a ser penalizado em função de seu comportamento contraditório, em caso de abuso do direito.[22]

Como derradeira abordagem da autonomia existencial, investiga-se a possibilidade de aplicação da autonomia privada no âmbito do direito de família. Algumas situações existenciais têm em comum uma estrita conexão com o *status familiae*. Trata-se de situações em que se tutelam razões que transcendem o interesse existencial do indivíduo, envolvendo aquele do grupo na sua história, também futura.[23]

Se antes da Constituição Federal de 1988 a família era uma instituição patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada, o Estado chamava para si toda a regulamentação da matéria, pela construção de normas cogentes, pouco espaço sobrando para o exercício da autonomia existencial pelos membros da família. O espaço de

22. CANTALI, Fernanda Borgheti. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 257-258. "O rompimento contratual calcado em uma revogação reflete hipótese de inadimplemento, podendo inclusive incidir multa contratual se devidamente estipulada no contrato. O que não é possível, é exigir o cumprimento do contrato se assim não quiser o titular do direito. Exigir judicialmente o cumprimento do contrato é possibilidade existente somente quando estiver em causa interesses meramente patrimoniais, este não é o caso quando na base do contrato estiverem bens ligados à personalidade. Neste caso, poderá ser definido o dever de indenizar, além do pagamento da multa se assim estipulada" (op. cit., p. 170).

23. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 831.

liberdade deferido à família era o da autonomia contratual, tal como a possibilidade de estipulação do regime de bens pelo casal.

Todavia, o art. 226 da Constituição Federal ressalta a família como base da sociedade (e não do Estado), merecendo especial proteção por parte deste Estado, mas não o monopólio de sua regulação. Portanto, considerando-se à família contemporânea – plural, aberta e despatrimonializada – como um instrumento, um *locus* privilegiado de construção de afetos e desenvolvimento de situações existenciais por parte de cada um de seus integrantes, o cenário sofre um câmbio dramático. Haverá uma subversão hermenêutica ao se cogitar da possibilidade de as "razões individuais" se submeterem às "razões de família".

Esta nova dinâmica permite a edificação de novas entidades familiares forjadas no afeto e na democratização das relações humanas. Devidamente expõe Leonardo Barreto Moreira Alves que o reconhecimento do afeto implica necessariamente o exercício da autonomia privada. Daí que não é incoerente falar em liberdade de formação (se presente o afeto) e liberdade de extinção (se ausente o afeto) da família. É preciso que cada indivíduo, no seu âmbito familiar, tenha liberdade para realizar a sua dignidade como melhor lhe aprouver, sob pena de frustração de seu projeto pessoal de felicidade. Assentada a possibilidade de aplicação da autonomia privada nas relações familiares, consolida-se em definitivo a colocação do direito de família como modalidade de direito privado.[24]

De acordo com o art. 1.513 do Código Civil, "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". Este dispositivo consagra no ordenamento jurídico civil-constitucional o "direito de família mínimo". Ao tutelar a privacidade de qualquer entidade familiar, o dispositivo exalta a autonomia privada como princípio maior do direito de família contemporâneo. A intervenção do ordenamento sob o plano de liberdade da família ocorrerá excepcional e basicamente para a proteção de direitos fundamentais de seus componentes, tais como a integridade psicofísica e a necessidade de fornecimento de alimentos a incapazes e a quem deles necessite. Exemplificativamente, revela-se o exercício da autonomia: (a) na liberdade de constituir família e de não casar; (b) na união estável; (c) na união homoafetiva; (d) no direito de dissolver a união por meio de escritura pública (Lei nº 11.441/07); (e) na paternidade socioafetiva; (f) na alternativa da mediação como solução não estatal de conflitos; e (g) na mutabilidade de regime de bens do casamento.

24. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*, op. cit., p. 138-140.

2.3 A nova força obrigatória dos contratos

"Me deram liberdade
Pra tomar minhas
Próprias dimensões
Fazer o que quiser
E o que mandar a minha
Imaginação
Contrato é contrato
E eu não vou te
Deixar na mão."

(Ed Motta, *Contrato com Deus*, de Ed Motta e Bombom)

Em consonância com a ideologia liberal do contrato clássico, direcionada pelos valores da liberdade e da igualdade formais, a manualística define a força obrigatória dos contratos – também conhecida como princípio da obrigatoriedade dos contratos ou da intangibilidade contratual – como a força vinculante das convenções. Tendo o contrato como fundamento a vontade intersubjetiva, em princípio, ninguém é obrigado a se vincular, mas, se o indivíduo assim o fizer, o contrato deverá ser cumprido em todos os seus termos. A confiança na palavra empenhada impede que uma das partes se exima de suas obrigações, exceto com a aquiescência da contraparte. Em atenção ao primado da segurança jurídica, a parte recalcitrante se curvará à coerção estatal, tal e qual prescreve o art. 389 do Código Civil. Afinal, é justo o conteúdo do pactuado, posto decorrente da vontade soberana das partes. Se o contrato é justo e útil, faz lei entre as partes. A máxima do *pacta sunt servanda* é relativizada somente nas hipóteses de fortuito externo, como preconiza o art. 393 do Código Civil.

Em uma linguagem mais próxima do perfil civil-constitucional, sendo o contrato o mecanismo mais propício de concretização da ordem econômica edificada na lei maior (art. 170, CF), a força obrigatória do contrato simboliza um ambiente social de confiança na segura circulação de bens e serviços.

Todavia, um olhar mais atento ao referido art. 170 da Constituição Federal reserva outros rumos para a autonomia contratual. A liberdade contratual é conformada por princípios solidaristas, tais como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, do meio ambiente e a redução das desigualdades sociais (incisos III, V, VI e VII). Poder-se-ia então sugerir que, em atenção às profundas desigualdades materiais e ao equilíbrio social, a ordem pública constitucional destituiu o contrato de sua força obrigatória?

Prima facie, duas respostas antagônicas podem ser encontradas. A primeira consiste em negar que aquelas modificações se tenham verificado ou tenham sido tão profundas. Vamos então fingir que o contrato é hoje substancialmente idêntico ao que era no século XIX. Isto coincide com o tendencial tradicionalismo dos juristas, com a sua relutância e sua lentidão na tomada de consciência do que é novo. A segunda resposta, aparentemente oposta, mas radicada na mesma atitude de misoneísmo,

consiste na inversão completa dos valores do passado. Assim, afirma-se que a vontade dos contraentes já não conta e, uma vez que essa vontade se identifica com a essência do contrato, retiram-se conclusões em termos de crise, declínio ou até de "morte" do próprio conceito do contrato, com extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada, por força das exigências sociais, das razões da coletividade.[25]

Nenhuma das duas posições corresponde à realidade das coisas. Em pertinente metáfora, Antônio Junqueira de Azevedo[26] percebe "que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em torno da autonomia da vontade, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são estes novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato".[27]

Na aurora do século XXI, uma das tarefas da doutrina civilista consiste em remodelar as bases da força obrigatória dos contratos. Conciliar o novo com o velho, reformar sem destruir, compreendendo que, à luz do fenômeno da funcionalização da autonomia negocial às exigências constitucionais, o contrato será um projeto edificado por três atores: as partes, o legislador e o magistrado. Preserva-se a vinculatividade do contrato mediante a conciliação do útil e do justo. O *útil* representando o interesse econômico dos contratantes, e o *justo* simbolizando o interesse do ordenamento jurídico em que o negócio jurídico produza positiva repercussão social.

Converte-se o contrato em um processo dinâmico, complexo, de cooperação e confiança, em que a vontade das partes se mantém como a principal das fontes de determinação do regulamento contratual. Todavia, conjuntamente com a vontade das partes, normas legais e decisões jurisdicionais também são fontes *"heterônomas"* do regulamento contratual, para cuja concreta determinação podem, segundo as circunstâncias, concorrer em diferentes medidas. Assim, em sede de determinação do conteúdo contratual há uma dialética entre fontes de tipo diverso. De um lado, a fonte voluntária (que exprime e realiza a liberdade contratual dos particulares) e de outro, as demais fontes, exprimindo uma lógica e interesses tendencialmente antagônicos. A relação entre as diversas fontes não é estabelecida uma vez por todos,

25. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 296.

26. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*, op. cit., p. 140.

27. Como bem acentua Leonardo Beraldo, "é evidente que os contratos têm de ter força obrigatória, assim como a lei, pois, do contrário, de que valeria o contrato? Se não houvesse um dever de cumpri-lo, seria uma grande insegurança para toda a sociedade: do mais rico ao mais pobre. Assim, tal princípio nunca pode ser esquecido, mas, claro, deve respeitar o ordenamento jurídico, sob pena de ser extinto ou revisto pelo juiz" (*Função social do contrato*, op. cit., p. 15).

ela varia historicamente e, de acordo com o câmbio político, social e econômico, sofre diversas transformações.[28]

Para além das condições pessoais e situacionais da eficácia vinculativa do contrato, explica Joaquim de Sousa Ribeiro que na disciplina contratual passam a ser valoradas as condicionantes sistêmicas que envolvem a relação e nela se projetam. A liberdade contratual, por si só, não cumpre satisfatoriamente o seu papel, nem como instrumento de livre realização da pessoa, nem, consequentemente, como fator de uma ordenação congruentemente estabilizadora das expectativas de todos os atores sociais em presença.[29]

Cabe então avaliar os papéis da lei e do magistrado na composição do binômio autodeterminação/justiça contratual.

2.3.1 O papel da lei

Prefacialmente, é imperativo que se entenda o verdadeiro papel da lei como fonte heterônoma do regulamento contratual. A lei não restringe, limita ou amordaça a autonomia privada. Esta é uma visão datada – mais precisamente localizada na primeira metade do século XX – de publicização do direito privado, afeta ao Estado Social, de urgência de edição de normas de ordem pública interventivas na economia dos contratos. Nada obstante, naquele período correspondeu a uma exigência fundamental da sociedade civil, de reequilíbrio de crescentes desigualdades materiais advindas das novas técnicas massificadas de contratação. Isto explica no cenário nacional a edição de normas, como a lei de locações, a lei de usura, a CLT e outros regulamentos hábeis a resgatar importantes relações econômicas do arcabouço liberal e individualista do Código Civil de 1916.

De modo diverso, no Estado Democrático de Direito, o papel da lei é *conformar* os contratos às exigências solidaristas da Constituição Federal. O vocábulo conformar significa "fazer conciliarem-se duas coisas díspares".[30] Esta concordância entre o valor da liberdade e os Objetivos Fundamentais da República Federativa (art. 3º, I, CF) determina a chamada "ordem pública econômica constitucional".

O contrato é privado e social concomitantemente e é justamente na composição substancial de seu regramento que aflora o seu conteúdo legal. As manifestações da ordem pública constitucional não se constituem meramente em exceções à liberdade contratual, mas simplesmente parte da definição jurídica de contrato. A nova lógica de objetivação contratual deslocou da internalidade dos agentes para a objetividade da noção de equilíbrio econômico a situação contratual, compreendendo o contrato

28. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 137-140. O autor acresce ao elenco de fontes heterônomas *"os procedimentos das autoridades administrativas"*. Todavia, preferimos inserir estas regulações no conceito *lato sensu* de lei.

29. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 42.

30. *Dicionário Houaiss*, op. cit., p. 797.

como "operacionalizador jurídico das operações econômicas". A lei atua diretamente na construção do regramento contratual, assumindo caráter de fonte direta de seu conteúdo, vinculando as partes a seus termos, ainda que nada disponham neste sentido, ou que disponham de modo contrário, bem como revestindo de juridicidade as disposições de vontade que coadunem o justo e o útil. No primeiro sentido, a lei é fonte direta de obrigações e deveres, fonte da força obrigatória do contrato, construindo parte de seu conteúdo justo e útil. No segundo sentido, a lei será fonte indireta, tutelando a vontade disposta pelas partes, reconhecendo naquela o justo e o útil.[31]

É evidente que, tratando-se dos elementos essenciais que definem a própria lógica da operação, a sua substância e o seu porte, a determinação do conteúdo caberá aos interessados, não sendo assumida por uma fonte estranha, que acabaria por tornar-se autora e protagonista da operação contratual, árbitra dos interesses dos contraentes e neste sentido violadora de sua autonomia. Porém, existem elementos acessórios e não essenciais que podem ser objeto de determinação voluntária dos contratantes. Caso assim o façam, serão estas as regras que presidirão o regulamento contratual, mesmo não correspondendo ao esquema típico que abstratamente a disciplina contratual delineia como justa. Muitas vezes os interesses particulares na repartição de ônus, riscos e sacrifícios não se ajustam ao critério médio preconizado pelo legislador. Excepcionalmente, em caso de omissão dos contraentes, supletivamente atuará a disciplina legislativa, solucionando conflitos de interesses inspirados em critérios de razoabilidade. Quer dizer, para as lacunas do regulamento contratual, subsidiariamente provê a lei a *"justa regra do caso médio"*.[32] Ilustrativamente, colham-se no Código Civil os arts. 354, 406 e 448.

Todavia, para além das normas supletivas, existem aquelas normas caracterizadas pela inderrogabilidade. As normas imperativas tutelam interesses superiores, sobremaneira aqueles relacionados ao equilíbrio contratual, tendo como desiderato elidir o aprisionamento da parte mais frágil à discricionariedade do poder unilateral do contratante mais forte. Estas normas infraconstitucionais especificam a ordem pública constitucional de amálgama entre o útil e o justo. O seu desiderato é afastar cláusulas capazes de carimbar a operação econômica com desigualdade de direitos e obrigações, reproduzindo a assimetria de forças do mundo fático.

A ordem pública constitucional, concretizada nas normas imperativas infraconstitucionais, opera sob os aspectos negativo (de proteção) e positivo (de direção). Ora proíbe práticas e estipulações, estabelecendo claros limites à vontade das partes (casos em que atua negativamente, como no art. 51, do CDC), ora, determinando ou impondo estipulação, ou seja, fonte direta do conteúdo contratual que vincula as partes. Sob este aspecto (função positiva), a ordem pública promove a inserção

31. CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*, op. cit., p. 268-269.

32. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 146-148.

automática de cláusulas no contrato, como a garantia legal do artigo 24 do CDC. Em ambos os casos, a lei conforma imperiosamente o conteúdo do contrato, vinculando as partes.[33]

Extrapolando os exemplos situados nas relações de consumo, nos contratos interprivados, ressalte-se sob o ângulo negativo a norma do art. 424 do Código Civil: "são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". Na vertente positiva, tem-se a norma imperativa do art. 441, tutelando o contratante em face dos vícios redibitórios, mesmo diante de expressa cláusula de exoneração por parte do vendedor.

2.3.2 O papel do juiz

Além das normas imperativas que concretizam diretamente a ordem pública constitucional, a liberdade contratual é também modelada pela concreção por intermédio do juiz quando se aplicam as cláusulas gerais. Quando a norma intervém imediatamente na determinação do regulamento contratual, exprime a valoração e a escolha do legislador de modo suficientemente unívoco, reduzindo ao mínimo a possibilidade de valoração discricionária do julgador. De outro lado, estão as hipóteses nas quais a determinação do regulamento se procura através da aplicação de regras formuladas de modo genérico, elástico, impondo ao juiz um amplo poder de valoração autônoma. Nas *cláusulas gerais*, como a *equidade, a ordem pública ou os bons costumes*, a determinação do regulamento contratual se reconduz fundamentalmente à atividade valorativa do juiz.[34]

Adotamos o conceito de cláusulas gerais fornecido por Gustavo Tepedino: "Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas."[35]

Após conceituar o sistema como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito, Claus-Wilhelm Canaris identificou a oposição entre o sistema aberto e o fechado como a diferença entre uma ordem jurídica apoiada na jurisprudência, em contraposição a uma ordem governada pelo ideal da codificação, entendendo-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema, que o impregnam de dinamicidade em desenvolvimento paulatino e contínuo.[36]

33. CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*, op. cit., p. 271.
34. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 167.
35. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*, op. cit., p. XIX.
36. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 104.

Pautados no racionalismo e na concepção do direito como sistema sujeito a um método dogmático e conceitual os códigos oitocentistas eram ordens fechadas e rígidas, impermeáveis a qualquer forma de integração às inovações econômicas e sociais. O formalismo jurídico se caracterizava por uma atividade axiomático-dedutiva, na qual, pela aplicação da técnica regulamentar, o magistrado praticava uma atividade lógico-formal de subsunção do fato à norma, restringindo-se à pura exegese.

Todavia, o Código Civil de 2002 enseja substituição metodológica. O seu maior diferencial em relação ao predecessor é justamente a adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da tradicional técnica regulamentar. Enfim, uma espécie de técnica legislativa mista. Trata-se de normas descritivas de valores. Não impõem comportamentos, tampouco estipulam consequências jurídicas determinadas. Com efeito, elas não pretendem dar respostas a problemas, pois este papel incumbirá paulatinamente à jurisprudência.

Nessa trajetória, o maior contributo ao desenvolvimento do tema das cláusulas gerais no direito brasileiro é o de Judith Martins-Costa.[37] Após enfatizar a sua condição de disposições normativas que utilizam uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluida" ou "vaga", com ampla extensão de conteúdo semântico, a autora frisa a aptidão conferida ao juiz para desenvolver normas jurídicas "mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada a ressistematização desses elementos no interior do ordenamento jurídico".

Forte em Erik Jayme, Cláudia Lima Marques identifica a técnica das cláusulas gerais como uma das características da cultura pós-moderna. Em sociedades plurais, o diálogo entre as diversas fontes é que legitimará o consenso. O direito é um instrumento de comunicação por excelência e método de legitimação que investiga, na ética, na filosofia e em outros elementos exteriores ao sistema, novos elementos que possam fundamentar argumentações jurídicas. Assim, "haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas".[38]

Portanto, uma excelente maneira de delinear as cláusulas gerais é exatamente imaginá-las como técnica de legislar oposta à casuística, sendo cediço configurar-se esta pela regulação típica de matérias mediante delimitação por *fattispecie*. Aplica-se

37. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção, op. cit., p. 28.

38. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de *time-sharing* e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 22, op. cit., p. 67-68. A autora se refere ao pós-moderno como *le retour des sentiments*, pela volta de uma certa emocionalidade ao discurso jurídico.

a norma mediante o processo conhecido como subsunção, evitando-se a amplitude das generalizações. O direito é linguagem, porém, não a narrativa dos que falaram no passado (legislador), mas a linguagem dos destinatários da norma, das pessoas com quem a norma dialoga atualmente. Destarte, é fundamental buscar o significado jurídico da norma segundo valores, pois uma norma jurídica sem efetividade não é mais uma norma jurídica, pois perdeu a sua validade. Ilustrativamente, o direito se equipara a um rádio. Estruturalmente pode ser adequado, mas só será funcional se captar as emissoras. Enfim, quem fala uma linguagem que ninguém entende nada fala.

Nesse sentido, Miguel Reale[39] remete à fundamentalidade da diretriz da eticidade para, mediante as cláusulas gerais, "prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permitam chegar-se à 'concreção jurídica', conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa".

Diante de um sistema relativamente aberto e móvel, poderiam alguns temer a adoção das cláusulas gerais, por um apelo à discricionariedade e pela criação de um "direito dos juízes". Não obstante, o juízo de valor do magistrado não é a tomada de posição conforme ato interno ou mero sentir irracional.[40] Torna-se imprescindível a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição, concedendo-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional. Qualquer narrativa só será persuasiva se permitir a atuação de uma jurisprudência comprometida com as opções valorativas da sociedade.

Essa é a única maneira de assegurar a própria efetividade da Constituição e, a partir dela, de todas as normas do ordenamento jurídico, para que a realidade social seja aferida segundo padrões de normalidade jurídica. Para que o trabalho de interpretação da cláusula geral seja legítimo, há de ser racional, objetivo e controlável, pois nada se coaduna menos com a ideia do Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado que esteja acima dos critérios de interpretação.[41]

Caberá ao intérprete a obra de integração do sistema jurídico, em consonância com a axiologia constitucional. Pode-se cogitar de uma heteronomia na criação do direito: a contribuição genética do legislador, como fecundante da norma; posteriormente, a atividade conformadora do operador do direito, funcionalizando a norma, conferindo-lhe atualidade. Um constante devir, em que a norma concebida na sociedade a ela sempre retorna.

39. REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil, *Revista dos Tribunais*, nº 752, op. cit., p. 23-30.

40. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*, op. cit., p. XXI.

41. COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, op. cit., p. 68-69.

Ao laborar com normas imperativas reveladas por cláusulas gerais como as da função social do contrato (art. 421, CC), da boa-fé objetiva (art. 422, CC) e do equilíbrio contratual (art. 478, CC), promove-se a concretização da ordem pública constitucional pela conformação do útil ao justo. Exemplificando, verificando o magistrado que um negócio jurídico não atende à cláusula geral da função social (art. 422, CC), poderá, conforme as circunstâncias, invalidar o negócio jurídico (art. 2.035, parágrafo único, CC), retirar parte de sua eficácia, aplicar a resolução (art. 478, CC) ou mesmo apenas interpretá-lo de forma a cumprir a sua função social. Variadas são as soluções, pois a cláusula geral da boa-fé exercitará uma função individualizante, cunhando a *"norma do caso"*. Certamente o juiz será guiado por um catálogo jurisprudencial elaborado para atender a casos análogos.

Por óbvio, há de ser realizada rápida digressão ao fundamental papel do magistrado no CPC/15, na concretização dos direitos fundamentais que remetam a um processo justo. E naquilo que imbrica o direito material e o processo, prioriza-se o *direito à tutela adequada e efetiva* (art. 3, CPC/15). O processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material, deve se organizar em torno da situação jurídica substancial que se pretenda proteger judicialmente. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para a partir daí estruturar-se um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo. A efetividade da tutela jurisdicional concerne à necessidade do resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material, propiciando-se às partes sempre tutela específica em detrimento da tutela pelo equivalente.[42]

Destarte, o contrato ainda possui força obrigatória, que agora significa a vinculação para o cumprimento de seu conteúdo, a ser definido ora pela lei, ora pelo juiz, ora pelas partes, pois as fontes da obrigatoriedade são plúrimas. Com esmero, pondera Daniel Sica da Cunha[43] que, "se o contrato é a veste jurídica das operações econômicas, cosido é por diversos alfaiates, que entre si conversam para produzir a mais fulgurante vestimenta".

42. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Os autores explicam que "O juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo, uma cláusula geral pautada pela colaboração do juiz com as partes (art. 6., CPC). O magistrado é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento de imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5, XXXV, CF e 3. CPC/15), em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas (art. 5., I, CF e 7., CPC), em contraditório (arts. 7, 9 e 10 CPC/15), com ampla defesa, em que todos os pronunciamentos sejam previsíveis, confiáveis e motivados (art. 489, § 1º, CPC/15), com duração razoável (art. 4, CPC/15)". In, O Novo Código de Processo Civil, p. 94/5.

43. CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*, op. cit., p. 283-284.

3. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

"De todas as palavras que eu te falei
Apenas uma delas você guardou
Era amor a palavra, isso eu pensei...
Mas foi 'confiança' aquela que você lembrou
Confiança... que você lembrou."

(Nenhum de Nós, *Confiança*, de Thedy Corrêa)

3.1 A boa-fé – histórico

O magnífico êxito da boa-fé como regra de conduta nas codificações modernas será aqui brevemente revisto em sua trajetória, com espeque nos modelos romano, francês e alemão.[44]

Associa-se a gênese da boa-fé ao direito romano. O sistema romano se caracterizava como um sistema de ações, e não de direitos, sobremaneira no período clássico, em que surgem os *iudicia bonae fidei*. Judith Martins-Costa referencia-os como procedimentos perante o juiz, nos quais se sentenciava, com arrimo na boa-fé, no campo dos negócios jurídicos, nas hipóteses em que não havia texto expresso em lei, conferindo-se ao magistrado um especial mandato para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas.[45]

O Ministro José Carlos Moreira Alves[46] – a quem se atribui a paternidade da parte geral do Código Civil de 2002 – assevera que a *bona fides* no direito romano das obrigações significava a fidelidade à palavra dada com o dever de cumprimento da promessa. A sua função consistia em exigir que os contratantes atuassem sem dolo e segundo o critério de relações leais, exigindo comportamento honesto 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.

Note-se que o *jus civile* – restrito aos cidadãos romanos – introduziu disciplina obrigacional formalmente rígida, típica de uma sociedade fechada. Com o tempo, a necessidade de comércio com outros povos propiciou o incremento do *jus gentium*, aplicável indistintamente a romanos e estrangeiros. O *jus gentium*, baseado em usos e costumes comerciais, representou o campo propício ao incremento da boa-fé,

44. Socorremo-nos da advertência de Fernando Noronha: "Atualmente, falar na boa-fé é desafio que seria insensatez acreditar poder resolver em duas ou três dúzias de páginas. Como, porém, é necessário abordar o tema, tentaremos um esforço de síntese, cujo sucesso antecipadamente sabemos incerto" (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 129).

45. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 122.

46. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 120-121.

pois nas relações informais era fundamental a lealdade à palavra empenhada. Com a substituição do fundamento de validade das relações contratuais da forma para o consentimento é que verdadeiramente a *fides* passa a ser qualificada como *fides bona*.

É possível, então, aferir a proximidade entre os *iudicia bonae fidei* e o princípio da boa-fé objetiva do direito das obrigações como espécie de cláusula geral a ser atuada pelo magistrado diante do caso concreto.[47] Em valioso estudo sobre a boa-fé no direito romano, Francisco Amaral constata que o critério de valoração judicial das circunstâncias concretas nas ações de boa-fé demonstrava que ela já detinha o propósito de correção e lealdade, com valorização do comportamento das partes, sentido este desenvolvido pelo direito moderno no setor dos negócios jurídicos.[48]

Avançando no tempo,[49] a boa-fé também se tornou uma presença no pensamento jurídico da Igreja. A boa-fé canônica se traduziria na ausência do pecado, na linha de valores do cristianismo. Ao contrário do direito civil romano – no qual a boa-fé se aplicava à posse e às obrigações –, o direito canônico estendeu a boa-fé aos *nuda pacta*, ou seja, os acordos meramente consensuais por ela também seriam abrangidos, em virtude da transcendência do respeito pela palavra dada. A boa-fé adquire uma dimensão ética e axiológica por se situar em uma escala que traduz a concretização da lei divina.

Embora de origem remota, a boa-fé apenas ressurge no Código Napoleônico de 1804,[50] prenunciando o que atualmente entendemos por boa-fé objetiva, na letra do art. 1.134, *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

Apesar do fascínio exercido pelo *Code*, a explícita menção à boa-fé não logrou desenvolvimento no direito francês, uma vez que o rigor lógico do método da exegese privava o magistrado da possibilidade de interpretar, reduzindo a ciência do direito a um diálogo com o texto legal.

Outrossim, o princípio da boa-fé restava inteiramente absorvido pela hegemônica atuação do dogma da autonomia da vontade. Era evidente o fascínio dos cultores

47. Miguel Reale aborda com maestria o direito como experiência e observa a origem desta concepção em Roma: "sempre me impressionou o fato de que o povo criador do Direito (Romanos) não foi um escravo da lei, como mandamento do Estado, mas antes um criador de fórmulas ordenadoras no bojo da sociedade civil mesma; na medida em que os fatos iam ditando, e a necessidade ia exigindo soluções normativas, eram os jurisconsultos que forneciam aos litigantes a fórmula *juris* que o *praetor* convertia em norma *juris* através de sua decisão" (*O direito como experiência*, op. cit., p. 32).

48. AMARAL, Francisco. *A boa-fé no processo romano*, op. cit., p. 44. A origem do termo é atribuída ao culto à divindade *fides*, afiançadora da equidade nas estipulações verbais e de seu cumprimento no templo do capitólio.

49. CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 153-154.

50. Nesse sentido, Antônio Menezes Cordeiro aduz que, "depois do *Digesto*, em 532, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleão, em 1804. A referência a ambas essas datas tem um sentido formal: o Digesto é a cristalização, em certos moldes, do Direito romano; o código Napoleão é o formar, também em parâmetros determinados, do Direito europeu anterior" (*Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 226).

do direito pela primeira parte do citado art. 1.134, "As convenções legalmente formadas têm lugar de lei entre as partes" (alínea *a*), com o desprezo pela parte final do dispositivo (alínea *c*), que fazia alusão à boa-fé. Ou seja, do ideário clássico da revolução francesa, "liberdade, igualdade e fraternidade", a burguesia se apossou dos dois primeiros valores e comodamente se esqueceu do dever de solidariedade, que apenas ressurgiu 150 anos após.

Enfim, a fusão entre a redutibilidade positivista e o anseio da classe dominante pela irrestrita liberdade de contratar adiou o desabrochar das potencialidades contidas na boa-fé objetiva, o que apenas se deu no direito germânico.

Com efeito, é na Alemanha da Idade Média que nasce a formulação da boa-fé que perduraria até a codificação de 1900 e, posteriormente, migraria para as outras codificações romanísticas. Explica Menezes Cordeiro que *Treu und glauben* exprime, em linguagem comum escrita, as correspectivas noções de lealdade e crença/confiança que devem presidir as relações negociais. O emprego jurídico dos termos é documentado desde o século XIV, separadamente, e não muito adiante, de forma conjunta em uma fórmula par.[51]

Conforme o exposto no § 242 do BGB de 1900, "o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego".

Há de se perceber que o pandectismo germânico concebeu o Código em atenção a um sistema fechado, não sendo formulado o aludido dispositivo com a intenção de proceder a uma reconstrução do direito obrigacional. Portanto, em um primeiro momento, a boa-fé não logrou concretude. Como pondera Clóvis do Couto e Silva, jamais se cogitou em conceder ao juiz a função instrumental de criar o direito por meio de poderes extraordinários, reduzindo-se os rigores da aplicação do direito estrito. O §`242 apenas servia como reforço material aos contratos, conforme o § 157, que se referia à tradicional regra da interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé e os costumes do tráfego.[52]

Por excepcional obra da doutrina, contudo, e, sobremaneira, da jurisprudência alemã nos anos que seguiram a Primeira Guerra Mundial, o princípio da boa-fé se liberta da concepção axiomática originária, sendo preenchido e sistematizado pela criativa atuação dos tribunais, traduzido em juízos de valor e fonte autônoma de direitos e obrigações.[53]

51. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 166. A respeito do sentido da expressão "fórmula par", adverte o autor que "a copulação visa reforçar o sentido comum dos pares, ou alterar o sentido de um deles, em função do outro, quando comportem significados diferentes".

52. COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, op. cit., p. 33.

53. Menezes Cordeiro se refere à evolução da boa-fé no direito alemão em três fases: até a Primeira Guerra, a fase concepcional; de então até o final dos anos 30, o preenchimento quantitativo do conceito; finalmente, em uma terceira fase ainda em curso a sistematização, com ordenação dos âmbitos de regulação do § 242 (*Da boa-fé no direito civil*, p. 332).

No Código Civil italiano de 1942, várias disposições concretizam a boa-fé, cunhando um moderno modelo que se tornou precursor do princípio em outros ordenamentos. O art. 1.175 aduz que credor e devedor devem se comportar pela regra da *correttezza*, exprimindo, em vernáculo, correção e seriedade. O art. 1.176 demanda diligência no adimplemento, referindo que, "ao adimplir a obrigação o devedor deve usar a diligência do bom pai de família". Para a fase pré-contratual, releva a cláusula geral do art. 1.337, ao proclamar que "as partes, no desenvolvimento das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé". Por fim, o art. 1.336 dispõe que o contrato será interpretado segundo a boa-fé. Portanto, a confiança será o critério dominante para a consideração de qualquer negócio jurídico.

Os códigos europeus, na sua quase totalidade, incorporaram o princípio da boa-fé, mesmo que nem em todos a sua aplicação prática possua o mesmo papel fundamental do § 242, BGB. Após destacar a força motriz da boa-fé e o seu papel fundamental para o desenvolvimento de um direito comum, na perspectiva de uma gradual formação de um direito privado europeu, Reinhard Zimmermann acentua que a boa-fé é enaltecida nos princípios de direito contratual europeu, sobremaneira pela cláusula geral do art. 1.106, segundo a qual, no exercício dos direitos e em cumprimento de suas obrigações, cada parte deve se comportar de acordo com os mandamentos de boa-fé e negociação leal.[54]

3.2 Noções preliminares

Há de salientar que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio. A boa-fé subjetiva prossegue a sua trajetória no Código Civil de 2002, principalmente nos arts. 1.201, 1.214 e 1.219, como exata dimensão da convicção interna do possuidor sobre a ausência de defeitos em sua posse. Não se olvide ainda do casamento putativo contraído pelo cônjuge de boa-fé, residindo a sua subjetividade na ignorância do cônjuge sobre a invalidade do matrimônio em decorrência da atuação do outro cônjuge (art. 1.561, CC). "Mesmo no amplo setor obrigacional não há óbice à incidência da boa-fé subjetiva, como se extrai da intelecção do art. 765 do Código Civil, dedicado ao contrato de seguros."[55]

54. ZIMMERMANN, Reinhard. *Estúdios de derecho privado europeo*, op. cit., p. 114. O autor afirma que uma das principais funções dos PECLs (*Principles of European Contract Law*) é levar a cabo uma função de mediação entre o *common law* e os ordenamentos jurídicos continentais da *civil law*.

55. STJ. "1. O contrato de seguro é baseado no risco, na mutualidade e na boa-fé, que constituem seus elementos essenciais. Além disso, nesta espécie de contrato, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes. 2. A seguradora, utilizando-se das informações prestadas pelo segurado, como na cláusula de perfil, chega a um valor de prêmio conforme o risco garantido e a classe tarifária enquadrada, de modo que qualquer risco não previsto no contrato desequilibra economicamente o seguro, dado que não foi incluído no cálculo atuarial nem na

Em sentido diverso, o princípio da boa-fé objetiva – localizado no campo dos direitos das obrigações – é o objeto de nosso enfoque. Trata-se da "confiança adjetivada", uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

A boa-fé objetiva pressupõe: (a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; (b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias;* (c) reunião de condições suficiente para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.[56]

De forma concisa e objetiva, Fernando Noronha alude à distinção entre a boa-fé subjetiva e a objetiva: "A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio."[57]

Conforme pondera Cláudio Godoy, "alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva)".[58]

---

mutualidade contratual (base econômica do seguro). 3. A má-fé ou a fraude são penalizadas severamente no contrato de seguro. Com efeito, a fraude, cujo princípio é contrário à boa-fé, inviabiliza o seguro justamente porque altera a relação de proporcionalidade que deve existir entre o risco e a mutualidade, rompendo, assim, o equilíbrio econômico do contrato, em prejuízo demais segurados. 4. A penalidade para o segurado que agir de má-fé, ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio, é a perda do direito à garantia na ocorrência do sinistro (art. 766 do CC). E assim é porque o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes (art. 765 do CC). 6. Retirar a penalidade de perda da garantia securitária nas fraudes tarifárias (inexatidão ou omissão dolosas em informação que possa influenciar na taxa do prêmio) serviria de estímulo à prática desse comportamento desleal pelo segurado, agravando, de modo sistêmico, ainda mais, o problema em seguros de automóveis, em prejuízo da mutualidade e do grupo de exposição que iria subsidiar esse risco individual por meio do fundo comum" (REsp 1419731/PR, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3 – Turma, *DJe* 9.9.2014).

56. SILVA, Agathe E. Schmidt da. *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*, op. cit., p. 143.

57. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 132.

58. GODOY, Cláudio. *A função social do contrato*, op. cit., p. 104. Aliás, em famoso episódio, o cantor "Zeca Pagodinho" rompeu o contrato com a empresa A e se vinculou à empresa B, sua concorrente. Alegou o músico que não sabia de seu compromisso de exclusividade com a empresa. Não obstante a eventual presença da boa-fé subjetiva, há flagrante quebra do princípio da boa-fé objetiva.

Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. O contrário da boa-fé subjetiva é a má-fé; já o agir humano despido de lealdade e correção é apenas qualificado como carecedor de boa-fé objetiva. Tal qual no direito penal, irrelevante é a cogitação do agente.

Exemplificando, o possuidor de boa-fé (subjetiva) será indenizado pelas benfeitorias necessárias e úteis – e enquanto o retomante não providenciar o seu pagamento, terá aquele o direito de retenção sobre as aludidas benfeitorias (art. 1.219, CC). Contudo, qual é a extensão do direito de retenção? A retenção não é um direito ilimitado sobre a coisa, mas mera garantia de pagamento de caráter temporário. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao retentor o dever de não usar a coisa, impedindo ainda que a retenção não se estenda por prazo indeterminado e interminável. A retenção abusiva não põe fim ao direito de crédito dos retentores, não põe fim à sua garantia, mas gera o dever de indenizar o proprietário como se aluguel houvesse.[59]

Assim, afigura-se justo que o recorrente deva pagar pelas acessões introduzidas, de boa-fé, no terreno e que, por outro lado, os recorridos sejam obrigados a pagar um valor, a ser arbitrado, a título de aluguel, pelo uso do imóvel. Os créditos recíprocos haverão de ser compensados de forma que o direito de retenção será exercido no limite do proveito que os recorridos tenham tido com o uso da propriedade alheia.

De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e na retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura. Seria, em uma última instância, a tradução

59. STJ – Informativo nº 0370 Período: 29 de setembro a 3 de outubro de 2008. Terceira Turma: "DIREITO. RETENÇÃO. BENFEITORIAS. ALUGUEL. Os recorridos adquiriram de boa-fé o terreno em questão. Nele construíram sua residência. No entanto, o recorrente ajuizou contra eles ação reivindicatória, resolvida pela celebração de transação (homologada por sentença), a qual regulava o direito de retenção: os recorridos obrigavam-se a entregar o imóvel após serem indenizados pelas benfeitorias construídas. Não se estipulou, na oportunidade, qualquer valor a título de aluguel pelo tempo que durasse a retenção. Arbitrado judicialmente o valor das benfeitorias (R$ 31.000,00), o recorrente alegou não ter como ressarci-las por falta de condições econômicas para tanto. Permaneceram os recorridos na posse e uso do imóvel. Contudo, a doutrina admite que, apesar de não ser obrigado a devolver a coisa até que se satisfaça seu crédito, o retentor não pode utilizar-se dela. Assim, é justo que o recorrente deva pagar pelas acessões introduzidas de boa-fé, mas também que os recorridos sejam obrigados a indenizá-lo pelo uso do imóvel (valor mensal a ser arbitrado em liquidação, devido desde a data da citação). A jurisprudência deste Superior Tribunal já admite semelhante solução na hipótese relacionada com a separação ou o divórcio, enquanto um cônjuge permanece residindo no imóvel do outro. Por fim, os créditos recíprocos deverão ser compensados de forma que o direito de retenção seja exercido no limite do proveito que os recorridos têm com o uso da propriedade alheia. Anote-se que a retenção não é um direito absoluto ou ilimitado sobre a coisa, mas mera *retentio temporalis*: os princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, ao mesmo tempo em que impõem ao retentor o dever de não usar a coisa, determinam que a retenção não se estenda por prazo interminável." Com esse entendimento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso (REsp 613.387-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi).

no campo jurídico do indispensável cuidado e da estima que devemos conceder ao nosso semelhante.[60]

No particular, Díez-Picazo[61] assinala que boa-fé e lealdade são conceitos distintos, mas que a tradição tratou de equiparar. O uso da dupla terminologia tem por objetivo facilitar a concreção do princípio naqueles idiomas em que a boa-fé não compreende ambas as coisas e resulta necessário falar de confiança e lealdade (como na Alemanha). Em termos gerais, a boa-fé radica no sentido subjetivo, fazendo referência à representação mental do indivíduo que atua honestamente sem lesar os direitos alheios. Já a ideia de lealdade é a observância de regras objetivas independentemente de qualquer consciência, intenção ou posição jurídica subjetiva.

Cada um deverá guardar fidelidade à palavra dada e não defraudar ou abusar da confiança alheia, pois, segundo Larenz, ela é o cimento de todas as relações humanas, envolvendo aí, além das obrigações, qualquer espécie de vinculação jurídica, como no direito das coisas, no direito processual e no direito público.[62] Com efeito, apesar de as regras de direito privado sancionarem a má-fé do possuidor, o sistema propicia uma abertura para a atuação do princípio da boa-fé objetiva no direito das coisas, em caráter de complementaridade.

O direito privado possui dois alicerces: a autonomia privada e a confiança. Aquela apela à autodeterminação e ao poder dos sujeitos de regulação de interesses nos limites dados pelo ordenamento. Já a confiança recorre à responsabilidade individual, pois valoriza o reflexo de nossas condutas sobre terceiros, incitando a dimensão solidária do direito. A confiança converte o contrato em um espaço de cooperação e respeito pelo próximo, fortalecendo a segurança jurídica à medida que conduz cada contratante a se pautar por uma atuação refletida, refletindo no *alter*, no parceiro contratual.

A boa-fé objetiva historicamente se desenvolve em nações que prestigiam a autonomia privada, ou seja, o "comércio", como força capaz de promover a cooperação intersubjetiva. O psicólogo Steven Pinker[63] relata que a possibilidade de fazer negócios com estranhos é um poderoso agente de solidariedade, pois desde a antiguidade foi um elemento capaz de aproximar grupos humanos não aparentados. Durante a maior parte de nossa história evolutiva, sempre valeu a pena massacrar a tribo vizinha, desde que o fizéssemos em relativa segurança. A existência de outros

60. Outra interessante diferença entre boa-fé subjetiva e objetiva é encontrada em Jorge Cesa Ferreira da Silva, para quem, na primeira acepção, "é ela um elemento de suporte fático, na medida em que se apresenta como um dos condicionantes da consequência jurídica descrita na norma". Já a boa-fé objetiva é norma diretamente aplicável, pois o que interessa "é a relação da conduta do sujeito com aquela devida conforme o padrão boa-fé" (Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*, op. cit., p. 116-117).

61. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 157.

62. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 140-141. No tocante à boa-fé no direito público, temos aqui a excelente obra de Edílson Pereira Nobre Júnior: *O princípio da boa-fé e a sua aplicação no direito administrativo brasileiro* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002).

63. PINKER, Steven. *Como a mente funciona*, op. cit., p. 80-82.

clãs representava um risco a nossa integridade. O contrato altera esta matemática perversa. A possibilidade de trocar bens faz com que o outro adquira valor para mim. Já não vale a pena eliminá-lo. O jogo de soma zero dá lugar a uma soma positiva. Portanto, a boa-fé objetiva não nos fará ingenuamente "amar" o outro contratante – este altruísmo reservamos aos filhos –, mas acarreta um progresso moral que no campo social significa mais segurança jurídica.

Indubitavelmente a boa-fé objetiva promove o princípio da segurança jurídica, afinal ela preserva a coerência e estabiliza expectativas nos comportamentos sociais, evidenciando o elemento moral do contrato. "A conduta esperada é a conduta desejada". Em outras palavras, conforme os tribunais proferem decisões indicando os comportamentos esperados para as relações econômicas, naturalmente o mercado e os particulares tenderão a adaptar os seus procedimentos, conformando a condução de seus usos e negócios às expectativas sociais, propiciando estabilidade no tráfego.

Em uma análise cara a *law and economics*, os custos de transação tendem a reduzir-se em mercados de ambiente institucional marcados pela fidúcia, nos quais os agentes econômicos confiam na retidão do comportamento dos outros, ou seja, em que se pode legitimamente esperar/prever a adoção de determinadas atitudes pelos parceiros comerciais. A previsibilidade do comportamento dos agentes aumenta o grau de segurança e, consequentemente, reduz a preocupação durante a celebração e execução do negócio. O comportamento honesto implica economia tanto para o agente quanto para o mercado como um todo. Aliás, na perspectiva do direito empresarial, agir de acordo com a boa-fé *significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado, sempre de acordo com o direito.*[64]

O grande desafio relacionado ao princípio da boa-fé concerne à sua mais exata concreção. A sua valoração terá em conta as circunstâncias objetivas do caso, plenamente apreciado em suas particularidades. Ao aplicar a boa-fé, o magistrado não deve adotar um *"sentimento jurídico"* segundo um "critério de equidade". Onde existir um vínculo jurídico especial, a boa-fé alcançará as peculiaridades dos casos. Todavia, se não houver essa especial relação entre as partes, a conduta humana será avaliada pelo respeito aos bons costumes como exigência mínima, derivada da condição social do homem, a ser observada em qualquer atuação social.

Por isto devemos apartar a boa-fé das noções de equidade e bons costumes. O princípio da boa-fé é justificado sistematicamente, sendo capaz de enunciar comportamentos concretos. A outro turno, a equidade ignora regras técnicas e instrumentais, pois apela a "sentimentos jurídicos", tratando-se de um princípio que permite ao

64. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*, op. cit., p. 95-99. No que tange ao ambiente institucional de confiança a doutrinadora traz à colação exemplo de Lisa Bernstein sobre o funcionamento do mercado de diamantes em Nova York: "quando as partes acordam a venda de uma pedra, apertam-se as mãos e pronunciam a frase Mazel und broche (boa sorte e bençãos). O agente que pronunciar estas palavras e não respeitar o compromisso, será penalizado inclusive mediante a perda de sua reputação. Dessa forma um comerciante é levado a confiar no outro – mesmo porque pode racionalmente crer que o sistema garante o cumprimento do pacto em caso de inadimplemento" (op. cit., p. 97).

aplicador da norma a possibilidade de abrandar o seu rigor, aproximando o direito da ideia de justiça. Comparativamente aos bons costumes, os requisitos da boa-fé são mais rígidos, pressupondo uma especial confiança entre as pessoas que intervêm na relação jurídica concreta. Já os bons costumes remetem a algo exterior ao direito e limitado à autonomia privada, já que, ao contrário da boa-fé, eles não prescrevem comportamentos, mas proscrevem condutas ofensivas à moral média. Enfim, nem toda infração à boa-fé é contrária aos bons costumes, mas a recíproca não é verdadeira, pois toda conduta imoral representa uma ofensa à boa-fé.

A boa-fé é, portanto, adaptável e proteiforme, uma vez que o seu conteúdo será inferido por juízos valorativos animados pelo tempo, pelo espaço e pelas pessoas que figuram na relação. Esse juízo parte da aferição do setor social a que correspondem os participantes da relação, os seus usos e as suas concepções cristalizados no tráfego jurídico. Com base nessas referências, será possível verificar a compatibilidade entre a atuação humana concreta e as supremas exigências de justiça.

A boa-fé propicia o alargamento do horizonte contratual, extravasando o perímetro da relação e dos fatores situacionais que só a ela respeitam, para se estender aos dados estruturais que a condicionam e modelam. Quer dizer, suprime-se a máscara abstratizante da "pessoa", que a todos iguala, entrando em cena a categoria em que o sujeito está inserido (inquilino, consumidor, segurado, turista) e as práticas negociais aplicáveis àqueles que executam esta posição econômica. Ao lado da disciplina do ato, surge a disciplina da atividade em que ele se integra. O comportamento dos contratantes é aferido tendo como referência as condicionantes sistêmicas da instituição "mercado". Esta é a forma de visualizar os fatores materiais que, na esfera do real, condicionam e diferem a capacidade efetiva de categorias de sujeitos defenderem interesses próprios em seus atos de autonomia privada.[65]

Para descobrir a boa-fé no caso concreto, objetiva-se a situação – livrando-a dos aspectos subjetivos – indagando-se: qual seria a conduta confiável e leal conforme os padrões culturais incidentes no tempo e no lugar? Diante da resposta, cumpre observar se os contratantes observaram ou não o aludido padrão.

Enfim, a boa-fé é um arquétipo ou modelo de comportamento social que nos aproxima de um conceito ético de proceder de forma correta. Toda pessoa deverá ajustar o seu agir negocial a este padrão objetivo. A conduta esperada é a conduta devida, de acordo com parâmetros sociais. A boa-fé consiste em uma ideia que insere uma suavização e uma correção em uma inteligência demasiadamente estrita do princípio do *pacta sunt servanda*, introduzindo modulações que possam ser exigidas nas circunstâncias do caso concreto. Trata-se de uma fórmula indutora de uma certa dose de moralização na criação e no desenvolvimento das relações obrigacionais, propiciando a consideração por uma série de princípios que a consciência social demanda, mesmo que não estejam formulados pelo legislador ou pelo contrato.

65. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 220-221.

3.3 A boa-fé como modelo no Código Civil

Miguel Reale aborda os modelos jurídicos como "*estruturas normativas*", talhadas na concretude da experiência humana. O direito objetivo é formado por variadas fontes, pois várias são as estruturas de poder que atuam com legitimidade. Essas fontes normativas produzem modelos sancionatórios dinâmicos que não são meras formas lógicas, mas formas de experiência concreta. Cada modelo pode agrupar um conjunto de regras interligadas que compõem uma unidade lógica de sentido, em decorrência de fatos ou valores abstraídos da realidade social.[66]

Ao dissertar sobre a expressão do culturalismo de Miguel Reale no novo Código Civil, Gerson Branco aduz que a linguagem do novo Código Civil foi elaborada para que a comunidade jurídica – ou os "operadores do direito" – desempenhe papel ativo na determinação do sentido das normas jurídicas, consubstanciando-se, pois, um sistema aberto: "A diferença entre o conceito de modelo adotado por Miguel Reale e os institutos jurídicos é a natureza prospectiva do modelo, enquanto os institutos jurídicos têm um caráter estático adequado ao método exegético."[67]

O Código Civil de 2002 traduz a experiência jurídica brasileira, traça um quadro de nosso País, ao contrário do Código Beviláqua, inspirado em modelos do século XIX, de outras nações. Este estado de coisas gerou uma crise do modelo jurídico, que se reflete no cotidiano das pessoas, pois as escolas formalistas do direito – incluindo-se aí o positivismo – tratavam o direito como uma concepção exclusivamente técnica, descurando-se de sua vertente ética, de verdadeiro reflexo da cultura jurídica da experiência de uma sociedade (ser) e instrumento hábil a sua transformação (dever ser).

O gosto disseminado do legislador e da doutrina pela leitura exegética do direito privado e a privação de um real direito constitucional por mais de 20 anos, em virtude de um regime de exceção, foram fatores responsáveis pelo engessamento da boa-fé e pelas suas raras aparições em textos e decisões anteriores à Constituição Federal de 1988.[68]

A edição do Código de Defesa do Consumidor representou um corte epistemológico, pois a boa-fé assumiu a posição de modelo de comportamento no direito brasileiro (art. 4º, III, CDC). Mas o que se pretendeu com a inserção definitiva da boa-fé no Código Civil é que os operadores do direito possam apoiar argumentações há muito desenvolvidas (*v. g.* adimplemento substancial, teoria da base objetiva do negócio) em normas expressas em código.

A boa-fé funciona como modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, devendo o princípio ser articulado de forma coordenada às outras normas integrantes do ordenamento, a fim de lograr adequada concreção. Reportando-se a

66. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 186.

67. BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*, op. cit., p. 32.

68. Nesse período, como marco isolado, a fundamental obra de Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, tese de livre-docência defendida na década de 1960 (São Paulo: Bushatsky, 1976).

boa-fé a valores e expectativas compartilhados em uma comunidade, necessariamente haverá um balanceamento entre os interesses privados dos contratos e outros objetivos da sociedade, sobremaneira o bem-estar dos indivíduos. Tal equilíbrio é dimensionado pela via da boa-fé, ao equilibrar princípios e contraprincípios, amenizando a tensão entre polos e direções. A boa-fé determina que o direito contratual deva ser controlado, e o exercício do poder limitado, de modo a se atingir em parâmetros de decência.[69]

A profícua sistematização da boa-fé requer a sua divisão em três setores operativos aptos a expor a sua multifuncionalidade: (a) função interpretativa; (b) função integrativa; (c) função de controle. No Código Civil, a boa-fé na esfera dos negócios jurídicos poderá ser vislumbrada em cada uma das referidas acepções. De qualquer jeito, temos em mira que, em qualquer das três funções concedidas à boa-fé, residirá um confronto entre a atividade judicial de aplicação do princípio e o direito positivado na norma.

No plano hermenêutico da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento ao ordenamento jurídico, o art. 113 do Código Civil dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. O magistrado não apelará a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente às convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida.

Adiante, como estabelecido no art. 422, as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Aqui prosperam os deveres de proteção e cooperação com os interesses da outra parte – deveres anexos ou laterais –, o que propicia a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte, estendendo-se às fases pré e pós-contratual. É o objeto de nosso próximo capítulo.

Relativamente à chamada "função de limite" ao exercício de direitos subjetivos, declara o art. 187 do novo Código Civil que comete ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé. O princípio atua como máxima de conduta ético-jurídica. O problema aqui posto é o do abuso do direito. O juiz poderá decidir além da lei, observando os limites sociais dos direitos subjetivos privados em contraposição ao problema intersubjetivo dos limites da pretensão perante o sujeito passivo desta.

Ademais, com apoio em Larenz,[70] temos que o princípio da boa-fé se espraia em três direções: (a) dirige-se ao devedor, a fim de que cumpra a sua obrigação sem se restringir à letra da relação jurídica, mas também ao seu espírito, especialmente ao sentido e à ideia fundamental do contrato – de forma a satisfazer o que o credor dele razoavelmente espera; (b) dirige-se ao credor, com a obrigação de exercitar o seu direito em correspondência à confiança depositada pela outra parte e à consideração

69. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais*, op. cit., p. 185-186.
70. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 148.

altruísta que ela possa pretender; (c) dirige-se a todos os participantes da relação, a fim de que se conduzam de forma a atender ao sentido e à finalidade da relação, com uma consciência honrada.

A tridimensionalidade das funções conferidas à boa-fé não pode ser examinada de forma estanque. Eventualmente, rompem-se as fronteiras entre a atividade meramente interpretativa e aquela integrativa e, em outros casos, a atividade hermenêutica culmina na supressão do exercício de determinado subjetivo. Portanto, não raramente será árdua a tarefa de definição de qual das funções da boa-fé será empregada na concretude do caso. Mas esta "imprecisão" não desqualifica a eficiência da boa-fé. Pelo contrário, aguça a percepção sobre a sua multidisciplinaridade e a sua aplicação criativa no direito.

3.4 Os deveres de conduta

Já percebemos que a boa-fé é a mais imediata tradução da confiança, verdadeiro alicerce da convivência social. Apresenta-se de modo multifuncional e, especificamente, como norma de conduta no direito das obrigações.

Ao contrário do exposto na orientação clássica, devemos recusar a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Compreendemos a situação jurídica de forma globalizante, acrescida de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos e expectativas jurídicas. Todos os aludidos elementos se coligam em atenção a uma identidade finalística: a relação obrigacional complexa.

O ponto de partida para a compreensão dos deveres de conduta é a constatação da relação jurídica como totalidade, na qual credor e devedor compartilharão de lealdade e confiança para, recusando a posição clássica de "*antagonistas*", assumirem uma postura colaboracionista rumo ao adimplemento e ao bem comum, como finalidade que polariza todo o "*processo*" da obrigação.

À procura de uma aproximação entre os deveres de conduta e a boa-fé, para além das classificações desse princípio anteriormente explanadas, cumpre ainda salientar aquela sugerida por Fernando Noronha. A boa-fé se apresentaria com as funções interpretativa, integrativa e de controle. A primeira serviria para aclarar o sentido das estipulações contratuais; a segunda, para explicitar os deveres de comportamento do credor e devedor, ainda que não previstos no contrato ou na norma; e a terceira, para impedir o exercício abusivo de direitos subjetivos e potestativos nas relações obrigacionais.[71]

71. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 151.

A função interpretativa da boa-fé, pela qual a leitura das cláusulas negociais privilegiará o sentido que melhor conceda proteção à confiança, será objeto de estudo em capítulo especificamente dedicado à hermenêutica contratual.

Doravante, teceremos considerações sobre a função integrativa da boa-fé e dos deveres de conduta que dela defluem.

3.4.1 A função integrativa da boa-fé

O conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e integrado pela boa-fé. Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. Almeida Costa afirma que na relação obrigacional complexa avultam os "deveres principais ou primários da prestação. Constituem estes e os respectivos direitos o fulcro ou núcleo dominante, a alma da relação obrigacional, em ordem à consecução de seu fim. Daí que sejam eles que definem o tipo do contrato, sempre que se trate de uma relação dessa natureza".[72]

Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Há uma intervenção heterônoma que deflui de diretrizes éticas do sistema jurídico, culminando por alargar o conteúdo contratual. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela.[73]

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.

Como legado dos códigos oitocentistas, acreditava-se que os contratos envolveriam interesses divergentes, pois uma ordem de cooperação só existiria no âmbito de uma liberalidade (*v. g.* doação). A visão solidária da relação obrigacional, porém, demonstra que os contratantes assumirão a postura de parceiros, e não simplesmente de polos opostos em um vínculo negocial. Não há qualquer ingenuidade em supor uma *affetctio contractus*, pois a existência de interesses opostos não impede que cada parte respeite um mínimo ético e indispensável de lealdade e cuidado para com o outro. Aliás, essa postura cooperativa permitirá que se alcance um ponto de

72. COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 65.

73. Antunes Varela, ao justificar a terminologia adotada, expõe que "H. Stoll foi o primeiro autor a distinguir nitidamente entre os deveres de prestação e os demais deveres que comporta a relação obrigacional. Dava a estes últimos o nome de deveres de protecção (*schultzpflichte*). A expressão é, porém, inadequada, por abranger apenas um dos múltiplos fins que os deveres de conduta podem ter em vista. Mais adequada é a expressão *weitere verhaltenspflichten*, usada por Larenz. É certo que todo dever de prestação se traduz num dever de conduta; mas nem todos os deveres de conduta são deveres de prestação (principal ou secundária)" (*Das obrigações em geral*, p. 123).

equilíbrio no qual a relação logre êxito pelo adimplemento, com inegável satisfação dos interesses do credor (obtém a prestação) e do devedor (recupera a liberdade jurídica cedida), sem esquecer o cumprimento da função social externa da relação perante a coletividade.

Passa-se a visualizar o contrato como uma relação jurídica dinâmica, total e contínua, que *"nasce, vive e morre"*. Segundo Cláudia Lima Marques,[74] os doutrinadores alemães costumam afirmar que as relações obrigacionais formam uma *"fila"* de deveres de conduta, vistos no tempo e ordenados logicamente por uma finalidade, consistente na realização dos interesses legítimos das partes.

Apesar de já consagrada a importância da boa-fé como princípio, cláusula geral e, especialmente neste tópico, fornecedora de deveres de conduta destinados à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação complexa, não podemos olvidar a centralidade da vontade na determinação do negócio jurídico. É certo não mais cogitarmos do dogma da autonomia da vontade. Mas o sentido contemporâneo da autonomia privada como o poder dos particulares de criação da norma individual nos limites dados pelo ordenamento visa exatamente proteger e reforçar a vontade, a fim de que seja ela real e equilibrada. Uma vontade das partes, não apenas a vontade do credor.

Portanto, vale citar na íntegra a justa advertência de Clóvis do Couto e Silva: "A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico, poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses."[75]

Os deveres de conduta são exigências de uma atuação calcada na boa-fé e derivadas do sistema, e não de qualquer vontade das partes, pois o seu âmbito transcende o da mera contratualidade. Com grande senso de oportunidade, esclarece Judith Martins-Costa que "a boa-fé produz deveres instrumentais e 'avoluntaristas', neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional".[76]

O reconhecimento da existência dos deveres de conduta como forma de manifestação da boa-fé propicia um alargamento do conteúdo contratual, o qual não se reporta a uma vontade tácita das partes, mas resulta de uma direta intervenção

74. MARQUES, Claúdia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 182.
75. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 36.
76. MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 199.

heterônoma, legitimada pela assunção de que o contrato atende, ou deva atender, a finalidades sociais.[77-78]

Por fim, o grande influxo integrativo da boa-fé está localizado nas relações obrigacionais duradouras, e não naquelas instantâneas – em que há coincidência entre a contratação e a execução. O termo "credor" se origina de *credere*, que significa confiança. O credor confia no cumprimento futuro da obrigação. Por isso a boa-fé se insere nos contratos de duração. Larenz adverte que nas obrigações duradouras exige-se uma execução com confiança recíproca e especial observância de diligência no cumprimento da atividade assumida, pois em uma vinculação de grande período cada uma das partes depende, mais do que em nenhum outro caso, da boa-fé no cumprimento do convencionado.[79]

3.4.2 A cláusula geral do art. 422 do Código Civil

Dispõe o art. 422 do Código Civil de 2002: *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.* O dispositivo dilata a cláusula geral em favor de ambos os contratantes. Outrossim, estende o princípio a todas as fases da obrigação complexa.

Com efeito, a relação obrigacional complexa não se unilateraliza na pessoa do devedor. A posição do credor também é atingida. Ademais, não se restringe a tutela

77. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato* – novos paradigmas, p. 153.

78. STJ. Informativo nº 0562 Período: 18 a 28 de maio de 2015. Quarta Turma DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE QUE GARANTE NA PUBLICIDADE A QUALIDADE DOS PRODUTOS OFERTADOS. Responde solidariamente por vício de qualidade do automóvel adquirido o fabricante de veículos automotores que participa de propaganda publicitária garantindo com sua marca a excelência dos produtos ofertados por revendedor de veículos usados. O princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30 do CDC. Realmente, é inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca. **Trata-se de materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade.** O próprio art. 30 do CDC enfatiza expressamente que a informação transmitida "obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar", atraindo a responsabilidade solidária daqueles que participem, notadamente quando expõe diretamente a sua marca no informativo publicitário. A propósito, a jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que venham a se beneficiar da cadeia de fornecimento, seja pela utilização da marca, seja por fazer parte da publicidade. Trata-se, cabe ressaltar, de caso de responsabilização objetiva. Nesse contexto, dentro do seu poder de livremente avalizar e oferecer diversos tipos de produtos e serviços, ao agregar o seu "carimbo" de excelência aos veículos usados anunciados, a fabricante acaba por atrair a solidariedade pela oferta do produto/serviço e o ônus de fornecer a qualidade legitimamente esperada pelo consumidor. Na verdade, a utilização de marca de renome – utilização essa consentida, até por força legal (art. 3º, III, da Lei 6.729/1979) – gera no consumidor legítima expectativa de que o negócio é garantido pela montadora, razão pela qual deve esta responder por eventuais desvios próprios dos negócios jurídicos celebrados nessa seara. REsp 1.365.609-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 25/5/2015.

79. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 44.

da boa-fé dos contratantes à prestação. Para além dos aspectos patrimoniais da obrigação, as partes vivenciam situações existenciais que demandam a presença do ordenamento jurídico, tais como a proteção à integridade física, moral e psíquica dos contratantes. Esta amplitude da relação obrigacional foi bem percebida pelo codificador de 2002.

Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares e sobre aquilo que se passa depois do contrato. É certo que não possuímos um dispositivo elástico como o do art. 1.337 do Código italiano de 1942 – o qual dispõe expressamente sobre a responsabilidade pré-contratual –,[80] todavia não podemos olvidar que estamos diante de norma de textura aberta que induz os operadores ao seu preenchimento com base em argumentações já desenvolvidas na doutrina.

Aliás, combinando-se o citado art. 422 com o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, tem-se a boa-fé como norma de ordem pública, de aplicação cogente e de observância necessária em todas as relações obrigacionais (incluindo-se, agora, as empresariais). Daí pode-se perceber a amplitude do princípio. O magistrado poderá invocar a cláusula geral de ofício, mesmo que não provocado por uma das partes.

De acordo com Nelson Nery[81] estão compreendidas no art. 422 "as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. Com isso, os entabulantes – ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato e os ex-contratantes também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais)".

Nas negociações preliminares já há um contato social entre os contraentes, de onde emergem deveres de conduta vazados na preservação de condutas leais e cuidados recíprocos no transcurso das tratativas. A quebra da boa-fé pela ruptura imotivada das conversações é fator que vulnera a confiança daquele que foi induzido a legítimas expectativas de que o contrato seria realizado. A responsabilidade pós-contratual demanda a extinção de um contrato pelo adimplemento, sendo que, em momento posterior, um dos contratantes pratica uma conduta lícita, todavia ofensiva a um dever de conduta independente da obrigação principal. Alguém se comporta de modo a ofender a fruição do resultado útil da relação já concluída, violando assim a finalidade do negócio jurídico. Admite-se assim a pós-eficácia dos deveres anexos, pelo fato de a efetividade da boa-fé se identificar com a noção da obrigação complexa, que não se exaure no momento da satisfação da prestação de

80. 1337. *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contrato, devono comportarsi secondo buona fede.*

81. NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no código civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil* – Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, op. cit., p. 433.

dar, fazer ou não fazer. A necessidade de cooperação com o parceiro e a proteção de sua integridade físico-psíquica e patrimonial remanescem para além da execução do teor do contrato.[82]

3.4.3 As funções dos deveres de conduta

Carneiro da Frada adverte que os "deveres laterais que se referem são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas. O seu conteúdo é diversificado, podendo descobrir-se deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo e não-concorrência, de custódia e vigilância, de lealdade etc."[83]

De acordo com o Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, "mais importante, porém, do que a descrição da fisionomia do comportamento que normativizam é o indagar da função que eles desempenham no âmbito da relação obrigacional". Nesse sentido, no mosaico de deveres de conduta existem dois grupos bem apartados: aqueles que objetivam coadjuvar as partes para que se alcance o interesse perseguido pelo credor (finalidade positiva), e outros que objetivam defender as partes de intromissões danosas na sua esfera de vida pessoal e patrimonial durante todo o ciclo vital da relação obrigacional (finalidade negativa).[84]

Entendemos que todos os deveres de conduta exercitam uma finalidade negativa, pois em última instância funcionam como uma espécie de "*blindagem*", que tenciona evitar a adoção de comportamentos desonestos e interesses injustificados que possam atingir o correto processamento da relação obrigacional. A função negativa dos deveres de conduta, porém, é meio para se atingir a sua função positiva, qual seja conduzir o "veículo blindado" ao seu destino – o adimplemento e a consequente liberação de seus passageiros.

Não somente a existência como a própria medida dos comportamentos que serão adotados pelas partes sofrerão variações conforme as circunstâncias concretas. A integração do conteúdo contratual pela boa-fé respeitará a "*ética da situação*". Haverá uma constante mutação dos deveres de conduta no tempo e no espaço, pois sua concretização respeitará o sentido do contrato conforme a aferição casuística dos fins comuns. Enfim, a eficácia da boa-fé nunca será "apenas uma", posto que se trata de princípio carecedor de concreção, avaliado contextualmente, mediante necessária ponderação com os demais princípios do ordenamento.

Esta é a oportunidade da colocação de Mota Pinto: Daí que contratos, originando créditos e débitos perfeitamente iguais, possam gerar relações contratuais diversas: basta pensar numa venda de um objeto por certo preço a um leigo na sua utilização

82. Assim, a famosa situação em que A vende uma padaria a B e meses depois estabelece um comércio concorrente na mesma rua. A conduta de instalar novo estabelecimento é lícita em si, mas fere o dever de lealdade com a outra parte da relação jurídica.

83. FRADA, Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, op. cit., p. 40.

84. FRADA, Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, op. cit., p. 41.

e na venda do mesmo objeto pelo mesmo preço a um conhecedor, com o surgimento, no primeiro caso, de deveres de esclarecimento e informação, eventualmente conducentes a um dever de indenizar.[85]

Os deveres de conduta são e serão objeto de inúmeras tipificações, mas, para fins de breve exposição, recorremos à tripartição entre *deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade*, conforme o adotado por Menezes Cordeiro.[86]

Dessa forma, qualquer classificação que se conceda aos deveres de conduta nunca será rigorosamente exata, pois as situações da vida muitas vezes demonstram uma conformação híbrida, na qual a ausência do dever de esclarecimento pode implicar quebra do dever de lealdade, assim como esta pode resultar de desamparo ao dever de proteção.

a) Os deveres de proteção[87] foram sugeridos por Heinrich Stoll – em obra de 1932 – como forma didática de contraposição aos demais deveres de conduta. Os deveres de proteção pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos à sua pessoa e ao seu patrimônio, na constância da relação complexa.

São amplamente aceitos na doutrina, justamente pela facilidade de destaque de suas hipóteses daquelas relacionadas ao cumprimento dos deveres específicos relacionados à prestação.

Tendo presente o mandamento de consideração para com o parceiro contratual, a jurisprudência observa deveres de proteção aos bens e à integridade da contraparte, salvaguardando a higidez de ambos e evitando que as partes se inflijam danos mútuos. A violação desses deveres muitas vezes resulta em dano extrapatrimonial contra a pessoa, como sói acontecer em casos de clientes injustamente acusados de furto em grandes lojas e remessa de nome do consumidor ao cadastro de inadimplentes por erro do fornecedor, em caso de dívida já quitada.[88]

85. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, op. cit., p. 261.

86. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 604.

87. Os franceses denominam este dever anexo de *securité*. Cláudia Lima Marques opta pela terminologia "dever de cuidado", destacando seu aspecto preventivo (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 198).

88. STJ. Informativo nº 0534 Período: 26 de fevereiro de 2014. Quarta Turma RESPONSABILIDADE DE SHOPPING CENTER POR TENTATIVA DE ROUBO EM SEU ESTACIONAMENTO.O shopping center deve reparar o cliente pelos danos morais decorrentes de tentativa de roubo, não consumado apenas em razão de comportamento do próprio cliente, ocorrida nas proximidades da cancela de saída de seu estacionamento, mas ainda em seu interior. **Tratando-se de relação de consumo, incumbe ao fornecedor do serviço e do local do estacionamento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor.** A sociedade empresária que forneça serviço de estacionamento aos seus clientes deve responder por furtos, roubos ou latrocínios ocorridos no interior do seu estabelecimento; pois, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, **assume-se o dever – implícito na relação contratual – de lealdade e segurança, como aplicação concreta do princípio da confiança.** Nesse sentido, conforme a Súmula 130 do STJ, "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento", não sendo possível estabelecer interpretação restritiva à referida súmula. Ressalte-se que o leitor ótico situado na saída do estacionamento encontra-se ainda dentro da área do

b) Os deveres de cooperação impõem às partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Agir com deslealdade implica atingir a dignidade do outro contratante.

A cooperação é o próprio fundamento das relações obrigacionais, pois é ela que indicará o caminho do adimplemento como finalidade (função) para o qual é polarizado o negócio jurídico. Destarte, será lesiva ao dever de lealdade qualquer conduta que comprometa a utilidade procurada no contrato, o programa econômico que constitui a prestação. Na fase de execução da prestação, a colaboração do credor será necessária para que o próprio devedor tenha condições de levar a cabo a prestação de forma regular, de forma a dotá-la de maior efetividade, satisfazendo em maior medida o interesse a cuja satisfação o contrato se dirige.

Menezes Cordeiro aponta como concretização dessa norma quando não resulte de cláusulas contratuais, mas de exigências do sistema: "de deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo face a elementos obtidos por via de pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de atuação com vista a preservar o objetivo e a economia contratuais".[89]

Mas o dever de cooperar não se limita a uma atuação omissiva no sentido de não obstaculização do cumprimento da prestação. A colaboração intersubjetiva poderá se dar de forma ativa, de modo que as partes facilitem, mutuamente, a entrega de documentos e a execução de serviços que sejam relevantes para o adimplemento da obrigação principal.

Na responsabilidade *in contrahendo* por ruptura imotivada das negociações preliminares, mostra-se evidente a lesão ao dever de lealdade ou cooperação. Isso não significa afirmar que os demais deveres anexos – proteção e informação – sejam desconsiderados. Muito pelo contrário, todos os deveres de conduta já se revelam nesses momentos – pois o processo relacional ultrapassa o âmbito cronológico da prestação –, mas é inegável o magnetismo da cooperação para antes e depois da contratação.

Em seu estudo sobre a responsabilidade civil pré-negocial, Carlyle Pop demonstra que a infração ao dever de lealdade passa pela situação daquele que não possui interesse de contratar, mas gera falsas expectativas ao induzir a contraparte a uma situação de confiança – muitas vezes com a realização de grandes despesas –, sem,

shopping center, sendo certo que tais cancelas – com controles eletrônicos que comprovam a entrada do veículo, o seu tempo de permanência e o pagamento do preço – são ali instaladas no exclusivo interesse da administradora do estacionamento com o escopo precípuo de evitar o inadimplemento pelo usuário do serviço. Esse controle eletrônico exige que o consumidor pare o carro, insira o tíquete no leitor ótico e aguarde a subida da cancela, para que, só então, saia efetivamente da área de proteção, o que, por óbvio, torna-o mais vulnerável à atuação de criminosos. REsp 1.269.691-PB, Rel. originária Min. Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/11/2013.

89. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 607.

contudo, ter qualquer vontade ou condição de concluir positivamente as tratativas. Afirma o autor: "Para que ocorra infração ao dever de lealdade e, consequentemente, responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações preliminares, é fundamental a existência de dois pressupostos: a) a existência de efetivas negociações e que elas tenham gerado razoável confiança na outra parte; b) ilegitimidade na ruptura."[90]

O dever de lealdade se manifesta igualmente relevante na responsabilidade pós-contratual. Em princípio, com a extinção do contrato não mais subsistem obrigações entre as partes porquanto alcançado o adimplemento. Contudo, na relação obrigacional dialética e globalizante, perdurarão certos deveres de conduta em uma etapa posterior ao processo contratual, como deveres de segredo e de reserva.[91]

A culpa *post pactum finitum* corresponde à projeção simétrica da culpa *in contrahendo* no período pós-contratual. Ambas se extraem da boa-fé, expressa na cláusula geral do art. 422 do Código Civil. O raciocínio é claro: se a boa-fé deve ser acatada por credor e devedor quando do contato social e, posteriormente, da constituição do contrato, os deveres acessórios então constituídos passarão a existir de forma autônoma à obrigação principal, sobrevivendo, mesmo ao recesso da obrigação propriamente dita, mas agora de forma autônoma.[92]

90. POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*, op. cit., p. 210-211.

91. Luiz Guilherme Loureiro traz interessante exemplo: "Recentemente uma joalheria fabricou uma joia única para que a cantora Madonna usasse na festa de seu casamento. Após, produziu joias idênticas e colocou-as no mercado. Patente, portanto, a falta de boa-fé *post pactum finitum*" (*Teoria geral dos contratos*, op. cit., p. 76).

92. STJ. Informativo nº 0542, Período: 27 de junho de 2014. Terceira Turma, "DIREITO CIVIL. NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADO ACERCA DO DIREITO DE OPTAR PELA MANUTENÇÃO NO PLANO DE SAÚDE EM GRUPO. O empregado demitido sem justa causa deve ser expressamente comunicado pelo ex-empregador do seu direito de optar, no prazo de 30 dias a contar de seu desligamento, por se manter vinculado ao plano de saúde em grupo, desde que assuma o pagamento integral. Trata-se de aplicação do dever de informação, nascido do princípio da boa-fé objetiva, expressamente acolhido pelo ordenamento pátrio no art. 422 do CC. De fato, a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, impondo, concretamente, a todo cidadão que 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 CC: a) interpretação das regras pactuadas (função interpretativa); b) criação de novas normas de conduta (função integrativa); e 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). Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto 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" (REsp 1.237.054-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22.4.2014).

c) O dever de esclarecer, ou informar, é correlato à relação obrigacional desde a sua origem até o seu ocaso, envolvendo as conversações preliminares e a fase pós-contratual. Ele nasce de uma necessidade: há um déficit de informações – uma pessoa possui uma informação e a outra a necessita. Normalmente quem oferta é quem tem o ônus de informar, porque é quem pode transmitir uma informação que já possui. Com Cláudia Lima Marques, dever de informação "é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar 'comum' o que era sabido apenas por um".[93]

A informação produz transparência no mercado e é essencial para o seu bom funcionamento. Todo contrato é um acordo para prever o futuro e, portanto, requer previsão e, para tanto, informação. As partes realizarão um acordo que preveja completamente todos os conflitos quando possuírem informação sobre todos os eventos que ocorrerão. Quanto menos informação tiverem, mais incompleto será o contrato e mais conflitos surgirão nesta relação. Por isto o dever de informação é adequado dentro da estrutura institucional do mercado que requer baixos custos transacionais.[94]

Em obra dedicada ao tema, Cristoph Fabian revela que o direito subjetivo à informação pretende satisfazer um interesse do titular que não se restringe apenas à vontade de saber algum assunto mas também um esclarecimento que corresponda a um interesse objetivamente justificado.[95] De fato, a pertinência da informação é fundamental para que o contratante possa ser alertado sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente.

Consequentemente, adotando-se o princípio da proporcionalidade, excluem-se do dever de esclarecimento os fatos notórios. Ou seja, para além do dever jurídico de esclarecer há o ônus de informar-se, como forma de diligência da pessoa para com os seus próprios interesses. "Um limite inerente ao dever de informar é o conhecimento da informação pelo devedor. A tarefa do dever de informar é simplesmente a de ampliar o conhecimento do devedor."[96]

O direito fundamental à informação muitas vezes será ponderado com interesses opostos de igual dignidade constitucional. Assim, a dimensão da privacidade pode se tornar um limite ao dever de informação. A privacidade – em cujo âmbito mais

93. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, op. cit., p. 772.

94. STJ – Informativo nº 463 Período: 14 a 18 de fevereiro de 2011. Quarta Turma: "CLÁUSULA LIMITATIVA. COBERTURA. SEGURO. VALIDADE. Foi celebrado contrato de seguro de vida e, apenas quando da entrega do manual, enviado após a assinatura da proposta, é que foi informada ao segurado a cláusula restritiva de direito. Assim, a Turma deu provimento ao recurso por entender afrontado o art. 54, § 4º, do CDC, uma vez que a cláusula restritiva de direitos deveria ter sido informada de forma clara e precisa, no momento da contratação. É inegável que a conduta da recorrida malferiu o princípio da boa-fé contratual consignado não apenas no CDC, mas também no CC/2002" (REsp 1.219.406-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

95. FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no direito civil*, op. cit., p. 78.

96. FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no direito civil*, op. cit., p. 157.

restrito se encontra a intimidade – converte-se em garantia de uma esfera de reserva, infensa à interferência alheia. Daí a necessidade de se verificar o fim institucional da informação e a forma adequada de sua veiculação.

Em nosso direito positivo, há uma peculiaridade fundamental para os contornos do tema. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor repercutem de maneira distinta na qualificação dos deveres de esclarecimento.

No âmbito do Código Civil, cogitamos de posições de relativa igualdade entre os contratantes. Os "privados" não se encontram inicialmente em situação de desigualdade, mas a funcionalidade da relação impõe os deveres de conduta como forma de consideração aos interesses comuns.

O Código de Defesa do Consumidor é o código dos desiguais. O público-alvo do microssistema é o vulnerável, que demanda norma de ordem pública capaz de propiciar o necessário reequilíbrio, com redução da assimetria informativa de quem se encontra em desigualdade material (art. 5º, XXXII, CF).[97] O dever de informação no CDC é de tal modo intensificado que a relação de consumo é disciplinada pela regra caveat praebitor (acautele-se fornecedor), impondo ao fornecedor uma obrigação de diligência na atividade de esclarecer o consumidor, sob pena de desfazimento do negócio jurídico ou de responsabilização objetiva por eventual dano causado, enquanto que no arquétipo das relações intercivis aplica-se a regra inversa, caveat emptor (acautele-se comprador), incumbindo ao comprador o ônus de buscar as informações necessárias sobre o negócio jurídico que pretende celebrar. A tutela do contratante débil acarreta uma valorização do dever de informação a ponto de este integrar o próprio contrato, gerando obrigações primárias ao fornecedor (art. 30, CDC). Em suma, nas relações consumeristas, a informação é funcionalizada para a correção de desequilíbrios, convertendo-se em elemento da obrigação principal de fornecimento de produtos e serviços, e não um dever anexo ou lateral.[98]

97. Na ótica da transparência para as relações de consumo, Cláudia Lima Marques aduz que no CDC a obrigação de informar inverteu a regra do *caveat emptor* para o *caveat vendictor* (ordenando ao vendedor a prestação de esclarecimentos). Hoje, não mais sequer se admite o *dolus bonus* do vendedor, diante da imposição legal (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 192).

98. STJ. Informativo n. 0589 Período: 1º a 15 de setembro de 2016. VALIDADE DO REPASSE DA COMISSÃO DE CORRETAGEM AO CONSUMIDOR PELA INCORPORADORA IMOBILIÁRIA. É válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Registre-se que o principal ponto controvertido é a verificação da possibilidade de transferência pelo vendedor (incorporadora) ao comprador (consumidor), mediante cláusula contratual, da obrigação de pagar a comissão de corretagem. A questão é especialmente relevante, pois deve ser aferida a validade dessa cláusula na perspectiva do Direito do Consumidor, uma vez que se trata, em regra, de relação de consumo (art. 2º e 3º do CDC). Observe-se que o Direito do Consumidor, apesar de seu marcado caráter protetivo, não chega ao ponto de subverter a natureza onerosa das relações negociais no mercado de consumo, exigindo apenas transparência no seu conteúdo. Desse modo, sob a ótica do repasse de custos e despesas, chega-se diretamente à conclusão no sentido da inexistência de prejuízo aos consumidores com a assunção de dívida, pois, não fosse desse modo, o custo seria embutido no preço total da compra e venda. Pode-se concluir, portanto, que, em princípio, é válida a cláusula que transfere para

3.4.4 *Violação positiva do contrato*

Com supedâneo na abstração e na generalidade do princípio da boa-fé, alarga-se o conceito de adimplemento. Adimplir significará atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, abarcando tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita como aqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento do processo obrigacional. O descumprimento dos deveres anexos provocará inadimplemento, com o nascimento da pretensão reparatória ou do direito potestativo à resolução do vínculo.

A lesão aos deveres genéricos de proteção, informação e cooperação repercute na chamada violação positiva do contrato. Cuida-se de uma terceira modalidade de inadimplemento das obrigações. Menezes Cordeiro explica que a expressão "perturbação das prestações" é uma fórmula doutrinária conhecida pelos obrigacionistas, em que ficariam abrangidas as hipóteses de incumprimento definitivo, mora e cumprimento defeituoso. Trata-se de "espaço cômodo para abranger diversas eventualidades que impliquem a falta (no todo ou em parte) de cumprimento".[99]

Nota-se que a noção de obrigação se amplia. O seu conteúdo é reconduzido a deveres que serão determinados na concretude de cada situação. Enquanto o inadimplemento absoluto e a mora concernem ao cumprimento do dever de prestação, a violação positiva do contrato aplica-se a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal –, mais precisamente, o inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos.[100]

---

o consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem, exigindo-se apenas transparência nessa atribuição. Além disso, no âmbito das relações de consumo, a informação adequada sobre os produtos e serviços não é apenas um direito do consumidor, mas um dever imposto ao fornecedor, conforme se pode extrair, dentre outros, dos arts. 31, 46 e 52 do CDC. O dever de informação constitui um dos princípios consectários lógicos do princípio da boa-fé objetiva, positivado tanto no CC (art. 422), como no CDC (art. 4º, III), consubstanciando os deveres de probidade, lealdade e cooperação, que deve pautar não apenas as relações de consumo, mas todas as relações negociais. O dever de informação referente ao preço na venda a crédito encontra-se regulamentado tanto pelo art. 52 do CDC como pelo art. 3° Decreto n. 5.903/2006, exigindo do fornecedor clareza acerca do preço total dos produtos e serviços, discriminando-se as principais parcelas que o integram. Para cumprir essa obrigação de informação, deve a incorporadora informar ao consumidor, até o momento de celebração do contrato de promessa de compra e venda, o preço total de aquisição da unidade imobiliária, especificando o valor da comissão de corretagem, ainda que essa venha a ser paga destacadamente. Efetivamente, nos termos do disposto no art. 30 do CDC, toda informação ou publicidade suficientemente precisa vincula o fornecedor. Desse modo, uma vez ofertada à venda uma unidade autônoma, o fornecedor fica vinculado à proposta, que deve ser devidamente respeitada, inclusive integrando o contrato posteriormente celebrado. Na hipótese de recusa no cumprimento da proposta, o CDC assegura a possibilidade de se exigir o cumprimento forçado dela, dentre outras alternativas. REsp 1.599.511-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, por unanimidade, DJe 6/9/2016.

99. MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da modernização do direito civil*, op. cit., p. 101.

100. STJ – Informativo nº 0471, Período: 2 a 6 de maio de 2011. Terceira Turma: "A sociedade empresária recorrida tem sede na Itália e foi contratada para prestar serviços relativos à atualização de uma usina termelétrica no Brasil. No contrato, há a determinação do pagamento em liras italianas, mas nada consta quanto à regularização da situação da recorrida no Banco Central do Brasil (BC). Essa instituição exigia, para a remessa do numerário ao exterior, a apresentação de documentos dos funcionários que prestaram o serviço (cópia de passaportes, declarações de renda), fato que atrasou o envio de determinadas parcelas. Discutiu-se, no especial, quem seria o responsável pela demora nos pagamentos e, por consequência, quem arcaria

Em abastada monografia sobre o tema, Jorge Cesa Ferreira da Silva culmina por concluir que "a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação".[101] Também é conhecido o modelo da violação positiva do contrato como adimplemento ruim ou insatisfatório, pois, apesar de alcançar-se o cumprimento do dever de prestação, sobejaram frustrados o exercício da boa-fé e a salvaguarda da confiança alheia.

O Código Civil de 2002 partiu de um modelo de obrigações ainda forjado em paradigmas da metade do século XX. Portanto, não houve oportunidade de codificar as doutrinas mais recentes, incluindo-se aí a violação positiva do contrato, cuja base científica é inequívoca. É algo a se lamentar, pois a perfeita delimitação dos diversos modelos jurídicos propicia conexões mais claras e seguras, concedendo-se ao aplicador do direito a possibilidade de fundamentar os seus pareceres e as suas decisões de forma homogênea, sem que cada um deles precise, a cada nova controvérsia, elaborar interpretações distintas e setorizadas, que muitas vezes fragilizam a segurança jurídica.

De qualquer forma, a correta hermenêutica da função integrativa da boa-fé objetiva remete à aceitação da violação positiva do contrato pela janela da cláusula geral do art. 422 do Código Civil. Com tal propósito, editou-se o Enunciado 24 do Conselho de Justiça Federal: "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".

A violação positiva do contrato, como o rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo obrigacional ou, mesmo, à oposição da *exceptio non adimpleti*, inclusive com todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado.

Poderíamos exemplificar a violação positiva do contrato com base em três interessantes situações descritas alhures:

---

com os efeitos da mora relativamente aos juros moratórios e à correção monetária. Nesse contexto, essa determinação passa pelo crivo da boa-fé objetiva, que impõe deveres acessórios, princípio consagrado pelo Direito alemão (Treu und Glauben), implícito no CC/1916 e expresso no art. 422 do CC/2002. Na hipótese, em razão de a exigência do BC dizer respeito aos funcionários da recorrida, faz-se necessário reconhecer que a ela pertence essa obrigação de regularizar sua situação (dever acessório de cooperação), apesar da omissão contratual. Assim, não tendo desempenhado a contento aquele dever, que constitui ônus jurídico a afastar a necessidade de culpa do credor para sua caracterização, fica a recorrida sujeita à *mora creditoris*, cuja eficácia liberatória eximiu a recorrente devedora até o momento da purgação da mora (art. 958 do CC/1916, atual art. 400 do CC/2002) da qual se incumbiu a recorrida, não se podendo imputar à recorrente a obrigação de consignar o pagamento. Com esse entendimento, a Turma deu parcial provimento ao especial para reconhecer a mora da recorrida e afastar a cobrança dos juros moratórios" (REsp 857.299-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 3.5.2011).

101. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 266.

a) médico realiza tratamento e alcança a cura do paciente. Porém, a técnica empregada é extremamente dolorosa, quando existiam meios alternativos na ciência para se alcançar idêntico resultado sem que isto implicasse sofrimento para o paciente;

b) uma empresa contrata com agência de publicidade a colocação de *outdoors* pela cidade para a exibição de um novo produto. Todos os anúncios são colocados em locais de difícil acesso e iluminação, em que poucas pessoas tenham a possibilidade de visualizar a propaganda;

c) proprietário de haras adquire valioso cavalo e, em razão de falha no transporte, o animal chega a seu novo endereço magro e fragilizado.

Nos três casos não podemos falar em inadimplemento absoluto, pois as prestações de fazer e de dar foram adimplidas. Explica Araken de Assis que "a terapêutica dolorosa e demorada ou o retorno insignificante da publicidade em consideração ao seu potencial, sem dúvida, ocasionam dano inconfundível com o produzido pela ausência e pelo equívoco da terapia ou pela má inserção da mensagem da propaganda".[102]

Nada obstante, nas três situações retratadas, o adimplemento se deu de forma ruim, insatisfatória, ofendendo deveres instrumentais diretamente vinculados à realização da prestação, sejam eles deveres de proteção (1° caso), colaboração (2° caso) ou ambos (3° caso). Destarte, insere-se, dentre os deveres laterais, "o dever de não destruir o patrimônio da outra parte com a execução do contrato, ou o de não informar as eventuais consequências danosas do mau uso da máquina instalada, ou o de instalar a máquina de modo a melhor atender os interesses do adquirente".[103]

Com base nessas ideias, percebemos irresistível tendência de vinculação dos direitos de personalidade à órbita dos direitos obrigacionais. A dignidade da pessoa humana é assentada com primazia sobre as relações patrimoniais, fazendo com que, em tempo próximo, os deveres de informação e cooperação elevem-se ao próprio *status* de prestação principal do devedor, e não a meros deveres anexos.

3.5 A boa-fé e o abuso do direito

"Para que idiotas cometer maroteiras fora da lei, quando dentro da lei há tanto lugar para cometê-las?"

(Carlo Docci – *Notas azuis*)

No corpo do Código Civil de 2002, o abuso do direito é tratado com destaque, pois surge um novo regime dos atos ilícitos, fulcrado em duas cláusulas gerais de antijuricidade. No art. 186, há uma cláusula geral de responsabilidade por culpa

102. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 127.
103. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 89.

– praticamente reiterando o famoso art. 159 do Código Civil de 1916. Em contrapartida, o art. 187 enfatiza uma cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, ao mencionar que "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".

O mérito do art. 187 do Código de 2002 é realçar que o critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social.[104] Acolhe-se a teoria objetiva finalista, que tem em Josserand o seu maior expoente.

Como bem pondera Ruy Rosado, desaparece o elemento que até hoje a nossa jurisprudência exige para reconhecer a presença do abuso do direito, que seria a intenção de causar o dano, o *"sentimento mau"* a animar o agente, pois o projeto dispensa o elemento subjetivo e se contenta com a culpa social que reside no comportamento excessivo.[105] Aqui, coloca-se em relevo outro elemento do ato abusivo – a sua causa –, considerado em sentido teleológico: o direito subjetivo é um direito-função e o seu exercício abusivo motiva a ruptura do equilíbrio dos interesses sociais concorrentes.[106]

O legislador qualificou o abuso do direito como ato ilícito e, concordemos ou não, é assim que doravante deveremos tratá-lo. Mas de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa.

O art. 186 define como ilícita a violação frontal da norma por qualquer pessoa que infrinja os seus pressupostos lógico-formais. Isto é, de forma apriorística incide uma concreta proibição normativa à prática de uma conduta (comissiva ou omissiva). Mediante uma qualificação exclusiva do legislador, o sistema, automaticamente, reprova os comportamentos hostis à letra da norma.

No abuso do direito a leitura é diversa. Aqui, alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que a fundamenta e lhe concede sustentação sistemática. O ilícito típico é uma conduta contrária a uma regra; o abuso é um comportamento contrário a princípios.

O direito subjetivo é um instrumento para a satisfação de necessidades pessoais. Por isto, o ordenamento o concede e reconhece. Todavia, estes direitos já nascem

104. O Conselho da Justiça Federal divulgou enunciado segundo o qual o abuso do direito, no art. 187, prescinde do elemento subjetivo: Enunciado nº 37: "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico."

105. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Projeto do Código Civil* – as obrigações e os contratos, p. 23.

106. CARRANZA, Jorge. *El abuso del derecho en la reforma del código civil*, op. cit.

funcionalmente direcionados. Destarte, o problema do abuso reside em saber se o exercício de um direito obedeceu aos limites do poder de autodeterminação, pois a autonomia privada existe para se perseguirem interesses e não para a negação de direitos alheios. No abuso falta correspondência entre o interesse abstrato que a vantagem representa e o interesse concreto que o titular do direito persegue.

O abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencher a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer. *Prima facie*, há uma regra que permite o exercício do direito pelo seu titular, porém esta conduta se converte em ilícita por ofender princípios ao causar um dano a um interesse não protegido. O abuso é um mecanismo de autocorreção do direito para aqueles casos em que as regras que facultam ao titular o exercício de um direito resultam injustificadas à luz de princípios. Aqui haverá uma heteronomia na criação do direito: de um lado, o legislador introduz os valores que não podem ser vulnerados; de outro, o magistrado os preencherá na concretude do caso, examinando a proporção entre o exercício do direito e a sua repercussão teleológica. Isto permite que as decisões sejam controláveis, pois o juiz (ou tribunal) não buscará argumentos à luz de uma moral extrajurídica, mas dentro do próprio sistema.[107]

107. STJ, Informativo nº 0551 Período: 3 de dezembro de 2014. Terceira Turma REAJUSTE DE MENSALIDADE DE SEGURO-SAÚDE EM RAZÃO DE ALTERAÇÃO DE FAIXA ETÁRIA DO SEGURADO. É válida a cláusula, prevista em contrato de seguro-saúde, que autoriza o aumento das mensalidades do seguro quando o usuário completar sessenta anos de idade, desde que haja respeito aos limites e requisitos estabelecidos na Lei 9.656/1998 e, ainda, que não se apliquem índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. Realmente, sabe-se que, quanto mais avançada a idade do segurado, independentemente de ser ele enquadrado ou não como idoso, maior será seu risco subjetivo, pois normalmente a pessoa de mais idade necessita de serviços de assistência médica com maior frequência do que a que se encontra em uma faixa etária menor. Trata-se de uma constatação natural, de um fato que se observa na vida e que pode ser cientificamente confirmado. Por isso mesmo, os contratos de seguro-saúde normalmente trazem cláusula prevendo reajuste em função do aumento da idade do segurado, tendo em vista que os valores cobrados a título de prêmio devem ser proporcionais ao grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. Atento a essa circunstância, o legislador editou a Lei 9.656/1998, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de seguro-saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições a esses reajustes (art. 15). Desse modo, percebe-se que ordenamento jurídico permitiu expressamente o reajuste das mensalidades em razão do ingresso do segurado em faixa etária mais avançada em que os riscos de saúde são abstratamente elevados, buscando, assim, manter o equilíbrio atuarial do sistema. Posteriormente, em razão do advento do art. 15, § 3º, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) que estabelece ser «vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade», impõe-se encontrar um ponto de equilíbrio na interpretação dos diplomas legais que regem a matéria, a fim de se chegar a uma solução justa para os interesses em conflito. **Nesse passo, não é possível extrair-se do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso uma interpretação que repute, abstratamente, abusivo todo e qualquer reajuste que se baseie em mudança de faixa etária, mas tão somente o aumento discriminante, desarrazoado, que, em concreto, traduza verdadeiro fator de discriminação do idoso, por visar dificultar ou impedir a permanência dele no seguro-saúde; prática, aliás, que constitui verdadeiro abuso de direito e violação ao princípio da igualdade e divorcia-se da boa-fé contratual.** Ressalte-se que o referido vício – aumento desarrazoado – caracteriza-se pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado. Situação que se torna perceptível, sobretudo, pela demasiada majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, quando comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Igualmente, na hipótese em que o segurador se aproveita do advento da idade do segurado para não só cobrir despesas ou riscos maiores, mas também para aumentar os lucros há, sim,

Enfatiza Everardo da Cunha Luna que no abuso do direito a ilicitude é objetiva, consistindo na violação da norma pela conduta humana, inferida por um juízo de valor. Não se indaga se a conduta é subjetivamente censurável, se houve culpa ou dolo para que se considere uma ação contrária ao direito. A ilicitude consiste na infração da norma de ação; a culpabilidade, no infringir da norma de motivação.[108]

Sendo a ilicitude objetiva, apenas avulta a valoração do comportamento em face do preceito jurídico, e não a censura ao agente que a perpetrou. Todavia, só se poderá cogitar do abuso de direito quando é suprimido o motivo legítimo do ato. Há um descompasso entre o objetivo perseguido pelo agente e aquele para o qual o ordenamento direcionou o exercício do direito. A violação ao espírito do ordenamento é posta em seus fundamentos axiológicos – boa-fé, bons costumes e finalidade econômica ou social do direito subjetivo.

Destarte, é possível cogitar de uma ilicitude formal e de uma ilicitude material, com autonomia científica, mas com identidade substancial de consequências jurídicas, gerando convergência de efeitos sancionatórios nos planos preventivo e repressivo.[109] Vale dizer, a identidade de efeitos aproxima as duas modalidades de atos ilícitos, sem que isso prejudique a especial área de atuação de cada um, em caráter de complementaridade.

Quando o art. 187 do Código Civil se refere à palavra "direito", abrange não apenas os direitos subjetivos como também outras situações que impliquem poderes, liberdades e faculdades, incluindo-se aí os direitos potestativos. No tocante ao abuso do direito potestativo, há norma repressiva expressa (art. 473, parágrafo único) que suspende a eficácia do direito potestativo à resilição unilateral por um dos contratantes, enquanto não for superado um lapso temporal suficiente para a outra parte se compensar quanto aos investimentos efetuados para a execução do contrato. Trata-se de evidente imposição de limites éticos à autonomia privada.

Outra observação que comporta reflexão se localiza na inserção do advérbio "manifestamente" como forma de definir a partir de que limites o ato abusivo será passível de sancionamento pelo sistema. Há certa perplexidade em afirmar que um

---

reajuste abusivo e ofensa às disposições do CDC. Além disso, os custos pela maior utilização dos serviços de saúde pelos idosos não podem ser diluídos entre os participantes mais jovens do grupo segurado, uma vez que, com isso, os demais segurados iriam, naturalmente, reduzir as possibilidades de seu seguro-saúde ou rescindi-lo, ante o aumento da despesa imposta. Nessa linha intelectiva, não se pode desamparar uns, os mais jovens e suas famílias, para pretensamente evitar a sobrecarga de preço para os idosos. Destaque-se que não se está autorizando a oneração de uma pessoa pelo simples fato de ser idosa; mas, sim, por demandar mais do serviço ofertado. Nesse sentido, considerando-se que os aumentos dos seguros-saúde visam cobrir a maior demanda, não se pode falar em discriminação, que somente existiria na hipótese de o aumento decorrer, pura e simplesmente, do advento da idade. Portanto, excetuando-se as situações de abuso, a norma inserida na cláusula em análise – que autoriza o aumento das mensalidades do seguro em razão de o usuário completar sessenta anos de idade – não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação negativa, no sentido do injusto. REsp 1.381.606-DF, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. João Otávio De Noronha.

108. LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*, op. cit., p. 59.

109. CUNHA DE SÁ, Fernando. *Abuso do direito*, op. cit., p. 634.

ato pode ser "muito ou pouco" abusivo. Sejamos peremptórios: ou há a violação aos valores da função, da boa-fé e dos bons costumes, ou não há abuso do direito. Não é possível tolerar uma pequena violação a valores, pois toda lesão a princípios, *per se*, já é relevante. Assim, aderimos ao posicionamento de Heloisa Carpena,[110] no sentido de que "basta a inobservância dos limites axiológicos para caracterizá-lo, sem contemplação de sua extensão ou evidência".

O abuso do direito só ocupa posição de relevo em ordenamentos jurídicos que reconheçam a prevalência axiológica dos princípios constitucionais e superem a visão míope dos direitos como construções fracionadas e atomizadas. Apenas sistemas abertos terão a capacidade de captar os valores imantados em princípios e enviá-los diretamente às normas privadas, garantindo a supremacia da Lei Maior e a necessária unidade e coerência com os demais sistemas.

A cláusula geral do art. 187 propicia a exata abertura ao influxo dos valores do art. 3º, I, da Constituição Federal, efetuando uma saudável ponderação entre o exercício da autonomia privada do indivíduo e os valores solidaristas que fundamentam o ordenamento. O constante revigoramento da teoria do abuso do direito será consequência da diuturna harmonização dos referidos princípios, sempre com vista ao valor supremo da preservação da dignidade da pessoa humana. Não podemos mais repetir impunemente o brocardo "tudo que não é proibido é permitido". Atualmente, nem tudo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa a afirmação da negação reside o abusivo.

Se o direito subjetivo pudesse conter os limites nos quais o titular pudesse atuar legalmente, o abuso do direito seria uma impossibilidade lógica. As necessidades da vida, porém, têm de superar os obstáculos da lógica jurídica. Por isso, na atualidade, os tribunais têm de forçosamente criar o novo direito, formulando-o em harmonia com as necessidades do instante.[111]

3.5.1 Limites internos ao exercício de direitos subjetivos

Em outro tópico, observamos que a boa-fé é comumente referida na doutrina em três setores de atuação: como função de otimização do comportamento contratual pela imposição de deveres anexos, como cânone de interpretação e integração do contrato e, finalmente, onde nos interessa, como função de limite ao exercício de direitos subjetivos.[112]

110. CARPENA, Heloisa. O abuso de direito no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*, op. cit., p. 383.

111. LOPES, J. M. Leoni. *Introdução ao direito civil*, op. cit., p. 444.

112. STJ. Informativo nº 0542 Período: 27 de junho de 2014. Terceira Turma Trata-se de aplicação do dever de informação, nascido do princípio da boa-fé objetiva, expressamente acolhido pelo ordenamento pátrio no art. 422 do CC. De fato, a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, impondo, concretamente, a todo cidadão que atue com honestidade, lealdade e probidade. As múltiplas funções exercidas pela boa-fé no curso da relação obrigacional, desde a fase anterior

Cada pessoa exercita os seus direitos nos limites estabelecidos pelo conteúdo do próprio direito (limites internos) ou por disposições que decorrem da proteção dispensada a terceiros, bem como aquelas nascidas da colisão de direitos (limites externos). No primeiro caso, além dos próprios limites que derivam da natureza do direito – quanto ao seu objeto e ao seu conteúdo –, temos outros limites que derivam do princípio da boa-fé e ainda os que decorrem da função ou destino econômico e social do próprio direito, cuja contrariedade justifica a aplicação da teoria do abuso do direito.

Assim, remetendo a análise dos limites aos direitos subjetivos ao vasto campo das obrigações, retornamos à formula do art. 187 do novo Código Civil como uma bem-acabada demonstração de que o controle dos direitos subjetivos é algo que envolve uma correlação entre os princípios da autonomia privada e da solidariedade, esta última percebida mais nitidamente na lesão à boa-fé como fundamento para o abuso do direito.

De um lado, o poder de autorregulamentação de interesses em que consiste a autonomia privada. Há muito se superou a ideia de uma autonomia absoluta dos privados, em que o indivíduo se reserva um espaço jurídico intangível. Não podemos, porém, volver a o outro extremo, a ponto de aniquilar a autonomia, sob pena de sacrificarmos a personalidade do ser humano e, via de consequência, a sua eminente dignidade.

De outro lado, a ideia de que cada direito subjetivo é concedido a um titular para o exercício de finalidades relevantes para o sistema, jamais podendo ser utilizado senão de acordo com a sua função social. Retornamos aqui à concepção finalista de Josserand, em que o conteúdo de cada direito será determinado por sua função. Nesse sentido, aduz Fernando Noronha que, "se a discricionariedade concedida aos particulares constitui a sua esfera de autonomia privada, a boa-fé, agora, terá uma função de limite a tal autonomia". Mais adiante, conclui que só incidirá interferência judicial na autonomia privada quando existir manifesta desproporção entre o interesse perseguido pela parte e aquele que é sacrificado da outra parte.[113]

Neste sentido, extrai-se do Enunciado nº 431 do Conselho de Justiça Federal que "Em contratos de financiamento bancário, são abusivas cláusulas contratuais de

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 CC: a) interpretação das regras pactuadas (função interpretativa); b) criação de novas normas de conduta (função integrativa); e 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). Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto 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).". REsp 1.237.054-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

113. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 173.

repasse de custos administrativos (como análise de crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculadas ao exercício da atividade econômica, seja por violarem o princípio da boa-fé objetiva".

No caso particular da autonomia privada, a funcionalização do instituto jurídico do contrato significa que o reconhecimento e o exercício desse poder são condicionados à utilidade social que a circulação possa representar, mediante o reconhecimento de limites que o ordenamento jurídico estabelece para o exercício das faculdades subjetivas que possam caracterizar abuso de direito.[114] Pretende-se, enfim, a realização da justiça social sem prejuízo da liberdade da pessoa humana.

Somente discordamos de certo senso comum no universo jurídico, pautado na exposição do princípio da boa-fé como uma espécie de freio à autonomia privada. Muito pelo contrário, temos que as limitações ao exercício abusivo de direitos subjetivos são fatores de valorização daquele princípio, à medida que o repúdio à prática de condutas inadmissíveis permite que os contratantes possam não apenas manter, como também aperfeiçoar o contrato e, principalmente, dele sair com a mesma dignidade com que nele ingressaram: com a liberdade garantida pelo ordenamento jurídico.

O abuso do direito é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito.

Indaga-se, todavia, se é possível mensurar o que pode ou não ser considerado exercício admissível de determinada posição jurídica. Parece-nos que a resposta se situa justamente nos termos do art. 187 do novo Código Civil. O verdadeiro critério do abuso do direito no campo das obrigações parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso do direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.[115]

Conforme a lição de Teresa Negreiros,[116] boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e, nesta medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.

Sendo o uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte, é forçoso reconhecer que a constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pela análise da boa-fé objetiva.[117]

114. AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, op. cit., p. 357.
115. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 175.
116. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 141.
117. NEVES, José Roberto de Castro. *Boa-fé objetiva*, op. cit., p. 174.

O objetivo da construção jurisprudencial do princípio da boa-fé é justamente dotá-lo de sentido técnico, torná-lo menos fluido, para que não sobeje apenas como referência ética e metajurídica sem qualquer concretização no plano operacional.

Não pretendemos de forma alguma afirmar que a boa-fé absorve o abuso do direito. É preferível distinguir as duas figuras e autonomizar os princípios da boa-fé e do abuso do direito. O que nos parece evidente é que, a par da necessária individualização de cada modelo jurídico – que, aliás, é o evidente intuito do Código Civil Brasileiro –, há uma área que é comum a ambos. Esta confluência é visualizada no setor do direito das obrigações e, mais precisamente, no estudo dos limites ao exercício dos direitos subjetivos.

3.5.2 Categorias de exercícios abusivos do direito

Para estabelecermos um tratamento típico das hipóteses de exercício inadmissível de direitos subjetivos, desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, socorremo-nos, inicialmente, do trabalho pioneiro de Wieacker, posteriormente desenvolvido por Menezes Cordeiro, com aproveitamento da classificação fornecida por Fernando Noronha. Segundo este doutrinador, são três as categorias essenciais de hipóteses sintomáticas: na primeira, a denominada *desleal exercício de direitos*, o titular exerce o seu direito de forma contrária à legítima confiança depositada na contraparte; a segunda, a chamada de *desleal não exercício de direitos*, situa aqueles casos em que o titular não efetiva o seu direito e culmina por criar na outra parte uma confiança justificada na estabilidade da situação existente; por último, uma categoria denominada *desleal constituição de direitos*, que agrupa situações em que uma pessoa defrauda a confiança de outra e, assim, acaba adquirindo contra ela um direito. O exercício do referido direito será sempre desleal.[118]

3.5.2.1 Desleal exercício de direitos – O Adimplemento Substancial

Exercício desequilibrado de direitos – aqui há um claro despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Haverá desequilíbrio no exercício de direitos pela própria desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a outrem. Aqui entramos no cerne da teoria do abuso do direito, pois o exercício em desequilíbrio é a própria concretização da boa-fé como modo de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

Como aponta Regis Fichtner, o princípio da boa-fé não admite que os meios sejam transformados em fins em si mesmos. O exercício de qualquer direito pressupõe um interesse da parte que o invoca. Repugna-se, portanto, a conduta de quem

118. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 177.

exercita determinado direito apenas para prejudicar a parte contrária, de modo que o cumprimento da obrigação não acarrete qualquer benefício àquela.[119]

Essa ação claramente iníqua e desmesurada é plasmada no brocardo *inciviliter agere*, que significa exatamente a conduta iníqua de quem não leva em consideração o *civil* – cidadão. Transportando para os tempos atuais, evidencia-se ofensa direta ao princípio da solidariedade, que deve plasmar as relações intersubjetivas.

Hipótese recorrente desse desleal exercício de direitos é vista na figura do *adimplemento substancial* do contrato. O inadimplemento mínimo é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos. Atualmente, é possível questionar a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual pelo credor, em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor, mas em que, todavia, não tenha suportado adimplir uma pequena parte da obrigação.

É o que no direito inglês é cunhado como substancial performance. Araken de Assis descreve que "a hipótese estrita de adimplemento substancial – descumprimento de parte mínima – equivale, no direito brasileiro, *grosso modo*, ao adimplemento chamado de insatisfatório: ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado. O juiz avaliará a existência ou não da utilidade na prestação, segundo determina o art. 395, parágrafo único, do CC-02. É bastante natural que, em alguns casos, se repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos constantes do contrato".[120]

Para quem possui uma percepção nítida da boa-fé objetiva, deve incluir-se entre as atribuições do magistrado a análise da gravidade da infração contratual, não sendo crível o desfazimento de uma significativa relação jurídico-econômica pelo fato do insignificante descumprimento da avença. Em outras palavras, na linha da regra da proporcionalidade, o desfazimento do contrato pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes, comparativamente à opção de manutenção do contrato. Na falta de uma pequena parcela para o alcance do adimplemento, é coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção da prestação faltante (*v. g.*, ação de execução ou monitoria), e não a pura e simples resolução contratual.[121]

119. PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*, op. cit., p. 84.

120. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 134.

121. STJ. Informativo nº 0500 Período: 18 a 29 de junho de 2012. Terceira Turma ARRENDAMENTO MERCANTIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. Trata-se de REsp oriundo de ação de reintegração de posse ajuizada pela ora recorrente em desfavor do recorrido por inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil (leasing) para a aquisição de 135 carretas. A Turma reiterou que, diante do substancial adimplemento do contrato, qual seja, foram pagas 30 das 36 prestações da avença, mostra-se desproporcional a pretendida reintegração de posse e contraria princípios basilares do Direito Civil, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva. **Ressaltou-se que a teoria do substancial adimplemento visa impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos aludidos princípios.** Assim, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, daí

Pois bem, em contratos de promessa de compra e venda e alienação fiduciária não são raras as situações em que o contratante praticamente liquida o débito, mas, ao final do negócio jurídico, sucumbe diante de pequena parcela do contrato. Em tese, o credor poderá ajuizar ação de reintegração de posse ou busca e apreensão e reaver o bem imóvel ou móvel, como consequência do surgimento da pretensão ao crédito, decorrente da lesão ao direito patrimonial. Nada obstante, a perda do bem vital (apartamento, automóvel) é um sacrifício excessivo ao devedor, em face do pequeno vulto do débito. Daí a abusividade do exercício do direito resolutório, concedendo-se ao credor a possibilidade de ajuizar a ação necessária ao recebimento do crédito.

Preconiza o Prof. Eduardo Luiz Bussatta, da Universidade do Paraná, ao justificar o Enunciado 361 do Centro de Estudos Judiciários do CJF, relativamente à inteligência do art. 475 do Código Civil ("o art. 475 do Código Civil deve ser interpretado à luz da teoria do adimplemento substancial"), *verbis*: "Justificativa: Positivada em diversos países, como Itália, Alemanha e Portugal, e em documentos internacionais importantes para a 'globalização da concepção do contrato', a exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, os Princípios acerca dos Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos, bem como adotada em países como Espanha e Argentina, não obstante a ausência de disposição legal expressa, a teoria do adimplemento substancial veda à parte lesada pelo inadimplemento a busca da resolução do contrato quando o adimplemento for substancial, ou seja, quando o inadimplemento for de escassa importância. Segundo a doutrina pátria, tal teoria deve ser adotada no Direito brasileiro, seja em razão da boa-fé objetiva, na sua função de controle (limitação ao exercício das posições jurídicas ou direitos subjetivos), visto importar em exercício desequilibrado do direito à resolução ante a pequenez do inadimplemento (pequena lesão que acarreta grande sanção), seja em razão da função social do contrato, já que visa à conservação do negócio. Sem sombra de dúvida, não se pode permitir que a resolução do contrato se dê nas situações em que o adimplemento parcial se aproxima da conduta devida, porquanto há necessidade de observar a justiça contratual, isto é, a proporcionalidade. O Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados, entendeu pela aplicação da teoria do adimplemento substancial. Por sua vez, o legislador do Código Civil, ao tratar da faculdade resolutória do art. 475, não adjetivou o inadimplemento necessário para permitir ao credor exercer o seu direito potestativo. Assim, urge fixar o entendimento de que só é admissível a resolução do contrato quando o inadimplemento for grave, substancial, restando afastado,

---

a expressão "adimplemento substancial", limita-se o direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma demasia. Dessa forma, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato. Dessarte, diante do substancial adimplemento da avença, o credor poderá valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, mas não a extinção do contrato. REsp 1.200.105-AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

consequentemente, quando for de escassa importância, permitindo-se à parte lesada somente a busca da tutela específica ou o equivalente em dinheiro, com acréscimo de perdas e danos em ambos os casos.

Enfim, podemos conceber uma alteração de paradigma, vazado na impossibilidade de dar-se eficácia a uma cláusula resolutória expressa, sem que o Poder Judiciário possa avaliar o grau de sacrifício de uma das partes, em cotejo ao que já foi objeto de cumprimento e com a parcela restante. Não podemos mais cogitar de direitos absolutos ou da parêmia "tudo o que não é proibido é permitido". A relativização de direitos subjetivos ou potestativos é uma forma de acomodação das pretensões patrimoniais individuais ao respeito aos direitos da personalidade da contraparte.

3.5.2.2 Desleal não exercício de direitos: venire contra factum proprium; supressio e surrectio

Nesta categoria se situam os casos em que o titular do direito adota atitudes deslealmente contraditórias, gerando inicialmente na contraparte uma confiança justificada em que não exerceria o seu direito e, em seguida, fazendo-o valer. Destacam-se três tipos de casos: *venire contra factum proprium*; *supressio* e *surrectio*. Apesar de a figura mais ampla ser o *venire*, as demais merecem abordagem autônoma.

a) Venire contra factum proprium

Para Franz Wieacker, essa máxima expressa de forma tão imediata a essência da obrigação de comportamento acorde a boa-fé, que, a partir dela, é possível aferir a totalidade do princípio.[122]

A expressão traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo. O fundamento técnico-jurídico do instituto não se alicerça na questão da contradição das condutas em si – pois não é possível ao direito eliminar as naturais incoerências humanas –, mas na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício justamente gerada pela conduta inicial do parceiro contratual.

O *venire* se insere na "teoria dos atos próprios", segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente.[123]

122. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, op. cit., p. 61.

123. STJ. "PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA LIMITATIVA DE TRATAMENTO. ABUSIVIDADE. PATOLOGIA COM COBERTURA CONTRATUAL. Havendo previsão contratual de cobertura de determinada patologia, é abusiva a restrição aos meios necessários ao sucesso do tratamento. Quem garante os fins deve dar os meios, sob pena de

Em robusta monografia devotada ao tema, Anderson Schreiber elenca os quatro pressupostos do *venire contra factum proprium*, a saber: "(I) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (II) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (III) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e por isto mesmo violador da legítima confiança); e (IV) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição".[124]

Na dicção da Súmula 370 do Superior Tribunal de Justiça, *"caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado"*. A súmula evoca uma hipótese de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva em que claramente é possível seguir os quatro pressupostos expostos no parágrafo anterior. Assim: (I) em pagamento de um débito contratual, em 30.08, com a anuência do credor A, o devedor B emite um cheque pré-datado, a ser descontado em 30/10; (II) pelo fato de A assentir na dilatação do prazo de pagamento, é depositada neste comportamento a legítima confiança pelo devedor B; (III) no dia 01.09 o credor A vai ao banco pra sacar o cheque. Aferido isoladamente o ato é lícito, pois a figura do cheque pós-datado é uma prática corrente que não encontra apoio em texto legislativo, posto ser o cheque ordem de pagamento à vista (art. 32, Lei nº 7.357/85). Este comportamento incoerente viola a legítima confiança do devedor B; (IV) o devedor B sofre dano moral, pela violação a sua honra, já que não possuía fundos suficientes em 01.09. O seu nome é negativado no cadastro de inadimplentes.

Correto, portanto, o Enunciado nº 362 do Conselho de Justiça Federal: 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.[125]

---

ofensa à boa-fé objetiva e à vedação de comportamento contratual contraditório" (AgRg no AREsp 341956/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4-T, *DJe* 7.10.2014).

124. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 271. Explica o autor que "O reconhecimento do caráter comunicativo do agir humano evidencia que cada comportamento individual desperta expectativas e esperanças, que um direito, livre do formalismo e do individualismo voluntarista, não pode deixar de tutelar. A consideração pelo outro impõe que se tutele o confiar, o ater-se ao que está fora de si, o aderir ao sentido objetivo dos comportamentos alheios" (op. cit., p. 269).

125. STJ. Informativo nº 0558. Período: 19 de março a 6 de abril de 2015.Terceira Turma. 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 inclinou-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 torna válida a renúncia. **Com efeito, no caso em análise, o executado agiu 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

A fundamentalidade da lealdade de comportamento no tráfego jurídico também é anotada por Carlyle Popp, que, após relacionar a máxima do *venire* à figura do *estoppel* no direito inglês,[126] acaba por admitir que nas negociações preliminares poderá haver verificação simultânea do *venire* com a responsabilidade pré-contratual, quando uma das partes abusa da confiança da outra – após acenar com o desejo da continuidade das negociações – e, imotivadamente, provoque o encerramento das conversações, em comportamento tido como contraditório.[127]

b) A supressio e a surrectio

A *supressio* é a situação do direito que deixou de ser exercitado em determinada circunstância e não mais possa sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé. Seria um retardamento desleal no exercício do direito, que, caso exercitado, geraria uma situação de desequilíbrio inadmissível entre as partes, pois a abstenção na realização do negócio cria na contraparte a representação de que esse direito não mais será atuado. Em suma, a chave da *supressio* está na tutela da confiança da contraparte e na situação de aparência que a iludiu perante o não exercício do direito.[128]

Aproxima-se a *supressio* da figura do *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia. Mas dele se diferencia primordialmente, pois, enquanto no *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com a conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso do

---

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 tem 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. REsp 1.461.301-MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 23/3/2015.

126. Harriet Christiane Zitscher narra interessante caso de aplicação do *estoppel*, no qual "um homem morou junto com sua companheira numa casa desde 1965. No ano de 1973, ele declarou oralmente que a casa pertencia a ela. Em seguida, a companheira gastou a maior parte da sua poupança na reforma da casa com o consentimento do homem. Três anos depois, este homem interessou-se por outra mulher e exigiu da companheira que ela saísse da casa. Os tribunais obrigaram o homem a transferir a propriedade da casa à antiga companheira" (*Introdução ao direito civil alemão e inglês*, p. 140).

127. POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*, p. 129.

128. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 797. O autor narra que a *supressio* adquiriu vulto com a grande inflação posterior à Primeira Grande Guerra. Foi adotada maciçamente pelos tribunais como modo de revisão contratual, assegurando a equivalência das prestações pelo equilíbrio da situação das partes, com base na boa-fé. Dispensa-se, assim, o recurso a teoria objetiva da base do negócio de Larenz, adaptando-se os contratos sem necessidade de adoção do princípio da justiça contratual.

tempo – que é variável conforme as circunstâncias –, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.[129]

Outro aspecto muito destacado é a desnecessidade de investigação do elemento anímico – dolo ou culpa – por parte do titular não exercente do direito, sendo a deslealdade apurada objetivamente com base na ofensa à tutela da confiança.

A *supressio* guarda semelhanças com institutos como a prescrição e a decadência, 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 *supressio* demanda-se a confiança da contraparte, motivada pela inatividade do opoente a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exercitará o direito. Por isso que o tempo para a perda do direito não se submete a prazos rígidos.[130]

Já na *surrectio*, o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro. *Supressio e surrectio* são dois lados de uma mesma moeda: naquela ocorre a liberação do beneficiário; nesta, a aquisição de um direito subjetivo em razão do comportamento continuado. Em ambas preside a confiança, seja pela fé no não exercício superveniente do direito da contraparte, seja pelo credo na excelência do seu próprio direito.[131]

---

129. Interessante exemplo de *supressio* pode ser aferido 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 inércia do credor, por não constituir em mora em devedor (art. 394, CC), gera a legítima confiança no devedor de que poderá efetuar os pagamentos sucessivos no local que escolheu.

130. LARENZ, Karl. *Derecho civil* – parte general, op. cit., p. 302.

131. STJ. Informativo n. 0523. Período 14 de Agosto de 2013. 3. Turma. INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. Não é possível ao representante comercial exigir, após o término do contrato de representação comercial, a diferença entre o valor da comissão estipulado no contrato e o efetivamente recebido, caso não tenha havido, durante toda a vigência contratual, qualquer resistência ao recebimento dos valores em patamar inferior ao previsto no contrato. O contrato de acordo com os seus interesses e, normalmente, em prejuízo do representante, pois economicamente dependente daquele. Essa restrição foi introduzida para compensar o desequilíbrio entre o representado e o representante, este reconhecidamente mais fraco do ponto de vista jurídico e econômico. Nesse sentido, nem mesmo as alterações consensuais e bilaterais são admitidas quando resultarem em prejuízos diretos ou indiretos para o representante. Todavia, no caso em que a comissão tenha sido paga ao representante em valor inferior ao que celebrado no contrato, durante toda a sua vigência, sem resistência ou inicialmente, cumpre salientar que a Lei 4.886/1965 dispõe serem vedadas, na representação comercial, alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência do contrato. De fato, essa e outras previsões legais introduzidas pela Lei 8.420/1992 tiveram caráter social e protetivo em relação ao representante comercial autônomo que, em grande parte das vezes, ficava à mercê do representado, que alterava livre e unilateralmente impugnação por parte do representante, pode-se concluir que a este interessava a manutenção do contrato, mesmo que em termos remuneratórios inferiores, tendo em vista sua anuência tácita para tanto. Verifica-se, nessa hipótese, que não houve uma redução da comissão do representante em relação à média dos resultados auferidos nos últimos seis meses de vigência do contrato, o que, de fato, seria proibido nos termos do art. 32, § 7º, da Lei 4.886/1965. Desde o início da relação contratual, tendo sido a comissão paga em valor

Avulta na *surrectio* que, por um certo lapso de tempo, a pessoa atuará uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que surgirá. Menezes Cordeiro[132] obtempera que, perante o fenômeno da *supressio*, o beneficiário pode encontrar-se numa de duas situações: ou, tendo-se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de atuação ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjetivo. A *surrectio* tem sido utilizada para a constituição *ex novo* de direitos subjetivos. Fala-se aí de *surrectio* em sentido próprio ou estrito.

Como qualquer outra modalidade de incidência da boa-fé objetiva sobre o exercício desproporcional de direitos, a *supressio* também se aplica às relações de direito público. No Informativo nº 561, de 02.10.2009, o Supremo Tribunal Federal considerou que "Os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público, em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas, inclusive), para que se preservem, desse modo, situações administrativas já consolidadas no passado. A fluência de longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado e,

---

inferior ao que pactuado, concluí-se que a cláusula que estipula pagamento de comissão em outro valor nunca chegou a viger. Ainda, observa-se que, nessa situação, não houve qualquer redução da remuneração do representante que lhe pudesse causar prejuízos, de forma a contrariar o caráter eminentemente protetivo e social da lei. Se o representante permanece silente durante todo o contrato em relação ao valor da comissão, pode-se considerar que tenha anuído tacitamente com essa condição de pagamento, não sendo razoável que, somente após o término do contrato, venha a reclamar a diferença. Com efeito, a boa-fé objetiva, princípio geral de direito recepcionado pelos arts. 113 e 422 do CC/2002 como instrumento de interpretação do negócio jurídico e norma de conduta a ser observada pelas partes contratantes, exige de todos um comportamento condizente com um padrão ético de confiança e lealdade, induz deveres acessórios de conduta, impondo às partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os contratos, a serem observados para que se concretizem as justas expectativas oriundas da própria celebração e execução da avença, mantendo-se o equilíbrio da relação. Essas regras de conduta não se orientam exclusivamente ao cumprimento da obrigação, permeando toda a relação contratual, de modo a viabilizar a satisfação dos interesses globais envolvidos no negócio, sempre tendo em vista a plena realização da sua finalidade social. Além disso, o referido princípio tem a função de limitar o exercício dos direitos subjetivos. A esta função, aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, **daí derivando o instituto da *supressio*, que indica a possibilidade de considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo. Em outras palavras, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes em exercer direito ou faculdade ao longo da execução do contrato, criando para a outra a sensação válida e plausível – a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.** Assim, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão do representante comercial de exigir retroativamente valores que foram por ele dispensados, de forma a preservar uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual pelo representado(REsp 1.162.985-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18.6.2013).

132. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 821. O autor cita como exemplo de *surrectio* a situação criada por uma sociedade que, por mais de 20 anos, distribuiu lucros em desacordo com o estatuto social. O tribunal entendeu que a distribuição oficiosa deveria ser mantida para o futuro.

também, por incutir, nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando – ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias – a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro. DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o objetivo de questionar a validade jurídica de deliberação emanada da 2ª Câmara do E. Tribunal de Contas da União, em julgamento que considerou '(...) ilegal a incidência de adicional de tempo de serviço sobre toda a remuneração, ainda que atribuído por sentença judicial anterior à edição da Lei 8.112/90' (fls. 28). Embora concedida, em 25/06/1996 (fls. 78), a aposentadoria à impetrante, o E. Tribunal de Contas da União somente veio a apreciar-lhe a legalidade em 19/06/2007 (fls. 31), ou seja, quase 11 (onze) anos após o deferimento administrativo de tal benefício."[133]

3.5.2.3 Desleal constituição de direitos – tu quoque

Os direitos podem ser adquiridos sem lealdade. Avulta aqui o estudo da regra *tu quoque*.[134] Importa dizer que quem viola determinada norma jurídica não poderá exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe atribui. Com efeito, fere as sensibilidades ética e jurídica que alguém desrespeite um comando legal e posteriormente venha de forma abusiva exigir a outrem o seu acatamento.[135]

A exceção de aquisição de direitos de má-fé tem o seu fundamento na conhecida regra de ouro da tradição ética: "Não faça aos outros aquilo que não quer que lhe façam";[136] ou, então, baseia-se no brocardo inglês *equity must come in clean hands*. Por isso, quem não cumpre os seus deveres também não pode exigir os seus direitos com base na norma violada, sob pena de abuso. Imprescindível é que sempre exista um nexo entre a obtenção indevida do direito e o seu posterior exercício abusivo.[137]

Há certa semelhança do *tu quoque* com o *venire contra factum proprium*, pois ambos são espécies da teoria dos atos próprios, que importa reconhecer a existência de um dever de adoção de uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento.

---

133. MS 28150 – MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

134. O significado do *tu quoque*, de acordo com Fernando Noronha, remete ao grito de dor de Júlio César ao constatar a presença de seu filho adotivo Bruto entre os seus assassinos: *Tu quoque, Brute, fili mi?* (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 189).

135. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 837.

136. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, op. cit., p. 67. Apesar de Bernard Shaw lembrar que não é raro que o outro goste daquilo que você não aprecia.

137. Exemplo clássico do *tu quoque* está na conduta dolosa do menor que oculta a sua menoridade e, posteriormente, dela pretende se aproveitar para afastar os efeitos da obrigação (art. 180, CC); outrossim, o beneficiário de uma condição não pode aproveitar-se de sua verificação quando maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita (art. 129, CC).

Mas é possível delinear as duas figuras.[138] No *venire*, ambos os comportamentos, isoladamente considerados, não apresentam qualquer irregularidade, senão quando tomados em conjunto pela quebra de confiança decorrente da contradição entre as condutas opostas. Já no *tu quoque*, a contradição não reside nas duas condutas em si, mas na adoção indevida de uma primeira conduta que se mostra incompatível com o comportamento posterior. Isto é, há uma injustiça da valoração que o indivíduo confere ao seu ato e, posteriormente, ao ato alheio.[139]

O *tu quoque* age simultaneamente sobre os princípios da boa-fé e da justiça contratual, pois pretende não só evitar que o contratante faltoso se beneficie de sua própria falta, como também resguardar o equilíbrio entre as prestações. No campo do adimplemento das obrigações, guarda grande semelhança com a *exceptio non adimpleti contractus*, pois ambos objetivam preservar a proporcionalidade, o sinalagma contratual, e não apenas a confiança (como no *venire contra factum proprium*). Em excelente monografia sobre o tema, José João Abrantes aduz que nas obrigações sinalagmáticas destaca-se a relação de interdependência entre as prestações, sendo que a *exceptio* só será aplicada à medida que facilitar a execução dos contratos, pois o princípio da boa-fé será um limite de atuação, sob pena de o respectivo exercício ser abusivo.[140]

Vejamos uma hipótese de indevida aplicação do *tu quoque*. Quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido pela inscrição do nome como inadimplente em cadastros de serviços de proteção ao crédito. Com esse entendimento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 385: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento." O que está implícito é a vedação, àquele que violou uma regra referente ao cumprimento da relação obrigacional, da possibilidade de dela se servir posteriormente quando faltar justa causa para a inserção de seu nome em cadastro de inadimplentes.

A referida súmula atenta contra a proporcionalidade, pois concede uma única resposta para uma questão que oscila conforme as circunstâncias, qual seja: aquele que violou uma obrigação amesquinha a sua honra a ponto de lhe ser suprimida a reparação pelo dano moral? Certamente é bem diferente a situação daquele que descumpriu determinada relação jurídica por força de uma fatalidade (*v. g.* desemprego, doença) daquele devedor que ostenta a qualidade de inadimplente contumaz. Neste último caso, é evidente que, em face da inscrição indevida, poderá apenas propugnar pelo seu cancelamento, indevida a verba compensatória. Todavia, foge ao razoável

138. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 142.

139. Seria o exemplo do contratante que já estivesse em mora quando da ocorrência de circunstâncias supervenientes que alteram a base do negócio, ao pretender a sua resolução ou revisão em razão da onerosidade excessiva.

140. ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, op. cit., p. 210.

considerar que, pelo fato de alguém perder a *"primariedade cadastral"*, haverá uma espécie de salvo-conduto para qualquer credor irresponsavelmente conduzir o seu nome à negativação, convertendo Serasa e SPC em tribunais de exceção, com a finalidade de constranger o devedor ao pagamento sob pena de impedimento ao acesso ao crédito. A nosso viso, cuida-se de matéria que requer uma refinada leitura das circunstâncias do caso, insuscetível de pasteurização pelo filtro sumular.

3.5.2.4 O Dever de Mitigar o Próprio Prejuízo – Duty to mitigate the own loss

O Enunciado nº 169 do Conselho de Justiça Federal enuncia que "Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo."

O referido enunciado concerne ao *duty to mitigate the own loss*, ou dever de mitigar o próprio prejuízo, com inspiração no direito anglo-saxônico. Vale aqui citar o ensinamento de Véra Fradera: "seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual? Acreditamos ser possível esta recepção. Antes, porém, necessitamos realizar uma série de indagações, para chegar ao fundamento desta, por ora, apenas mera possibilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos na prática do foro com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda. Não cumprindo o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França. No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual".[141]

Isso significa que o contratante credor deve adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado. Vale dizer, se o credor adotar comportamento desidioso por acreditar que a perda econômica do devedor lhe favorece, a sua inação culminará por lhe impor injustificado desfalque. Essa negligência danosa é uma ofensa ao princípio da confiança, pois evidencia completo desprezo pelo dever anexo de cooperação. Basta cogitarmos de instituições financeiras que "cruzam os braços" diante do inadimplemento de seus clientes – não raro, remetendo-os ao superendividamento – pois preferem que o tempo passe silenciosamente e o montante

141. FRADERA, Véra Maria Jacob, Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 5, nº 19, jul./set. 2004, p. 110 e 118.

do débito alcance valores elevados em função das taxas de juros incorporadas ao principal. Quando os valores devidos se tornam insuportáveis, o devedor termina por aquiescer com uma renegociação (ou novação) quase sempre desfavorável.[142]

No Informativo nº 439, de 18.6.2010, o Superior Tribunal de Justiça, através de voto do Relator Min. Vasco Della Giustina, emitiu *leading case* em matéria de dever de mitigar o próprio prejuízo. Conforme noticiado nos autos, o promitente comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001. Contudo o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido. Destaque-se do voto do Eminente Relator que "verifica-se que a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois 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 seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. Ademais, não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, pois, como já exposto, o não exercício do direito de modo ágil, fere o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais. Portanto, a conduta da ora recorrente, inegavelmente, viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual".[143-135]

142. STJ. Informativo nº 0524, Período: 28 de agosto de 2013, Terceira Turma: "DIREITO DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA EM CONTRATO DE CONSUMO. É abusiva a cláusula contratual que atribua exclusivamente ao consumidor em mora a obrigação de arcar com os honorários advocatícios referentes à cobrança extrajudicial da dívida, sem exigir do fornecedor a demonstração de que a contratação de advogado fora efetivamente necessária e de que os serviços prestados pelo profissional contratado sejam privativos da advocacia. É certo que o art. 395 do CC autoriza o ressarcimento do valor de honorários decorrentes da contratação de serviços advocatícios extrajudiciais. Todavia, não se pode perder de vista que, nos contratos de consumo, além da existência de cláusula expressa para a responsabilização do consumidor, deve haver reciprocidade, garantindo-se igual direito ao consumidor na hipótese de inadimplemento do fornecedor. Ademais, deve-se ressaltar que a liberdade contratual, integrada pela boa-fé objetiva, acrescenta ao contrato deveres anexos, entre os quais se destaca o ônus do credor de minorar seu prejuízo mediante soluções amigáveis antes da contratação de serviço especializado. Assim, o exercício regular do direito de ressarcimento aos honorários advocatícios depende da demonstração de sua imprescindibilidade para a solução extrajudicial de impasse entre as partes contratantes ou para a adoção de medidas preparatórias ao processo judicial, bem como da prestação efetiva de serviços privativos de advogado" (REsp 1.274.629-AP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16.5.2013).

143. "PROMESSA. COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE. Trata-se de REsp em que se discute se o promitente vendedor pode ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse combinada com pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem deu-se por culpa do credor, em razão de ele não ter observado o princípio da boa-fé objetiva. Na hipótese dos autos, o promitente comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em 9/2001. Contudo, o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17/10/2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse combinada com pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido. O tribunal a quo assentou que, não obstante o direito do promitente vendedor à indenização pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não fruição (período compreendido entre a data do início do inadimplemento das prestações

Aliás, é possível conceber *o duty to mitigate the own loss* no processo civil. Eventualmente o credor que obtém tutela específica de adimplemento se serve da técnica processual da multa coercitiva para inibir o devedor ao cumprimento. Conforme o montante alcançado, o valor das *astreintes* poderá ser mais significativo para o demandante do que a própria obtenção da tutela substancial para a qual o processo se dirige. Ofendendo o dever de proteção ao demandado e o dever de informação ao magistrado, o demandante não executará a multa, apostando no substancial acréscimo do seu quantum, em detrimento de uma tutela efetiva. A solução será a redução do valor das *astreintes*, censurando-se o abuso do direito e evitando o enriquecimento sem causa (§ 1º, art. 537, CPC/15).

Enfim, a conjugação de todos os postulados descritos como modalidades de exercícios abusivos de direitos derivados de uma cláusula geral de boa-fé busca concretizar a teoria do abuso do direito no plano das relações obrigacionais. Em todas as hipóteses, há uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva que deriva na prática de um ato ilícito, considerando-se que o comportamento do titular é reprovável ao sentimento jurídico prevalente na coletividade.[144]

---

contratuais até o cumprimento da medida de reintegração de posse), a extensão da indenização deve ser mitigada (na razão de um ano de ressarcimento), em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento tardio da demanda competente. A Turma entendeu não haver qualquer ilegalidade a ser reparada, visto que a recorrente descuidou-se de seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de deixar o devedor na posse do imóvel por quase sete anos, sem que ele cumprisse seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. Ademais, não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, porque o não exercício do direito de modo ágil fere o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais. Portanto, a conduta da ora recorrente, inegavelmente, violou o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária" (REsp 758.518-PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), julgado em 17.6.2010).

144. Ainda sobre o tema, impende ressaltar a lição de Flávio Tartuce: "Conceito também interessante relacionado com o princípio da boa-fé objetiva é a mitigação do próprio prejuízo ou, na expressão inglesa, *duty to mitigate the loss*. [...] Exemplificando, no caso de uma locação, haveria um dever por parte do locador de ingressar tão logo seja possível com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida atinja valores excessivos. O mesmo argumento vale para os contratos bancários, não podendo a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros previstas no instrumento contratual, a dívida alcance montantes astronômicos. A título de exemplo de aplicação da tese, vale aqui citar interessante sentença prolatada pelo Juiz de Direito Silas Silva Santos, então magistrado na Comarca de Macaraí, Estado de São Paulo. Em caso envolvendo um contrato de arrendamento rural, o magistrado aplicou o *duty to mitigate the loss*, para configuração da mora dos arrendatários. Isto porque os arrendantes assumiram o dever de corte de árvores na área locada, dever este não cumprido e invocado pelos arrendatários para fundamentar a exceção do contrato não cumprido. Entretanto, como os arrendatários não utilizaram desse seu direito em momento oportuno, não atenderam ao dever de mitigar a perda. Consta da r. sentença: 'Aplicando-se ao caso dos autos o *duty to mitigate de loss*, tenho para mim que os arrendatários não pautaram suas condutas segundo os ditames da boa-fé objetiva. É que, embora favorecidos pela obrigação de os arrendadores conseguirem autorização para o corte das árvores, os réus não adotaram conduta compatível com o interesse de atenuar o próprio prejuízo, na consideração de que não havia prazo para o cumprimento da famigerada cláusula décima. Por isso é que, uma vez mais, não se dá guarida à tese invocada pelos réus. Por todos esses fundamentos, não vejo como excluir a mora dos arrendatários, cuja purgação sequer foi requerida, sem que para tanto houvesse qualquer justificativa idônea, já que excluída

3.6 A boa-fé e o princípio da solidariedade

"A solidariedade é o sentimento que melhor expressa o respeito pela dignidade humana."

(Franz Kafka)

A Revolução Francesa partiu de três célebres pressupostos: liberdade, igualdade e fraternidade. Todavia, a burguesia ascendente logo cuidou de homenagear o primeiro signo da trilogia, convertendo o segundo em mera igualdade perante a norma e relegando o terceiro ao ostracismo. Com efeito, o indivíduo precisava se afirmar e prosperar; para tanto, a sua vontade e a sua autodeterminação lhe permitiriam a liberdade de contratar e a igualdade formal para a aquisição da propriedade. Assim, o Código Civil de 1804 referendou a propriedade e os contratos como valores fundamentais da época liberal, desvinculando o titular de direitos patrimoniais de qualquer dever perante a sociedade que o rodeia. Quanto à solidariedade, culminou por ser reduzida a uma noção de caridade ou liberalidade. O indivíduo autônomo poderia, conscientemente, optar pelo dever moral de auxiliar o próximo, em caráter filantrópico. Essa visão de solidariedade como virtude irrompeu no século XX e manteve a sua estatura até a Segunda Grande Guerra Mundial.[145]

Quando cogitarmos da ideologia das relações contratuais, sempre ouviremos a advertência de Enzo Roppo: *"As ideologias são sempre, em várias medidas, falsificações da realidade."*[146] O próprio Roppo observa a distorção da realidade infirmada na diretiva do *laissez-faire*, ao demonstrar que, no ideário oitocentista da ampla liberdade contratual, camuflava-se a aversão a qualquer concessão à intrínseca igualdade da justiça substancial das operações econômicas, uma vez que a justiça era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo contratual ser oriundo da livre vontade dos contratantes em um plano de igualdade formal de posições jurídicas. Perfeitamente adequado o brocardo *qui dit contractuel dit juste*.

A partir da segunda metade do século XX, as Constituições deixam de ser meras cartas de intenções políticas, abrangendo a partir de então um extenso rol de direitos fundamentais, traduzindo um novo vetor axiológico: desloca-se o eixo valorativo do ordenamento, transferindo-se o indivíduo hipervalorizado dos códigos para o ser humano concreto que lhe é subjacente, portador de especial dignidade. Rompe-se a lógica patrimonial assentada na premissa da vontade, a partir de uma diferente metodologia que aprecia a pessoa a partir de sua inserção no meio social.

---

a viabilidade, *in casu*, do acolhimento da *exceptio non adimpeleti contractus*" (*Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, op. cit., p. 209).

145. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não faz referência à fraternidade ou à solidariedade. Ela só ressurge no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade."

146. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 32-35.

Maria Celina Bodin assevera que, ao direito de liberdade da pessoa será sopesado o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade que o indivíduo praticará na sua autonomia, mas como um verdadeiro princípio, que se torna passível de exigibilidade. Destarte, a solidariedade "é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada-um de nós".[147]

A Constituição Federal de 1988 consagrou um Estado Democrático de Direito funcionalizado à efetivação de direitos fundamentais e, dentre os objetivos fundamentais da República, priorizou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3°, I). Em seguida, concretizou a convocação à fraternidade com a meta de erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3°, III). Não há dúvida de que a diretriz da solidariedade se converteu em finalidade primordial, além de vetor interpretativo para qualquer ato normativo. Essa atuação promocional, vazada na procura pela justiça distributiva e pela igualdade substancial, objetiva superar uma visão míope e egoística do direito.

O direito de solidariedade se desvincula, então, de uma mera referência a valores éticos transcendentes, adquirindo a fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum. Na lição de Paulo Bonavides, com o advento dos direitos fundamentais da terceira geração, "um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta".[148]

De fato, o constitucionalismo voltou-se inicialmente à afirmação dos direitos individuais, posteriormente aos direitos sociais e, em um terceiro momento, à concretização do direito à fraternidade. Eles não são nem individuais nem sociais, atuam em outro paradigma, o da humanidade, expandindo o conceito de dignidade da pessoa humana.

Neste atual contexto de alteridade e reciprocidade nas relações humanas, impõe-se necessária readequação do conceito de direito subjetivo. Tradicionalmente vinculado ao ideário liberal, refletia um poder atribuído ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio. Em uma sociedade solidária, todo e qualquer direito subjetivo é funcionalizado para o atendimento de objetivos maiores do ordenamento. O sistema apenas legitima a satisfação de interesses particulares à medida que o seu

147. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da constituição de 1988*, op. cit., p. 178.

148. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 523.

exercício seja preenchido por uma valoração socialmente útil. Pietro Perlingieri[149] é incisivo ao caracterizar o abuso do direito como o seu exercício contrário à função do direito, segundo critérios de proporcionalidade individual e social.

Quando o preâmbulo da Constituição Federal ostenta a efetivação de valores de uma "sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos", não dirige a sua supremacia apenas aos obstáculos criados pelo Estado a uma vida solidária mas também à sociedade, que, não raramente, atua de forma opressiva, aniquilando o direito de pessoas a uma existência digna. Portanto, nas relações privadas, o princípio da solidariedade atuará em diversos campos, exemplificadamente, na função social da propriedade (art. 1.228, CC); na imposição da obrigação de indenizar pela teoria do risco (art. 927, CC); na alusão à cláusula geral da *"comunhão plena de vida"* como base da família (art. 1.511, CC).

Transportando o princípio da solidariedade para as relações obrigacionais,[150] temos que o ordenamento apenas reconhecerá a titularidade de um crédito enquanto este interesse atender às razões de natureza coletiva, garantidas mediante os limites internos das cláusulas gerais, sobremaneira às de diligência e boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade.

As situações jurídicas patrimoniais demandam a indispensável cooperação entre os seus partícipes. Urge afastar a retórica individualista do antagonismo entre partes conflitantes – em que a ampla liberdade era a matriz da estipulação de pactos forjados exclusivamente na vontade –, para se impor uma visão solidarista de contrato. Os contratantes possuem interesses convergentes, ambos atuando de modo a preservar os interesses legítimos do *alter*, assumindo a boa-fé, como veremos adiante, força normativa para impor deveres e cercear o exercício abusivo de direitos subjetivos.

De fato, a boa-fé ajuda a entender a solidariedade no mundo contemporâneo de duas maneiras. Em primeiro lugar, a existência da boa-fé atua como uma profecia que se autorrealiza à medida que as pessoas a respeitam, reforçando os laços de solidariedade na sociedade como um todo. Além disto, a boa-fé sugere que o contrato seja visto como um meio, e não um fim em si mesmo. Isto é, o contrato se presta a finalidades sociais e morais, e não apenas econômicas e individuais.[151]

Hoje, o termo *cooperação* adquire larga envergadura, podendo ser utilizado em duas acepções: primeiramente, para distinguir as situações obrigacionais das reais, pois estas se caracterizam como situações de subordinação de coisas a pessoas, enquanto as situações obrigacionais exprimem a indispensável colaboração entre as partes; a outro turno, a essencialidade do influxo da diretriz da solidariedade constitucional sobre qualquer relação econômica envolvendo trocas de bens e serviços.

149. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 121.
150. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 122.
151. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais*, op. cit., p. 187.

Esta fundamental colaboração intersubjetiva, nas palavras de Judith Martins-Costa, demonstra que, mesmo no reino das relações obrigacionais – por muito tempo fechadas aos interesses individuais –, haverá a concretização em larga medida dos deveres de solidariedade. A cooperação segundo a boa-fé densifica e especifica o princípio da solidariedade social – tornando-a operativa, direcionando o contrato à sua função. *É que, se apenas a autonomia privada estivesse no centro da disciplina contratual, inerte restaria, neste campo, a diretriz da solidariedade social. Incidindo a boa-fé, não é, porém, o que ocorre, concretizando-se a solidariedade social na relação contratual, tendo em conta a relação econômica subjacente ao contrato segundo todos os critérios jurídicos que informam esta figura.*[152]

Acresça-se ainda que o solidarismo não se operacionaliza apenas pela boa-fé objetiva. Em que pese a sua origem no plano da vontade, os negócios jurídicos afetam a sociedade, positiva ou negativamente, podendo esta agir no sentido de limitar atos de autonomia privada que ofendam a função social que lhes seja inerente. Daí,[153] a dupla incidência, no Código Civil de 2002, da cooperação na ordem negocial. Entre os contratantes, atua a solidariedade por intermédio da boa-fé (art. 422); já os reflexos externos da relação contratual – que afeta a esfera de terceiros – impõem um comportamento solidário atuado pela ideia da função social no exercício da liberdade contratual (art. 421).

3.7 A boa-fé e o princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente valor e princípio, constituindo elemento decisivo na afirmação de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a condicionar e conformar todo o tecido normativo.

Cogitando de um sistema aberto, cuja supremacia axiológica é referida pela dignidade da pessoa humana, o Direito Civil e a Constituição manterão intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios que lhes são comuns. Nesta constante travessia, a boa-fé é sentida como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações.

O ser humano possui duas necessidades vitais: isolar-se e relacionar-se. Quando busca o isolamento e a proteção contra injustificadas intromissões em sua intimidade e sua privacidade, a dignidade penetrará no Direito Civil pela via da tutela dos direitos da personalidade.

Porém, na maior parte de nossas vidas, estamos em situação de relação. Existir é coexistir, pois é utópica a afirmação do ser humano em estado de isolamento.

152. MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. In: MARTINS-COSTA (Org.). *A reconstrução do direito privado*, op. cit., p. 637-638.

153. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a constituição*, op. cit., p. 133.

Ao abordarmos as relações jurídicas, podemos defini-las em dois níveis: relações afetivas e relações negociais. Naquelas, a dignidade da pessoa humana é concretizada no Direito Civil pela cláusula geral da comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Já nas relações obrigacionais, o supremo princípio constitucional é concretizado pelas especificações da boa-fé objetiva. Os negócios jurídicos formam a disciplina preferida para a regulação genérica das relações sociais.

O princípio da boa-fé atuará como modo de enquadramento constitucional do Direito das Obrigações, à medida que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito negocial.

Como bem refere Karl Larenz,[154] as cláusulas gerais constituem uma ampla "porta de entrada" para o princípio do respeito à pessoa no direito privado. O princípio do respeito recíproco não se encontra apenas nos direitos fundamentais, mas atravessa todo o ordenamento jurídico. Ele é subjacente a qualquer relação contratual, pois, quando ocorre a conclusão de um contrato e as partes emitem sua vontade, reconhecem uma à outra a condição de pessoas.

A boa-fé significa a mais próxima tradução da confiança, que é o esteio de todas as formas de convivência em sociedade.

A despatrimonialização do direito privado, representada pela célebre opção pelo "ser" sobre o "ter", é legitimada tanto pela Constituição Federal como pelo novo Código Civil. Este resgatará a centralidade do direito privado, não mais com uma pretensão de totalidade, mas em um ideal de flexibilidade do sistema, permitindo o constante intercâmbio e o reenvio naquilo que há de comum com a Constituição ou outras normas.

3.8 A boa-fé objetiva no CPC/15

Em 1964, aos 33 anos de idade, o jurista Clóvis do Couto e Silva presenteou o direito brasileiro com a tese da "Obrigação como Processo", apresentada por ocasião de sua candidatura à cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande Sul. A obra ilumina o conceito de boa-fé, "como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos"[155]

Com a edição do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva adquire o status de princípio e cláusula geral, impactando profundamente o direito privado clássico, ao impor padrões objetivos de conduta leal e proba as quais os contratantes ajustarão

154. LARENZ, Karl. *Derecho justo*, op. cit., p. 64-65. Tradução livre.
155. COUTO E SILVA, Clóvis do. A Obrigação como processo, p. 31.

os seus comportamentos, de forma a que relação obrigacional transcenda os limites predeterminados pela autonomia privada, adequando-se às exigências éticas do ordenamento jurídico. A noção da obrigação como processo dinamiza o adimplemento: antes, mero ato formal de realização de uma prestação; agora, finalidade para o qual a obrigação se polariza desde a etapa embrionária das tratativas até fase pós-negocial. Esse percurso é iluminado pela diretriz da concretude, que materializa deveres de conduta, hábeis a guiar as partes ao cumprimento das prestações em um ambiente de lealdade e respeito, evitando-se a frustação das legítimas expectativas dos iguais titulares de direitos fundamentais.

Após 12 anos de vigência do Código Reale a boa-fé resta sedimentada no direito civil em suas três áreas operativas: as funções interpretativa (art.113, CC), integrativa (art. 422, CC) e de controle (art. 187, CC). Já há certo consenso sobre as suas distinções e fricções com o abuso do direito e a função social do contrato. Diversos modelos jurídicos dela são extraídos na doutrina e tribunais: adimplemento substancial, *supressio e surrectio, venire contra factum proprium, tu quoque, duty to mitigate the own loss*. Em comum, eles evitam o exercício desarrazoado de situações jurídicas e remetem a hermenêutica dos negócios jurídicos ao contexto cultural e econômico que circunda às partes. A boa-fé se notabiliza por estabilizar expectativas de comportamento, ampliando a segurança jurídica, pois "a conduta esperada será a devida".

Em 2016, a boa-fé objetiva ingressa explicitamente no Novo Código de Processo Civil. De acordo com o art. 5º da Lei n. 13.105/15, "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé". Em complemento, preceitua o art. 6º: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

O CPC/15 introduz um modelo cooperativo, pautado no princípio da colaboração. Em princípio, muitos poderiam supor que se trataria de um "simulacro" da boa-fé objetiva do direito privado. Ledo engano: a boa-fé do Código Civil pressupõe os interesses convergentes das partes no sentido do cumprimento, pela exata forma com que se estabeleceu o "projeto obrigacional". Enquanto o credor almeja a satisfação da prestação, o devedor aspira recobrar a liberdade que cedeu ao se vincular. No processo civil, todavia, os interesses das partes são divergentes, eis que já se manifestou a crise do inadimplemento. Assim, não há uma finalidade comum que irmane os litigantes, pois a sentença e a execução apenas prestigiarão uma das partes.

Destarte, a boa-fé processual terá o magistrado como destinatário. Ela complementará a boa-fé civil, ao convidar ao diálogo aquele que até então se mantinha em clausura. Sendo o processo um instrumento idôneo para a concreção da tutela de direito material, o princípio colaborativo demandará um compartilhamento de responsabilidades entre as partes e o juiz, a fim de que se alcance uma decisão justa e efetiva. A par da natural assimetria na fase decisória – naturalmente o ato de sentenciar dispensa a dialética –, todo o comando do processo se dará em bases

cooperativas, com destaque para os deveres judiciais anexos perante as partes, de auxílio, diálogo, esclarecimento e prevenção, todos destinados à preservação do equilíbrio de forças no desenrolar da lide. Do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca tanto quanto possível da verdade e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva (art. 5. CPC/15).[156]

A exaltação da boa-fé pelo CPC/15 demonstra que o processo não é um conjunto abstrato de equações concebidas em um laboratório, mas uma técnica a serviço de uma ética de direito material.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

"A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem intencionados transformam-se diariamente em agentes da injustiça."

(Henry David Thoreau)

4.1 A funcionalização do negócio jurídico

Muito se tem dito e escrito sobre a função social do contrato. Ela vem a reboque da tendência de funcionalização inerente a toda situação jurídica subjetiva. É natural, como em qualquer campo da ciência ou da experiência, que a curiosidade do ser humano o instigue a desbravar o novo, o inusitado. O cuidado com o tema é justificado: o art. 421 do Código Civil de 2002 é uma cláusula geral de grande envergadura e com fins ainda imprecisos.

Em tempos de abertura para o novo, a tendência da jurisprudência é a de empregar a função social do contrato como uma panaceia para os males do rigor contratual. Pablo Rentería assume que a grande dificuldade para o operador do direito "diz respeito à identificação de uma especificidade normativa para a função social do contrato, ou seja, de um conteúdo normativo que lhe atribua um escopo de aplicação próprio e efetivo".[157]

Estatui o art. 421 do Código Civil que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." A norma é propositalmente inserida no início do Título V do Livro das Obrigações, pontificando o estudo dos contratos. O destaque é justificado, afinal, em poucas e bem-colocadas palavras, demonstra-se a imprescindível conjugação entre os princípios da liberdade e da solidariedade.

156. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, p. 101.

157. RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 283.

Remotamente, a função social do contrato prendia-se à própria função social da propriedade, porque, no liberalismo ínsito nos últimos duzentos anos, a ampla liberdade contratual pavimentava o acesso ao direito de propriedade. Aliás, ao contrário do que aqui ocorre (art. 1.227, CC), mas seguindo o exemplo originado em França, em certos ordenamentos europeus até hoje os contratos possuem força translativa, sendo dispensado o ato do registro para aquisição do direito real.

Mas o comércio jurídico não se desenvolve apenas no plano estrutural do utilitarismo econômico. O crédito é um fenômeno social e a riqueza não mais se concentra na propriedade física. Como tivemos oportunidade de frisar em outra ocasião, "a elite global contemporânea domina sem estar presente fisicamente. As utilidades que atraem são as que propiciam leveza e portabilidade, não há mais interesse na confiabilidade e solidez dos bens de raiz. Fixar-se ao solo não é importante, se ele pode ser alcançado e abandonado quando surgem oportunidades financeiras em outros lugares e atividades. A lógica da durabilidade é substituída pela circulação de ativos e substituição de bens".[158-159]

Como reação a este estado de coisas, tal e qual qualquer direito subjetivo, atualmente as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função da circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre-iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana. 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 àquele se projeta.

Tal como sugeriu Norberto Bobbio[160] ainda na década de 70, a passagem da estrutura à função indica que a liberdade dos privados é circunscrita pelos valores constitucionais, a fim de que o negócio jurídico seja um espaço promocional de determinados fins reputados como valiosos pelo corpo social. O direito se desliga de seu compromisso meramente sancionatório e postula um papel de incentivo ao diálogo entre a ordem econômica e as finalidades programáticas do ordenamento.

Aqui surge em potência a função social do contrato. Não para coibir a *liberdade de contratar*, como induz a literalidade do art. 421, mas para legitimar a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar com o outro. Todavia, o ordenamento jurídico deve submeter a composição

158. CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 228.

159. Em notável obra, intitulada *Globalização*, o filósofo Zygmunt Bauman é incisivo ao expor que, "em contraste com os ausentes proprietários fundiários do início dos tempos modernos, os capitalistas e corretores imobiliários da era atual, graças a mobilidade de seus recursos, agora líquidos, não enfrentam limites reais o bastante – sólidos, firmes, resistentes – que obriguem ao respeito. Os únicos limites que se poderiam fazer respeitar seriam aqueles impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital e do dinheiro. Tais limites são, no entanto, poucos e distantes uns dos outros" (op. cit., p. 18).

160. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milão: Edizioni di Comunitá, 1984, p. 70-74.

do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem Constitucional. Em outras palavras, cláusulas autorregulatórias nascidas da plena autodeterminação das partes e integradas pela boa-fé objetiva serão de alguma forma sancionadas pelo ordenamento – em sua validade ou eficácia –, face à ausência de legitimidade entre os seus objetivos e os interesses dignos de proteção no sistema jurídico.[161]

Atendendo ao que há muito já mencionava o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Civil Brasileiro, a função social do contrato deseja conciliar o bem comum dos contratantes e da sociedade. Ou, como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, "o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral".[162]

Censura-se o abuso da liberdade contratual como ato ilícito objetivo (art. 187, CC), partindo-se da premissa de que o contrato não é um átomo – um universo jurídico hermético e neutro –, mas um fato social que operacionaliza a realização de valores globais. Renan Lotufo evoca no abuso do direito "uma aspiração de atuação

161. STJ. Informativo nº 0561 Período: 4 a 17 de maio de 2015. Terceira Turma DIREITO EMPRESARIAL. FIXAÇÃO DE CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. Quando a relação estabelecida entre as partes for eminentemente comercial, a cláusula que estabeleça dever de abstenção de contratação com sociedade empresária concorrente pode irradiar efeitos após a extinção do contrato, desde que limitada espacial e temporalmente. **Inicialmente, deve-se buscar, na hipótese em análise, a finalidade pretendida pelas partes ao firmarem a cláusula de não concorrência para, então, compreender-se sua adequação, ou não, à autonomia privada conformada pela funcionalização do direito privado, nos termos do art. 421 do CC.** Com efeito, a restrição à concorrência no ambiente jurídico nacional, em que vige a livre iniciativa privada, é excepcional e decorre da convivência constitucionalmente imposta entre as liberdades de iniciativa e de concorrência. Saliente-se que essa mesma preocupação com os efeitos concorrenciais potencialmente negativos forneceu substrato doutrinário e ideológico a suportar a vedação de restabelecimento em casos de trespasse de estabelecimento. A referida vedação passou a integrar o ordenamento jurídico nacional por meio do art. 1.147 do CC, segundo o qual, "Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência". Diferentemente da hipótese em análise, a vedação ao restabelecimento nos casos de trespasse decorre de lei, o que afasta discussões acerca da proporcionalidade da medida. A par disso, tratando-se a concorrência de valor institucional a ser protegido por imposição constitucional, extrai-se a função social de cláusulas autorregulatórias privadas que se adequem a esta finalidade. Por óbvio, essa admissão deverá atender a certos limites, sob pena de se desviarem de sua função, passando a representar conduta abusiva de alguma das partes. Nesse contexto, deve também ser afastada a conclusão no sentido de que, resolvido o vínculo contratual, não teria qualquer eficácia a cláusula de não concorrência. Primeiramente, esse entendimento retira da cláusula toda sua funcionalidade, existente, como demonstrado, na medida em que protege o ambiente concorrencial de distorções indesejadas. Ademais, a exigência de conduta proba das partes, nos termos do art. 422 do CC, não está limitada ao lapso temporal de vigência do contrato principal em que inserida. E, de fato, insere-se na conduta conformada pela boa-fé objetiva a vedação ao estabelecimento de concorrência entre empresas que voluntariamente se associam para ambas auferirem ganhos, bem como o prolongamento dessa exigência por prazo razoável, a fim de propiciar a desvinculação da clientela da representada do empreendimento do representante. Assim, devem ser consideradas válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela – valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente. REsp 1.203.109-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 11/5/2015.

162. MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, nº 21, jan./mar. 2005, p. 100.

não funcional de direitos subjetivos no interno da sociedade".[163] É inconcebível crer que, no momento atual, possamos plagiar os oitocentistas, alegando que a relação contratual é *res inter alios acta*.

A função social do contrato representa mais uma das diversas facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e, especialmente, da funcionalização dos negócios jurídicos. O perfil estrutural e neutro do negócio jurídico restringia-se à questionar quem seriam os contratantes (identificação das partes) e o que postulavam com o contrato (identificação do objeto). O atendimento às regras de capacidade dos intervenientes, a licitude e a possibilidade da prestação eram os únicos fatos justificadores da juridicidade da relação obrigacional. Não se questionava as razões do negócio jurídico, o porquê, ou o para quê. Enfim, a dogmática civil clássica é anticausalista.

À erosão da perspectiva estrutural de um contrato edificado pelo poder normativo da vontade contrapõe-se a ascensão de um paradigma em que os modelos jurídicos assumem a feição de instrumentos concretizadores de determinadas finalidades eleitas pela coletividade. A compreensão da conduta dos contratantes deixa de ser visualizada pelo monopólio de suas vontades, posto submetida a padrões objetivos de controle social de legitimidade.

4.2 A função social do contrato como causa do negócio jurídico

A adequada compreensão do negócio jurídico pressupõe a redescoberta do conceito da autonomia privada. A vontade mantém a sua condição de suporte fático do negócio jurídico, mas, inegavelmente, a sua força normativa é conferida pelo ordenamento jurídico. A utilidade econômica visada pelas partes é condicionada às aspirações éticas do sistema.

Apesar do silêncio do Código Civil de 2002 – sobremaneira no art. 104, ao elege os requisitos de validade do negócio jurídico –, podemos justificar o reencontro d direito privado com a noção de causa, entendida esta como as razões que as parte perseguem com o contrato e as suas finalidades perante o meio social. Percebemo que no negócio jurídico, a causa – ou a especificação da função que desempenha o elemento que o define, que lhe é próprio e único, e que serve para diferenciá-l de qualquer outro negócio, típico ou atípico. É, portanto, também o elemento qu lhe dá – ou nega – juridicidade.[164]

A função social se converte em corolário lógico de qualquer ato de autonomi privada, não mais como um limite externo e restritivo à liberdade do particular, m como limite interno hábil a qualificar a disciplina da relação negocial e promover o interesses econômicos nela consubstanciados, a partir da investigação das finalidad

163. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 507.
164. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa dos contratos*, op. cit., p. 102.

empreendidas pelos parceiros por meio do contrato. Daí a adequada referencia constitucional ao "valor social da livre iniciativa" (art. 1., IV. CF).

Certamente, temos que ser cautelosos na hermenêutica da cláusula geral do art. 421: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." A expressão "em razão" se destina precipuamente a conformar a autonomia privada à dimensão social. Isso não significa que a liberdade contratual se desprenderá, como em um passe de mágica, de sua origem na vontade privada", para se curvar à uma pretensa função social que o negócio jurídico atenderá. Em um Estado Democrático de Direito estabelecido em uma ordem econômica dirigida à livre iniciativa, a função social não pode ser compreendida como uma transferência das liberdades particulares para um abstrato e ideologizado "sistema" ou "ordenamento". Lembre-se: O contrato não "é" função social. Ele é *dotado* de função social. Não existe uma hierarquia que submeta a autonomia privada aos desígnios de uma coletividade, como se os contratantes fossem zeladores a serviço da sociedade. Ao inverso, a coletividade pode ser materializada no conjunto de pessoas que integram um mercado de bens e serviços e aspiram pela conciliação entre uma eficiente circulação de créditos e uma justa, previsível e segura regulamentação dos dinâmicos interesses que alicerçam esse mercado.

Pelo contrário, a função social pode exercitar importante papel de fortalecimento da ordem do mercado, tutelando instituições, princípios e regras que promovam um saudável ambiente econômico concorrencial. Caberá à doutrina, ao legislador e aos tribunais o mister de aclarar a função social dos diversos modelos jurídicos negociais, elencando-se aí as situações patrimoniais do contrato, a propriedade, o direito de família e as sucessões, bem como os negócios jurídicos não patrimoniais ligados aos direitos da personalidade.[165]

Concordamos com Maria Celina Bodin de Moraes ao refletir que "o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos tão somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nesta linha

165. STJ. Informativo nº 0561. Período: 4 a 17 de maio de 2015. 4. Turma. **A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja, a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.** Nesse contexto, observa-se que a Lei 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes. (REsp 1.163.283-RS, Rel. Min. Luis Felipe SalomãoDJe 4/5/2015).

de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da 'causalidade negocial'. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio 'não cumpre a sua função social'".[166]

4.3 A função social interna do contrato

Incumbe a John Rawls a formulação como primeiro princípio de justiça o direito de cada um dispor do mesmo conjunto de liberdades que seja compatível com igual conjunto de liberdades para outros. Percebe-se daí a inevitável ligação entre este princípio e a teoria contratual.

Parte dos autores que investem na temática reportam a uma bipartição da função social em interna e externa (dos contratos). Cláudio Luiz Bueno de Godoy filia-se a esta corrente, enunciando que a função social atua "primeiro entre as partes, de maneira a assegurar contratos mais equilibrados e, assim, envolventes de partes substancialmente mais iguais, com o que se garanta uma igual dignidade social aos indivíduos".[167] No mesmo sentido, o Enunciado nº 360, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal por iniciativa de Flávio Tartuce: "O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes."[168]

Em sentido complementar, há relativo consenso entre os doutrinadores acerca da função social externa do contrato como reflexo de sua eficácia perante a comunidade, transcendendo à polarização entre as partes. Reporta-se ao diálogo de cooperação entre os contratantes e os "terceiros", prevenindo-se ofensas recíprocas através da edificação de um ambiente de cooperação.[169]

Não existem dúvidas quanto à plasticidade da função social externa e, mesmo, de sua operabilidade. Ela permite-nos desatar as amarras que prendiam o crédito às partes e aos seus sucessores, ignorando a sociedade que os tangencia. Os bons contratos promovem a confiança nas relações sociais, enquanto os maus contratos a degeneram. Por vezes, as relações creditícias escapam do controle de seus artífices, alcançando estranhos que algumas vezes podem ser ofendidos por elas e, em outras hipóteses, podem até mesmo se colocar em situação de violar a relação para a qual não foram convidados.

166. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa dos contratos*, op. cit., p. 119.

167. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131.

168. Nas justificativas da proposição do aludido enunciado, Flávio Tartuce expõe que "a importância da inovação desse princípio é grandiosa, uma vez que trará ao nosso sistema a adoção plena do abrandamento da força obrigatória dos contratos, afastando cláusulas que colidem com os preceitos de ordem pública e buscando a igualdade substancial entre os negociantes".

169. Jorge Cesa Ferreira da Silva insere a função social do contrato como princípio de normatividade exógena, à qual "se atribui a especial virtude de incluir, como elemento de necessária atenção jurídica, preocupações com terceiros não membros da relação, o que inegavelmente vai ao encontro das aspirações de uma sociedade que se pretende mais solidária" (Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 107).

Todavia, cuidados extremados cercam a construção do modelo da função social interna do contrato. Poder-se-ia indagar se ela não seria uma superfetação, por não passar de uma das acepções do princípio da boa-fé objetiva, percebida esta como uma "confiança adjetivada", uma atuação refletida no cuidado com o parceiro contratual e na estima. Para Humberto Theodoro Neto, "ao contrário do que se possa ter pensado afoitamente, a função social do contrato não representa puramente um princípio de garantia para uma parte dentro da relação interna em face da outra. Pressupõe sempre, ao contrário, uma repercussão dela no mundo externo ou o inverso".[170]

No bojo da relação interna, prevalece a boa-fé como *standard* ético que nos impele a ajustar o nosso comportamento a padrões de conduta pautados pela lealdade, pela honestidade e pela cooperação perante o *alter*, transformando toda e qualquer relação obrigacional em um momento de preservação de direitos fundamentais, em que não se frustre a legítima expectativa dos partícipes quanto à realização do interesse econômico subjacente ao contrato.

Por conseguinte, a boa-fé objetiva é horizontal, concerne às relações internas dos contratantes. Ela atende ao princípio da eticidade, pois polariza e atrai a relação obrigacional ao adimplemento, deferindo aos parceiros a possibilidade de recuperar a liberdade que cederam no início da relação obrigacional. Mediante a emanação de deveres laterais – anexos, instrumentais ou de conduta –, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial, como implicitamente decorre da atenta leitura do art. 422 do Código Civil. Dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos pela via do abuso do direito (art. 187, CC).[171]

---

170. THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 154. Bem esclarece o autor que "no seu duplo aspecto, função tanto pode referir-se ao interesse de toda a sociedade (objetivo genérico), como ao interesse inter partes (objetivo específico). Mas o segundo termo – social – remete diretamente à ambientação do contrato em um meio coletivo. O complemento social especifica o aspecto do termo função a que se visa".

171. STJ. ABUSIVIDADE DE COBRANÇA DE SATI AO CONSUMIDOR PELO PROMITENTE-VENDEDOR DE IMÓVEL. É abusiva a cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. O fornecedor tem o dever de prestar ao consumidor informações claras, adequadas e precisas acerca de seus produtos e serviços. Além do pagamento da comissão de corretagem, têm sido transferidos ao promitente-comprador os custos do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), consistente na prestação de esclarecimentos técnicos e jurídicos acerca das cláusulas do contrato e das condições do negócio. Na alienação de unidades autônomas em regime de incorporação imobiliária, essa atividade de assessoria prestada ao consumidor por técnicos vinculados à incorporadora constitui mera prestação de um serviço inerente à celebração do próprio contrato, inclusive no que tange ao dever de informação, não constituindo um serviço autônomo oferecido ao adquirente, como ocorre com a corretagem. Verifica-se, nesse caso, flagrante violação aos deveres de correção, lealdade e transparência, impostos pela boa-fé objetiva, tendo em vista a cobrança, a título de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), pelo cumprimento de deveres inerentes ao próprio contrato celebrado. A abusividade dessa cláusula contratual deflui do disposto no art. 51, IV, do CDC. Consideram-se, assim, nulas de pleno direito as cláusulas que obrigam o consumidor a pagar o serviço de

O binômio cooperação/solidariedade pode ser considerado de duas maneiras: (a) dentro da relação contratual ele atua por meio do princípio da boa-fé (art. 422, CC); (b) já os reflexos externos das relações contratuais, que podem afetar a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário cooperativo que é atuado pela noção da função social do contrato (art. 421, CC).[172] Nesta mesma senda, Humberto Theodoro Júnior[173] noticia que "A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico".

É evidente que a função social do contrato se autonomiza pela sua verticalidade, pois concerne às relações entre as partes e a sociedade. Ela não se compraz imediatamente com a diretriz da eticidade, mas com o paradigma da socialidade. A boa-fé é endógena, a função social do contrato é exógena. Os dois princípios atuam em caráter de complementaridade. Em comum, ambos são emanações do princípio da solidariedade nas relações privadas como limites positivos ao absolutismo da autonomia privada. Enquanto a boa-fé é uma cláusula geral que permite o influxo do solidarismo constitucional no perfil interno das relações patrimoniais, a função social captura o momento cooperativo na interação dos contraentes com o corpo social que os rodeia.

Todavia, se lembrarmos da noticiada aproximação da função social do contrato com a causa do negócio jurídico, poderemos situar um espaço para a cláusula geral do art. 421, mesmo no âmbito interno da relação obrigacional, sem que isto provoque um abalo no sentido da boa-fé objetiva. Ousamos mesmo afirmar que no espaço endógeno da relação negocial pode incidir a boa-fé objetiva e, simultaneamente, uma afronta à função social do contrato pela quebra de consonância com a utilidade social que ele deveria ostentar. O poder jurígeno da vontade é derivado das opções axiológicas do sistema.

Há de se lembrar que o juízo de merecimento sobre o interesse não pode prescindir da escolha constitucional no sentido de que a iniciativa privada é livre, mas não pode induzir a dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana. A causa não será merecedora de tutela quando o interesse perseguido não ostentar as exigências comunitárias, relevantes de acordo com os parâmetros constitucionais.[174]

Vejamos o contrato de seguro de vida. Sendo a sua causa a tutela de interesses existenciais do segurado, sobremaneira a sua integridade psicofísica, nestes negócios

---

assessoria técnico-imobiliária (SATI) ou congênere, ex vi do art. 51, IV, in fine, do CDC. REsp 1.599.511-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, por unanimidade, DJe 6/9/2016.

172. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 133.

173. THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

174. BIANCA, Massimo. *Diritto civile*: il contratto. Milão: Giuffrè, 1987, v. 3, p. 432.

Fortaleza Ceará

jurídicos, o avanço da idade do segurado representa agravamento do risco para a seguradora. Para se precaverem, 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. Daí o acerto do Enunciado nº 542 do Conselho de Justiça Federal: "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."

Sendo a função social do contrato o cenário para a apresentação da opção solidarista da ordem civil, deverá ela conferir aos próprios contratantes o papel de protagonistas, ao assegurar contratos substancialmente equilibrados em que se atribua a cada um o reconhecimento de igual dignidade. Garante-se, assim, segundo Cláudio Godoy, "que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim, socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema".[175]

Cremos que o superdimensionamento da função social do contrato – como de qualquer princípio – é pernicioso, pois culmina por lhe retirar a efetividade. Porém, afastar a sua incidência no plano interno da obrigação pela suposta superposição com outros princípios restringe a sua aplicabilidade e debilita o sistema jurídico em face de situações em que a posição do contratante se torna aviltante a sua igual dignidade social. É justamente este tema que merece profunda consideração.

4.3.1 A função social interna do contrato e a dignidade da pessoa humana

A autonomia privada não é apenas inserida no contexto da ordem econômica constitucional. Ela também é uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana, que consagra e tutela a existência de uma dimensão vital para que todo ser humano possa desenvolver e afirmar socialmente a sua personalidade.

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, culminem por instrumentalizá-lo ou, como intuiu Kant, convertam a pessoa – que é um fim em si – em meio para os fins alheios.

A título ilustrativo, basta "zapearmos" com nossos controles remotos pelas várias produções televisivas que sujeitam cidadãos às mais ridículas e preconceituosas "pegadinhas" ou *reality shows*. Pessoas submetidas ao escárnio pela sua identidade sexual, ou baixa escolaridade e nível de cultura, gincanas oferecendo prêmios para

175. GODOY, Cláudio. *Função social do contrato*, op. cit., p. 129.

aquele que resistir mais tempo a sete palmos se alimentando de minhocas, ou pior, não se alimentando. Curiosamente todas estas pessoas celebram contratos de cessão de direitos de imagem, prestigiando a autonomia negocial. Ademais, sentem-se felizes com a exposição e "reconhecimento" perante amigos e o público em geral.

Curiosamente, muitos destes negócios jurídicos são praticados com resguardo ao princípio da boa-fé objetiva, em um clima de cooperação, sendo o contratante perfeitamente esclarecido de todas as nuances e repercussões da obrigação.

Mas, até onde vai a liberdade do ser humano de fazer tudo que queira, quando não proibido por lei? O limite é a dignidade da pessoa humana. A liberdade é um valor pessoal; a dignidade, um valor universal. Como afirmamos em outra passagem, "a expressão 'dignidade da pessoa humana' não é supérflua, tampouco redundante. Demonstra que a dignidade não pode ser aferida por padrões individuais, pois não basta que o indivíduo seja livre, mas que pertença, por essência, à humanidade. Enquanto o valor da liberdade se conecta imediatamente com as nossas expectativas individuais, a dignidade nos remete a tudo aquilo que concerne ao gênero humano".[176]

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável, bem como os seus atributos da personalidade (art. 11, CC). Por mais que se contrarie a vontade do seu titular, não pode a pessoa ser premida em sua própria fragilidade. A função social do contrato é pedagógica, pois nos remete à nossa condição racional, de componentes da civilização humana.

A função social consiste em importante vetor para estabelecermos quais são os limites morais do mercado., no sentido de definirmos em que circunstâncias os mercados atendem ao bem público e em quais são intrusos. Ou seja, precisamos definir se queremos ter uma economia de mercado ou ser uma sociedade de mercado, na qual a visão utilitária que é própria dos negócios patrimoniais acabe abrangendo bens jurídicos que não podem ser corrompidos ou degradados, pois dizem respeito a valores existenciais. Compram-se torradeiras, mas não colocamos a venda filhos, sentenças ou votos. Como enfatiza MICHAEL SANDEL, "quando decidimos que determinados bens podem ser comprados e vendidos, estamos decidindo, pelo menos implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso"[177]

Poder-se-ia até criticar a própria necessidade de positivação do modelo jurídico da função social do contrato, por se considerar suficiente a própria repulsa ao negócio jurídico contrário à ordem pública pela via da nulidade pela ilicitude do objeto (art. 166, II, CF).[178]

176. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

177. SANDEL, Michael. O que o dinheiro não compra, p. 14/15. Explica o autor: "A diferença é esta"uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficaz – de organização de uma atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da vida humana. É um lugar em que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado".

178. Crítica realizada dentre outros citados neste texto, como Paulo Nalim, Antônio Junqueira de Azevedo e Pablo Rentería. Este último, inclusive, remete ao "surrado" paradigma francês do contrato de trabalho cujo

Contudo, a nulidade como espécie do gênero invalidade do negócio jurídico situa-se em seu momento genético. Não há nulidade superveniente, toda invalidade é coeva ao nascimento da relação obrigacional. Em muitas oportunidades, a cláusula negocial é lícita, havendo ilicitude em sua repercussão ou, melhor dizendo, em sua finalidade perante o corpo social em seu contexto histórico e cultural.

Assim, em várias situações, a sanção da ineficácia superveniente seria mais adequada que a da nulidade, como mesmo decorre da interpretação do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil: "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."

A cláusula geral da função social do contrato, conforme o visto, ostenta notável plasticidade e adaptabilidade às inúmeras possibilidades de colisões entre interesses individuais e coletivos. Daí o acerto do Enunciado nº 430 do Conselho de Justiça Federal, ao expor que "A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais."

O desafio à ordem pública e à dignidade da pessoa humana é censurado pelo ordenamento por um amplo leque de opções. Quando a afronta provém de um contrato, a fundamentação judicial calcada na lesão ao princípio da função social poderá, em certas circunstâncias, suprir a restrição dogmática da teoria das nulidades, com suas naturais limitações na divisão dos planos do negócio jurídico. No pontificado de Antônio Junqueira de Azevedo, "a grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, no momento inicial do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim, no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a liberdade de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao desenvolvimento dessa iniciativa".[179-180]

4.4 A função social externa do contrato

O *locus* do princípio da função social, em sua acepção externa, reside na sua capacidade provocativa de repensar o mito da relatividade contratual em contraposição à eficácia *erga omnes* dos direitos reais. A sua missão é substituir a vertente individualista do vínculo contratual pela arejada concepção da tutela externa do crédito.

objeto era o arremesso do anão Manuel Wackenheim em casa de diversões noturna como hipótese de julgado em que o Conselho de Estado Francês julgou o caso pela simples contrariedade à ordem pública (*Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato*, op. cit., p. 292).

179. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio... *Revista dos Tribunais*, v. 832. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2005, p. 133.

180. Ou como se colhe do escólio de Jorge Cesa Ferreira da Silva, "o princípio da função social atua no plano da validade (mais restritamente) e no plano da eficácia (mais amplamente), voltando-se ao controle dos efeitos dos atos" (op. cit., p. 115).

A nota específica das obrigações negociais – em comparação com os demais direitos patrimoniais – é o seu objeto. O direito de crédito tem por objeto uma prestação consistente no bem da vida, no fato ou na abstenção a cargo do devedor. É lição corrente que os contratos possuem eficácia relativa, no sentido de que terceiros não podem ser credores ou devedores por força de relações jurídicas alheias, em que não foram partes.

O princípio da relatividade do contrato não pode ser confundido com a exigência de que o negócio jurídico – em toda a sua trajetória – seja respeitado por terceiros, no sentido de que devam se abster da prática de atos que possam interferir nas relações alheias. Vale dizer, apesar de sua relatividade, os contratos produzem oponibilidade perante terceiros – como projeção de sua eficácia –, resultando em um dever de abstenção, no sentido de que a sociedade não pode afetar uma relação obrigacional em andamento.

Enfrentando o tema com propriedade, Jacques Ghestin[181] sustenta que *"l'opposabilité est um complément nécessaire de la force obligatoire du contrat"*. Isto é, a oponibilidade é destinada a assegurar a produção dos efeitos normais do contrato, nada além dos seus efeitos. A oponibilidade não é capaz de atribuir um direito absoluto aos contratantes, pois o contrato apenas tem como objeto um direito relativo.

O respeito pela relatividade contratual é expressão de uma atitude consensualista que enaltece o poder disciplinador da autonomia e procura atender à intenção com que, na formação do contrato, as partes buscam alguma medida de "isolamento relacional" ou, ao menos, o sinalizam uma à outra; mas esse respeito pela relatividade pode também resultar da consideração do interesse econômico em jogo e da presunção de que qualquer interferência de terceiro colocará em risco a segurança da avença.

O princípio da relatividade dos contratos não pode mais ser elevado à condição de dogma. Dogmas são verdades incontestáveis, e sabemos que o direito é instrumento transformador que atua com apoio na experiência – fator cambiante – não tolerando posições imutáveis. Há muito, a análise econômica do contrato demonstra generosidade na admissão de ingresso de terceiros na relação contratual, como forma de maximização de trocas eficientes, estimulando-se a livre negociabilidade e à transmissão de direitos creditícios.

A necessidade de preservar a ordem econômica e a fidelidade às convenções demanda que terceiros se abstenham de violar contratos em andamento. O abuso no exercício da liberdade contratual gera responsabilidade de quem induz outrem à violação de contrato. A colaboração em grau mínimo da sociedade já é suficiente para preservar a confiança na circulação econômica dos créditos. Assim, há uma necessidade de relativização do próprio princípio da relatividade contratual.

181. GHESTIN, Jacques. Le principe d'opposabilité. In: *Traité de droit civil* – les effets du contrat. Paris: LGDJ, 199 p. 418.

Anote-se: a sociedade não é apenas obrigada a respeitar os direitos da personalidade e a propriedade alheia. O direito de crédito requer tutela ampla, verdadeira via de mão dupla, conjugando respeito mútuo entre os contratantes e a sociedade.

Localizar a função social do contrato no ordenamento jurídico é uma tarefa mais delicada do que operacionalizar a função social da propriedade ou da família. Nestas duas vertentes, o sistema tratou de criar diretrizes concretas de aplicação efetiva dos princípios, além de enumerar variadas sanções para o exercício temerário dos poderes dominiais (arts. 182 a 186, CF) ou para o desvio no exercício do poder de família (arts. 1.635 a 1.638, CC e normas do ECA).

A função social do contrato não é um dado, mas um construído. O intérprete deverá se valer de todos os métodos hermenêuticos para localizar a cláusula geral. Neste leque de possibilidades que se abre para a vivificação do princípio, visualizamos a função social em três situações precisas e ainda não pavimentadas em outras vias: (a) contratos que ofendem interesses metaindividuais ou o princípio da dignidade da pessoa humana; (b) contratos que ofendem terceiros; (c) terceiros que ofendem contratos.

Já se exauriu o tempo da crítica à velha dogmática civil. Não há mais espaço para desconstruir o antigo. A audaciosa missão da doutrina civilista consiste em fundamentar a função social. Há suficiente amparo doutrinário – aqui e em direito comparado – para a densificação da função social do contrato em cada uma de suas dimensões.

Neste particular, irretocável o conteúdo do Enunciado nº 23 do Conselho de Justiça Federal, 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 metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana." Primeiramente, a função social atua *inter partes* – no plano da tutela à dignidade – e, em seguida, realiza relevante performance *ultra partes*.

Outrossim, em qualquer de suas vertentes, o art. 421 não deve ser lido em consonância com o ambiente de intervencionismo econômico e dirigismo contratual que presidiu a elaboração do Código Civil nos idos da década de setenta. A socialidade jamais pode ser compreendida como uma atomização da pessoa perante a sociedade, mas, na linha da interpretação conforme à Constituição, como a imposição de um freio aos abusos cometidos em nome da liberdade contratual, prestigiando-se a construção de uma sociedade solidária, pois, como lembra José de Oliveira Ascensão, "a realização do homem a que o direito deve tender como o seu fim não é a realização de cada indivíduo isoladamente, no agnosticismo e indiferença pelas finalidades prosseguidas; é a realização de cada homem em sociedade, numa comunidade solidária que permita a realização pessoal de seus membros".[182]

182. ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 26. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2006, p. 60.

4.4.1 O contrato ofensivo a interesses metaindividuais

Nada mais natural do que relações contratuais que atendam aos interesses econômicos dos contratantes em um ambiente de cooperação e confiança. Esta é uma situação possível, mormente em contratos interempresariais, nos quais é possível falar em uma relativa igualdade material entre as partes.

Ocorre que esta pacificação interna nem sempre corresponde aos efeitos do contrato perante a sociedade. Determinadas relações creditícias portam o germe da danosidade social. Basta lembrarmos de contratos que ofendem interesses metaindividuais, como aqueles difusos e coletivos, assim como os interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I, II e III, CDC) ligados à proteção dos consumidores, do meio ambiente ou da livre-concorrência.

Adverte o art. 1º, IV, da Constituição Federal sobre o "valor social" da livre-iniciativa. Nesta 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".[183]

A possibilidade de os sujeitos regularem suas relações do modo que lhes seja mais conveniente ou desenvolver livremente a atividade escolhida demanda contenções em favor de interesses hierarquicamente prevalentes no quadro de valores Constitucionais. Um contrato empresarial que ameace a criação de oligopólio requer enérgica atuação do CADE;[184] um negócio jurídico interempresarial envolvendo a edificação de empreendimento em área de preservação ambiental requer imediata atuação do Ministério Público. Enfim, é amplamente justificada a legitimação das entidades descritas nos arts. 5º da Lei nº 7.347/85 e 82 da Lei nº 8.078/90, para

183. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.

184. Em 2014 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) recomendou, a condenação de 10 shopping centers e oito administradoras por adoção de cláusulas de raio em contratos de locação firmados com lojistas em Porto Alegre e São Paulo.A cláusula de raio é um instrumento contratual que obriga o lojista a não exercer as mesmas atividades objetos do contrato em estabelecimentos que estejam situados a um raio de distância pré-determinado, contado a partir do centro do shopping no qual é locatário de ponto comercial. Embora esse tipo de dispositivo não seja considerado abstratamente ilegal, ele tem potencial de gerar efeitos anticompetitivos dependendo de como as suas condições são estabelecidas pelo shopping center. Os contratos firmados com os shoppings apresentaram cláusulas de raio com prazo de vigência indeterminado. Além disso, não teriam justificativa razoável para impor o limite territorial aos lojistas. Desse modo, a adoção do dispositivo contratual terminou por limitar a concorrência e reduzir as opções ao consumidor. Para a análise dos casos específicos, a Superintendência indicou os parâmetros-base de medição da razoabilidade da cláusula: a densidade populacional da área; o indício de delimitação do raio com objetivo de prejudicar eventuais concorrentes já instalados ou com previsão de instalação investimentos do shopping na área para torná-la comercialmente atrativa; e poder de mercado do agente dentro do raio definido. No que tange ao critério da duração, uma vez que a cláusula visa proteger o investimento realizado pelo shopping, deve estar limitada ao tempo necessário para recuperá-lo, não podendo ser aceitas cláusulas ad eternum. Assim, foi definido em cinco anos como período razoável para recuperação do investimento e estabelecimento da clientela, sem que haja maiores riscos a possíveis shoppings concorrentes e aos lojistas. Acima desse período deverão ser analisadas as peculiaridades de cada caso, com vistas a apurar a razoabilidade ou não do tempo definido. A matéria ainda não foi discutida no mérito pelo Superior Tribunal de Justiça.

provocarem a nulidade de cláusulas que ofendem a valores reconhecidamente caros ao corpo social. Flávio Tartuce colhe interessante exemplo de "um contrato celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade. O contrato é civil e paritário, não trazendo qualquer desequilíbrio ou quebra de sinalagma. Entretanto a publicidade veiculada é discriminatória (publicidade abusiva, art. 37, CDC), estando neste ponto presente o vício. Pela presença do abuso de direito, o contrato pode ser tido como nulo, combinando-se os arts. 187 e 166, VI, do Código Civil – nulidade por fraude à lei imperativa diante do ato emulativo".[185]

Com essa mesma orientação, na 1ª Jornada de Direito Comercial, o Conselho de Justiça Federal aprovou o Enunciado 26: "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."

Mesmo nas situações prosaicas da vida, a função social do contrato se apresenta em tutela da coletividade. Rubens Barrichello estava a uma reta da vitória em uma corrida da 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: trata-se de campeonato mundial de pilotos ou de equipes? Fatalmente, sobejou lesada a desportividade da competição para mais de 500 milhões de fiéis ao esporte pelo mundo. A função social do contrato foi negligenciada.[186]

4.4.2 O terceiro ofendido

Outra interessante abordagem da cláusula geral da função social do contrato reside na tutela externa do crédito. Cuida-se da eficácia transubjetiva do contrato. Constatada a insuficiência da classificação dos contratos como *res inter alios acta* – que não beneficia ou prejudica terceiros –, cumpre-nos ferir aquele grupo de situações em que o ato de autonomia negocial é positivo para as partes, sem prejudicar interesses metaindividuais, mas acaba por vitimar um terceiro, completamente estranho ao negócio jurídico.

Quatro interessantes situações revelam a concretização da proteção legislativa e pretoriana ao terceiro ofendido:

a) Um transeunte é atropelado em razão de um defeito de fabricação do freio de um veículo. O motorista não conseguiu acionar o mecanismo de frenagem

185. TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina. A.10, nº 1.049, 16 maio 2006.

186. O triste episódio ocorreu novamente no ano de 2010. A Ferrari foi poupada de receber mais punições por ter ordenado a seu piloto Felipe Massa que deixasse o espanhol Fernando Alonso ultrapassá-lo durante o Grande Prêmio da Alemanha em julho passado, segundo informou a escuderia italiana nesta quarta-feira. Na ocasião, a escuderia recebeu uma multa de 100.000 dólares. As regras sobre ordens de equipe foram introduzidas em 2002, depois do Grande Prêmio da Áustria, quando a Ferrari instruiu Rubens Barrichello a parar para permitir que Michael Schumacher o ultrapassasse e ganhasse a corrida.

do carro recém-adquirido. Em tese, a vítima não poderia demandar solidariamente contra os fornecedores – fabricante (montadora) ou fornecedor de fase – com espeque na responsabilidade objetiva do art. 12 do CDC, por não ocupar a posição de consumidor *stricto sensu* a que alude o art. 2º da Lei Consumerista. Sobrar-lhe-ia apenas a penosa missão de demandar contra quem lhe atropelou, imputando-lhe o ato ilícito culposo, na dicção do art. 186 do Código Civil.

Todavia, o terceiro é considerado consumidor por equiparação, como *bystander*, por ser vítima de um acidente de consumo provocado pelo defeito do produto. A norma inserida no art. 17 do CDC é pedagógica pois concede a qualquer pessoa os mesmos mecanismos jurídicos de tutela do consumidor por responsabilidade derivada de falha de segurança de produtos e serviços. O fornecedor tem o dever de acautelar não apenas o seu contratante direto (como emanação do princípio da confiança), mas também uma coletividade indeterminada de pessoas expostas aos riscos de sua atividade.

Certamente só poderá ser considerada "terceiro vítima" aquela pessoa que foi atingida por uma dano diretamente relacionado à atividade organizada pelo fornecedor, face à violação da segurança legitimamente esperada. Não é possível cogitar de extensão dos riscos empresariais se o serviço não for defeituoso e não houver um acidente de consumo.[187]

b) Vamos supor que A se envolva em um acidente de veículos causado por B. A poderia dirigir a sua demanda ressarcitória diretamente contra a seguradora do veículo de B? De acordo com o direito material, A fracassaria em seu intuito, tendo em vista que não há relação jurídica entre a vítima do acidente automobilístico e a seguradora do causador do dano, porém apenas entre estes. Daí a previsão do art. 787 do Código Civil, no sentido

187. STJ. Informativo nº 0564 Período: 15 a 30 de junho de 2015. Terceira Turma/ RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PERANTE SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE RECEBEU CHEQUE INTEGRANTE DE TALIONÁRIO PREVIAMENTE CANCELADO. A instituição financeira não deve responder pelos prejuízos suportados por sociedade empresária que, no exercício de sua atividade empresarial, recebera como pagamento cheque que havia sido roubado durante o envio ao correntista e que não pôde ser descontado em razão do prévio cancelamento do talonário (motivo 25 da Resolução 1.631/1989 do Bacen). Na situação em análise, sociedade empresária não pode ser considerada consumidora por equiparação com fundamento no art. 17 do CDC, segundo o qual "Para os efeitos dessa Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento". Com efeito, interpretando-se o art. 17 do CDC, deve-se reputar consumidor por equiparação o terceiro, estranho à relação de consumo, que experimenta prejuízos ocasionados diretamente pelo acidente de consumo. Efetivamente, ainda que se afigure possível, segundo a doutrina majoritária nacional, que pessoa jurídica e mesmo intermediários da cadeia de consumo venham a ser considerados vítimas de um acidente de consumo, enquadrando-se, pois, na qualidade de consumidor por equiparação, é imprescindível para tanto, que os danos suportados possuam relação direta (e não meramente reflexa) de causalidade com o acidente de consumo. Nessa medida, eventuais danos suportados pela pessoa jurídica, no estrito desenvolvimento de sua atividade empresarial, causados diretamente por terceiros (falsários/estelionatários) não podem ser atribuídos à instituição financeira que procedeu em conformidade com a Lei 7.357/1985 e com a Resolução 1.682/1990 do Bacen, regente à hipótese em análise, sob pena de se admitir indevida transferência dos riscos profissionais assumidos por cada qual (REsp 1.324.125-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 12/6/2015).

de que "no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro". A essência do dispositivo reside no fato de que o ajuizamento direto exclusivamente contra a seguradora ofenderia os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a ré não teria como defender-se dos fatos expostos na inicial, especialmente da descrição do sinistro. Este, aliás, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.[188] A *via crucis* da vítima será a de demandar apenas contra o causador do dano, que deverá "torcer" para que o ofensor exiba patrimônio capaz de satisfazer a obrigação na fase de cumprimento da sentença.

De fato, sob o ângulo da segurança jurídica, a possibilidade de uma demanda direta da vítima contra a seguradora seria fator de insegurança jurídica. Ora, se o eventual autor do ilícito (segurado) não foi parte na relação processual, acabe-se por elidir o contraditório e a ampla defesa, a medida em que a seguradora atua como garante e a sua responsabilidade requer a prévia apuração do fato antijurídico praticado pelo segurado. Nesse sentido, preceitua a Súmula 529 do Superior Tribunal de Justiça: "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".

Contudo, em uma renovada e prospectiva leitura do contrato de seguro, há de se compreender que os contratantes assumem um dever de proteção perante a sociedade. Não se amplia a obrigação que é relativa aos limites do negócio jurídico, mas sim à tutela da legítima expectativa de segurança de terceiros, em prol de quem o contrato se torna oponível.[189] Assim, visando conciliar o contraditório, com a pacificação social, a duração razoável do processo e o acesso à uma tutela adequada e eficiente, permite-se que a seguradora condenada no bojo de ação regressiva

188. STJ. Informativo nº 0490, Período: 1º a 10 de fevereiro de 2012, Segunda Seção: "RECURSO REPETITIVO. SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. AJUIZAMENTO DIRETO EXCLUSIVAMENTE CONTRA A SEGURADORA. A Seção firmou o entendimento de que descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada, direta e exclusivamente, em face da seguradora do apontado causador do dano, porque, no seguro de responsabilidade civil facultativo, a obrigação da seguradora de ressarcir os danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa. Esse posicionamento fundamenta-se no fato de o seguro de responsabilidade civil facultativa ter por finalidade neutralizar a obrigação do segurado em indenizar danos causados a terceiros nos limites dos valores contratados, após a obrigatória verificação da responsabilidade civil do segurado no sinistro. Em outras palavras, a obrigação da seguradora está sujeita à condição suspensiva que não se implementa pelo simples fato de ter ocorrido o sinistro, mas somente pela verificação da eventual obrigação civil do segurado. Isso porque o seguro de responsabilidade civil facultativo não é espécie de estipulação a favor de terceiro alheio ao negócio, ou seja, quem sofre o prejuízo não é beneficiário do negócio, mas sim o causador do dano" (REsp 962.230-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 8.2.2012).

189. Esta é a ratio do Enunciado 544 do Conselho de Justiça Federal: "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."

em denunciação da lide, possa pagar imediatamente à vítima na fase sucessiva do cumprimento da sentença

Nesse sentido, desponta a Súmula 537 do Superior Tribunal de Justiça: "Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites da condenação deste na ação regressiva". Ou seja, em caso de condenação, a seguradora culminou por se defender em litisconsórcio com o réu, respondendo solidariamente com este pela reparação do dano decorrente do acidente até os limites dos valores segurados contratados. Abre-se então a possibilidade de a vítima executar diretamente a seguradora – superando a questão processual da ilegitimidade –, impondo a um contratante uma obrigação perante um terceiro que não era parte no contrato, demonstrando que o contrato de seguro detém função social relevante de recompor o patrimônio de vítimas de acidentes.[190]

Não bastando a edição das duas referidas súmulas, em caráter inovador o parágrafo único do art. 128 do CPC/15 dispõe que "Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva". Por conseguinte, mesmo sem relação direta de direito material com o denunciado autor poderá avançar para a fase sucessiva do cumprimento da sentença diretamente contra ele.

Comemoramos a superação da interpretação restrita do artigo 787 do Código Civil., que ofendia a instrumentalidade do processo e a diretriz da eticidade, que permeia as relações de direito privado. O processo não é um fim em si mesmo. Ele é uma técnica a serviço de uma ética de direito material. Cuida-se de um instrumento que deve efetivar os direitos subjetivos edificados nos princípios constitucionais e

190. STJ. Informativo nº 0548 Período: 22 de outubro de 2014. Terceira Turma MANUTENÇÃO DA GARANTIA SECURITÁRIA APESAR DE TRANSAÇÃO JUDICIAL REALIZADA ENTRE SEGURADO E TERCEIRO PREJUDICADO. No seguro de responsabilidade civil de veículo, não perde o direito à indenização o segurado que, de boa-fé e com probidade, realize, sem anuência da seguradora, transação judicial com a vítima do acidente de trânsito (terceiro prejudicado), desde que não haja prejuízo efetivo à seguradora. De fato, o § 2º do art. 787 do CC disciplina que o segurado, no seguro de responsabilidade civil, não pode, em princípio, reconhecer sua responsabilidade, transigir ou confessar, judicial ou extrajudicialmente, sua culpa em favor do lesado, a menos que haja prévio e expresso consentimento do ente segurador, pois, caso contrário, perderá o direito à garantia securitária, ficando pessoalmente obrigado perante o terceiro, sem direito do reembolso do que despender. Entretanto, como as normas jurídicas não são estanques e sofrem influências mútuas, embora sejam defesos, o reconhecimento da responsabilidade, a confissão da ação ou a transação não retiram do segurado, que estiver de boa-fé e tiver agido com probidade, o direito à indenização e ao reembolso, sendo os atos apenas ineficazes perante a seguradora (enunciados 373 e 546 das Jornadas de Direito Civil). A vedação do reconhecimento da responsabilidade pelo segurado perante terceiro deve ser interpretada segundo a cláusula geral da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do CC, de modo que a proibição que lhe foi imposta seja para posturas de má-fé, ou seja, que lesionem interesse da seguradora. Assim, se não há demonstração de que a transação feita pelo segurado e pela vítima do acidente de trânsito foi abusiva, infundada ou desnecessária, mas, ao contrário, for evidente que o sinistro de fato aconteceu e o acordo realizado foi em termos favoráveis tanto ao segurado quanto à seguradora, não há razão para erigir a regra do art. 787, § 2º, do CC em direito absoluto a afastar o ressarcimento do segurado. REsp 1.133.459-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva,.

nas normas do direito privado. Portanto, o direito processual não pode inviabilizar o exercício do direito material nem se contrapor a sua justificação. Pelo contrário, cabe ao processo uma estrita observância dos parâmetros que fundamentam a existência e a legitimidade de um modelo jurídico. Destarte, no caso ora tratado é legítima a condenação e a execução direta do denunciado, independentemente da situação de solvência do denunciante, mesmo quando a lide sirva de veículo de demanda de pretensão regressiva fundada em garantia imprópria.

Cândido Dinamarco magistralmente delineou o processo civil como um instrumento, um sistema aberto a serviço do direito substancial pela *"infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material"*.[191]

c) Pela mesma via da instrumentalidade, justifica-se a ancoragem da função social como justificativa para a adequada redação do art. 456 do Código Civil. Segundo tal dispositivo, *"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"* (grifo nosso).

A evicção é umbilicalmente atrelada à técnica processual da denunciação da lide. Sabemos que, pelo fato de ter operado a transmissão de um direito, o alienante é garantidor da legitimidade da operação. O objetivo da denunciação é permitir ao adquirente a convocação ao processo do alienante, em face do qual terá ação regressiva indenizatória, em caso de sucumbência na ação principal em que figura no polo passivo.

O inegável acerto do art. 456 é a permissão da denunciação da lide "por saltos". Em outras palavras, em vez de permitir a convocação isolada do alienante imediato, o Código Civil facultou ao denunciante o chamamento de qualquer um dos transmitentes do bem, desde a origem da cadeia causal viciada. Poder-se-ia indagar: mas qual é a relação jurídica do adquirente com aquele proprietário primitivo que não lhe alienou o bem? Já tivemos a oportunidade de escrever em outro trabalho que "a resposta se encontra na cláusula geral da função social do contrato, à medida que o adquirente foi ofendido não apenas pelo alienante mas por todas as relações materiais antecedentes das quais não fez parte. A garantia da evicção será concedida, portanto, pela totalidade dos transmitentes, que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa, não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos".[192]

Ocorre que a teor do § 2º, do art. 125 do CPC/15, "Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado

191. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 220.
192. ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenador: Min. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2006.

sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma". Na prática esse dispositivo revoga a denunciação *per saltum*, ou mesmo uma denunciação coletiva, pois o denunciante só poderá denunciar à lide o "alienante imediato"; este, por sua vez, só poderá promover a denunciação em face do seu "antecessor imediato". Dai por diante, eventuais responsabilidades serão aferidas em processos autônomos. Não bastasse o atentado tácito à economia processual (no campo instrumental) e à função social do contrato (no plano material, o artigo 1.072, II, do CPC/15 revogou expressamente o artigo 456 do Código Civil, única regra que previa a denunciação da lide em face de alguém que não fosse o alienante imediato).

d) Na mesma linha evolucionista, o Superior Tribunal de Justiça editou em 25.4.2005 a 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."*

A súmula foi inspirada em uma série de julgamentos envolvendo contratos de promessa de compra e venda em incorporações imobiliárias. Os promitentes compradores efetuavam o pagamento integral do preço, mas a incorporadora não cumpria com a sua obrigação de quitar a garantia hipotecária estabelecida com a instituição financiadora (mutuante) do empreendimento. Ocorre que, não obstante a quitação, os compradores não obtiveram liberação do gravame por problemas de inadimplência da construtora perante a instituição financeira.

Se aplicássemos ao caso as lições legadas do direito romano, certamente os promitentes compradores teriam de quitar o financiamento perante o banco, haja vista que a hipoteca produz efeitos *erga omnes*, tendo aqueles ciência do gravame real quando da assinatura do contrato preliminar. Ademais, a hipoteca estaria devidamente registrada no RGI, permanecendo o ônus até que extinta a dívida que lhe deu origem.

Nada obstante, os promitentes compradores foram bem-sucedidos em suas ações de tutela específica de obrigação de fazer – outorga de escritura e cancelamento do gravame hipotecário. Com efeito, o direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas os adquirentes são os terceiros ofendidos que não tinham ciência da ausência de repasses ao banco dos valores que pagavam à incorporadora. A instituição financiadora fica limitada a receber destas pessoas o pagamento das suas prestações, porém, os adquirentes não assumem qualquer responsabilidade de pagar duas dívidas: a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.

A par da evidente constatação da hipossuficiência dos promitentes compradores, não tendo condições de apreciar o risco do negócio jurídico, certamente competiria à instituição credora fiscalizar o repasse das quantias, adotando as medidas pertinentes no momento adequado. A *supressio* se evidencia quando o titular de um direito

subjetivo negligencia o seu exercício e, tardiamente, o exige em face de quem agiu de acordo com legítimas expectativas de confiança sobre a quitação do preço.

Rodrigo Xavier Leonardo empreende saudável aproximação entre a perspectiva funcional e a teoria das redes contratuais, "isto porque, por meio dessa teoria, busca-se reconhecer que entre contratos aparentemente diversos (tal como seriam o compromisso de compra e venda e o contrato de financiamento) pode haver um determinado vínculo capaz de gerar consequências jurídicas autônomas em relação aos efeitos tradicionais desses contratos. Em outras palavras: reconhece-se que dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados (entre partes diferentes e com objeto diverso) podem estar unidos, formando um sistema destinado a cumprir uma função prático-social diversa daquela pertinente aos contratos singulares individualmente considerados".[193]

A venda direta das unidades aos adquirentes e o contrato de financiamento entre a construtora e o banco são, aparentemente, duas relações jurídicas distintas, porque a mesma construtora que vendeu as unidades e recebeu o preço (ou está recebendo as prestações) dá o empreendimento ou suas unidades autônomas em hipoteca ao banco. Este, por sua vez, sabe que os imóveis são destinados à venda, mas a operação de empréstimo ocorre como se os adquirentes não existissem e, não raro, repassam os recursos do Sistema Financeiro da Habitação sem verificar a viabilidade econômica do empreendimento ou a solvência das empresas incorporadoras. A função social do contrato repercute nesta rede contratual de negócios jurídicos coligados.[194]

193. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos. *RT*, v. 832, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2005.

194. STJ – Informativo nº 0376, Período: 10 a 14 de novembro de 2008, Segunda Turma, CONTRATO. SFH. EFICÁCIA. TERCEIROS. Firmou-se contrato de mútuo habitacional (SFH) com o agente financeiro vinculado ao extinto BNH. Sucede que houve a cessão da posição contratual (devedor) por força de escritura de compra e venda na qual se ressalvava a existência de caução hipotecária dada ao BNH pelo agente financeiro, mediante endosso em cédula hipotecária. Então, os cessionários quitaram antecipadamente o saldo devedor, quitação essa passada pelo agente financeiro, autorizando-os a levantar o gravame hipotecário. Remanesceu, contudo, o direito real de caução sobre o crédito hipotecário. Porém, a CEF firmou contrato de novação com o agente financeiro (em liquidação extrajudicial) e adquiriu, entre outros, os direitos sobre a caução hipotecária constituída sobre o imóvel dos cessionários. Foi o inadimplemento do agente financeiro que gerou a pretensão de a CEF opor-se ao levantamento do gravame da caução, o que levou os cessionários a ingressar com ação ordinária contra a CEF, com o fito de liberá-los desse ônus real. Quanto a isso, veja-se que o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos (*res inter alios acta*) tem sofrido mitigações mediante a admissão de que os negócios entre as partes, eventualmente, podem interferir (positiva ou negativamente) na esfera jurídica de terceiros. Essas mitigações dão-se pela doutrina do terceiro cúmplice, a proteção do terceiro diante dos contratos que lhe são prejudiciais ou mesmo pela tutela externa do crédito. Porém, em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato. No caso, a cessão dos direitos de crédito à CEF deu-se após o adimplemento da obrigação pelos cessionários, negócio que se operou inter partes (devedor e credor). Assim, o posterior negócio entre a CEF e o agente financeiro não tem força para dilatar sua eficácia e atingir os devedores adimplentes. Aflora da interpretação dos arts. 792 e 794 do CC/1916 a necessidade de que os cessionários sejam notificados da cessão do título caucionado, com o desiderato de não pagarem em duplicidade, assertiva compartilhada pelas instâncias ordinárias. No entanto, não há, nos autos, prova de que a CEF tenha promovido a notificação. Por último, vê-se que a Súm. n. 308-STJ tem aplicação analógica ao caso e que os princípios da boa-fé objetiva, função social e os relativos à proteção das relações jurídicas também

No mais, diante dos precisos limites entre a boa-fé objetiva e a função social do contrato, podemos conceber hipóteses em que um mesmo fato dará ensejo à simultânea violação dos dois princípios, conforme o personagem que seja vulnerado. Ilustrativamente, pensemos em um estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados. O usuário do plano é atingido em seu direito fundamental à saúde e especialmente no dever anexo de proteção ao ver tolhido o acesso a tratamento com um profissional adequado, mesmo que seja ele um médico não cooperado. Em complemento, o médico cujo trabalho é obstaculizado pela cláusula de exclusividade pode amparar a sua pretensão na garantia constitucional na livre concorrência e, no plano do direito privado, como um terceiro ofendido por uma cláusula constante de contrato firmado entre a cooperativa e o usuário, porém, que desprestigia a própria função social do contrato de saúde.[195]

4.4.3 O terceiro ofensor

Ao reconhecermos a autonomia dos deveres anexos (laterais, instrumentais ou de conduta) em relação à prestação primária, no âmbito de uma relação obrigacional complexa e dinâmica, vislumbramos que não há necessária coincidência temporal entre o nascimento e o recesso da obrigação principal e dos deveres laterais, porque estes afloram mesmo para antes da contratação como para depois do cumprimento do dever de prestar. A efetividade da boa-fé é flagrante nos momentos pré e pós-negocial.

Mas não é apenas aí que há um desencontro. A consciência da independência dos deveres de conduta em relação ao nível da obrigação principal viabiliza uma verticalização dos sujeitos ativos e passivos dos deveres de conduta, sobremaneira aqueles que se relacionam à modalidade do dever anexo de proteção.

Com esteio na concepção social do contrato (art. 421, CC) e na quebra do dogma de sua relatividade, Teresa Negreiros alude à atual distinção entre a eficácia das obrigações contratuais e a sua oponibilidade, nos seguintes termos: "O princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que

impedem a responsabilização dos cessionários. Com esse entendimento, a Turma, conheceu em parte do recurso da CEF e, nessa parte, negou-lhe provimento. REsp 468.062-CE, Rel. Min. Humberto Martins.

195. STJ. REsp 1330919/MT Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO 4T DJe 18/08/2016. A realização de exames, internações e demais procedimentos hospitalares não pode ser obstada aos usuários cooperados, exclusivamente pelo fato de terem sido solicitados por médico diverso daqueles que compõem o quadro da operadora, pois isso configura não apenas discriminação do galeno, mas também tolhe tanto o direito de usufruir do plano contratado como a liberdade de escolha do profissional que lhe aprouver Assim, a cláusula contratual que prevê o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares, se estes forem solicitados por médicos não cooperados, deve ser reconhecida como cláusula abusiva, nos termos do art. 51, IV, do CDC.

conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe a terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)."[196]

Percebe-se não se tratar de extensão de eficácia contratual aos terceiros, mas de oponibilidade geral, que exigirá da coletividade um dever de *neminem laedere*, por imposição de solidariedade nas relações entre contratantes e sociedades. O crédito é um valor, um bem que integra o patrimônio de uma pessoa. Como bem dito alhures, "O crédito é relativo, mas o direito de crédito é, porém, oponível a terceiros."[197]

Terceiros não podem ser credores ou devedores de prestações em contratos que não foram partes. Todavia, quanto aos deveres de conduta, a complexidade de qualquer obrigação exige que no processamento da relação jurídica as partes não possam lesar a sociedade ou por elas serem lesadas. Há uma via de mão dupla que demanda um atuar dos contratantes para o bem comum, assim como um agir da sociedade que não sacrifique o bem individual, considerado solidário em relação aos bens dos demais. Como observa Cláudio Godoy,[198] "trata-se, aqui, da expansão da oponibilidade dos ajustes, de resto nada mais senão o reverso da possibilidade de um terceiro adimplir obrigação alheia".

Para o que nos interessa, a violação ao dever lateral de proteção é igualmente visualizada quando um terceiro contribui para o descumprimento de uma relação obrigacional em curso, mediante a realização de um segundo contrato – incompatível com o primeiro –, frustrando as finalidades do credor por propiciar o inadimplemento e a consequente destruição da obrigação inicial.

A tutela externa do crédito tem por objetivo, segundo Fernando Noronha[199], "a proteção destes direitos contra ofensa por parte de terceiros, que impeçam o devedor de adimplir a obrigação assumida". Sublinha Jacques Ghestin[200] que: "pour quis les tiers ne sont pás liés para le contrat, mais comme le contrat s'impose à eux, ils commettent une faute en prétendant le nier".

Na linha da função social do contrato e da prevalência da eticidade, propugna-se por uma "tutela externa do crédito", pela qual o terceiro seja responsabilizado não propriamente pela prestação convencionada, mas pela ofensa a dever de conduta nela consubstanciada. Como bem aborda Antônio Junqueira de Azevedo: "os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse".[201]

---

196. NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos*, op. cit., p. 265.
197. THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato*, op. cit., p. 264.
198. GODOY, Cláudio. *Função social do contrato*, op. cit., p. 134.
199. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1, op. cit., p. 462.
200. GHESTIN, Jacques. *Le príncipe d'opposabilité*, op. cit., p. 426. Em livre tradução do autor, lê-se que "Os terceiros não são ligados ao contrato, mas, como o contrato a eles se impõe, cometem uma falta ao pretender negá-lo."
201. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. *RT*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 750, p. 116, abr. 1998.

A responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito do crédito é solução equilibrada ao valor da justiça, harmonizando os princípios da reparação do dano e da liberdade contratual, o que resulta em aumento na confiança nos contratos e em sua estabilidade, por evitar interferências materiais de terceiros sobre o crédito.

Em princípio, os terceiros não têm o dever de conhecer a existência do crédito alheio, mas quando o conheçam na sua existência e na sua configuração mínima, então aquele dever geral de respeito concretiza-se, passa a configurar como um concreto dever de respeito, que se incrusta na esfera jurídica desse terceiro e limita então a sua liberdade de agir. O conhecimento do crédito constitui uma condição de oponibilidade efetiva do direito de crédito a terceiros.[202]

O terceiro ofende o crédito alheio através da realização de um segundo contrato com uma das partes. Cuida-se de uma interferência ilícita, pois a incompatibilidade entre os dois contratos induz à violação do negócio jurídico primitivo. O grande avanço na temática consiste na possibilidade de o ofendido pela quebra de seu contrato demandar diretamente contra o terceiro ofensor, mesmo não havendo avença entre eles.

Note-se que no direito comparado a doutrina se divide quanto à necessidade e à legitimidade de repressão dessa interferência de terceiro pela via extracontratual; uns defendendo essa repressão em nome da defesa dos valores da relatividade contratual, da tutela das expectativas e da "confiança" contra atividade econômica predatória; outros criticando essa repressão porque ela pode ter o efeito indesejado de bloquear as condições concorrenciais e a eficiência alocativa.

Por conseguinte, é indispensável o cuidado com a distinção entre as situações de grave interferência delitual nas relações negociais – suscetível de conduzir ao colapso o ambiente de confiança entre os parceiros – e uma situação de interferência contratual benigna e introduzida por meios lícitos, em que a oferta de condições contratuais mais vantajosas é própria da concorrência. Como aduz Fernando Araújo uma repressão desenfreada é muitas vezes anticompetitiva e ineficiente por paralisar "uma via normal para a promoção de soluções mais eficientes no seio de um mercado. Temos que ter cautela de não embarcarmos numa precipitada condenação da prática da 'melhor oferta'".[203]

Ao contrário da vasta experiência do direito comparado no trato da interferência ilícita em contratos[204], no Brasil este tema alvissareiro é abordado de forma incipiente. Lamentavelmente, há certa promiscuidade em nossa vida social, tolerando-se a conduta

202. SANTOS JÚNIOR, E., *Responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, op. cit., p. 582.

203. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, op. cit., p. 769.

204. Davi Monteiro Diniz oferece minucioso relato sobre a interferência ilícita no contrato na *common law* no direito francês com início no direito medieval. O autor se refere ainda à indução ao inadimplemento de obrigação conjugal, na qual o marido poderia exigir indenização do terceiro que auxiliasse a esposa a descumprir deveres conjugais. A tutela externa do matrimônio ainda pode ser apreciada no art. 1.513 do Código Civil (Aliciamento no contrato de prestação de serviços. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 27. Porto Alegre: Síntese, jan./fev. 2004, p. 84-86).

dos "aliciadores", que provocam o rompimento de relações contratuais celebradas em caráter de exclusividade. Profissionais abandonam contratos de prestação de serviços em andamento, ao som da primeira proposta, sem que o proponente (e pior, a ordem jurídica) perceba nesta conduta qualquer ofensa ética à força obrigatória dos contratos. Instigar alguém a violar um dever jurídico – sem que para tanto haja qualquer justificativa legítima – é um comportamento inaceitável e, se passivamente consentido, indutor de um sem-número de comportamentos ilícitos reiterados.

Antônio Junqueira de Azevedo[205] emitiu parecer em que censurava a conduta de "atravessadores", que burlam contratos de exclusividade de fornecimento de derivados de petróleo, celebrados entre os postos de combustíveis e as distribuidoras, concluindo pela possibilidade de estas agirem diretamente contra o terceiro ofensor.

Talvez o mais célebre dos eventos que traduza a conduta de um terceiro "cúmplice" localiza-se no *affair* Zeca Pagodinho. O famoso cantor de samba realizou um contrato de cessão de direito de uso de imagem com exclusividade para a Schincariol por um prazo de 12 meses para promover um novo produto em razão de sua popularidade. Em plena vigência do contrato e, tendo recebido o seu valor integral, o cantor abandonou a sua obrigação de fazer e participou de campanha publicitária de marca de cerveja concorrente em flagrante violação do pactuado. A Schincariol ingressou com demanda contra o cantor exigindo indenização por quebra do contrato e reparação pelo dano moral. A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça.[206]

O curioso é que a empresa lesada poderia ter demandado também contra a terceira ofensora – sua concorrente no ramo das cervejas –, causadora do abandono do artista de suas obrigações. Mas assim não o fez. Há, inclusive, dispositivo específico sobre a tutela externa do crédito no Código Civil, em que o legislador estipula uma verdadeira pena privada contra o aliciador. Nesse sentido, o artigo 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 2 (dois) anos."

Antônio Junqueira de Azevedo[207] situa o art. 608 do Código Civil como uma pena privada para os atos por ele chamados de "negativamente exemplares", que provam um dano social. O autor exemplifica com "o recente caso, relativamente divertido do cantor Zeca Pagodinho, se tudo se tivesse passado até o fim nos exatos termos

205. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. *RT*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 750, p. 116, abr. 1998.

206. STJ. "RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INTERVENÇÃO EM CONTRATO ALHEIO. TERCEIRO OFENSOR. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA. Ação de reparação de danos em que se pleiteia indenização por prejuízos materiais e morais decorrentes da contratação do protagonista de campanha publicitária da agência autora pela agência concorrente, para promover produto de empresa concorrente. Concorrência desleal caracterizada. Aplicação dos ditames derivados do princípio da boa-fé objetiva ao comportamento do terceiro ofensor" (REsp 1316149/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3–T, *DJe* 27.6.2014).

207. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 19, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2004, p. 216.

queridos pelo contrato que consubstanciava aliciamento do cantor, o segundo contrato, é ilustrativo. O desrespeito doloso do primeiro contrato, e o mau exemplo, no comportamento do cantor – sempre raciocinando por hipóteses e considerando que tudo se passou como publicado – em conluio com a Ambev, não deveria levar somente à indenização das perdas e danos da primeira contratante. Na verdade, se não houvesse um *plus* de indenização – pago por ele e pela Ambev – tendo por causa o segundo acordo, estaríamos diante da falta de consequência para um ato doloso e diante de um evidente estímulo ao descumprimento dos contratos. A tolerância para com o dolo e o descumprimento da palavra são os piores males para a sociedade".

Discute-se se a responsabilidade do terceiro pela indução ao descumprimento da relação obrigacional seria contratual ou aquiliana. Consideramos se tratar de responsabilidade extracontratual, pois, forte na lição de Antônio Junqueira de Azevedo,[208] a função social determina a oponibilidade como sendo a regra, mas não que, por conta de sua atuação danosa, o terceiro se torne contratante.

De fato, o direito de crédito cujo objeto é a prestação parte da evidente noção da exclusão de terceiros no seu aproveitamento. Mas os específicos direitos e deveres que emanam da obrigação apenas beneficiam ou comprimem as partes. A relatividade das obrigações mantém sua relevância. Assim, quando terceiro ofende a relação negocial da qual era conhecedor, descumpre a cláusula geral do ato ilícito, do art. 186 do Código Civil, pois se olvida de respeitar o dever geral de abstenção, consistente em não interferir na órbita contratual alheia. A lesão ao crédito induz à responsabilidade civil pela teoria subjetiva, no limite dos prejuízos causados ao credor (art. 927, CC).

Outrossim, quando restar configurada a responsabilidade entre o devedor e o terceiro – pluralidade de responsabilidades –, haverá uma solidariedade passiva entre ambos perante o credor. Este poderá exigir a indenização de um ou de outro, ou de ambos. Neste sentido, a segunda parte do art. 942 do Código Civil: "se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação".

Mas os fundamentos de responsabilidade são distintos. O devedor responde pelas normas relativas ao inadimplemento (art. 389 e ss, CC). Cuida-se de responsabilidade negocial. A seu turno, o terceiro é responsável extracontratual.

Menezes Cordeiro[209] explica que temos dois responsáveis perante o credor e a títulos distintos. Um por não realizar a prestação e outro por instigar o devedor a não cumprir, sendo, pois, partícipe no mesmo ato lesivo. Cuida-se de um concurso subjetivo de imputações de responsabilidade em que certamente o credor não poderá ser duplamente ressarcido pelo mesmo dano, não sendo possível obter a reparação de um dos responsáveis se o outro houver reparado integralmente o dano.

208. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. *RT*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 750, p. 117, abr. 1998.

209. CORDEIRO, Menezes. *Direito das obrigações*, v. II, Lisboa: AAFDUL, 1999, p. 411.

Não é outra a solução do direito brasileiro a teor do art. 942, parágrafo único, do Código Civil: "são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932". Quando o terceiro colabora com o devedor na lesão ao crédito impõe-se a solidariedade, e aquele dos responsáveis que pagar a indenização ao credor terá direito de regresso contra o outro, no âmbito de sua responsabilidade.

Uma última dúvida poderia permanecer: aquele que foi prejudicado pela quebra do contrato pode exigir do ofensor o montante estipulado a título de cláusula penal? Em sentido negativo, Genevive Viney[210] manifesta-se favorável à invocação do princípio da relatividade para excluir a eficácia da cláusula penal em relação ao terceiro interferente. A autora propõe que a jurisprudência considere ao menos o valor da pena como elemento indicativo para determinar a indenização a ser aplicada contra o terceiro.

Concordamos com a doutrinadora francesa. O princípio da relatividade contratual atrai a pena apenas para a esfera obrigacional do devedor. A cláusula penal é ineficaz perante o terceiro, que não a estipulou, pois não restringiu a sua liberdade em razão do cumprimento de uma prestação. A responsabilidade do terceiro, lembre-se, é aquiliana e não contratual como a do devedor.

Nesta senda, vale reproduzir o ensinamento de Jacques Ghestin:[211] "a responsabilidade delitual do terceiro cúmplice da violação de uma obrigação contratual será, de fato, a sanção mais adequada. À medida que os terceiros não podem opor ao contratante vítima da inexecução as cláusulas penais ou limitativas de responsabilidade, o juiz pode definir a indenização proporcional verdadeiramente sofrida pelo contratante. De certo modo, terceiros não podem avaliar antecipadamente o custo de sua torpeza e determinar se há uma vantagem em violar os compromissos alheios".

Assim, enquanto o devedor se responsabiliza pelo valor exato da pena independente do montante dos danos efetivos, o terceiro apenas se responsabilizará pelos prejuízos que o credor comprove ter sofrido em razão do descumprimento insuflado pela interferência ilícita. Com E. Santos Júnior,[212] "a solidariedade entre ambos os responsáveis existe apenas até o limite do valor por que ambos devem responder. Assim, se o montante de prejuízos exceder a cláusula penal, o devedor e terceiro são solidariamente responsáveis até o limite do valor fixado na cláusula penal, mas, para além desse valor, só o terceiro responde individualmente. Por outro lado, se o montante dos prejuízos ficar aquém do valor fixado na cláusula penal, o terceiro e o devedor só respondem solidariamente até o limite do valor efetivo dos prejuízos; para além dele, até o montante definido na cláusula penal, apenas o devedor responderá individualmente".

210. VINEY, Genevive. *Les obligations* – la responsabilité, op. cit., p. 330.
211. GHESTIN, Jacques. *Le principe d'opposabilité*, op. cit., p. 426. Em livre tradução do autor.
212. SANTOS JÚNIOR, E., *Responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, op. cit., p. 562.

A outro giro, na *common law*, também se aplica a diferença entre o *breach of contract* (quebra do contrato) para a responsabilidade baseada nos *torts* (prática de delitos civis).[213] Teresa Negreiros[214] alude à trama do filme "O informante", centrada na tentativa de contratação de um ex-executivo de empresa de cigarro para revelar em emissora nacional de televisão fatos estarrecedores sobre componentes utilizados na produção do fumo. Instaura-se conflito entre a postura ética de revelar questão de saúde pública à sociedade americana em detrimento do contrato de sigilo que o executivo havia firmado com a sua empregadora em troca de benefícios financeiros que compensavam a sua saída da empresa. A emissora atuaria como terceiro ofensor ao persuadir o "informante" a quebrar o contrato, utilizando como argumento a gravidade dos fatos em sigilo.

No exemplo reproduzido em Hollywood (com base em evento real), o estímulo oferecido ao devedor para o descumprimento da prestação obrigacional foi qualificado pela legitimidade, justificando-se a conduta. Por isto, aderimos ao posicionamento de Davi Monteiro Diniz ao aduzir que não estarão no mesmo patamar: "o sindicato que estimula os empregados de uma sociedade comercial à greve e o concorrente mercantil que apóia a referida paralisação para arrasar economicamente o adversário; a associação que conclama os partícipes a interromperem contratos em razão de alta injustificada de preços do fornecedor e a que faz isso para extorquir vantagem indevida".[215]

Certamente não se estende este raciocínio ao direito de família para os casos em que de um adultério resultou a dissolução do vínculo conjugal. É incabível resgatar a figura do terceiro ofensor para as situações existenciais, quando o intuito do cônjuge abandonado é pleitear reparação em face daquele que pretensamente teria "*aliciado*" o outro cônjuge. Em *leading case* sobre a hipótese, o Superior Tribunal de Justiça, no voto do Ministro Luis Felipe Salomão, dentre outros argumentos, asseverou ser "absolutamente natural que, em razão da recíproca confiança que, de regra, existe entre os cônjuges, espera-se uma fidelidade recíproca, de cuja violação resulta, presumidamente, dor, sofrimento, desvalor próprio e decepção. Com efeito, no caso de adultério, a dor moral experimentada pelo cônjuge traído decorre, eventualmente e se for o caso, dessa quebra de confiança preexistente entre os cônjuges, e não do ato praticado por terceiro, considerado em si mesmo, de quem nada se esperava".[216]

---

213. ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, op. cit., p. 152.

214. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 242.

215. DINIZ, Davi Monteiro. *Aliciamento no contrato de prestação de serviços*, op. cit., p. 84.

216. STJ. Informativo nº 0522, Período: 1º de agosto de 2013, Terceira Turma: "DIREITO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÚMPLICE DE RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL NO CASO DE OCULTAÇÃO DE PATERNIDADE BIOLÓGICA. O 'cúmplice' em relacionamento extraconjugal não tem o dever de reparar por danos morais o marido traído na hipótese em que a adúltera tenha ocultado deste o fato de que a criança nascida durante o matrimônio e criada pelo casal seria filha biológica sua e do seu 'cúmplice', e não do seu esposo, que, até a revelação do fato, pensava ser o pai biológico da criança. Isso porque, em que pese o alto grau de reprovabilidade da conduta daquele que se envolve com pessoa casada, o 'cúmplice' da esposa infiel não é solidariamente responsável quanto a eventual indenização ao marido traído, pois

4.5 Estado da arte

Atualmente a liberdade contratual disputa o seu lugar com muitas visões concorrentes, de certo modo todas elas complementares, para fornecerem a atual compreensão das funções do contrato.

Não abandonamos o princípio da relatividade contratual. Fustigado pelo tempo, ele apenas revela novos contornos, vez que otimizado pela função social do contrato. Reforça-se o princípio da força obrigatória dos contratos mediante o compromisso harmônico entre as partes e a sociedade. O corpo social, até algum tempo reputado como um desconhecido, assume postura colaboracionista de preservação dos pactos econômicos. A partida de tênis se converte em frescobol.

Instado a se manifestar acerca da função social do contrato, Miguel Reale localizou-a "em todos os casos em que ilicitamente se extrapola do normal objetivo das avenças que é dado ao juiz ir além da mera apreciação dos alegados direitos dos contratantes, para verificar se não está em jogo algum valor social que deva ser preservado [...] o que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um de seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento".[217]

As palavras do artífice do Código Civil remetem aos direitos da personalidade. Ao abandonarmos a codificação pandecista, atrelada ao monopólio das categorias jurídicas, reencontramos o ser humano situado em suas circunstâncias, agora não mais submerso na abstração do indivíduo do sujeito de direitos patrimoniais. Porém, a categoria ética da pessoa – valor, fundamento e fim da ordem jurídica – realiza-se em sua integração comunitária. A autonomia humana, como suporte para o desenvolvimento pessoal, requer um consenso com a sociedade, sob pena de resvalar no arbítrio. Esta dialética permeia a historicidade e o circunstancialismo do conceito da função social do contrato.

5. JUSTIÇA CONTRATUAL

"Os homens nunca usaram totalmente os poderes que possuem para promover o bem porque esperam que algum poder externo faça o trabalho pelo qual são responsáveis."

(John Dewey)

5.1 Noções gerais

Os quatro princípios fundamentais da teoria contratual, autonomia privada, boa-fé objetiva, justiça contratual e função social do contrato, vinculam-se diretamente ao resguardo da liberdade contratual com ponderação hábil a preservar o

esse fato não constitui ilícito civil ou penal, diante da falta de contrato ou lei obrigando terceiro estranho à relação conjugal a zelar pela incolumidade do casamento alheio ou a revelar a quem quer que seja a existência de relação extraconjugal firmada com sua amante" (REsp 922.462-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4.4.2013).

217. REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 268.

equilíbrio econômico das prestações e a correção do comportamento das partes. Enfim, concretizam os princípios da igualdade substancial e da solidariedade nas relações contratuais.

Desde Aristóteles, o justo ou a justiça objetiva possuem duas acepções: a justiça distributiva de um lado e a corretiva ou comutativa de outro, constituindo-se a justiça contratual em uma aplicação da última. Na justiça distributiva quer se repartir direitos ou dividir obrigações. A outro tanto, à justiça comutativa pertence a exigência de moderação, no sentido de ponderação. Em matéria contratual, é a justiça comutativa ou corretiva que exerce o papel mais característico, mantendo ou restabelecendo o equilíbrio entre os direitos e os patrimônios das partes, o que faz com que cada parte receba o equivalente ao que deu. Além disto, o contratante não poderá ser submetido a obrigações desproporcionais dentro da economia global do contrato, buscando-se não o equilíbrio ideal, mas o mínimo que restaure a proporcionalidade inicialmente existente. Esta justiça interna da relação contratual modela o exercício da autonomia privada.[218]

Mas nem sempre foi assim. *Qui dit contratuel dit juste*. Na ideologia liberal dispensava-se a intervenção do ordenamento jurídico para a correção do equilíbrio econômico contratual, afinal o próprio ato de contratar isoladamente representava a manifestação de confiança entre indivíduos livres e formalmente iguais no momento da formação da vontade negocial. A justiça do conteúdo era inescrutável. O fundamento do negócio jurídico repousava na razão e na sua eficácia, de ter sido "*querido*" pelas partes. Hígida a vontade, presumida a justiça da contratação. O credor é aquele que confia na palavra do devedor, daí a fidelidade ao prometido, mesmo que isto viesse a causar a ruína da contraparte. Não interessava o que se escolheu, bastava a liberdade de escolha. A ênfase no aspecto volitivo e no estado de espírito dos contratantes se infere da própria opção do direito civil clássico pela invalidade dos negócios jurídicos, reduzida aos vícios da vontade, com resistência à mitigação do *pacta sunt servanda*.

Há muito, o contrato se afastou do dogma voluntarista da justiça meramente formal. No Estado social, entra em cena a justiça substantiva. Se de um lado, prossegue na busca pela utilidade econômica que lhe é peculiar, o contrato também instrumentaliza exigências de afirmação de uma substancial igualdade entre os seus partícipes, livre do abuso da posição dominante. Ora, um contrato livremente pactuado eventualmente será um contrato injusto. Em Aristóteles encontramos a noção de justiça como bem supremo, hábil a conduzir o homem à felicidade. A justiça contratual permite a perscrutação do conteúdo do contrato. Aliás, não empregamos as locuções *justiça contratual* e *equilíbrio econômico* como sinônimos perfeitos, apesar da grande proximidade. Entendemos aquela com um alcance mais amplo. O equilíbrio econômico é a comparação entre os benefícios e os sacrifícios das partes,

218. GHESTIN, Jacques. *La formation du contrat*, op. cit., p. 226-227.

das vantagens e encargos a eles impostos. A equivalência das prestações contratuais é a meta perseguida pelo princípio do equilíbrio econômico. Vejamos os contratos unilaterais, cuja singularidade consiste no peso dos encargos contratuais em apenas uma das partes. Nos ditos contratos benéficos, o sistema jurídico preza pela justiça contratual, afinal cada estipulação será valorada *per si*. Porém, não se cogita propriamente de uma equivalência material, apenas presente quando se postula pela igualdade de encargos em prestações correlatas, típicas dos contratos bilaterais.

O princípio da justiça contratual é revelado na composição harmoniosa quanto aos conteúdos jurídico e econômico do contrato, com base na equânime proporção entre forças antagônicas e na interação dos elementos contratuais de dimensões diferentes. No pluralismo típico da pós-modernidade, mais do que promover a justiça contratual, as normas infraconstitucionais buscam proibir a injustiça da situação revelada pelo contrato. Quer dizer, a justiça não é imposta, mas a injustiça é evitada.[219]

A justiça contratual constitui expressão do princípio consagrado no art. 3º, III, da Constituição Federal: O princípio da igualdade substancial. O contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante. Destarte, o equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável, em face da disparidade de poder negocial, recorrente na sociedade de massas. A justiça contratual se converte em dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas, sobretudo, relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio.[220]

A necessidade de evitar desproporções macroscópicas em desfavor de quem não as "merece" também valoriza o princípio da proporcionalidade em matéria contratual. A baliza constitucional da proporcionalidade consiste na justa quantificação entre direitos e obrigações, contribuindo para recuperar coerência e eficiência para o sistema jurídico e correta competitividade concorrencial para o mercado, impondo justo equilíbrio entre liberdade e merecimento de tutela dos conteúdos contratuais. O princípio da proporcionalidade não objetiva impor uma equivalência entre as prestações, mas impedir uma desproporção injustificada entre elas.[221]

---

219. MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*, op. cit., p. 394-395. No prefácio ao Livro, José de Oliveira Ascensão enfatiza que "nunca se poderia pretender que toda a injustiça fosse controlável e, muito em particular, que o fosse em juízo. Não se pode chegar a uma jurisdicionalização da vida corrente. Só o que poderia estar em causa seria a possibilidade de apreciação externa dos atos e contratos que sejam ostensiva ou manifestamente injustos", op. cit., p. XVI.

220. NEGREIROS, Teresa. Cf. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 158-159. Em outra passagem complementa: "É sob tal perspectiva que o princípio do equilíbrio do contrato, postulando que os contratantes, mediante o estabelecimento de prestações recíprocas, se mantenham em um certo *nível de* paridade, se configura como uma ponte entre o justo e o jurídico no domínio das relações contratuais" (op. cit., p. 168).

221. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 404-411. Conclui o autor: "A proporcionalidade, portanto, insere-se em um processo de transformação do princípio da legalidade, da conformidade com o direito, como expressão de uma ordem geral do ordenamento fundado na busca

Seguindo o raciocínio de Jorge Cesa Ferreira da Silva,[222] podemos dividir os quatro grandes princípios do direito das obrigações em dois grupos, conforme a origem da normatividade: (a) os princípios de normatividade *exógena* – autonomia privada e função social. Ambos constituem imperativos advindos do ordenamento para qualquer relação, como nortes abstratamente considerados pelo sistema; (b) os princípios de normatividade *endógena* – a boa-fé e o equilíbrio contratual, pois a medida de sua aplicação diz respeito às características específicas da relação concreta. As relações obrigacionais só conseguirão atingir o seu fim primordial, vale dizer, o correto adimplemento, caso a economia interna da relação esteja dotada de um conteúdo material que contemple os princípios da boa-fé e do equilíbrio.

No alvorecer do século XXI, a justiça contratual se situa na tensão entre eventos jurídicos e econômicos. De um lado, o fenômeno da globalização e da *lex mercatoria* concebendo múltiplos polos de difusão privada de normas, em detrimento do direito estatal, agora menos interventivo e mais principiante. Aqui releva o mercado na procura de uma economia transnacional eficiente. A outro lado, a valorização dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais locais dos Estados Democráticos de Direito e dos direitos humanos nas convenções internacionais, ambos reafirmando as conquistas civilizatórias da modernidade e a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo a tutela do mínimo existencial nas relações patrimoniais. O contrato justo equilibra a manutenção de uma ordem econômica livre com a função promocional da pessoa, objeto do projeto solidarista constitucional.[223]

Em seu livro sobre o contrato injusto, Michael Becker avaliou a jurisprudência da corte constitucional alemã e indicou 11 critérios para balizar a intervenção do Estado nos contratos. Dentre os critérios, é possível citar: (a) o momento e o contexto da conclusão contratual; (b) a situação pessoal das partes; (c) a situação financeira e patrimonial das partes; (d) a situação de formação da capacidade intelectual das partes; (e) os efeitos para terceiros ou a função social do contrato; (f) a violação dos direitos humanos fundamentais ou básicos; (g) a forma de contrato e a forma de relação; (h) a relação prestação/contraprestação; (i) o tipo ou modelo contratual; (j) o desequilíbrio, a paridade e a natureza da relação; (k) a natureza da relação jurídica.[224]

---

constante de uma mediação entre exigências de certeza do direito e da justiça substancial. Com o princípio da proporcionalidade, o ordenamento estabelece um sistema de garantias no qual é mais acentuada a parte coberta pelo direito do que pela lei" (op. cit., p. 416).

222. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*, op. cit., p. 102.

223. Neste particular, transcrevemos como absolutamente necessária a observação de Marcos Ehrhardt Jr.: "Num país onde considerável parte da população é de analfabetos e que vive próxima à linha de pobreza, sem qualquer conhecimento acerca dos seus direitos fundamentais clássicos, não se pode esperar demais quando chamados a respeitar direitos fundamentais de seus semelhantes. Aqui parece uma situação onde o texto legal foi além da realidade social. Nada obstante, o comportamento imposto no texto constitucional é de observância obrigatória para todos os cidadãos, já que é objetivo fundamental de nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88)" (*Revisão contratual*, op. cit., p. 116).

224. Apud CANATO, Mônica Aparecida. Contratos do Sistema Financeiro de Habitação, op. cit., p. 315, In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*, op. cit.

Neste instante, é de bom alvitre estabelecer as fronteiras entre a justiça contratual e os demais princípios contratuais contemporâneos: autonomia privada, boa-fé objetiva e função social do contrato.

Liberdade contratual e justiça contratual não rivalizam. Como bem pontua Fernando Rodrigues Martins, o que se almeja é a conciliação entre a autodeterminação e a igualdade advinda do princípio da democracia. Naquilo que Canaris define como a "sociedade de direito privado", o Estado não impõe ao cidadão uma maneira de agir determinada, mas lhe faculta a escolha por si próprio, sendo a livre conclusão e redação dos contratos um dos instrumentos mais importantes para este escopo. Mas, em contrapartida, esta renovada função estatal de defesa da concorrência livre e leal deve garantir que as posições não sejam levadas a extremos, de forma que a desigualdade econômica ou social implique benefício de uma parte diante da outra. O ponto de contato entre autonomia e justiça contratual é a irrestrita defesa pelo ordenamento jurídico do mercado como um bem jurídico coletivo. O equilíbrio do mercado e a livre concorrência, com repúdio aos monopólios, ao abuso da posição dominante, garantem, simultaneamente, a liberdade de iniciativa e a liberdade de escolha do cidadão, com a possibilidade de adotar decisões conscientes em suas opções de contratação no mercado.[225]

Prosseguindo, é exatamente naquilo que concerne ao conteúdo material do contrato que podemos distinguir a operatividade dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Em comum a ambos os princípios, há a tutela da confiança e da segurança jurídica no tráfego negocial. Contudo, a boa-fé traça regras de conduta, impondo deveres anexos de proteção, cooperação e informação e induzindo a expansão do conteúdo do contrato para além do projeto desenhado pela liberdade dos contratantes. Em sentido diverso, independente do atendimento aos deveres laterais, a justiça contratual diz respeito à proporcionalidade na valoração do conteúdo do negócio jurídico, com ênfase na paridade e na distribuição equitativa de riscos.

Quando há um grave desequilíbrio entre as prestações, uma eventual remissão à boa-fé será um recurso retórico que nada esclarecerá; pelo contrário, culmina por distorcer a perspectiva do tema. Ora, não se tratando de fixação de comportamentos nem ocorrendo nenhuma espécie de abuso do direito, vê-se que o ordenamento não quer valorar a atuação de um sujeito, mas o próprio conteúdo do contrato submetido a uma manifesta desproporção em detrimento de uma das partes.[226] É plausível afirmar que a boa-fé atua preventiva e corretivamente na seara da justiça contratual. Condutas honestas e leais reduzem sobremaneira o risco de cláusulas manifestamente injustas. A outro tanto, ao conduzir os contratantes à renegociação, o comportamento cooperativo ensejará a retomada da normalidade do pacto em face de eventos ulteriores, imprevistos e alheios à sua vontade.

225. MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*, op. cit., p. 328-329.
226. ASCENSÃO, J. Oliveira. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 111.

Também não podemos fugir de um breve comentário acerca da aproximação dos conceitos de função social e equilíbrio contratual. De plano, afirmamos que a função social se relaciona com os efeitos contratuais perante terceiros (coletividade, terceiro ofensor, terceiro ofendido), enquanto o equilíbrio contratual foca exclusivamente a garantia da proporcionalidade quantitativa entre os contratantes, abstraindo os terceiros.

Contudo, tivemos a oportunidade de aferir a missão endógena da função social, que consiste em promover a igualdade substancial entre os contratantes, sem que isto importe em intervenção prejudicial ao princípio da justiça contratual. O fato de a igualdade substancial já se prestar, por si só, a conceder relevância e suporte ao princípio do equilíbrio econômico – como forma de equalização de vantagens e riscos do negócio jurídico – merece consideração amplificada quando do exame da função social do contrato, especificamente em sua relação com o princípio da solidariedade. Em suma, a função social interna amplifica a justiça contratual, tal e qual círculos concêntricos. O menor é o equilíbrio econômico, que acena para a isonomia material entre as partes (2. dimensão de direitos fundamentais); o maior é o da função social interna, projetando a solidariedade (3. dimensão de direitos fundamentais), cuja finalidade é enfatizar que os contratantes não são apenas substancialmente iguais na economia do contrato mas também iguais em direitos fundamentais, iguais em dignidade. Pietro Perlingieri delimita a igual dignidade social como "o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes".[227]

5.2 O equilíbrio contratual

"Toda a arte é um problema de equilíbrio entre dois opostos."

(Cesare Pavese)

Partimos da seguinte premissa: a concepção formal de justiça e a concepção subjetiva de equivalência atribuem aos indivíduos a faculdade de determinação do conteúdo do contrato, impondo ao Estado o dever de respeitar esse conteúdo. Esta era a noção de justiça à luz do direito clássico. A outro lado, com espeque no princípio do equilíbrio econômico, irrompe a concepção material de justiça e a concepção objetiva de equivalência. Ambas concedem ao Estado – por meio de atos legislativos ou jurisdicionais – a faculdade de determinar o conteúdo do contrato independentemente da vontade das partes, impondo aos indivíduos o dever de respeitar essa determinação.

Explica Menezes Cordeiro que o princípio da autonomia privada associa-se a uma concepção formal de correção ou de justiça do contrato e a uma concepção

227. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 37.

subjetiva do princípio da equivalência entre a prestação e a contraprestação; o princípio da boa-fé associa-se a uma concepção material de correção da justiça do contrato e a uma concepção objetiva do princípio da equivalência entre a prestação e a contraprestação.[228]

O equilíbrio – expressão que corresponde à imagem da balança – significa a contemplação dos interesses legítimos de cada parte, com o qual se liga a exigência de respeito mútuo, para que ninguém realize os seus interesses às custas do outro. Cada contratante terá moderação em seus pleitos, deixando ao outro aquilo que lhe corresponde. Aqui reside a equivalência nos contratos sinalagmáticos e o princípio da proporcionalidade no sentido da proibição do excesso.[229] No dito popular, "o negócio para ser bom, deve ser bom pra todo mundo".

Já percebemos a maior amplitude do princípio da justiça contratual em cotejo com o do equilíbrio contratual. Esta ideia especifica aquela, afinal é a imprescindibilidade da justiça contratual que leva o magistrado a conceder um equilíbrio mínimo entre as prestações cambiadas pelas partes. Por outro lado, é pelo equilíbrio contratual que se alcança a finalidade de circulação de riquezas de forma justa. No estudo restrito do equilíbrio contratual, prevalece a equivalência material, jungida pela igualdade de encargos e benefícios nas prestações correlatas.

Note-se que o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação, independente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico, e mesmo nas relações puramente civis evidencia-se a desigualdade, mesmo que de forma mais sutil. Para a proteção do hipossuficiente, incidem eficientes microssistemas legislativos, notadamente o Código de Defesa do Consumidor.

Lastreado o equilíbrio contratual nas noções de proporcionalidade e eticidade, temos que a sua incidência não se restringirá à contratação por adesão ou às cláusulas contratuais gerais. É evidente que a unilateralidade e a predisposição intrínsecas às formas massificadas de contratação implicam constante atentado ao equilíbrio contratual, porém, mesmo em contratos paritários, precedidos de negociação entre as partes, haverá o recurso ao equilíbrio contratual, com o desiderato de manutenção da equivalência material entre as prestações.

Apesar de a melhor tradução de equilíbrio contratual vir a ser a econômica, daí falar em equilíbrio econômico do contrato – o que normalmente se pretende, uma vez que o contrato transpira efeitos econômicos –, ele deve ser visto de maneira abrangente, vale dizer, como equilíbrio dos "poderes contratuais" e dos "direitos e deveres entre os contratantes", inseridos aí os aspectos econômicos.[230] Bem salienta Judith Martins-Costa que "não se trata, por óbvio, de um equilíbrio meramente matemático

228. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, p. 1253.
229. LARENZ, Karl. *Derecho Justo*, op. cit., p. 51.
230. BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*, op. cit., p. 190.

ou estático, como o de corpos em repouso, devendo ser visto na dinamicidade da relação, de seu conteúdo, seus fins e interesses legítimos".[231]

O desequilíbrio econômico é exteriorizado e sancionado no Código Civil pelos modelos jurídicos da lesão e da alteração das circunstâncias. Em ambos há uma intromissão de fato ensejador de pactuação injusta ou que se evidencia em sua fase de execução, subtraindo a normalidade da contratação. Prestigia-se o sinalagma negocial, seja em seu momento genético (art. 157, CC), ou em sua fase funcional (arts. 317 e 478, CC). A ofensa à equivalência material poderá implicar invalidade, resolução, revisão contratual ou reparação por danos. Com efeito, na justa proporção entre as prestações, em todas as etapas do processo obrigacional, reside o sinalagma. A sua ausência propicia o rompimento da intangibilidade contratual. Portanto, a harmonização entre as obrigações correspectivas é um imperativo para que o contrato já ingresse no mundo jurídico qualificado pela normalidade, ou que seja a ela restituído caso impregnado de uma patologia ao tempo de sua execução.

5.2.1 A lesão

"Ninguém contrata senão urgido por uma necessidade mais ou menos opressiva da ocasião. Quase sempre o contrato é a solução de uma situação individual aflitiva, a saída única de uma dificuldade que as circunstâncias da vida acarretam. Um dos contratantes então saca sobre o futuro, para onde transfere suas esperanças, em troca do sacrifício atual que lhe elimina o sofrimento da ocasião. Chegada a época do adimplemento, minorado o rigor da situação que se propôe evitar, em vez de se manifestar o nobre sentimento de gratidão, quase sempre se revoltam os instintos egoísticos no sofisma de cláusulas que o contratante julga extorquidas às suas necessidades e ao seu direito. Isto se repete a cada passo na prática."[232]

Em 1910, Carvalho de Mendonça nos alertava acerca do respeito à palavra dada e da necessidade de segurança jurídica nos contratos, com base no *pacta sunt servanda*.

Conquanto o Código Civil de 1916 não tenha feito menção à lesão, a ordem jurídica pátria já conhecia o instituto, em razão de dispositivos legais insertos na Lei nº 1.521/51 – Lei de Economia Popular (art. 4º)[233] e no Código de Defesa do Consumidor (que, em seus arts. 6º, V, 39, V, e 51, IV, reputa nulas, de pleno direito, as cláusulas abusivas, obstando a prática da lesão em contratos de consumo).

Na verdade, o instituto da lesão é um só, subdividido, entretanto, em diferentes espécies, com características próprias e particulares.

231. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 134.

232. MENDONÇA, M. I. Carvalho de. *Contratos no direito civil brasileiro*, op. cit., p. 15.

233. Art. 4º: "Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros".

Nessa linha de ideias, é possível, sistematicamente, estruturar a lesão a partir das seguintes espécies:

i) *a lesão enorme* ou *lesão propriamente dita*, incluída a *lesão enormíssima*, resgatada a partir de referências históricas no Direito Romano, caracterizada, simplesmente, pelo excesso nas vantagens e nas desvantagens, tratando-se de defeito exclusivamente objetivo. Materializava-se a partir de um critério tarifado, bastando, *v.g.*, que no contrato de compra e venda ocorresse desproporção superior à metade do justo preço;

ii) *a lesão usurária* ou *usura real*, contemplada na Lei de Economia Popular, originada nas influências do *BGB*, § 138, exigindo para a sua concretização, além do requisito objetivo, outros de ordem subjetiva: *b.1)* o estado de necessidade, a inexperiência ou a leviandade da parte que declara a vontade e *b.2)* a consciência da parte que causa a lesão, se beneficiando de forma dolosa, sabendo estar lesando a parte contrária (é o chamado *dolo de aproveitamento*, exigível em face do caráter penal da lesão usurária). Veja-se que não se investiga a vontade da vítima, mas a do autor da lesão, que pratica ato contrário aos bons costumes;

iii) *a lesão especial*, assim intitulada por falta de qualificação específica,[234] contemplada no Código Civil, em seu art. 157. Diferencia-se da *lesão enorme* porque para a sua caracterização não é bastante a desproporção entre as prestações (elemento objetivo), exigindo-se, também, requisitos relacionados aos sujeitos (subjetivos). Também se distingue da *lesão usurária*, pois não cogita do dolo de aproveitamento da parte beneficiada, caracterizando-se independentemente da vontade da parte que se beneficia em lucrar exageradamente. Não se persegue a ocorrência de um ilícito. Para sua configuração, basta que a parte que se beneficia tenha conhecimento do estado de necessidade ou da inexperiência do declarante;

iv) *a lesão consumerista*, tipificada no Código de Defesa do Consumidor, caracterizada, nas linhas gerais do Direito Romano, pelo simples elemento objetivo, dispensada a perquirição subjetiva. Porém, ao contrário da lesão enorme, não há qualquer tarifamento da desproporção existente entre as prestações, cabendo ao juiz analisar a sua ocorrência caso a caso.

Lembre-se, ainda, que, enquanto a *lesão especial* (do Código Civil) gera anulabilidade do negócio jurídico, nos termos do art. 171 do Livro Substantivo, a *lesão consumerista* (como reza o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor) e a *lesão usurária* têm como consequência a nulidade de pleno direito, obstando a produtividade dos efeitos.

Merece atenção a *lesão especial*, prevista no Código Civil de 2002.

234. Assim, MARTINS, Marcelo Guerra, *Lesão contratual no direito brasileiro*, op. cit., p. 109.

O art. 157 da Codificação trata da *lesão (especial)*, estabelecendo que ocorrerá "quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta".

A leitura do dispositivo legal – ainda que de modo perfunctório – leva à conclusão de que se configura a lesão quando alguém obtém *lucro exagerado*, desproporcional, aproveitando-se da falta de malícia (inexperiência) ou da situação de necessidade do outro contratante. Prende-se, por conseguinte, à ideia de justiça contratual.

Nessa linha de intelecção, releva destacar, com Fernanda Ivo Pires, que a lesão não tem caráter de punição à parte que se beneficia em um determinado contrato, mas com o fito de, "cumprindo a sua função social, promover uma igualdade substancial entre os contratantes".[235]

Importa frisar que a desproporcionalidade entre as prestações, que incumbe às partes, deve ocorrer no *momento da declaração da vontade*, no instante da contratação. É que, se a desproporção for superveniente, apenas ocorrendo no decorrer do cumprimento do negócio, não poderá o intérprete se socorrer da lesão, devendo invocar a *onerosidade excessiva*, que, nos termos dos arts. 478 a 480 do *Codex*, permite a revisão do contrato (e não a sua invalidação).

Não se confunda: se a desproporção das prestações e, consequentemente, a excessiva onerosidade puderem ser depreendidas das próprias disposições contratuais, há lesão – que é contemporânea à declaração de vontade; se, ao revés, a onerosidade excessiva deflui de fatos posteriores, supervenientes à declaração de vontade, não há lesão, sendo caso de revisão contratual, com base na teoria da onerosidade excessiva ou da quebra da base objetiva do negócio jurídico.[236]

Sem dúvida, a apuração da lesão deve ocorrer "segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico", como dispõe o art. 157 do Texto Codificado.

O reconhecimento da lesão depende da conjugação de dois elementos fundamentais:

i) um de *ordem objetiva*, caracterizado pela manifesta desproporção, disparidade, entre as prestações estabelecidas no negócio. A lei brasileira optou, corretamente, pelo conceito aberto, não definindo, de antemão, um parâmetro quantitativo para a caracterização da lesão (metade do valor, um terço etc.), o que somente ocorrerá em concreto, no caso posto

235. PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 134.

236. STJ – REsp 835498/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, *DJe* 1.6.2010: "Tendo o aresto recorrido determinado a resolução do contrato com base na onerosidade excessiva superveniente (artigo 478 do Código Civil), revela-se impertinente, também, a alegação de ofensa ao artigo 157, § 1º, do Código Civil, segundo o qual a desproporção entre as obrigações para efeito da aplicação do instituto da lesão deve ser apurada ao tempo em que celebrado o contrato. Isso porque o Acórdão está ancorado na teoria da imprevisão e não no instituto da lesão."

à apreciação judicial,[237] segundo os valores da época da contratação (art. 157, § 1º);

ii) outro de *índole subjetiva*, que se caracterizará pela inexperiência (compreendida a partir das condições pessoais do contratante, como a sua situação social, cultural ou educacional) ou pela premente necessidade (que pode ser bem definida como a impossibilidade de evitar o negócio, exclusivamente considerada em relação àquela contratação específica) do lesado no momento da contratação, levando a outra parte a um lucro exagerado, dispensado o chamado *dolo de aproveitamento* da parte beneficiada. Basta, portanto, que a parte que se beneficia conheça a situação de inferioridade, sendo desnecessária a intenção do agente de obter lucro exagerado. Note-se, pois, que o elemento subjetivo diz respeito à vítima, não ao beneficiário.

Aliás, quando da discussão do então Anteprojeto, que se tornaria mais tarde o Código Civil de 2002, o Professor Clóvis do Couto e Silva era favorável à substituição da sanção da *anulabilidade* pela *rescisão* do negócio jurídico maculado pela lesão. A substituição terminológica releva para os termos de nosso estudo, pois, segundo Messineo, a rescisão não se relaciona a um vício de vontade, mas a uma desproporção entre as prestações, isto é, uma simples quebra da justiça contratual. Todavia, como visto, prevaleceu na redação conferida por Moreira Alves ao art. 157 o vocábulo *anulabilidade*, pois não basta o elemento objetivo da ofensa ao sinalagma genético para a desconstituição do ato, sendo ainda necessário o elemento subjetivo da inexperiência ou da necessidade do lesado.[238]

Quanto aos negócios jurídicos que se submetem à lesão, de fato, em razão de sua natureza, somente os contratos bilaterais e onerosos admitem sua invocação. No entanto, conquanto a doutrina venha, prevalentemente, limitando sua alegação nos contratos onerosos comutativos, afastando sua incidência nos pactos aleatórios[239] (por ser de sua essência o desconhecimento das vantagens a serem auferidas), não é esta a melhor solução, sendo mister tecer algumas considerações. Na verdade, o negócio aleatório é aquele em que há risco de ganho e perda para ambos os contratantes, havendo incerteza quanto às vantagens a serem auferidas. No entanto, a lesão deve ser averiguada no instante da celebração do negócio, quando se dá a manifestação de vontade. Logo, o contrato aleatório pode estar inquinado de lesão, ao tempo da celebração, quando, *e. g.*, os riscos consideráveis do negócio são imputados a uma das partes, sendo inexpressivos para a outra, explorando-se situação de inferioridade.

237. Esclarecedor é o seguinte trecho doutrinário extraído da obra de Anelise Becker: "nem toda desproporção importa juridicamente. Há certa margem de tolerância para a desproporção entre as prestações, na qual ingressa o lucro, pois é incontestável a licitude – e por certo também a moralidade – da elaboração ou aquisição de mercadorias para lucrar sobre a diferença entre o preço de custo da produção ou da compra e o preço da venda ou revenda" (*Teoria geral da lesão nos contratos*, op. cit., p. 110).

238. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 61-64.

239. O Código Civil italiano, expressamente, exclui o alcance da lesão nos contratos aleatórios (art. 1.448).

Outrossim, corretamente, o § 2º do citado art. 157 do Código Civil estabelece que não será declarada a anulação do negócio por lesão, caso seja oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do seu (exagerado) proveito. Aliás, pensamos ser perfeitamente aplicável a mencionada regra também no estado de perigo, apesar do silêncio da lei.

Não há dúvida, pois, de que a lesão tem como substrato a quebra da comutatividade do negócio jurídico, sendo instrumento para a obtenção de justiça contratual. A partir disso, é lícito perceber a possibilidade de revisão contratual com base na lesão, malgrado disponha a Lei Civil que o seu reconhecimento produz anulabilidade. Ou seja, admite-se que o juiz (ou o árbitro eleito pelas partes para a arbitragem) efetue a revisão do negócio jurídico quando o lesionador se predispuser a reduzir o proveito obtido ou oferecer suplemento suficiente. Em tal hipótese, a revisão do pacto permite a sua adequação a um sentimento de justiça comutativa, mantida a relação contratual. Essa possibilidade, inclusive, independe de previsão legal, sendo fruto de uma interpretação construtiva, apta a descortinar possibilidades eficazes de instrumentalização do instituto da lesão à função social do contrato e do necessário sentido ético (boa-fé objetiva).

Nesta senda se coloca o Enunciado nº 291 do Conselho de Justiça Federal: "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 lesante ou do complemento do preço."

Em suma, observa-se que a lesão, mesmo sendo um instituto advindo do direito romano, ainda na pós-modernidade oferece seguramente um nível de atendimento corretivo das tarefas contratuais sob desproporção genética, assim como se demonstra altamente flexível como instrumento de manutenção do contrato, tanto através de sua expressão subjetiva (lesão no CC/2002) como através de sua expressão objetiva (CDC), garantindo a liberdade substancial e a equidade nas relações contratuais.[240]

5.2.2 Da alteração das circunstâncias

> *"O verdadeiro sábio é aquele que assim se dispõe que os acontecimentos exteriores o alterem minimamente. Para isso precisa couraçar-se cercando-se de realidades mais próximas de si do que os fatos, e através das quais os fatos, alterados para de acordo com elas, lhe chegam."*
>
> **(Fernando Pessoa)**

A anulação é o remédio que a lei concede quando, em sede de formação do contrato, surgem circunstâncias tais que perturbam gravemente o juízo de conveniência

240. MARTINS, Fernando Rodrigo. *Princípio da justiça contratual*, op. cit., p. 373-374.

e, portanto, os processos de decisão que estão na base da determinação de concluir o negócio, privado, desde o início, de racionalidade econômica. Especificamente na lesão, não parece oportuno, do ponto de vista do bom funcionamento do mercado e do sistema de trocas, como também do da justiça substancial, pretender do contraente a execução deste contrato. Uma ordem de problemas, em muitos sentidos análoga, coloca-se quando a racionalidade econômica da operação resulta perturbada por circunstâncias não contemporâneas à formação do contrato, mas surgidas posteriormente. Depois da conclusão do negócio, na fase em que se trata de lhe dar efetiva execução, podem surgir acontecimentos novos, da mais variada natureza, que revolucionam o programa contratual de uma das partes, impedindo-a de retirar da operação as vantagens esperadas ou, até, transformando-as em fonte de prejuízos.[241]

O Código Civil de 1916 não cogitava da *onerosidade excessiva*. À luz do estatuto civil revogado, seguíamos o modelo oitocentista do *pacta sunt servanda* (das coisas como estão, estando assim as coisas), pelo qual as convenções eram leis entre as partes (art.1.134, Código Francês de 1804)[242] e o conteúdo contratual, intangível, exceto pelo mesmo consenso que a ele dera origem. Todavia, o Código Civil de 2002 mitiga a rigidez negocial. Acontecimentos novos, da mais variada natureza, revolucionam o programa contratual, impedindo as partes de tirar da operação as vantagens esperadas ou, até, transformando-as em fonte de prejuízos. Quando as circunstâncias supervenientes e as perturbações da economia do contrato por elas determinadas são de molde a justificar que o contratante atingido seja desvinculado dos compromissos contratuais, o remédio previsto pela lei para a sua tutela é a possibilidade – que só a ele pertence – de pedir ao juiz a resolução do contrato.

Ao disciplinar a excessiva onerosidade superveniente, o legislador procurou dar resposta ao problema da alteração das circunstâncias. Quer se explique a resolução do contrato por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, quer pela teoria da imprevisão, ou da base do negócio, a verdade é que, no direito contemporâneo, a alteração radical das condições econômicas dentro das quais o contrato foi celebrado tem sido considerada uma das causas que, com o concurso de outras circunstâncias, podem determinar a sua resolução ou revisão.

A cláusula *rebus sic stantibus* é uma reação à rigidez do princípio da obrigatoriedade, enfatizado na fórmula clássica do *pacta sunt servanda*. Se antes a intangibilidade contratual – mesmo diante de imprevisíveis mudanças das circunstâncias – era uma garantia de segurança jurídica e de confiança na palavra empenhada pelo devedor, no alvorecer do século XX o resgate da *rebus sic stantibus*, pela via da teoria da imprevisão e da intervenção estatal na vontade contratual, coincide com o advento do Estado Social na Europa do pós-Primeira Guerra Mundial. Pela própria denominação adotada, verifica-se que, para além da constatação da alteração das circunstâncias

241. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 251-252.

242. Art. 1.134, CC francês: *"As convenções legalmente formadas impõem-se como leis aqueles que a celebraram."*

negociais, foi inserido um componente fortemente voluntarista: a imprevisibilidade dos acontecimentos. Surgem diversas teorias que fundamentam a aplicação da teoria da imprevisão neste componente subjetivo, transcendendo a mera possibilidade de resolução do contrato, à medida que se torna possível a revisão de suas cláusulas.[243]

Os pressupostos de incidência da teoria da imprevisão são: (a) a imprevisibilidade; (b) a excepcionalidade da álea; (c) o desequilíbrio entre as prestações. Assim, o contrato só poderia ser revisado ou resolvido se eventos imprevisíveis frustrassem a consecução de suas finalidades ou perturbassem seriamente o equilíbrio entre as prestações. Afinal, o contrato obriga para o previsível ao tempo da contratação, e as novas circunstâncias apenas seriam levadas em consideração se escapassem da vontade que forjou o contrato.[244]

Paradoxalmente, a aplicação da teoria da imprevisão aos casos concretos que chegaram ao Poder Judiciário revelou que o requisito da imprevisibilidade, que dá nome e cor à teoria, foi justamente o que impediu sua aplicação na maioria dos casos. Situação clássica foi a dos picos inflacionários e dos planos econômicos da década de 80, que, a despeito dos danosos efeitos que causavam aos contratos de duração, terminaram por ser considerados previsíveis, afastando a aplicação da teoria pela ausência do requisito da imprevisibilidade do evento causador da onerosidade de uma das prestações, ante a constante condição de instabilidade inflacionária do País, que, entendeu a Justiça, deveria ser objeto das cautelas antecipadas das partes.

---

243. Marcus Ehrardt Jr. percorre a trajetória da cláusula *rebus sic stantibus*, desde o direito romano, passando pelas codificações do século XIX, ao final desenvolvendo excelente quadro com o resumo de todas as principais teorias que fundamentam a alteração das circunstâncias (*Revisão Contratual*, op. cit., p. 92-106).

244. STJ. Informativo nº 0556 Período: 23 de fevereiro a 4 de março de 2015. Terceira Turma DIREITO CIVIL. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL EM FACE DO DÓLAR AMERICANO E TEORIAS DA IMPREVISÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. Tratando-se de relação contratual paritária – a qual não é regida pelas normas consumeristas –, a maxidesvalorização do real em face do dólar americano ocorrida a partir de janeiro de 1999 não autoriza a aplicação da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, com intuito de promover a revisão de cláusula de indexação ao dólar americano. Com efeito, na relação contratual, a regra é a observância do princípio pacta sunt servanda, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes e, por conseguinte, impõe ao Estado o dever de não intervir nas relações privadas. Ademais, o princípio da autonomia da vontade confere aos contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, desde que preservada a moral, a ordem pública e os bons costumes, valores que não podem ser derrogados pelas partes. Desse modo, a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometam o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica, tendo em vista, em especial, o disposto nos arts. 317, 478 e 479 do CC. Nesse passo, constitui pressuposto da aplicação das referidas teorias, a teor dos arts. 317 e 478 do CC, como se pode extrair de suas próprias denominações, a existência de um fato imprevisível em contrato de execução diferida, que imponha consequências indesejáveis e onerosas para um dos contratantes. A par disso, o histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo País desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela inexistência de risco objetivo nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária. REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 3/3/2015.

A teoria da imprevisão restou adotada pelo Código Civil/2002, nos arts. 478 e 479, que tratam da resolução da onerosidade excessiva. Remetemos o leitor ao capítulo derradeiro da teoria geral dos contratos, momento em que examinaremos minudentemente cada um dos pressupostos hábeis a conduzir o contrato à resolução no direito brasileiro, com inspiração na teoria da imprevisão.

Em sentido diverso, a teoria da *pressuposição*, de Windscheid, parte da premissa de que tacitamente as partes vinculam o seu acordo à existência de determinadas situações. Há uma autolimitação da vontade, pois a vontade negocial somente teria validade naquelas situações em que o declarante reputasse como certo, e, por isto, não colocou como condição de que exista, apareça ou persista determinada circunstância. Se esta pressuposição não se realiza, as consequências jurídicas corresponderão à vontade efetiva, ou seja, à vontade declarada pelas partes no contrato, mas não à verdadeira vontade. Portanto, a pressuposição seria uma condição não desenvolvida. A relação jurídica é originada de um certo estado de coisas; se o estado de coisas pressuposto não existir, ou não se concretizar, ou deixar de existir, a relação jurídica constituída através da declaração de vontade não se mantém, a não ser contra a vontade do declarante.[245]

De certa forma a teoria da pressuposição serviu de inspiração para o desenvolvimento da teoria da quebra da base subjetiva do negócio jurídico, capitaneada por Oertmann. Resumidamente, as partes supõem a existência de determinada situação fática, sendo que ambas contratam considerando que nenhuma delas teria celebrado o pacto se tivesse conhecimento das reais circunstâncias. A base subjetiva do negócio é esta situação de fato, bilateralmente admitida. Supera-se a objeção à teoria da pressuposição – que apenas atribui relevância às expectativas de um dos contratantes em detrimento do outro –, pois somente será possível obter tutela as representações mentais de fato existentes em uma das partes quando a outra parte contratante tenha consciência daquela determinada representação mental. Esta base subjetiva se funda no consenso.[246]

Um passo adiante, é indiscutível o mérito de Karl Larenz ao conceber a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico. Para além das representações subjetivas

245. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha, *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 970. A teoria recebeu pesadas críticas, principalmente pela real impossibilidade de distinção dos meros motivos da pressuposição, pois, se alguém possui qualquer espécie de dúvida em relação ao contrato que irá celebrar, deverá fazer constar no contrato uma condição, a qual, necessariamente, deverá ser submetida à análise e à aceitação da outra parte. A pressuposição levaria o outro contratante a suportar uma condição não aceita. Não existe meio-termo entre motivos e condição, o que inviabiliza juridicamente o instituto da pressuposição (op. cit., p. 974).

246. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos*, op. cit., p. 41-45. O autor ilustra a teoria da base subjetiva com a realização de uma feira em certa cidade, em que os organizadores solicitam aos moradores locais que cedam em locação espaços em suas casas para os visitantes. Não ocorrendo a feira, os visitantes não comparecem. Decerto, desapareceu a base subjetiva do negócio, pois ambas as partes celebraram o contrato de locação em vista da realização da feira. Diferente seria se o visitante tivesse reservado um quarto em hotel da cidade. O estabelecimento não loca espaços em vista de um motivo determinado, sendo indiferente a razão pela qual cada hóspede se instala. Neste caso, não se poderia cogitar na quebra da base subjetiva do negócio, op. cit., p. 88.

comuns às partes, o contrato interage com circunstâncias objetivas, compreendendo o ambiente no qual o conteúdo econômico do negócio jurídico recebeu significado. Estas circunstâncias de caráter geral, como a ordem econômica ou social existente, o poder aquisitivo da moeda e as condições normais do tráfego, são aquelas sem as quais o contrato não atinge as suas finalidades. Se ao tempo da execução do contrato, implementam-se estas modificações fundamentais nas circunstâncias originariamente consideradas para a ponderação de interesses e distribuição de riscos, causando a perda do sentido originário da avença, caberá ao direito tutelar tais situações para que a injustiça não se perpetue em nome da segurança jurídica.[247]

As duas hipóteses de quebra da base objetiva do negócio jurídico seriam: a destruição da relação de equivalência e a impossibilidade de alcançar o fim do contrato. A destruição da base objetiva ocorrerá se a implosão da relação de equivalência se der em tal medida, que não se possa mais racionalmente cogitar de uma contraprestação (nem em comutatividade), pela notável diferença entre as prestações. A outro tanto, poderá sobejar inalcançável a finalidade comum e objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, apesar de a prestação ainda ser materialmente possível. Trata-se então da frustração da finalidade.[248] Exemplificativamente, seria o caso de um laboratório encomendar publicidade a uma agência sobre determinado medicamento e nas vésperas do início da divulgação ser o produto excluído de circulação pelo Ministério da Saúde.

Em comentário pioneiro na doutrina brasileira, Clóvis do Couto e Silva afirma que "a base objetiva do negócio jurídico decorre de uma 'tensão' ou 'polaridade' entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo – e o seu meio econômico – aspecto institucional – o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente [...] não atua ela de modo automático, como sucede com a cláusula *rebus sic stantibus*, pois supõe, sempre, um juízo de valor a respeito da importância das modificações do meio econômico em que o contrato se situa".[249]

Vê-se que, diferentemente da teoria da imprevisão, a teoria da base objetiva do negócio jurídico dispensa o requisito da imprevisibilidade do acontecimento que frustra a economia contratual. Pelo contrário, o fato poderia ser previsto, mas não foi. Aqui será suficiente a quebra do equilíbrio intrínseco do contrato, pelo desaparecimento das circunstâncias mínimas que presidiram a contratação, aquelas expectativas legítimas

247. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos*, op. cit., p. 97-98. De acordo com Larenz, "*a base objetiva do negócio é formada pelas circunstâncias e o estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato subsista*" (op. cit., p. 170).

248. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos*, op. cit., p. 225.

249. COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado brasileiro na visão de...*, op. cit., p. 94. Complementa o doutrinador, "essa possibilidade decorre da circunstância de competir ao juiz superar o conflito existente entre os aspectos voluntarísticos do negócio jurídico e a realidade subjacente, o seu aspecto institucional, sendo certo que uma profunda modificação nas prestações altera o 'sistema de riscos' essencial ao contrato e sem o qual ele não pode cumprir a função que se destina" (op. cit., p. 96).

Faculdade Farias Brito Fortaleza Ceará 265

cuja permanência é inerente àquele tipo de contrato, ensejando uma desproporção superveniente entre as prestações. Certamente, o fato causador de iniquidade será inesperado e alheio aos riscos normais e típicos do contrato.[250]

De acordo com o art. 6°, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, insere-se dentre os direitos básicos do consumidor: "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". Este dispositivo, segundo Cláudia Lima Marques, consagra um dever geral de renegociação em contratos de longa duração, sempre que exista quebra objetiva da base do negócio e onerosidade excessiva daí resultante.[251]

É natural que o traço típico da vulnerabilidade do consumidor propicie que aquele microssistema imponha uma solução distinta ao Código Civil. As relações contratuais entre partes tendencialmente iguais reclamam razões graves para a exclusão da vinculatividade. Em sede de CDC, o elemento subjetivo é posto em segundo plano, pois a mensuração da onerosidade excessiva se converte basicamente em uma aferição respeitante ao nível mínimo de equilíbrio entre as prestações.

Nada obstante o evidente avanço na comparação com os pressupostos da teoria da imprevisão, a fria aplicação da teoria da quebra da base objetiva ao Código Civil não seria positiva no atual estágio das relações de consumo. Por isso, incabível a aplicação do diálogo de fontes para estender às relações intercivis ou interempresariais uma teoria que se adapta apenas ao microssistema da vulnerabilidade, mas não a uma lei civil geral que regule relações patrimoniais entre partes tendencialmente iguais e cuja segurança jurídica requer que o pacta sunt servanda seja apenas mitigado em circunstâncias extraordinárias.[252]

---

250. A alteração das circunstâncias também restou codificada na reforma do BGB de 2001/2 com fulcro na teoria da base objetiva. Consoante o § 313, "quando, depois da conclusão contratual, as circunstâncias que constituíram a base do contrato se tenham consideravelmente alterado e quando as partes, se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, sob a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato".

251. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 245.

252. STJ. Informativo nº 0556 Período: 23 de fevereiro a 4 de março de 2015. Terceira Turma. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA BASE OBJETIVA OU DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO. A teoria da base objetiva ou da base do negócio jurídico tem sua aplicação restrita às relações jurídicas de consumo, não sendo aplicável às contratuais puramente civis. A teoria da base objetiva difere da teoria da imprevisão por prescindir da imprevisibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Pela leitura do art. 6°, V, do CDC, basta a superveniência de fato que determine desequilíbrio na relação contratual diferida ou continuada para que seja possível a postulação de sua revisão ou resolução, em virtude da incidência da teoria da base objetiva. O requisito de o fato não ser previsível nem extraordinário não é exigido para a teoria da base objetiva, mas tão somente a modificação nas circunstâncias indispensáveis que existiam no momento da celebração do negócio, ensejando onerosidade ou desproporção para uma das partes. Com efeito, a teoria da base objetiva tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das

Na teoria desenvolvida pelo direito alemão, a adaptação do contrato às novas circunstâncias apenas será levada a efeito quando impossibilidade de cumprimento assumir matiz objetivo, jamais subjetivo. Isto é, aceita-se a revisão do conteúdo do contrato em razão de uma súbita inflação, de alterações resultantes da intervenção drástica do Estado na economia, ou de um evento que afete um número indeterminado de pessoas, como um cataclismo, uma guerra ou uma longa greve. Todavia, a solução seria distinta na hipótese de impossibilidade econômica do cumprimento da obrigação pelo devedor, fundamentada no limite do sacrifício dele exigível. A excessiva dificuldade para o adimplemento da obrigação, de cariz subjetivo, caso aceita, acarretaria insegurança no tráfego negocial.

Todavia, o novo aqui é a aceitação de circunstâncias subjetivas passivas, como a perda do emprego, os acidentes, os divórcios etc., como causas possíveis de inadimplemento sem culpa. O novo aqui é o dever de cooperar e renegociar. Nos contratos cativos de longa duração que conduzem a parte mais frágil à ruína, é também possível sugerir, com finca no art. 6º, V, do CDC, um direito geral de denúncia, de forma a evitar a morte do consumidor como *homo economicus*, resolvendo-se, assim, boa parte dos problemas relacionados ao *superendividamento* no país.[253-254]

Em princípio, a obrigação de renegociar os contratos deve ser uma constante nos contratos cativos de longa duração. A resolução deve ser a última opção para estes contratos, porque acarretaria a frustração das legítimas expectativas do consumidor quanto à estabilidade do vínculo e sua boa conclusão. As circunstâncias subjetivas passivas devem ser aceitas como causas justas de inadimplemento não imputáveis

---

obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva. Em que pese sua relevante inovação, a referida teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Ademais, não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microssistema do direito do consumidor. De outro modo, a teoria da quebra da base objetiva poderia ser invocada para revisão ou resolução de qualquer contrato no qual haja modificação das circunstâncias iniciais, ainda que previsíveis, comprometendo em especial o princípio pacta sunt servanda e, por conseguinte, a segurança jurídica. Por fim, destaque-se que, no tocante às relações contratuais puramente civis, quer dizer, ao desamparo das normas protetivas do CDC, a adoção da teoria da base objetiva, a fim de determinar a revisão de contratos, poderia, em decorrência da autuação jurisdicional, impor indesejáveis prejuízos reversos àquele que teria, em tese, algum benefício com a superveniência de fatos que atinjam a base do negócio (REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 3/3/2015).

253. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 246-8. Arremata a autora: "Parece-nos uma nova conscientização da função do contrato como operação econômica distributiva na sociedade atual, e a tentar evitar a exclusão social e o superendividamento através de uma visão mais social e controlada do contrato. O Estado passa, assim, a interessar-se pelo sinalagma interno das relações privadas e revisar os excessos, justamente porque, convencido da desigualdade intrínseca e excludente entre os indivíduos, deseja proteger o equilíbrio mínimo das relações sociais e a confiança do contratante mais fraco" (op. cit., p. 244).

254. STJ: "Possibilidade de afastamento. Crédito consignado. Contrato de mútuo. Desconto em folha de pagamento. Possibilidade. Limitação da margem de consignação a 30% da remuneração do devedor. Superendividamento. Preservação do mínimo existencial." (AgRg no REsp 1206956/RS Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 3.T DJe 22/10/2012).

ao devedor, afastando a resolução eventualmente postulada pelo credor, impondo a ele o dever de renegociar os débitos.[255]

De fato, nos contratos cativos de longa duração, o tempo traz um desafio na manutenção do equilíbrio contratual. Não é difícil prever que, em uma relação contratual que pode durar décadas ou quem sabe, se prolongar por toda a existência do contratante-aderente, surgirão situações da vida que acarretarão, em maior ou menor grau, certo desequilíbrio da relação. Portanto, o que se exige é que a mutação normal das relações interna e externa ao vínculo contratual mantenha uma paridade equitativa entre as partes, em prol de um equilíbrio dinâmico do contrato.[256]

Contudo, quando ocorre o superendividamento, a preservação do contrato não será muitas vezes a solução ideal, diante do comprometimento total de sua posição financeira. Com efeito, o superendividamento representa a ruína e a morte civil do consumidor. Trata-se da impossibilidade global de o devedor leigo de boa-fé fazer frente ao conjunto de seus débitos atuais e futuros. A capacidade econômica do consumidor se torna inferior ao montante dos débitos, todos estes contraídos para atender às suas necessidades pessoais, entendendo-se como *"necessidades"* tudo aquilo que o mercado induziu o indivíduo a acreditar como *essencial*, mesmo em se tratando de bens *supérfluos* na maior parte das vezes.

O superendividamento será ativo quando o devedor contribui para a situação, endividando-se em demasia; a outro turno, será passivo nas hipóteses em que as circunstâncias – as "áleas da vida", como desemprego e doença na família – conduzem o devedor ao superendividamento. A modalidade passiva é a mais frequente à medida que os métodos comerciais desleais e a pressão da vontade por mecanismos agressivos de marketing e publicidade atingem a fatia de consumidores tidos como *"hipervulneráveis"*, com ofensa ao dever anexo de informação, considerando-se que os dados necessários para uma decisão esclarecida não são cognoscíveis.

Não há sociedade de consumo sem crédito, e o crédito é absolutamente necessário ao desenvolvimento do país. Mas quem toma crédito precisa pagar e estar em condições de pagar. Por isso, é possível uma harmonização entre a liberdade de crédito e as regras que estimulam o consumo consciente e responsável de crédito. Essas são as bases do diálogo que justificam uma reforma legislativa, a fim de que o superendividamento ingresse no CDC.

Consistindo o contrato em um momento de cooperação e não de destruição do parceiro, em face da alteração de circunstâncias por motivos subjetivos, exclusivamente

255. LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*, op. cit., p. 525-527. Explica a autora que "a cativedade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de marketing, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro" (op. cit., p. 522).

256. SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*, op. cit., p. 496-497.

ligados à solvabilidade do devedor, deve haver alguma saída para aquela pessoa que se encontra em situação econômica inferior ao "piso vital", tal e qual o modelo jurídico da recuperação de empresas, inerente às pessoas jurídicas. Todavia, os fornecedores preferem ter o devedor atrelado a um débito impagável, impedindo-o de resgatar a sua liberdade e, paradoxalmente, prosseguem fornecendo créditos a quem já não mais possui condições de cumpri-los. Neste sentido, evidencia o Enunciado n. 168 do Conselho de Justiça Federal que "O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação", no caso, trata-se do dever de cooperação do credor, no sentido de evitar a ruína do devedor, impondo modificações nos contratos de longa duração.

5.2.3 A cláusula de hardship

A cláusula de *hardship* encontra assento no direito contratual internacional. Durante a execução do contrato, circunstâncias econômicas, políticas ou sociais podem alterar de maneira fundamental o equilíbrio econômico do contrato. Dependendo da extensão dos efeitos de tal evento, os contratantes poderiam ver-se impossibilitados de executar as suas obrigações nos moldes avençados. Nestes casos, a cega obediência ao princípio da força obrigatória do contrato conduziria a objetivo contrário à proteção do interesse dos contratantes envolvidos em decorrência de alteração fundamental das circunstâncias contratuais.

Para situações como tais, em que os diversos direitos nacionais trabalham com formas distintas de qualificação do fenômeno da onerosidade excessiva – o que criaria tensões entre os princípios do *pacta sunt servanda* e do *rebus sic stantibus*, conforme a nacionalidade de cada contratante –, os princípios relativos aos contratos internacionais de comércio *Unidroit* (*Institut International pour l'Unification du Droit Privé*) facultam às partes a inclusão da cláusula de *hardship*, estabelecendo dever de readequação contratual para fatos supervenientes que alterem substancialmente as circunstâncias, gerando desequilíbrio do conteúdo econômico do contrato. Destarte, originária da prática contratual internacional, a cláusula de *hardship* é um exemplo da criatividade dos negociadores, visando suprir as lacunas dos conceitos clássicos no que se refere à solução do problema da incerteza nos contratos internacionais e, principalmente, nos de longa duração. Assim é disciplinada a temática:

> *Art. 6.2.2 (definição). Há hardship quando surgem acontecimentos que alteram fundamentalmente o equilíbrio das prestações quer por aumento do custo de cumprimento das obrigações quer por diminuição do valor da contraprestação, e: a) esses acontecimentos se verificaram ou chegaram ao conhecimento da parte lesada depois da conclusão do contrato; b) esses acontecimentos não podiam razoavelmente ser tomados em consideração pela parte lesada no momento da conclusão do contrato; c) esses acontecimentos escapam ao controle da parte lesada; d) o risco desses acontecimentos não foi assumido pela parte lesada.*

Pode-se verter o vocábulo *hardship* para o significado de "*adversidade*" ou "*infortúnio*". Tal cláusula prima por mitigar os danos que podem resultar a uma das

partes toda vez que o contrato sofrer alterações estruturais em seu equilíbrio. Cuidam-se de cláusulas de cunho flexibilizador, dotadas de dinamicidade, o que facilita a adaptação da avença.

O termo *hardship* significa na prática contratual internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes. São requisitos tradicionais da cláusula de *hardship:* (a) *alteração fundamental das condições econômicas* – esta alteração essencial tanto poderá decorrer do aumento dos custos envolvidos como da diminuição do valor da contraprestação; (b) *superveniência do evento* – ao contrário da força maior, estes eventos não decorrem de causas naturais ou fatos de terceiros, mas de movimentos amplos no ambiente do mercado, especialmente os da economia. Caso o evento seja anterior à formação do contrato, é necessário que seus efeitos apenas sejam sentidos após a conclusão do contrato; (c) *imprevisibilidade do evento* – no sentido de que os eventos que causam *hardship* estejam fora do controle das partes e ocorram sem que nenhum dos contratantes tenha assumido o risco de que viessem a acontecer.[257]

Os princípios do *Unidroit* serão aplicáveis como regra de solução de conflito quando as partes acordem a sua submissão, com base nos princípios gerais do direito, na *lex mercatoria* ou em outra fórmula equivalente. Esta norma é um exemplo do porvir de um direito internacional econômico, que caminha para a atuação em bloco de países e da convergência das legislações internas e nacionais nos moldes de uma intenção supranacional. A solução dos conflitos advindos do comércio internacional – inserindo-se aí a *hardship* – por meio da arbitragem contribui significativamente para a segurança e a previsibilidade do sistema jurídico. Apesar de suas regras se endereçarem aos contratos internacionais, nada obsta que os princípios da *Unidroit* sejam também utilizados para reger contratos domésticos entre particulares, sem prejuízo das normas nacionais de caráter cogente.[258]

Vê-se, portanto, que, em caso de excessiva onerosidade (*hardship*), a parte posta em situação de desvantagem – a ponto de se colocar em risco a própria identidade do contrato – poderá reclamar a renegociação contratual para o restabelecimento do equilíbrio. O principal objetivo da cláusula é a obrigação de negociar de boa-fé a adaptação do contrato. Esta solução se aproxima do dever lateral de cooperação explicitado pelo art. 479 do Código Civil, hipótese em que o credor elidirá a resolução

257. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedim. *Contrato e sua conservação*, op. cit., p. 164-166.

258. MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*, op. cit., p. 389. O autor acrescenta que "alguns contratos de cunho internacional já se valem das cláusulas de adaptação por indexação eminentemente matemáticas, compreendidas como cláusulas automáticas, cuja finalidade é a fixação de um elemento variável no contrato, relacionado a uma tabela ou índice escolhido pelas partes em caso de qualquer desequilíbrio econômico. Coexistem ao lado destas, cláusulas de adaptação automáticas, que dizem respeito à quantidade do produto a ser fornecido, conforme cota de mercado ou até de evolução populacional" (op. cit., p. 388).

do negócio colaborando com o devedor cuja obrigação se encontra sob onerosidade excessiva.

A cláusula de *hardship* permite que os contratantes estabeleçam quais serão os eventos que caracterizarão a sua incidência. Culmina por se aproximar da teoria da base do negócio jurídico, pois os critérios da imprevisibilidade e da inevitabilidade poderão ser acrescidos ou reduzidos, de modo a ampliar a margem de atuação das partes quanto à preservação do vínculo contratual e a sua adaptação às transformações que possam ocorrer ao longo de sua execução. Há, pois, dupla finalidade nesta cláusula: evitar a dissolução do contrato (negativa) e a renegociação das cláusulas, como obrigação de melhores esforços (positiva).[259]

Recentemente o Brasil aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, na sigla em inglês). O País torna-se o 79° Estado-Parte da chamada Convenção de Viena de 1980, como é conhecida. A norma jurídica foi aprovada pelo Congresso Nacional em outubro de 2012 e entrou em vigor no dia primeiro de abril de 2014. A adesão do Brasil à CISG converte a Convenção em lei aplicável para contratos de venda internacional de mercadorias entre as partes comerciais. Como consequência, cede o risco legal, vez que os contratantes não terão mais que competir sobre a lei aplicável. A CISG não elimina leis internas preexistentes – de fato, as leis nacionais ainda são aplicáveis entre os comerciantes no mercado interno. No capítulo dedicado à revisão e resolução dos contratos, trataremos das normas específicas quanto à alteração das circunstâncias no contexto da compra e venda internacional.

ENUNCIADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Duty To Mitigate The Own Loss – Enunciado n° 465 do STJ

Desleal Não Exercício de Direitos – Enunciados n°s 370 e 388 do STJ

Desleal Constituição de Direitos – Enunciado n° 385 do STJ

O Cumprimento dos Deveres Anexos pelo Credor – Enunciados n°s 302, 359 e 369 do STJ

O Adimplemento substancial – Enunciado n° 284 do STJ

ENUNCIADOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL

Princípio da Autonomia Privada

Enunciado n° 185 – Art. 757: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.

259. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedim. *Contrato e sua conservação*, op. cit., p. 174-176.

A Nova Força Obrigatória dos Contratos

Enunciado nº 12 – Art. 138: Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.

Enunciado nº 13 – Art. 170: O aspecto objetivo da convenção requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se.

Enunciado nº 166 – Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.

Enunciado nº 167 – Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

O Papel do Juiz

Enunciado nº 26 – Art. 422: 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.

Enunciado nº 180 – Arts. 575 e 582: A regra do parágrafo único do art. 575 do novo CC, que autoriza a limitação pelo juiz do aluguel-pena arbitrado pelo locador, aplica-se também ao aluguel arbitrado pelo comodante, autorizado pelo art. 582, 2ª parte, do novo CC.

Enunciado nº 356 – Art. 413. Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

Enunciado nº 374 – No contrato de seguro, o juiz deve proceder com equidade, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.

O Princípio da Boa-fé Objetiva

Enunciado nº 25 – Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

Enunciado nº 27 – Art. 422: 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.

Enunciado nº 145 – Art. 47: O art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência.

Enunciado nº 162 – Art. 395: A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.

Enunciado nº 168 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.

Enunciado nº 169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Enunciado nº 372 – Em caso de negativa de cobertura securitária por doença preexistente, cabe à seguradora comprovar que o segurado tinha conhecimento inequívoco daquela.

Os Deveres de Conduta

Enunciado nº 24 – Art. 422: 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.

A Boa-Fé e o Abuso do Direito

Enunciado nº 37 – Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

Enunciado nº 362 – Art. 422. 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.

A Função Social do Contrato

Enunciado nº 21 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Enunciado nº 22 – Art. 421: 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.

Enunciado nº 23 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Enunciado nº 53 – Art. 966: deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

O Equilíbrio Contratual

Enunciado nº 358 – Art. 413. O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração de circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos.

Enunciado nº 359 – Art. 413. A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.

CAPÍTULO IV

Classificação e Qualificação dos Contratos

Sumário • 1. Classificação estrutural dos contratos: 1.1 As dicotomias clássicas; 1.2 Classificações tradicionais – 2. Classificação funcional dos contratos: 2.1 Classificações do contrato contemporâneo; 2.2 O contrato de consumo; 2.3 O contrato de adesão; 2.4 As cláusulas contratuais gerais; 2.5 O contrato-tipo; 2.6 Contratos coletivos e acordos normativos; 2.7 Contratos coativos e necessários; 2.8 O contrato relacional; 2.9 O contrato eletrônico; 2.10 Contratos cativos de longa duração; 2.11 Contratos sob o paradigma da essencialidade; 2.12 Contratos de direitos da personalidade – 3. Qualificação dos contratos: 3.1 Qualificação e classificação dos contratos; 3.2 Contratos típicos e atípicos; 3.3 Contratos mistos e coligados; 3.4 As redes contratuais.

"Que preto, que branco, que índio o quê? Que branco, que índio,
que preto o quê? Que índio, que preto, que branco o quê?
Aqui somos mestiços mulatos cafuzos pardos mamelucos
sararás crilouros guaranisseis e judárabes
orientupis orientupis ameriquítalos luso nipo caboclos
orientupis orientupis iberibárbaros indo ciganagôs
somos o que somos inclassificáveis"

(Arnaldo Antunes, *Inclassificáveis*)

1. CLASSIFICAÇÃO ESTRUTURAL DOS CONTRATOS

1.1 As dicotomias clássicas

Em paralelo aos tipos contratuais (os contratos em espécie), surgem as chamadas *categorias contratuais*. Trata-se de modelos abstratos, de raiz fundamentalmente científica, que derivam de uma atitude essencialmente analítica e contemplativa da doutrina, como meio de simplificação para a precisão normativa e a concentração dos regimes jurídicos. Na lúcida abordagem de Carlos Ferreira de Almeida, as categorias contratuais correspondem a um nível maior de abstração quando comparadas aos tipos contratuais (compra e venda, doação, locação etc.) e a um nível menor de

abstração quando contrapostas ao contrato, na qualidade de *categoria maior*, espécie de fato jurídico.[1]

A classificação permite uma "arrumação exaustiva da realidade", afinal as classes de contratos resultam de repartições feitas com base em critérios que têm a ver com a ocorrência ou a verificação de certas qualidades. A recondução de contrato a esta ou àquela classe não significa mais do que a sua repartição do que o seu agrupamento, consoante tenha esta ou aquela característica.[2]

As categorias contratuais são estabelecidas segundo critérios simples de classificação, de cuja aplicação derivam frequentemente divisões dicotômicas, tais como contratos bilaterais ou unilaterais, gratuitos e onerosos, reais ou consensuais. Estes critérios são das mais diversas naturezas, podendo levar em conta a estrutura de composição do contrato, a relação entre as suas prestações, a existência de disciplina legislativa, dentre outros fatores. Esta necessidade de classificação se vincula ao domínio teórico da matéria, hábil em seu tratamento coerente e coeso, atribuindo certeza e segurança jurídica aos critérios de decidibilidade.

Neste sentido, as diversas classificações e seus critérios surgem ao sabor dos problemas que a dogmática enfrenta na decidibilidade, os quais exigem distinções sobre distinções. Cuida-se daquilo que Bobbio sugere como as *grandes dicotomias*. Distinções como direito público e privado, direito objetivo e direito subjetivo foram desenvolvidas historicamente no trato do direito. Elas permitem uma sistematização no sentido dogmático do direito, concebido como um conjunto de normas. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz, as dicotomias são lugares-comuns, noções não logicamente rigorosas, mas pontos de orientação e organização coerentes de uma matéria, cujo intuito é conseguir o domínio mais abrangente e coerente possível dos problemas. As dicotomias se vinculam a um sistema estático de normas, prescindindo portanto de qualquer dinamismo, posto que concebe o conjunto normativo como um dado, abstração feita de seu câmbio permanente.[3]

Nesta introdução que se faz às diversas classificações contratuais não podemos nos abster de uma crítica ao artificialismo das dicotomias. Elas expressam uma neutralidade do direito contratual em relação à ordem social. Em uma sociedade afeta a relações contratuais extremamente dinâmicas e complexas, seria ingênuo aprisionar, *a priori*, a diversidade de composição de interesses em mecanismos de subsunção do fato em *fattispecies* abstratas.

O fenômeno contratual é plural, compondo um sistema aberto em que as estruturas unilaterais, bilaterais e plurilaterais se apresentam como uma gama

1. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, op. cit., p. 409-410.
2. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit., p. 168.
3. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, prossegue o autor: "desse modo, se estas expressões estão razoavelmente delimitadas, a ambiguidade e a vaguidade limitam-se: ganha-se em certeza. Já a segurança tem a ver com os destinatários das normas. É preciso encontrar critérios para uma decidibilidade uniforme para todos os sujeitos" (op. cit., p. 132 e 141).

utilizável não de forma arbitrária, mas segundo uma regra de adequação à relação jurídica concreta sobre a qual o ato é destinado a incidir e segundo a função que se propõe a realizar. Para Pietro Perlingieri, a consequência dessa abordagem é a necessidade de redimensionar o alcance aos estudos sobre o contrato conduzidos exclusivamente do ponto de vista estrutural e tendentes a se exaurir em refinadas e parciais configurações, pouco receptivas dos conteúdos teleológico, axiológico e funcional. A disciplina do regulamento depende cada vez mais da operação econômica perseguida, daí a dificuldade de reduzir a inteira trama de interesses das partes a esquemas tipológicos.[4]

Com tal crítica, não objetivamos suprimir o mérito das classificações. Elas desempenham importante função legitimadora de decisões concretas, ordenando de forma mais segura a aplicação e o desenvolvimento do direito. Isso significa que o reconhecimento de que o direito é um fenômeno social não subsumível em encadeamentos conceituais abstratos é perfeitamente conciliável com o reconhecimento de que o saber teórico se aperfeiçoa, se aproxima da realidade, por meio de classificações só aparentemente estáticas.[5]

A categoria contratual funciona, pois, como "entidade mediadora", não somente no nível lógico-abstrato, mas também no nível normativo, porque um contrato sempre se submeterá a três ordens de normas: I – normas reguladoras dos negócios jurídicos (Título I do Livro III da Parte Geral do Código Civil), das obrigações (Títulos I a IV do Livro I da Parte Especial do Código Civil) e dos contratos em geral (Título V do Livro I da Parte Especial do Código Civil); II – normas reguladoras das categorias contratuais às quais o contrato pertence e III – normas reguladoras do tipo contratual em questão.[6]

1.2 Classificações tradicionais

1.2.1 Contratos bilaterais (sinalagmáticos) e unilaterais

Trata-se aqui de examinar a estrutura dos contratos. Porém, antes de os distinguir, cumpre dar o significado técnico dos termos para prevenir confusões ou equívocos. Os qualificativos unilateral e bilateral empregam-se para diferenciar os negócios jurídicos, tanto na formação como nos efeitos.[7]

4. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 389-395.
5. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Bem sintetiza a doutrinadora: "O recurso a esses esquemas formulados doutrinária e/ou legislativamente dá ao intérprete e aplicador meios de reconduzir a modelos pré-determinados o apelo a certos valores, o que confere segurança, certeza e legitimidade à atividade decisória" (op. cit., p. 348-349).
6. CRESCENZO MARINO, Francisco Paulo de. Classificação dos contratos. In: *Direito dos contratos*; sintetiza o autor: "O agrupamento de tipos contratuais em categorias é ferramenta indispensável para a sistematização das normas jurídicas, cogentes ou dispositivas, aplicáveis aos contratos pertencentes a cada categoria" (op. cit., p. 23).
7. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 84.

No tocante à formação, temos os negócios jurídicos unilaterais, bilaterais e plurilaterais, respectivamente, quando resultantes da manifestação de vontade de uma, duas ou mais de duas partes. Parte não se confunde com pessoa. Num determinado negócio a parte pode estar representada por uma só pessoa ou por várias, fundamental é que ela expresse um único interesse. Daí a noção de parte como *centro de interesse* ou centro de imputação de interesses.

O negócio jurídico unilateral requer a declaração de vontade de uma parte, parte esta que pode ser constituída de uma ou de várias pessoas.[8] Já o negócio jurídico bilateral, na cátedra de Pontes de Miranda, resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes. As manifestações de vontade ficam uma diante da outra, com a cola da concordância. Há uma corda só que prende, que vincula as pessoas que estão nos dois lados.[9]

Com efeito, é insuficiente a manifestação de vontade de duas partes para a existência de negócio jurídico bilateral. O seu pressuposto é o consentimento (*cum + sentire* = sentir vontade). A bilateralidade expressa esta sintonia, a coincidência ou o ajuste das vontades convergentes.

O contrato é a expressão maior dos negócios jurídicos bilaterais. Todo contrato é negócio bilateral, mas a recíproca não é válida. No contrato há sempre duas ou mais declarações de vontade, com conteúdos diversos, que se harmonizam ou se conciliam mutuamente, ajustando-se uma à outra, como as diversas partes de um mesmo objeto, pois se dirigem à produção de um resultado jurídico unitário, embora tendo para cada um dos declarantes, ou grupo de declarantes, significações distintas e, até de certo modo, antagônicas.[10]

Destarte, sob o ângulo da formação, é um despautério se cogitar de contratos unilaterais. Tal expressão se reserva para o plano de eficácia dos negócios bilaterais. Quer dizer, no que tange aos efeitos, nos contratos bilaterais, ensina Orlando Gomes que as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor. Cada qual tem direitos e obrigações.[11] À obrigação de uma corresponde o direito de

8. Daí a classificação bipartida, que separa os negócios jurídicos unilaterais em duas categorias: a dos unipessoais e a dos plúrimos. Este último, quando a parte é constituída de duas ou mais pessoas que expressam uma única vontade negocial, jamais interesses contrapostos.

9. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. 38, op. cit., p. 31-32.

10. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 73.

11. STJ – Informativo nº 0484, Período: 26 de setembro a 7 de outubro de 2011, Terceira Turma: "CONTRATO. CLÁUSULA PENAL. EFEITOS. In casu, trata-se de contrato de compra e venda de imóvel, no qual o promitente-comprador (recorrente) obrigou-se a pagar o preço e o promitente-vendedor a entregar o apartamento no tempo aprazado. Porém, o promitente-vendedor não entregou o bem no tempo determinado, o que levou o promitente-comprador (recorrente) a postular o pagamento da cláusula penal inserida no contrato de compra e venda, ainda que ela tenha sido redigida especificamente para o caso do seu inadimplemento. Assim, cinge-se a questão em definir se a cláusula penal dirigida apenas ao promitente-comprador pode ser imposta ao promitente-vendedor ante o seu inadimplemento contratual. Na hipótese, verificou-se cuidar de um contrato bilateral, em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, oneroso, pois traz vantagens para os contratantes, comutativo, ante a equivalência de prestações. Com esses e outros fundamentos, a Turma deu provimento ao recurso para declarar que

outra. Em contrapartida, nos contratos unilaterais, uma das partes tem a condição de credor e a outra de devedor. A relação jurídica oriunda de contrato unilateral é simples, pois só uma parte se constitui devedora, enquanto a que nasce de um contrato bilateral se apresenta complexa, visto que em ambas os contraentes figuram reciprocamente como sujeitos ativo e passivo.[12]

Fundamental: ao contrato bilateral não basta – como se extrai da literalidade da expressão – a mera bilateralidade das obrigações para ambos os contratantes, mas a *correspectividade* e a reciprocidade entre elas. É essencial à bilateralidade a caracterização do sinalagma, no sentido de uma obrigação ser a causa da outra. Assim, a bilateralidade da compra e venda emana de duas obrigações, ao mesmo tempo principais e mutuamente correlatas, nas quais tanto quem entrega a coisa como quem recebe o preço percebam na prestação do outro uma compensação suficiente à sua própria prestação. Enfim, a obrigação de cada um dos contratantes aparece como *equivalente* da assumida pelo outro.

Este refinamento da distinção entre contratos bilaterais e unilaterais permite a introdução de um *tertium genus*: o contrato *bilateral imperfeito*. Esta categoria intermediária se manifesta em duas circunstâncias: (a) em um contrato unilateral – produtor de obrigações *ex uno latere* –, mas que acidentalmente, ao longo de sua execução, acarreta bilateralidade de obrigações. Vejamos o contrato de mandato: sua natureza unilateral deriva da ausência de sinalagma entre as obrigações de mandante e mandatário. Porém, por fato superveniente a sua formação, eventualmente o mandatário assume despesas, repercutindo para o mandante a obrigação de ressarci-las sob pena daquele reter a coisa até que seja pago pelas aludidas despesas (art. 681, CC). Surgiria aí um contrato bilateral imperfeito; (b) também cabem nesta categoria os contratos em que a obrigação deles resultantes para as duas partes não se encontram ligadas por qualquer sinalagma, isto é, cada uma não representa a contrapartida da outra (ex.: a obrigação do comodante de proporcionar ao comodatário o gozo da coisa emprestada e a obrigação do comodatário de restituí-la).

Essas sutilezas não exoneram o contrato bilateral imperfeito da categoria dos contratos unilaterais. Afinal, inexiste nexo de causalidade entre as obrigações das partes, de forma que uma se converta em causa da outra. Nos exemplos citados as prestações não são correspectivas. Eis aí a importância do sinalagma como qualificativo da bilateralidade contratual, empregando-se mesmo um termo pelo outro.

Ratificando tal posicionamento, veja-se a doação com encargo. Contrato unilateral porque somente cria obrigações para uma das partes, o doador. O donatário

---

a cláusula penal contida nos contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve aplicar-se para ambos os contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes. Todavia, é cediço que ela não pode ultrapassar o conteúdo econômico da obrigação principal, cabendo ao magistrado, quando ela se tornar exorbitante, adequar o quantum debeatur" (REsp 1.119.740-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 27.9.2011).

12. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 85.

pode vir a receber uma doação com encargo, cuja natureza jurídica é de ônus, mas o contrato mantém sua unilateralidade, não se tratando do modo de uma contraprestação que aperfeiçoe o sinalagma, mas tão somente de uma restrição ao ato de liberalidade.[13] Em outras palavras, o encargo é uma obrigação do donatário (de dar, fazer ou não fazer), contudo sem correspectividade com a prestação do doador. Exemplificando, A doa uma casa a B com encargo de B alimentar seus cinco gatos. O encargo de B é uma obrigação secundária que não se contrapõe à liberalidade, apenas limita a atribuição patrimonial.

Nesta senda, percebemos que o dado da existência de deveres para ambas as partes nem sempre configura o sinalagma. Nas relações obrigacionais complexas, lateralmente ao interesse econômico perseguido pela parte, manifestam-se os deveres instrumentais destinados funcionalmente a assegurar o perfeito cumprimento da obrigação principal. A incidência de deveres anexos – e também dos deveres secundários – para credor e devedor não converte por si só um contrato unilateral em bilateral, haja vista que a reciprocidade inerente a este requer, estruturalmente, uma "troca de prestações", uma permuta entre as obrigações principais do contrato.

Dentre os contratos bilaterais, pelas características especiais de sua estrutura, encontram-se os *contratos plurilaterais*. Segundo José João Abrantes, são os que têm mais de duas partes, dirigindo-se a prestação de cada uma delas à consecução do fim comum. Dentre outros, prepondera o contrato de sociedade. Cada um dos sujeitos se obriga em face de todos os outros, o que significa que o vínculo sinalagmático se estabelece aí entre a prestação de cada um dos contraentes e todas as outras, umas como contrapartida das outras.[14]

A importância prática da distinção entre contratos bilaterais e unilaterais releva tanto o momento da formação do contrato como a sua fase de execução.

No vício da lesão (art. 157, CC), o elemento objetivo justificador da anulabilidade do negócio jurídico é justamente a aparência da bilateralidade do contrato, posto que inexistente o *sinalagma genético* em que as prestações são concebidas de maneira manifestamente desproporcional. Outrossim, a nulidade da obrigação de uma das partes por impossibilidade originária da prestação implica a nulidade da obrigação da outra.

O sinalagma não desaparece após a celebração do contrato. A reciprocidade ou contrapartida das obrigações releva durante toda a sua vida, pois coligadas as prestações pelo vínculo de finalidade. Trata-se do *sinalagma funcional*, que produz consequências importantes, pois a dinâmica do processo obrigacional exige

13. Na definição de Zeno Veloso, o encargo é "ônus imposto ao negócio jurídico, de uma moderação à liberalidade. Assim, o encargo grava, onera, pesa, tempera, limita, quase sempre diminui e restringe o benefício. O beneficiário, no final das contas, recebe menos do que receberia se o negócio fosse puro e simples, mas lucra mais do que lucraria se o negócio fosse oneroso, com prestações recíprocas" (*Condição, termo e encargo*, op. cit., p. 105).

14. ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato*, op. cit., p. 56.

à preservação da interdependência das prestações dos contraentes. A resolução contratual e a *exceptio non adimpleti* são modelos jurídicos visceralmente ligados à conservação do sinalagma. Em comum, quer se proteger um dos contratantes através de mecanismos que lhe facultem não cumprir a sua prestação quando a outra parte não efetue a contraprestação.

Assim, a resolução é modo de extinção da relação obrigacional estabelecida em contrato bilateral, com a retirada de sua eficácia pelo exercício do direito formativo-extintivo, do qual é titular o credor não inadimplente, fundado no incumprimento definitivo do devedor e imputável a este.[15] Apesar da discrição do enunciado do art. 475, do Código Civil, a resolução é modo exclusivo de extinção de contratos bilaterais.

Porém, se o inadimplemento não for definitivo, em vez da alternativa de resolução contratual, surgirá a exceção de contrato não cumprido, pela qual o contraente retardará a sua prestação, retendo-a licitamente até o cumprimento da contraprestação. A exceção de não cumprimento do contrato é a faculdade que, nos contratos bilaterais, tem por objetivo sancionar o dever de cumprimento simultâneo das obrigações compreendidas no sinalagma. É uma faculdade derivada do próprio contrato, da sua estrutura. A função da exceção é assegurar a interdependência funcional das obrigações, o seu nexo de correspectividade.[16] Neste sentido, dispõe o art. 476, do Código Civil: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

Ao lado da *exceptio non adimpleti contractus,* há outras duas exceções dilatórias que pressupõem a bilateralidade do contrato, a *exceptio non rite adimpleti contractus,* para a hipótese de adimplemento insatisfatório ou parcial (também fundada no art. 476 do Código Civil), e a exceção de inseguridade, cuja premissa é a diminuição superveniente do patrimônio do devedor, capaz de comprometer ou tornar duvidosa sua prestação (art. 477, CC).[17]

1.2.2 Contratos onerosos e gratuitos

"A amizade é um contrato segundo o qual nos comprometemos a prestar pequenos favores para que no-los retribuam com grandes."

(Montesquieu)

Os contratos são gratuitos ou onerosos, consoante originem, de acordo com a intenção das partes, vantagens para uma só delas ou para as duas. A distinção se refere à respectiva *atribuição patrimonial,* compreendida como a vantagem avaliável

15. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor,* op. cit., p. 79.
16. ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato,* op. cit., p. 54.
17. CRESCENZO MARINO, Francisco Paulo de. Classificação dos contratos. In: *Direito dos contratos,* op. cit., p. 37-38.

em dinheiro. Se esta vantagem tem como contrapartida um sacrifício patrimonial suportado pelo beneficiário, o contrato será oneroso; do contrário, será gratuito.

Frisa Almeida Costa ser esta uma classificação autônoma em relação à anterior, sendo que normalmente há efetiva coincidência entre contratos unilaterais e gratuitos, assim como entre bilaterais e onerosos. A par da aproximação, há independência dos dois binômios, em virtude de distinções que decorrem de pressupostos diversos: a oposição dos contratos unilaterais e bilaterais se radica na estrutura jurídica do vínculo, em saber se há ou não obrigações interdependentes para ambas as partes; pelo contrário, os contratos gratuitos distinguem-se dos onerosos considerando as atribuições de vantagens que envolvem, ou seja, com base no conteúdo e na finalidade do negócio.[18]

São onerosos os contratos que geram vantagens e sacrifícios para ambas as partes e gratuitos quando uma das partes concede a outra vantagens sem contraprestação, só ela se submetendo a um sacrifício patrimonial, enquanto a outra obtém um benefício, como na doação, no comodato, na fiança, dentre outros. Maria Celina Bodin também aparta os conceitos de onerosidade e correspectividade. A sinalagmaticidade se refere à coligação existente entre os efeitos do contrato e não se confunde com a avaliação econômica que se possa fazer dos efeitos da relação que no contrato tem a sua causa (esta, sim, relativa à onerosidade). Assim, o caráter oneroso ou gratuito resulta imediatamente da natureza da causa do contrato, sendo a causa compreendida como a função econômico-social do contrato e síntese de seus efeitos essenciais. Cada contrato tem uma causa típica julgada merecedora de proteção pelo legislador. Neste sentido, a causa da compra e venda é a transferência da coisa *versus* preço; tal permutação é sua função econômico-social e é, também, seu efeito essencial.[19]

A ênfase no critério objetivo da causa da atribuição patrimonial é útil para a qualificação de situações intermediárias. Ilustrativamente, uma doação com encargo é contrato gratuito, pois a função econômica do negócio jurídico não concerne à vantagem proporcionada pelo encargo. O *modus*, como elemento acidental, tão somente restringe o benefício do donatário, sem contudo alterar a essência gratuita do contrato. Contudo, se considerássemos como causa da qualificação da doação o elemento subjetivo do *animus donandi*, ela se tornaria onerosa nas hipóteses de doação remuneratória, por merecimento ou com encargo, à medida que nestas hipóteses já não mais se manifesta o pleno espírito de liberalidade do doador. Os motivos psicológicos do agente não se confundem com a causa da doação, compreendida como a atribuição de vantagem patrimonial sem adequado sacrifício.

Em regra, há coincidência entre a bilateralidade e a onerosidade. Todo contrato bilateral é oneroso, por isso que, suscitando prestações correlatas, a relação entre

18. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 332-333.

19. MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. In: *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*, op. cit., p. 528-529.

vantagem e sacrifício decorre da própria estrutura do negócio jurídico.[20] Todavia, nada impede que um contrato se qualifique, simultaneamente, como unilateral e oneroso. É o caso do mútuo feneratício (art. 591, CC). É oneroso posto estipulados juros, caso não o fosse, seria contrato benéfico, de auxílio desinteressado. Também é contrato unilateral, pois cria obrigações somente para o mutuário, quais sejam, a restituição do que recebeu e o pagamento de juros. A entrega do capital pelo mutuante ao mutuário não é uma obrigação daquele, mas pressuposto de existência do contrato real. Não é outra a inteligência do art. 586 do Código Civil. Daí não serem aplicáveis ao mútuo as regras específicas dos contratos bilaterais como a da invocação da exceção de contrato não cumprido.

Bem ressalta Galvão Telles que a onerosidade e a gratuidade são conceitos de relação, relação que pode ter como termo os sujeitos do negócio ou algum deles e uma terceira pessoa. Ocasionalmente o mesmo contrato poderá ser simultaneamente oneroso e gratuito: oneroso nas relações das partes entre si e gratuito nas relações com terceiros, tal qual se dá na fiança, no contrato de locação. Contrato oneroso entre proprietário e inquilino e gratuito para o afiançado, que recebe atribuição patrimonial sem correspondente sacrifício.[21]

Aliás, não apenas o mútuo (art. 591, CC), mas os contratos de depósito (art. 628, CC) e mandato (art. 658, CC) são essencialmente gratuitos, porém podem aderir à onerosidade por ajuste expresso. Para certa doutrina, formariam um *tertium genus*, os *contratos neutros* ou *bifrontes*, pois podem encarnar uma ou outra figura indistintamente.[22] Esta duplicidade jamais ocorre em contratos como doação e comodato, cuja eventual onerosidade implicará a própria alteração da tipologia contratual ou a invalidade.

Os contratos gratuitos ainda se dividem em interessados ou desinteressados. Em regra são desinteressados, pois o único escopo da parte é beneficiar outrem; todavia, incidindo a percepção de uma vantagem indireta pelo autor da liberalidade, qualificar-se-á este como interessado. Uma carona de A a seu amigo B é transporte gratuito desinteressado. O mesmo não se diga do passeio gratuito de carro oferecido pela empresa ao potencial cliente de locação de imóvel. A configuração do elemento econômico culminará por aproximar as consequências do contrato gratuito ao oneroso. Assim, havendo acidente com lesões sofridas pelo *"caroneiro"*, no primeiro caso, a responsabilidade do condutor será subjetiva; já no segundo exemplo, será objetiva. Esta é a dicção do art. 736 e seu parágrafo único, do Código Civil.

É acentuada a repercussão prática da delimitação dos contratos como gratuitos ou onerosos. A proteção do adquirente a título oneroso é mais sólida que a conferida ao adquirente a título gratuito, afinal o legislador quer acautelar quem poderá sofrer

20. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 88.
21. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, op. cit., p. 480.
22. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 92.

um prejuízo injusto e não aquele que eventualmente será privado de um ganho. Isto justifica o tratamento legislativo diferenciado na fraude contra credores em prol do adquirente em negócios de transmissão gratuita (art. 158, CC), dispensando-se a perquirição do elemento subjetivo da fraude, ao contrário do que se exige para os contratos onerosos (art. 159, CC). Igualmente fragilizada será a posição do adquirente de bens a título gratuito do herdeiro aparente, posto ineficaz a transmissão perante o verdadeiro proprietário. Porém, esta sanção não se aplicará ao adquirente a título oneroso, tutelado pelos princípios da confiança e da estabilidade do tráfego jurídico (Parágrafo único, art. 1.827, CC). A mesma distinção se aplica na aquisição de bens por terceiros em caso de nulidade de casamento (art. 1563, CC).

Diferenciado também é o tratamento do contrato oneroso em matéria de garantia por responsabilidade em face de vícios redibitórios e evicção (arts. 441 e 447 do Código Civil). Em comum, todo o regime de indenização objetiva restaura o equilíbrio rompido, relação de equivalência esta que apenas se manifesta em contratos onerosos. Idêntica distinção se aplica à garantia pela insolvência em cessão de crédito *pro soluto* (art. 295, CC).

De acordo com o art. 114, os contratos gratuitos se interpretam restritivamente. Se o peso do negócio jurídico recair apenas sobre uma das partes, natural que sua hermenêutica se limite ao exato sentido da vontade daquele que realizou o ato benéfico. Pelo mesmo fundamento, dispõe o art. 392 do Código Civil que "*Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei*". Os contratos benéficos são os gratuitos. Neles a parte a quem o contrato aproveita responde por simples culpa; só responde por dolo aquela a quem o contrato impõe apenas sacrifício. A segunda parte do citado dispositivo afirma que nos contratos onerosos – aqueles em que há vantagens e sacrifícios recíprocos – qualquer das partes responde por culpa. É preciso observar que o art. 392 alterou expressões utilizadas no art. 1.057 do CC/1916, substituindo os termos *unilaterais* e *bilaterais* por, respectivamente, *benéficos* e *onerosos*. De fato, o tratamento menos rigoroso para as consequências do inadimplemento só se justifica caso se leve em conta a inexistência de vantagem para uma das partes, e não a presença de obrigações recíprocas, que caracterizam a distinção entre contratos bilaterais e unilaterais.[23-24]

23. BDINE JR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, op. cit., p. 410.

24. "Responsabilidade civil, Indenização. Furto de motocicleta em estabelecimento disponibilizado pela empresa aos empregados e prestadores de serviços. Relação jurídica que pressupõe dever de custódia. Inaplicabilidade do art. 392 do Código Civil, eis que a ré aufere vantagem da relação estabelecida. Obrigação de reparar o dano que decorre da culpa in vigilando da empresa" (TJSP, AP. nº 266.030.4/2-00, Sexta Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Isabela Gama, j. 14.2.2008).

Faculdade Farias Brito Fortaleza Ceará 285

1.2.3 Contratos comutativos e aleatórios

"Alea jacta est"
"A sorte está lançada"

(Júlio César, Imperador Romano)

1.2.3.1 Noções gerais

Alguns mecanismos psicológicos podem influir sobre o que chamamos de sorte ou de azar. É bastante provável que existam criaturas mais positivas do que outras. Nossa mente, quando funciona de forma mais otimista e com mais coragem de ter sucesso naquilo a que nos propomos, pode interferir muito nos resultados. Acredito que os fenômenos que chamamos de paranormais existam em todos nós, sendo mais eficientes em algumas pessoas do que em outras. O vendedor que estiver determinado a vender terá melhores resultados. O jogador de futebol com mais coragem para o sucesso disporá de muito mais chances. Ou seja, é bem provável que nossas mentes disponham de mais poderes do que aqueles que conhecemos e utilizamos. Algumas pessoas conseguem utilizar, ainda que de forma intuitiva, esses outros poderes, obtendo resultados muito melhores. Essas são as pessoas de sorte. Os mesmos poderes poderão provocar, quando ativados negativamente, fracassos sucessivos, e as pessoas que padecem dessa tendência são as azaradas.[25]

Partindo da psicanálise para o direito, introduzimos o estudo dos contratos aleatórios. Para Clovis Bevilaqua, os contratos onerosos são aqueles em que as expansões patrimoniais são obtidas por correspondentes limitações. Os contratos onerosos se dividem em comutativos e aleatórios. Comutativos quando houver equivalência aproximada ou exata entre as prestações das duas partes contratantes; *aleatórios, se as vantagens a obter são incertas e vacilantes, podendo ser maiores, iguais ou menores do que as prestações realizadas para obtê-las, ou até absolutamente nulas.*[26]

Este conceito clássico mantém sua correção nos dias atuais. A correspectividade das atribuições patrimoniais é a marca dos contratos onerosos. Busca-se uma compensação através de recíprocas obrigações das partes. Os contratos onerosos comutativos ou pré-estimados são aqueles em que a correspectividade é fixada pelas partes, infensa a variações. A prestação de ambas as partes é determinável de início, sendo os resultados econômicos previstos desde a formação, mantendo-se uma relação de equivalência imediata.

Em contrapartida, nos contratos aleatórios ao menos uma das prestações é incerta quanto à exigibilidade da coisa ou do fato, ou mesmo de seu valor, demandando um evento futuro e incerto que dependerá do acaso. Daí a origem do vocábulo: álea (sorte), relativamente ao desencadeamento de evento incerto.

25. GIKOVATE, Flávio. Você acredita em sorte ou azar? Colhido de <www.somostodosum.ig.br>.
26. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 179.

São também contratos onerosos, pois o cumprimento da prestação não é mera liberalidade, mas garantia de adimplemento de uma contraprestação eventual.[27] Em situações-limite, nas quais uma das partes oferece uma prestação, mas absolutamente nada recebe, o contrato aleatório manterá sua essência bilateral e onerosa, funcionando o pagamento como correspectivo da assunção de um risco. Na clareza de Tepedino, Barboza e Moraes, "são aleatórios todos aqueles contratos em que as partes desde logo assumem o risco de realizar uma prestação desproporcional ao valor da contraprestação".[28]

Devem-se distinguir duas espécies de contratos aleatórios: os absolutos e os relativos. Nas duas a sorte é o fator de risco preponderante, operando de modo diverso em cada espécie. Nos contratos absolutamente aleatórios, a sorte escolhe qual dos contratantes terá a vantagem com a sua execução. Trata-se de jogo de soma zero: a sorte de um contratante será o azar de outro. Não há possibilidade de os dois alcançarem os seus respectivos objetivos ou de ambos se frustrarem. De outro lado, nos contratos relativamente aleatórios, é sabido, desde o início, qual dos contratantes poderá sofrer prejuízo por azar e qual definitivamente está poupado deste risco. Em qualquer caso, a sorte determinará a vantagem ou a desvantagem para, ao menos, uma das partes na execução do contrato.[29]

Portanto, a bilateralidade da álea não é da essência deste modelo jurídico. Vários contratos aleatórios imputam riscos apenas a um dos partícipes, cite-se o seguro, a aposta autorizada nos hipódromos, a loteria explorada pela administração, casos em que a álea será suportada por um dos contratantes, enquanto o outro baseia a sua prestação em cálculos atuariais ou na dedução de percentagem certa para custeio e lucro, de tal maneira que se pode dizer perfeitamente conhecida, e sem lhe trazer risco maior do que qualquer contrato comutativo normal.[30]

Dessa maneira, entendem nossos Tribunais que não consta da natureza do contrato de "*advocacia de partido político*" a exigência de que em todos os meses seja efetivamente prestada uma consultoria ou praticado um ato judicial. Em tais avenças os profissionais permanecem à disposição do cliente, que solicitará a realização do serviço na eventualidade do surgimento da demanda. Independentemente do número de serviços solicitados ou, mesmo que em algum mês nenhum seja requisitado, serão devidos os honorários advocatícios contratuais.[31]

---

27. "O contrato de seguro de vida consiste em um pacto aleatório, motivo pelo qual não há se falar na restituição de valores pagos a título de prêmio pela cobertura securitária" (STJ, Ag nº 1153073, Rel. Min. Paulo Furtado, Terceira Turma, *DJ* 23.3.2010).
28. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 89.
29. COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil* – contratos, op. cit., p. 430. Esclarece o autor que não se confunde a álea com o risco da atividade, *ambos são fatores de incerteza, mas enquanto a álea foge por completo do controle dos contratantes, o risco da atividade é sempre resultado de uma decisão racional, a de se dedicar a certa profissão ou empresa* (op. cit., p. 431).
30. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 69.
31. TJMG, Ap. Cível nº 266.872-4/001 – Rel. Des. Wagner Wilson, j. 3.6.2009.

A casualidade que permeia os contratos aleatórios não deve ser compreendida como dependente de um fato futuro ao tempo da contratação. O contrato será aleatório quando sabido, com antecedência, que só uma das partes será agraciada, desfrutará do monopólio da vantagem. Mesmo que o imponderável se verifique de modo concomitante à contratação, trata-se de um fato desconhecido pelas partes.

Outrossim, é distinto o risco inerente a qualquer negócio jurídico e a álea inerente aos contratos aleatórios. É natural que em contratos comutativos a falta de sorte impute grandes perdas financeiras a uma das partes. Basta supor uma compra e venda de imóvel em área de baixa segurança, por preço modesto, mas compatível com o mercado. No mês posterior à aquisição do bem de raiz, o Estado instala uma Unidade Pacificadora na favela vizinha ao imóvel, os índices de criminalidade são drasticamente reduzidos e o bem sofre enorme valorização. O vendedor perdeu com isto, mas o negócio jurídico não foi alijado de sua comutatividade, haja vista a certeza objetiva quanto às prestações. Desde o início o alienante sabia que receberia um valor proporcional ao esperado, e o adquirente portava esta mesma confiança com relação à transferência da titularidade.

Além, naturalmente, de sua importância teórica, há repercussão prática na distinção entre os contratos aleatórios e comutativos, sobremaneira para fins de apuração de onerosidade excessiva, evicção, vício redibitório e lesão. No que tange à onerosidade excessiva e à evicção, a conexão com os contratos aleatórios será aferida, neste volume dedicado aos contratos, ao longo do exame dos aludidos modelos jurídicos.

Todavia, relativamente à lesão como vício do consentimento cuja sanção é a anulabilidade do negócio jurídico (art. 157, c/c 171, II, do CC), admitimos que a manifesta quebra do sinalagma genético de um contrato – por inexperiência ou necessidade de um dos contratantes – é fenômeno manifestamente vinculado a sua natureza comutativa. Afinal, é palpável a objetiva desproporção entre prestações pré-estimadas. Exemplificando, há lesão quando A conscientemente se expõe a alugar um modesto apartamento de B por R$ 2.000,00 – que, na verdade, vale R$ 800,00 – apenas para se instalar com a família próximo a seu trabalho, pelo risco de perder o emprego em decorrência dos constantes atrasos pelas longas distâncias percorridas até então. Assim, poder-se-ia sugerir que esta aferição de proporcionalidade é incompatível com a natureza dos contratos aleatórios.

Cremos, no entanto, que o risco é sempre passível de valoração. Fortes em Anelise Becker, "deve-se admitir a invalidade por lesão nos contratos aleatórios quando a vantagem que obtém uma das partes é excessiva, desproporcional em relação à álea normal do contrato". A autora ilustra o contrato de seguro: embora atribuídos ao segurador os riscos relativos à ocorrência do sinistro – ou da doença no caso do seguro-saúde – e à sua extensão, sempre que o prêmio pago pelo segurado for desproporcional à cobertura oferecida, o contrato poderá ser lesionário.[32]

32. BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, op. cit., p. 97-98.

Acresça-se ainda a distinção entre os contratos condicional e aleatório. Estes manifestam eficácia plena a partir de sua celebração, apesar da incerteza quanto à perda ou à vantagem; já no negócio jurídico condicionado, o que depende do futuro é o começo ou a extinção da eficácia, conforme seja suspensiva ou resolutiva a condição. Portanto, haverá contrato aleatório quando A adquire de B toda a safra que vier em 2011, independente da quantidade, com valor já definido em 2010. O negócio jurídico é válido e eficaz, não obstante os riscos para ambos os contratantes. Bem diferente é o contrato de compra de safra se a colheita atingir no mínimo X toneladas. Toda a eficácia do negócio está submetida a um evento futuro e incerto.

No mais, nos chamados contratos cativos de longa duração, o consumidor geralmente pratica contratos aleatórios, cuja contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto. Frequentemente o objeto principal destes contratos será a transferência onerosa ao cliente de riscos referentes a uma futura necessidade, tal qual assistência médica e hospitalar, pensão para a viúva e formação escolar para o filho. Às vezes o consumidor ou os seus familiares sequer usufruirão dos serviços.[33]

1.2.3.2 A alienação aleatória

Mesmo um contrato tipicamente comutativo como a compra e venda pode se converter em aleatório, pela autonomia privada dos contraentes, como aludem os arts. 458 a 461 do Código Civil, que disciplinam a compra e venda de coisas futuras e também de coisas presentes, mas expostas a riscos. Estes contratos são conhecidos como *acidentalmente aleatórios*. Se o contrato mantivesse sua índole comutativa, a inexistência do bem restituiria as partes ao estado anterior. Porém, tratando-se de negócio jurídico aleatório como expressão de autonomia negocial das partes, aplicam-se as regras especiais acima aludidas, sendo os efeitos jurídicos da álea determinados pelo grau de risco assumido pelo adquirente em cada situação.[34]

Estatui o art. 458 do Código Civil que "se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisa 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".

33. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 89.

34. Fabio Ulhoa Coelho nomeia a cláusula aleatória como *contrato de risco*, citando como exemplo a atividade de prospecção de petróleo, na qual "o titular de direito de extração de combustível (alienante) autoriza, mediante o recebimento de remuneração, a empresa petrolífera (adquirente) a pesquisar novos poços. Se encontrar algum, a adquirente terá o direito o de explorar por prazo determinado, destinando ao alienante um percentual de seu faturamento. Se não o encontrar, ela suporta sozinha o prejuízo advindo do investimento feito na frustrada exploração, inclusive a remuneração paga ao alienante. Como há o risco de a empresa petrolífera sofrer completo prejuízo, encontra-se presente a álea relativa" (*Curso de direito civil*, contratos, op. cit., p. 432).

O art. 458 adentra ao estudo dos contratos *acidentalmente aleatórios*. Insere-se no negócio jurídico de compra e venda a chamada cláusula aleatória, imputando-se a uma das partes o risco pela frustração do resultado pretendido. A regra versa acerca da *emptio spei*, a *"venda da esperança"* (*sale of a hope*), pois há incerteza acerca de uma das prestações. O risco assumido pelo contratante consiste em ter de adimplir a sua prestação, mesmo que a contraprestação não se concretize, ou, se já tiver pago, não ter o direito à restituição. Por outro lado, a desproporção das prestações poderá pender em favor deste contratante, quando culmina por receber quantidade bem superior a esperada. Enfim, a vantagem depende da sorte.

Portanto, mesmo se a coisa ou o fato futuro não vierem a existir, quem assumiu a álea terá de desembolsar integralmente o valor ajustado previamente, desde que o beneficiado não tenha praticado ato ilícito que inviabilizasse a contraprestação. A álea é naturalmente produto do imponderável, portanto qualquer comportamento culposo ou doloso do contratante que interfira em seu curso normal será determinante para a resolução contratual por inadimplemento. Assim, volvendo-se para a hipótese da aquisição da safra de A por B por um preço fechado – independente do *quantum* da produção –, caso A atue negligentemente no cultivo, a contraparte será legitimada a desconstituir o negócio jurídico, cabível ainda a indenização por perdas e danos (art. 475, CC).

Outro já é o sentido do art. 459 do Código Civil: "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."

Aqui há uma variação quantitativa quanto à extensão do risco, na comparação com o contrato aleatório do art. 458 do Código Civil. O dispositivo anterior tratava da *emptio spei*, consubstanciada no risco integral assumido pelo contratante, não só no tocante à quantidade como quanto à própria exigibilidade da prestação. Porém, o artigo em exame se refere à *emptio rei speratae*, em que a incerteza não recai sobre a existência da prestação propriamente dita, mas sobre a sua quantidade e a sua qualidade.

O contratante terá de suportar a prestação mesmo que a coisa adquirida venha em quantidade mínima. Assim, perseverando no contrato de compra de safra futura entre A e B, mesmo que a colheita obtida pelo alienante A seja ínfima – em razão de eventos da natureza –, deverá o adquirente B arcar com a importância ajustada no contrato. Caso tenha adiantado o valor, será inviável qualquer pretensão de restituição proporcional ao resultado real.[35] Reiterando o exposto no exame do dispositivo

35. "Parceria pecuária. Contrato pelo qual a autora cedeu seu garanhão para fecundar 30 éguas da ré, que possuía matrizes de renomada qualidade entre os criadores, sendo pactuada a entrega de 10 crias se nascessem 30 crias e todos os 30 filhotes sobrevivessem até o desmame, ou apenas um nono dos sobreviventes em caso contrário. Contrato aleatório. Autora que assumiu o risco do perecimento das crias.

pregresso, o negócio jurídico apenas preservará sua eficácia se o alienante não atuou no sentido de obstaculizar a vantagem da contraparte, concorrendo culposamente para o prejuízo do adquirente. Constatada a interferência do alienante para o resultado deficitário, ele terá de recompor o equilíbrio contratual mediante a devolução da soma representativa do que se esperava da produção em termos razoáveis.

Ademais, mesmo sem ter o alienante se imiscuído para no resultado, caso a quantidade por ele obtida seja equivalente a zero, haverá a restituição dos valores eventualmente adiantados pelo adquirente. Ao contrário da *emptio spei*, aqui a parte não estendeu a assunção do risco de forma radical. A solução legislativa é clara, *"mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido"* (Parágrafo único do art. 459, CC). O contratante arcará com o risco da perda parcial, mas não da perda total. Trata-se de hipótese de inexistência do negócio jurídico, na medida em que o objeto (bem) é pressuposto para a formação da compra e venda, visto que não há transferência de propriedade sem uma coisa sobre a qual incidirá o preço (art. 481, CC).

Na concretude do caso haverá certa dificuldade de distinção de situações limítrofes entre a *emptio spei* e a *emptio rei speratae*. Em uma adequada interpretação, segundo Orlando Gomes, "prevalece o seguinte critério: há venda da esperança se a existência das coisas futuras depende do caso; há venda de coisa esperada, se a existência das coisas futuras está na ordem natural. Uma colheita, por exemplo, será objeto de *emptio rei speratae*, porque é de se esperar que normalmente haja frutificação. No fundo, trata-se de uma *questio voluntatis*, devendo-se, na dúvida, preferir a *emptio rei speratae*, por ser mais favorável ao comprador".[36]

Parece-nos que o adquirente realiza tal tipo de contrato justamente por pagar pela coisa um valor inferior ao praticado no mercado, na esperança de o risco não se concretizar. Esta vantagem justifica a celebração do negócio.

Note-se que não apenas o adquirente mas o alienante também está se sujeitando à sorte. Ambos remetem o resultado ao acaso. Por isto, mesmo em sede da modalidade da *emptio rei speratae*, o conhecimento antecipado da perda total pelo alienante implicará não mais a invalidade do negócio jurídico, mas o inadimplemento culposo da obrigação, dando azo à obrigação de indenizar. De fato, se a impossibilidade do objeto é absoluta e superveniente, não se cogita de invalidade, mas de inviabilidade

Aplicação do art. 459 CC, imputando à autora os riscos de tal negócio. A sobrevida de 18 filhotes até o desmame impõe o pagamento de somente 2 crias, e não de 10 como pleiteou a autora. Não há abuso na cláusula contratual que atribui à autora o risco pelo insucesso no negócio pactuado, O processo de fecundação das éguas nem sempre é bem-sucedido devido a peculiaridades da espécie, de forma que nem sempre a fecundação resulta em prenhez e esta, por sua vez, nem sempre culmina com nascimento de filhote saudável que sobreviva até o desmame; alem do mais, a natureza do contrato em questão impõe ônus muito mais pesados para a parte detentora das matrizes que para a parte detentora do garanhão" (TJRJ, Embargos Infringentes nº 2005.00541, Rel. Des. José Carlos Varanda, j. 11.7.2006).

36. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 231.

de cumprimento, verificando-se as específicas consequências resolutórias conforme haja ou não culpa ou risco pela impossibilidade.[37]

À luz do art. 460 do Código Civil "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".

Esta regra é assaz interessante. Consiste em exceção aos dois dispositivos anteriores, que disciplinam os contratos aleatórios em sua perspectiva clássica de riscos concernentes a *coisas ou fatos futuros*. Aqui, em sentido distinto, as partes pactuam contrato aleatório concernente a *coisas existentes* ao tempo da celebração da avença, sendo o risco relacionado à eventual destruição, à perda ou à devastação do bem. O objeto da prestação poderá se desfazer de suas características originárias, sendo que tal risco será assumido por um dos contratantes, de modo que o alienante fará jus ao pagamento integral, sem possibilidade de devolução de valores, em caso de adiantamento efetuado pelo adquirente.

Mas o sentido da norma é ainda mais abrangente. O adquirente também assumirá o risco do perecimento ou aniquilação do objeto, mesmo sendo este fato anterior ou concomitante à contratação, sendo suficiente para a validade e a eficácia desta espécie de contrato aleatório que o alienante não tivesse conhecimento do evento lesivo.

Tenha-se, ilustrativamente, a hipótese em que o comerciante A adquire de B um veículo para o transporte de mercadorias da empresa. Contudo, A e B não sabem que, na noite anterior à contratação, o funcionário de B danifica o veículo em uma colisão. A cláusula de assunção da álea, mesmo celebrada posteriormente ao ato danoso, é válida e eficaz, respaldada pela parte final do art. 460.

Quebram-se assim dois paradigmas da teoria geral do direito civil: a um: dá-se guarida a um negócio jurídico inexistente, naquelas situações em que sequer o objeto existia ao tempo da contratação;[38] a dois: desloca-se convencionalmente a disciplina da distribuição dos riscos da coisa (art. 492, CC), pois a regra geral indica que o alienante suporta os riscos de perecimento até o momento da tradição. Nada disso ocorre na espécie: o adquirente assume os riscos pela privação do objeto, já no ato da contratação (gerando uma espécie de tradição ficta). Todavia, mesmo diante da derrogação da norma legal, o adquirente não suportaria o risco da perda de bem já inexistente no instante da conclusão do negócio jurídico. Nada obstante, o art. 460 vai além e a ele imputa esta responsabilidade, a ponto de arcar com a sua prestação, integralmente.

37. GODOY, Cláudio. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coord.). *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 402.

38. Na lição de Antonio Junqueira de Azevedo, os elementos essenciais se relacionam à estrutura do ato, "que lhe formam a substância e sem os quais o ato não existe. Numa compra e venda, por exemplo, os elementos essenciais são a coisa, o preço e o consentimento. Faltando um deles, o ato não existe" (*Negócio jurídico*, op. cit., p. 26).

Enfim, tamanha exposição a riscos requer a formulação de cláusula precisa quanto à extensão da álea contratual. Qualquer dúvida quanto à intenção das partes se interpretará favoravelmente ao adquirente.

Contudo, adverte o art. 461 do Código Civil que "a alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa".

Esta norma é um complemento lógico e coerente com o art. 460 do Código Civil. Se, no momento da celebração do contrato, o alienante sabia da consumação do risco a que estava exposto o adquirente, o contrato aleatório será passível de anulação pelo dolo.

Partindo do exemplo anterior, se B alienou o veículo a A tendo ciência de que, na noite anterior, o seu funcionário havia deteriorado o veículo por força de colisão, incidirá a anulação do negócio jurídico pelo defeito do dolo.

O dolo é o vício de consentimento que se revela quando há uma desconformidade entre a vontade real e a declaração do agente, por ter sido induzido a erro pela contraparte (art. 145, CC). Aqui, o alienante levou o adquirente a efetuar um negócio jurídico aparentemente aleatório, pois tinha ciência do real panorama fático. Em verdade, trata-se de omissão dolosa, pelo silêncio intencional do vendedor a respeito do fato essencial desconhecido pelo comprador, porque este jamais celebraria o negócio se soubesse do ocorrido.

Como o art. 461 do Código Civil se refere à anulação do negócio aleatório, caso o dolo seja meramente acidental (art. 146, CC), a ponto de o adquirente desejar o contrato mesmo se soubesse da sua condição real – só que de forma menos onerosa –, a solução será o ajuizamento de ação indenizatória pela diferença entre o valor pago e o valor real do bem, mas não a invalidação do negócio jurídico.

Em cotejo com os arts. 458 e 459 do Código Civil, há de se demarcar o momento em que se consuma o comportamento doloso. No art. 461, o alienante já se comportou ardilosamente ao tempo da conclusão do negócio jurídico. Daí a sanção da anulabilidade. Contudo, nos artigos que o antecedem, a malícia do transmitente é exteriorizada no plano funcional da relação jurídica, já ao longo da execução do contrato, com vistas a suprimir a coisa por inteiro (*emptio spei*, art. 458) ou para fragilizá-la em termos quantitativos ou qualitativos (*emptio rei speratae*, art. 459). Estas hipóteses, por conseguinte, não conduzem o negócio jurídico à invalidade, mas a sua resolução por inadimplemento de deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva (art. 422, CC).

Para não fugir à boa técnica, tenha-se que, em caso de ciência do adquirente quanto à perda total do bem, haverá impossibilidade física, inicial e absoluta do objeto, determinante de sua invalidade por nulidade, sendo a anulabilidade decorrente do dolo por ela subsumida. É evidente que, além da sanção da invalidade e da consequente restituição do preço (art. 182, CC), o adquirente postulará indenização pelos danos demonstrados.

12.4 *Contratos consensuais e reais*

Esta classificação diz respeito à constituição do contrato.

Contrato consensual é aquele em que o acordo de vontades das partes é bastante ao seu aperfeiçoamento. Forma-se *solo consensu*, mediante a integração de duas ou mais declarações de vontade, sem qualquer exigência adicional. Assim ocorre na compra e venda, locação, mandato e na maior parte dos contratos.

Já o contrato real é aquele que, além do consenso das partes, demanda a entrega da coisa para o seu aperfeiçoamento. Não basta a manifestação de vontades acordes, sendo necessária a tradição do objeto para a constituição válida do negócio jurídico. É o que se dá nos contratos de depósito, comodato e mútuo.

Em outros termos, nos negócios jurídicos reais o suporte fático prevê, como elemento nuclear, além do consenso entre os figurantes, um ato-fato representado pela tradição do objeto da prestação.[39] No mútuo, por exemplo, exige-se a entrega ao mutuário do dinheiro. O ato real da tradição também é aferido nas doações de bens móveis de pequeno valor (art. 541, CC) e na constituição do penhor, com a ressalva dos penhores especiais rural, industrial, mercantil e de veículos, em que não há efetiva entrega da posse dos bens empenhados ao credor (art. 1.431 e parágrafo único, CC).

Em regra, os contratos reais são unilaterais, pois a *traditio* não é uma obrigação do comodante, do mutuante ou do depositante, mas sim elemento de formação dos referidos contratos, pressuposto lógico de sua constituição ou, nas palavras de Antonio Junqueira, "causa pressuposta" do negócio jurídico, consistente em referência a fato anterior que o justifique. A entrega da coisa é o *porquê* do negócio.[40]

Adotando-se este binômio, não se aceitará o fato da entrega da coisa como início da execução do contrato, pois a única obrigação será a do comodatário, do mutuário e do depositário, no sentido de restituir o objeto ao cabo do prazo avençado. Nestes contratos, o mero encontro de vontades será eventualmente reputado como um contrato preliminar, cujo descumprimento implicará indenização por perdas e danos. Da mesma forma, antes da entrega da coisa não há direito real de penhor, mas mera obrigação de fazer, promessa de penhor de cunho estritamente obrigacional.

Enfim, o contrato definitivo exige a entrega da coisa. Este é o fato determinante para concepção do negócio. Não importa a forma pela qual se verificará a tradição – real, simbólica ou fictícia pelo constituto possessório –, indiscutível, no entanto, é que sem ela o contrato não nasce. Aliás, se a tradição fosse considerada como obrigação da parte, o contrato real se transmudaria em bilateral, passando a se orientar pelas regras referentes a este regime.

39. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, op. cit., p. 209.
40. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 147.

A bipartição dos contratos em reais e consensuais não passa incólume à crítica doutrinária. Para Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de *romanismo injustificável* nos tempos atuais, pois "mais simples seria compreender os chamados contratos reais como simplesmente consensuais e bilaterais, em que para um dos contratantes nasce a obrigação de entregar a coisa, e para outro a de restituí-la se ela for entregue. Com esta concepção, a *traditio* deixa de ser elemento de constituição do negócio e passa constituir a execução da obrigação do mutuante, ou do comodante, ao mesmo passo que a restituição é obrigação condicional do mutuário, do comodatário, do depositário".[41]

De fato, percebe-se o anacronismo da classificação em termos teóricos e práticos. Não há coerência em se admitir o comodato como contrato real enquanto a locação se perfilha dentre os contratos consensuais, sendo que ambos os negócios jurídicos objetivam o alcance de finalidades econômicas semelhantes. Ademais, dentre as diretrizes que presidem o Código Civil, se insere a da *operabilidade*, no sentido do estabelecimento de soluções normativas que facilitem a aplicação das normas pelo operador do direito.[42] Ora, se o sistema busca efetividade, nada mais natural que se conceda ao acordo de vontades a perspectiva da concretização do contrato, relegando-se a tradição ao plano de sua eficácia.[43]

Não obstante o juízo de censura à preservação da dicotomia, o Código Civil de 2002 manteve o caráter de reais aos referidos contratos. Daí a atualidade do tema.

1.2.5 Contratos solenes e não solenes

"Aí, gente boa, se num tem intimidade com
caneta mete o dedão no papel que tá assinado
nosso acordo, malandro."

(Bezerra da Silva, *Acordo de malandro*)

Em uma acepção ampla, todo negócio jurídico possui uma forma. Em seu suporte fático há uma manifestação de vontade, significando que todo ato de autonomia privada pressupõe uma determinada forma pela qual será exteriorizado na atividade econômica. Trate-se de forma verbal ou escrita, todo contrato é formal.

Porém, por uma questão de segurança jurídica, determinados contratos exigem para a sua validade não apenas o consenso das partes, mas ainda determinada forma

41. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 64.

42. Ensina Miguel Reale que "o que se objetiva alcançar é o direito em sua concreção, ou seja, em razão de elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma" (*História do novo Código Civil*, op. cit., p. 40).

43. O conceito de contrato real também é alvo da crítica de Orlando Gomes: "Sustenta-se que a construção é artificial, uma vez que o acordo de vontades basta para criar o vínculo, gerando, para uma das partes, a obrigação de entregar a coisa, e o cumprimento desta obrigação seria começo de execução do contrato. A concepção clássica está a exigir realmente uma revisão crítica" (*Contratos*, op. cit., p. 91-92).

específica. Assim, surgirá o contrato solene, que pode ser conceituado como aquele que a lei impõe uma determinada forma. A função da forma é assegurar a idoneidade dos atos jurídicos de significado social mais relevantes, evitando obscuridades e garantindo a fluência do tráfego jurídico.

Em contraposição, os contratos não solenes são aqueles que podem ser celebrados de qualquer forma que torne o seu conteúdo socialmente reconhecível, como melhor aprouver aos contratantes.[44]

Anuncia o art. 107 do Código Civil: *"A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir"*. O legislador destacou o princípio da liberdade de forma, ou do consensualismo, pelo qual a exigência de forma solene para os contratos seria excepcional. Em princípio prevalece o respeito à palavra dada, como expressão da liberdade de iniciativa, mas, se para determinado contrato a lei impuser certa forma, será este sancionado pela nulidade, caso celebrado sem obediência ao elemento complementar do suporte fático (art. 166, IV, CC).[45]

44. STJ – Informativo nº 0483. Período: 12 a 23 de setembro de 2011. Terceira Turma: "CONTRATO. DISTRIBUIÇÃO. FORMA VERBAL. ADMISSIBILIDADE. Trata-se, na origem, de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por sociedade empresária em razão de rescisão unilateral de contrato verbal de distribuição. A Turma, entre outras questões, entendeu que, conforme os arts. 124 do Código Comercial e 129 do CC/1916 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/2002), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito. Assim, quanto ao contrato de distribuição, pelo menos até a entrada em vigor do CC/2002, cuidava-se de contrato atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, tendo sua formalização na regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene. Consequentemente a existência do contrato de distribuição pode ser provada por qualquer meio previsto em lei. Logo o art. 122 do Código Comercial, vigente à época dos fatos, admitia expressamente a utilização de correspondência, livros comerciais e testemunhas, entre outras. As alegações que amparam o recurso sustentam que a complexidade da relação de distribuição tornaria impraticável o emprego da forma verbal, na medida em que inúmeras condições hão de integrar o conteúdo do contrato, tais como especificação dos produtos, demarcação de área e o quanto mensal da compra. Contudo, tais assertivas levam a concluir ser extremamente difícil, não impossível, a celebração verbal de um contrato de distribuição, dada a complexidade da relação. Porém, sendo possível extrair todas as condições essenciais do negócio, não haveria empecilho à admissão de um contrato não escrito. Assim, o tribunal a quo fundamentou o dever de indenizar da recorrente no estratagema por ela arquitetado para assumir a carteira de clientes da recorrida, conduta desleal e abusiva, violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual" (REsp 1.255.315-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi).

45. STJ – Informativo nº 0468. Período: 28 de março a 8 de abril de 2011. Terceira Turma: "REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. EXCLUSIVIDADE. CONTRATO VERBAL. A leitura do art. 31 da Lei nº 4.886/1965, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.420/1992, denota que a cláusula de exclusividade em contratos de representação comercial deve ser expressamente pactuada entre as partes. Contudo, não se exige a obrigatoriedade da forma escrita para tal. Dessarte, é possível demonstrar, mediante quaisquer meios de prova admitidos em direito, a existência da cláusula de exclusividade nos contratos de representação comercial firmados verbalmente, ajustes que não são vedados, apesar de o art. 27 da Lei nº 4.886/1965 (também alterado pela Lei nº 8.420/1992) enumerar elementos obrigatórios do contrato escrito de representação comercial. Na hipótese, o acórdão atacado reconheceu vigorar a referida cláusula, confirmada mediante prova testemunhal, daí ser inarredável a conclusão de que houve rescisão imotivada do contrato em razão da contratação de um novo representante para atuar na mesma zona em que agia a sociedade empresária recorrida" (REsp 846.543-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

Com apoio em Marcos Bernardes de Mello,[46] não nos parece correto – como acredita certa doutrina[47] – considerar como solenes apenas aqueles contratos praticados com a presença de autoridade. Qualquer exigência de solenidade especial, mesmo um simples escrito particular, já converte o contrato em solene. Basta a vinculação da forma como elemento essencial do negócio.

Neste sentido, podemos classificar como solenes: (a) aqueles para os quais a lei exige o instrumento público, como os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 salários mínimos (art. 108, CC); (b) aqueles para os quais a lei demande o instrumento escrito como de sua essência, embora particular, como na doação (art. 541, CC) e na fiança (art. 819, CC). No caso da fiança, só o fato de não se admitir a forma verbal impactará em sua invalidade caso assim seja constituída, não obstante o contrato principal ser feito por escrito.

Até agora evidenciamos as formalidades *ad solemnitatem*, instituídas como requisitos de validade do contrato (art. 104, III, CC). Outrossim, cogita-se das *formalidades ad probationem* que não transformam o contrato em solene, mas atuam como técnica probatória. Nesta senda, quando o art. 227 do Código Civil limita a admissibilidade da prova exclusivamente testemunhal em razão do valor do negócio jurídico – a par da discussão de sua constitucionalidade –, impõe formalidade *ad probationem* ao exigir início de prova por escrito do contrato que se pretenda provar. No particular, bem adverte Caio Mário que "se o credor não pode provar a obrigação sem a exibição de um escrito qualquer, nem por isto deixa de prevalecer a *solutio*, espontânea, nem deixa de ter validade a confissão do devedor como suprimento da prova escrita".[48]

A consideração da natureza solene ou não solene do contrato não só releva em termos de validade como também da atividade hermenêutica sobre ele incidente. A existência de forma vinculada reduz a margem de liberdade do intérprete, levando-o a ater-se ao conteúdo expresso do contrato (declarado de acordo com a forma prevista em lei) em grau maior do que deveria, caso o contrato ostentasse forma livre. Há, consequentemente, uma redução do material interpretativo juridicamente relevante.[49]

A liberdade de forma assume um caráter não apenas negativo mas de interesse positivo a ser concretizado em negócios jurídicos tendentes a regulamentar a forma. Dispõe o art. 109 do Código Civil que "no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato". Permite-se, pois, no âmbito de autonomia dos contratantes, o poder de derrogar a liberdade de forma para a garantia de maior formalidade do contrato, integrando a solenidade ao negócio jurídico. Pelas últimas palavras do dispositivo, se percebe que a formalidade

46. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*, op. cit., p. 211-212.
47. Para Orlando Gomes, "a solenidade exigida consiste em serem lavrados por tabelião" (*Contratos*, op. cit., p. 92).
48. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 63.
49. CRESCENZO MARINO, Francisco Paulo de. Classificação dos contratos. In: *Direito dos contratos*, op. cit., p. 31.

negocial é instituída *ad solemnitatem*, sendo o seu desacato sancionado com a invalidade do contrato.

Cogita-se atualmente de um *neoformalismo* ou de um "retorno às formas", a serviço de uma exigência de transparência das relações econômicas, principalmente para promover interesses mais merecedores de tutela, correspondentes às exigências de sujeitos que, no âmbito do sistema, têm um estatuto de favor, o que justifica ainda mais a atenção do legislador ordinário. Nos contratos cativos de longa duração, relações envolvendo prestação de serviços de forma contínua e massificada, verifica-se aquilo que Cláudia Lima Marques designa como "uma nova solenidade", envolvendo estes contratos, concluídos todos por escrito e, no caso de seguros, através de apólices especiais: são em sua maioria contratos regulamentados, subordinados as disposições de leis especiais, de leis gerais imperativas e das demais regulamentações administrativas aplicáveis.[50]

Finalizando, Pietro Perlingieri aduz não ser suficiente aferir a existência ou a inexistência de forma, mas perguntar a que serve. Isto implica recusa de análise apenas estrutural da forma – e sua inadmissível neutralidade em relação à Constituição – e a necessidade de uma valoração atenta da função de cada prescrição formal. Quer dizer, o problema da forma não se exaure na invalidade do ato ou na forma legal, mas na percepção de que o acordo de vontades é unidade de conteúdo e forma, não sendo possível subtrair a forma ao controle de valor, limitando este apenas ao conteúdo do ato negocial. As normas sobre forma não representam um corpo distinto do ordenamento do qual são partes integrantes; para tanto, deve-se individuar a "razão suficiente" para a instituição de determinada forma, pois cada forma necessariamente possui uma função. A solenidade do contrato se justifica à medida que atenda interesses legítimos e seja coerente com os valores fundamentais do ordenamento jurídico.[51]

1.2.6 Contratos instantâneos e contratos de duração

Relativamente ao modo de sua realização temporal, estabelece-se a classificação dos contratos em instantâneos e de duração.

O contrato instantâneo ou de execução única é aquele cuja prestação se executa em um só momento, com a extinção da obrigação principal mediante a efetivação de um único ato hábil para a satisfação do interesse do credor.

Os contratos instantâneos se dividem em: (a) instantâneos de *execução imediata;* (b) instantâneos de *execução diferida*. No primeiro caso a execução se dá ato contínuo à contratação. É o caso da compra e venda, quando não realizada a crédito (art. 491, CC). O comprador paga o preço e o vendedor entrega a coisa. Já na execução

50. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 89.
51. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 450-455.

diferida, o cumprimento da obrigação ocorre algum tempo depois da contratação, mas também em um único momento. Em regra, a execução será protraída em função do estabelecimento de um termo. O negócio jurídico é válido, o credor já é titular de direito subjetivo ao crédito, mas a exigibilidade da obrigação é sustida até a verificação do evento futuro e certo (art. 132, CC).

Com espeque em Almeida Costa, em todos os restantes casos, quando não se circunscreve a uma atividade ou à inatividade momentânea do devedor, antes se trate de um comportamento positivo ou negativo que se distenda no tempo, surgirá o contrato duradouro.[52] O traço essencial destes contratos é a distribuição da execução no tempo. A duração constitui elemento substancial de determinação das prestações. As duas partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas em intervalos estipulados, por tempo determinado ou indeterminado.[53]

Os contratos de duração se dividem em contratos de execução periódica e de execução continuada. Nestes a obrigação se prolonga no tempo, sem interrupção (*v.g.* contrato de sociedade, de trabalho). A outro turno, os contratos de execução periódica (ou de trato sucessivo) se caracterizam pela efetivação das prestações em repetições periódicas, tal como no fornecimento de serviços (energia, água, telefone), com ou sem regularidade exata. Vejamos a locação: uma só relação obrigacional com diversas prestações repetidas e regularmente satisfeitas. Mas em um contrato de prestação de serviços de manutenção de computadores, o prestador só atuará circunstancialmente, conforme a necessidade do cliente. Não deixa de ser um contrato de trato sucessivo, porém sem regularidade exata.

Em comum a ambas as espécies – periódica e continuada –, é a sua própria natureza que ditará a inserção de um certo contrato na classe dos de duração, jamais um artificialismo legiferante. Nos exemplos acima citados será impraticável a execução das obrigações em um só momento.

O contrato de duração 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.[54]

Portanto, no contrato de duração o tempo se insere na causa do negócio, afinal o interesse do credor pede a satisfação de uma necessidade contínua. Ora, não se incluirá nesta categoria o contrato de execução diferida, pois nela o tempo apenas delimita os momentos da contratação e do ato do adimplemento. No contrato de duração o adimplemento é protraído no tempo, ele não é um ato singelo, mas um processo retroalimentado enquanto persevera o interesse.

52. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 645.
53. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 95.
54. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 70.

Com base em tal raciocínio, há espaço para um *tertium genus*. Lateralmente aos contratos instantâneos e aos de duração, se situam os contratos de execução escalonada. Basta cogitarmos de uma compra e venda fracionada em cinco prestações mensais. As partes optaram por excepcionar a regra da indivisibilidade do pagamento (art. 314, CC) mediante aceitação de pagamento parcial. O ato de autonomia converteu um contrato originariamente de execução única em uma nova categoria.

Há notável interesse prático na distinção entre os contratos instantâneos (de execução única) e os contratos de duração.

a) Resolução contratual – nos contratos de execução única diferidos no tempo, ou mesmo de execução escalonada, a resolução terá efeito retroativo à data da celebração do contrato. Sendo a resolução o desfazimento da relação obrigacional por incumprimento de uma das partes, traz consigo a necessidade de reposição das circunstâncias assim como eram antes, razão pela qual não se pode colocar em dúvida a retroatividade dos efeitos do ato, que resolve a relação, tirante os casos de obrigações com prestações duradouras, que somente se resolvem para o futuro.[55]

   Assim, na resolução de uma promessa de compra e venda, as partes se restituem mutuamente: o comprador devolve o bem e o vendedor as prestações recebidas. Não se trata aqui de contrato de execução continuada. Cuida-se de contrato em tese de execução única, em que as partes dividiram as prestações no tempo. Todavia, havendo a extinção do contrato de locação – contrato de trato sucessivo –, os efeitos até então produzidos serão preservados. A resolução produzirá efeitos *ex nunc*, sem que se cogite da devolução dos frutos civis correspondentes ao período em que o locatário exerceu a fruição do bem. Esta distinção pode ser analogicamente extraída da leitura do art. 128 do Código Civil, de aplicação direcionada à condição resolutiva, mas igualmente pertinente no que tange à resolução legal de negócios de execução periódica ou continuada em que vige o princípio da irretroatividade, face à autonomia dos atos singulares de execução;

b) A resolução por onerosidade excessiva se aplica aos contratos de execução continuada ou diferida (art. 478, CC). Quer dizer, a teoria da imprevisão se aplica ordinariamente aos contratos de duração (pois, ao empregar a expressão "execução continuada" a norma se olvidou da "execução periódica") mas também a uma espécie de contrato de execução instantânea, o de execução diferida, como uma venda de coisas genéricas em que a individualização e a entrega são postergadas para momento posterior, ou um transporte estabelecido para o mês subsequente ao da estipulação. Com Enzo Roppo, a razão para tal limitação é clara: "os dois momentos devem ser cronologicamente distanciados, porque o remédio da resolução

55. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 257.

por excessiva onerosidade tutela, em certos limites, a originária economia do contrato que seja perturbada por circunstâncias surgidas apos a sua conclusão, mas antes da sua execução";[56]

c) A prescrição da pretensão para exigir o cumprimento de prestações vencidas flui da data do vencimento de cada prestação nos contratos de duração. A prescrição de uma delas pelo encobrimento da pretensão não implica sacrifício da situação jurídica do credor. Neste sentido, a prescrição da pretensão de prestações alimentares (2 anos) e de aluguéis de prédios (3 anos). Cada prestação representa uma dívida autônoma do vencimento das demais prestações. Assim, tantos serão os prazos prescricionais quanto as prestações vencidas.

1.2.7 Contratos principais e acessórios

Os contratos principais são aqueles que possuem existência autônoma, independente de qualquer outro negócio jurídico.

Em contrapartida, os contratos acessórios são aqueles cuja existência depende de um contrato principal. Aplica-se aqui o princípio geral de que o acessório segue a sorte do principal.

É a relação de acessoriedade que explica a *contagiação de invalidades* entre duas obrigações ou contratos, a teor do art. 184 do Código Civil. Sendo um contrato dependente de outro, a invalidade do principal necessariamente conduzirá a invalidade do contrato acessório.[57]

Avulta a importância da matéria no âmbito das garantias especiais das obrigações. A garantia especial representa um reforço suplementar de segurança atribuído aos credores em relação à garantia comum, que é conferida pelo patrimônio do devedor. Esse reforço de garantia varia consoante se trate de garantias pessoais ou de garantias reais.

As garantias pessoais representam obrigações secundárias assumidas por devedores diferentes, como reforço da garantia geral, o que implica consequentemente a vinculação do patrimônio destas pessoas à satisfação do direito de crédito. Para além disso, normalmente o garante da obrigação assegurada adquire, em caso de pagamento, ou o crédito, em resultado da sub-rogação, ou um direito de regresso contra o primitivo devedor.

Exemplificativamente, a fiança tem como características principais a acessoriedade e a subsidiariedade. A acessoriedade é referida implicitamente no art. 818

56. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 260.

57. Atualmente, em uma perspectiva funcional dos contratos, a contagiação das invalidades não se restringe aos contratos acessórios como quer a letra do art. 184 do CC, estendendo-se ainda aos contratos coligados, redes de contratos estruturalmente autônomos porém reunidos por um nexo econômico funcional.

do Código Civil: "*Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra*". Esta característica, segundo Menezes Leitão, significa que a obrigação do fiador se apresenta na dependência estrutural e funcional da obrigação do devedor, sendo determinada por essa obrigação em termos genéticos, funcionais e extintivos..[58]

Por força da mesma regra, o credor poderá exercer perante o fiador os mesmos direitos que possui perante o devedor, quer estes respeitem a ação de cumprimento, quer a indenização por mora ou inadimplemento absoluto (art. 822, CC). Outra manifestação de acessoriedade é a de que "*as obrigações nulas não são suscetíveis de fiança*" (art. 824, CC). Apesar da letra restritiva da norma, em caso de decreto de sentença de anulabilidade da obrigação principal também será invalidada a fiança. No entanto, a fiança mantém-se como válida se invalidada a obrigação principal por incapacidade ou vício da vontade do devedor se o fiador conhecia o motivo ao tempo em que a fiança foi prestada. Deve-se ainda à acessoriedade a possibilidade de o fiador opor ao credor os meios de defesa próprios do devedor principal (art. 837, CC), além do fato elementar de que a extinção da obrigação principal acarretará a extinção da fiança.

Aliás, o art. 39 da Lei nº 12.112/09, que alterou a Lei de Locações (Lei nº 8.245/91), dispõe que "salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias de locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo determinado, na força da lei". A modificação legislativa é sensata, pois adequou a lei específica à sistemática geral da fiança. Quer dizer, se a garantia de um contrato assume natureza acessória em relação a este, prorrogada a locação (contrato principal) por prazo indeterminado a garantia também se prorroga, vigorando até a efetiva entrega das chaves, salvo se houver ressalva contratual.[59]

Nas garantias reais da hipoteca, do penhor e da anticrese, traduz-se este reforço na instituição de uma afetação de bens, quer do devedor, quer do terceiro, ao pagamento preferencial do débito.

Os direitos de garantia são nitidamente acessórios, pois pressupõem a existência de uma relação principal de direito obrigacional – direito de crédito –, cuja eficácia e cumprimento são por eles assegurados (art. 1.419, CC).

Ao contrário do que se pode verificar no Direito Comparado, não adotamos a chamada hipoteca substantiva ou abstrata, que existe independentemente de

58. MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*, op. cit., p. 120.

59. STJ – "LOCAÇÃO. FIANÇA. EXONERAÇÃO. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO Nº 214/STJ. INAPLICABILIDADE. 1. Na linha da atual jurisprudência da Terceira Seção desta Corte, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, a que os fiadores comprometeram-se até a entrega das chaves, tem-se como inaplicável o enunciado de nº 214 de nossa Súmula. 2. O fato de ter o contrato sido firmado por prazo determinado, mas havendo cláusula prevendo a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves não afasta o referido entendimento" (Rel. Min. Haroldo Rodrigues, Sexta Turma, AgRg no Ag 1217095/RJ, j. 16.3.2010).

qualquer crédito que lhe seja anterior. Orlando Gomes ensina que o direito alemão conhece figuras típicas de garantia real que não são acessórias de uma dívida, pois têm existência autônoma e independem de um negócio jurídico básico.[60] Apesar de exercitar interessante função econômica de mobilização da propriedade, não se aplica na legislação pátria pelas razões expostas.

Nos direitos de garantia, duas situações distintas e complementares formam-se: a uma, a relação de direito obrigacional entre credor e devedor; a duas, a situação jurídica acessória de atuação imediata do titular da garantia real sobre a coisa, com eficácia *erga omnes*.

Exemplificando, A e B formulam um contrato de mútuo no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com vencimento em 30 de junho de 2011. Em seguida, estipulam uma segunda relação jurídica, na qual bens móveis ou imóveis devidamente especializados garantirão o adimplemento da relação obrigacional.

Via de consequência, extinto o negócio jurídico de direito obrigacional por qualquer dos meios legalmente previstos, os direitos reais de garantia também perdem a existência. O inverso não se aplica. Isto é, as nulidades que possam invalidar a garantia real não influenciam o contrato, apenas subtraem de si os atributos da sequela e da preferência.

1.2.8 Contratos intuitu personae e impessoais

"Meu coração não sei por que quando te vê
Sempre me diz pra te dizer que com você fico feliz de verdade
Nosso contrato não tem cláusula de exclusividade
E a gente tem compromisso, mas é com a felicidade"

(Gabriel, o Pensador, *Deixa quieto*, de Gabriel o Pensador e André Gomes)

Um contrato é *intuitu personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é para o outro o elemento determinante de sua conclusão. O consentimento da parte será decisivamente vinculado à concretude da pessoa do parceiro contratual. Por isso a pessoa do contratante passa a ser elemento causal do contrato. Todavia, serão *impessoais* os contratos em que é indiferente a pessoa com quem se contrata.[61]

60. Orlando Gomes cita por empréstimo a lição de Wolff: "O proprietário de um prédio rural, necessitado de dinheiro, em vez de tomar um empréstimo de 1.000 marcos e gravar o prédio com uma hipoteca, pode vender por 1000 marcos uma dívida imobiliária sobre o prédio, que importe em 1.000 marcos. Nesse caso, quem dá o dinheiro não é o mutuante, mas o adquirente a título oneroso de um direito sobre o imóvel; o proprietário não é devedor, mas pode evitar, mediante o pagamento de 1000 marcos, que o prédio se transforme em dinheiro por via de execução em que promova a sua venda judicial" (Cf. *Direitos reais*, 19ª ed., p. 386).

61. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 98.

Grande importância se aufere aos contratos personalíssimos quando o seu objeto compreende obrigações de fazer. Ao contrário do que acontece com as obrigações de dar, invariavelmente passíveis de cumprimento por terceiros, mediante o pagamento (art. 304, CC), nas obrigações de fazer é possível que o comportamento desejado pelo credor só possa ser desempenhado por um único devedor. Tem-se como infungível a obrigação de fazer que obrigatoriamente só puder ser prestada pelo devedor. A infungibilidade é aferida na concretude do caso, sempre que as circunstâncias para ela apontem, mesmo que não exista convenção expressa neste sentido. Poderá a prestação de fazer ser naturalmente infungível, com base nas qualidades pessoais do devedor – *intuitu personae* –, *v. g.*, show de música por grande artista, cirurgia por médico excepcionalmente habilidoso; será ainda contratualmente infungível (ou acidentalmente *intuitu personae*), caso o credor queira impor natureza personalíssima a uma obrigação em tese fungível, *v. g.*, outorgar procuração a advogado, vedando substabelecimento. Aliás, o art. 247 do Código Civil refere-se a ambas as modalidades de obrigações infungíveis: "Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que se recusar à prestação a ele só imposta (infungível por convenção) ou só por ele exequível (infungível por natureza)".

Todavia, mesmo no âmbito das obrigações de fazer, a regra é a impessoalidade da prestação.[62] Será fungível a obrigação quando outra pessoa puder dar-lhe cumprimento sem prejuízo ao credor. São hipóteses em que o credor está interessado no resultado da atividade, sem atentar para qualidades pessoais de quem a executa. Ela prima mais pelo resultado do que pelo meio, sendo indiferente a pessoalidade na execução. Ou seja: mesmo que o devedor se recuse a prestar, poderá o credor ordenar que seja executada por terceiro, à custa do devedor, sem prejuízo da indenização cabível. De fato, é fungível a obrigação de pintar um muro, caso a pessoa escalada se recuse a tanto; o mesmo não se diga se a pintura demandar uma técnica especial. Igualmente fungível será a obrigação de outorga de escritura definitiva, pois a recusa do devedor poderá ser suprida por deliberação judicial.

A distinção entre contratos impessoais e *intuitu personae* possui relevantes consequências práticas.

Os contratos personalíssimos são intransmissíveis *mortis causa*. Exemplificativamente, a fiança é garantia pessoal que cessa com a morte do devedor, não obstante prestada com prazo certo (art. 836, CC). Assim, em contrato de locação, não serão os herdeiros do fiador responsáveis pelos aluguéis posteriormente vencidos. Certamente, persistirá a responsabilidade do fiador – e, portanto, transmissível aos herdeiros – quanto às obrigações já devidas e não pagas pelo afiançado até o tempo da morte do garante. A responsabilidade afeta aos herdeiros será limitada às forças da herança (art. 1.997, CC).

62. O CC de 2002 conferiu às obrigações fungíveis o *status* de regra geral, ao não reproduzir o polêmico art. 878 do CC de 1916 com os seguintes dizeres: "Na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente."

Também não caberá a cessão da posição contratual se o contrato for fundado nas qualidades pessoais dos contraentes ou houver proibição convencional da cessão. Em qualquer das hipóteses, o negócio jurídico se qualificou como *intuitu personae*. O contrato de sociedade, quando se tratar de sociedade de pessoas [e não de capitais, segundo a tradicional classificação do direito empresarial], é um ótimo exemplo aqui, pois as sociedades de pessoas são formadas em razão da qualidade pessoal dos sócios, cujos atributos individuais interferem diretamente na realização do objeto social. Os sócios dessas sociedades, mesmo no caso de morte de um dos demais sócios, têm poderes de vetar o ingresso de estranho no quadro associativo. Tal já não ocorre com as sociedades de capitais, onde vige o princípio da livre circulabilidade da participação societária.

Bem ressalta Hamid Bdine que não se deve deixar de considerar o preponderante papel da anuência do cedido nestas hipóteses. Sendo a prestação infungível em tese, será válida a anuência do cedido a sua substituição no contrato. Contudo, o ingresso do terceiro não implicará a figura da cessão da posição contratual, pois a prestação devida terá sido alterada. Haverá, assim, novação mista, oriunda da modificação do contraente e da prestação originais, ambos substituídos na nova obrigação surgida.[63]

De acordo com o art. 139, II, do Código Civil, haverá anulabilidade do negócio jurídico por erro substancial quando concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade. Esta norma se volta aos contratos *intuitu personae*, cuja causa do consentimento foi justamente a vinculação a uma certa pessoa. Ilustrativamente, A faz uma doação em favor de B acreditando ter sido ele que um dia salvara a sua vida, quando na verdade fora C que praticara o ato heroico.

Por fim, o CDC estabelece norma excepcional quanto ao sistema de responsabilidade civil objetiva por defeito de serviços, imputando ao profissional liberal a obrigação de indenizar com base na responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4°, Lei nº 8.078/90). Em regra, é a confiança que inspira no consumidor a escolha do profissional que exercitará determinado serviço. Este vínculo *intuitu personae* é evidente na escolha de um psicanalista, de um médico da família ou de um advogado criminalista. Eventual defeito no serviço atrairá responsabilidade civil apenas constatada a culpa do profissional liberal. Ocorre, como lembra Rizzato Nunes, não ser mais possível afirmar que toda e qualquer relação estabelecida com o profissional libera será personalíssima. Há as que são e as que não são. As primeiras permanecem com as características clássicas. As outras se caracterizam de forma similar ou idêntica à dos outros tipos de prestações de serviços oferecidos em massa aos consumidores em geral.[64] Em tais casos a apuração da responsabilidade civil subsistirá na regra geral da simples constatação do nexo causal entre o defeito do serviço e o dano sofrido pelo consumidor.

63. BIDINE JR., Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*, op. cit., p. 48-49.

64. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 200.

2. CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS CONTRATOS

2.1 Classificações do contrato contemporâneo

Algumas conclusões podem ser alcançadas após o exame das principais classificações dadas pela doutrina aos contratos. Bilateralidade × unilateralidade; gratuidade × onerosidade; aleatoriedade × comutatividade; instantaneidade × duração; impessoalidade × *intuitu personae*; formalidade × informalidade; consensualismo × realidade; acessoriedade × primariedade. Em comum, dicotomias de considerável interesse prático não apenas quando estudadas isoladamente mas também quando percebidas em um sentido de totalidade, pois as classes se justificam mutuamente. Em regra, contratos bilaterais são onerosos e comutativos. Portanto, seja quanto aos direitos e deveres das partes; ao sacrifício patrimonial das partes; ao tempo do aperfeiçoamento do contrato; aos riscos que envolvem a prestação; à presença ou não de formalidades; ao momento do cumprimento; à pessoalidade ou não das partes; à autonomia da obrigação, todas estas classificações repousam em maior ou menor grau na autonomia privada dos contratantes.

Contudo, o paradigma voluntarista é hoje insuficiente para extravasar a fenomenologia contratual. Não que ele tenha perdido a relevância, mas que agora convive com paradigmas diferenciados. A teoria contratual contemporânea é marcada pela fragmentação, pois na linha de vetores constitucionais como o solidarismo, a igualdade material e, sobremaneira, a dignidade da pessoa humana, surgem novas classificações contratuais e as antigas classificações recebem repaginado perfil funcional. O conceito monolítico e abstrato de contrato sucumbe diante da diversidade principiológica que alimenta o direito privado.

Reconhecida, portanto, a funcionalização da liberdade contratual à legalidade constitucional, cabe à doutrina a capacidade de organizar novas classificações contratuais que sejam compatíveis com os múltiplos paradigmas que se colocam lateralmente à autonomia privada. No particular, assenta Teresa Negreiros que "parece haver razões sim, para se invocar a 'crise de paradigma', não porque hoje o contrato esteja assentado sobre um novo e oni-compreensivo fundamento axiológico, mas porque, por força das relações desenvolvidas entre o direito civil e o direito constitucional, o quadro valorativo do contrato se tornou mais complexo, dando lugar, com base em novos valores, à correspondente individualização de novas categorias de contratos".[65]

Assim, a ordem contratual se renova profundamente. Desaparece o seu caráter asséptico e neutro, camuflado por uma abordagem abstrata e uniforme de relações obrigacionais, encetadas entre sujeitos livre e formalmente iguais. A racionalidade

65. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato* – novos paradigmas, op. cit., p. 306. Conclui a autora que "neste sentido, uma das mais importantes tarefas da teoria contratual é a de redefinir, à luz da tabu de valores constitucionalmente consagrada, os fatores que devem ser considerados para efeito de classificar e, consequentemente, determinar os princípios aplicáveis às diferentes espécies de contrato" (op. cit., p. 303).

formal do direito dos contratos não mais atende às exigências sociais de efetividade. Entra em cena o fenômeno da *materialização contratual.*

No escólio de Joaquim de Sousa Ribeiro, a denominada materialização do contrato significa que, para além das condições pessoais e situacionais da eficácia vinculativa do contrato, vistas pela capacidade das partes e a regularidade da formação e da manifestação da vontade negocial, objeto de análise pela doutrina clássica, passam a ser valoradas, na fixação da disciplina contratual, as condicionantes sistêmicas que envolvem a relação e nela se projetam. Abrem-se as portas para uma intervenção normativa sobre o próprio conteúdo vinculativo do contrato, traçando limites à liberdade de conformação. Essas medidas de controle, correção e compensação dão origem a uma bipartição do sistema normativo dos contratos, contrapondo um direito geral e comum, caracterizado pela plena vigência da liberdade contratual, aos regimes especiais, onde se consagram variados mecanismos de tutela de interesses relevantes que a autorregulação deixaria indefesos.[66]

Mas quais seriam os parâmetros capazes de balizar a dinâmica tensão entre a esfera reservada à liberdade negocial e a incidência de direitos fundamentais na órbita privada? Afinal, ninguém mais contesta a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, todavia há a necessidade dos operadores do direito se valerem de instrumentos apropriados para o balanceamento da forma e da intensidade do ingresso dos princípios constitucionais na atividade econômica, mesmo para conferir maior previsibilidade e reduzir as margens de arbítrio na ponderação judicial.

Em relevante trabalho de direito civil constitucional, Daniel Sarmento sugere alguns *standards* eficazmente aplicáveis ao percuciente trabalho de aplicação direta dos direitos fundamentais na resolução de litígios privados, levando-se sempre em consideração uma análise tópica voltada às peculiaridades de cada caso concreto: (1) o grau de desigualdade fática entre as partes. A assimetria de poder numa relação tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca. Por isso, quanto mais a relação for assimétrica, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada; (2) outro fator relevante é a natureza da questão sobre a qual gravita a controvérsia. Nas questões ligadas às opções existenciais da pessoa, a proteção à autonomia privada é maior. Já nos casos em que a autonomia do sujeito de direito ligar-se a alguma decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, tenderá a ser mais intensa a tutela ao direito fundamental contraposto; (3) nas relações patrimoniais a proteção da autonomia privada será maior quando estiverem em jogo bens considerados supérfluos para a vida humana, e menor quando o caso envolver bens essenciais para a dignidade da pessoa.[67]

66. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos* – Estudos, fls. 43-44.
67. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 376.

Esses três parâmetros conferem ao estudioso do direito civil meios para a justificação e a legitimação de diferentes classificações contratuais formuladas a partir de elementos externos à sua estrutura, abstratamente considerada. A materialização do contrato envolve uma abordagem voltada às disparidades de poder entre pessoas concretas e a função por ele exercida de instrumento de satisfação de necessidades reais que habitam uma determinada relação obrigacional, dentro de suas circunstâncias.

Contemporaneamente, propõem-se novas categorias de contratos com especificidades devidas aos sujeitos legitimados, à esfera dos mercados aos quais são reservados, aos controles aos quais são submetidos e também aos meios tecnológicos com os quais normalmente se realizam. Reconhece-se primariamente o interesse substancial que domina a *fattispecie* concreta, com particular atenção à parte que se propõe conseguir acesso ao bem ou ao serviço.[68]

Nesta ordem de ideias abordaremos classificações contratuais que os diferenciem segundo elementos existenciais e patrimoniais, privilegiando as peculiaridades e os valores envolvidos na espécie, a fim de se individuar a normativa aplicável. Este enfoque abrange os contratos de consumo; contratos de adesão; as cláusulas contratuais gerais; os contratos relacionais; os contratos cativos de longa duração; os contratos existenciais; os contratos coletivos; e os contratos sob o paradigma da essencialidade.

2.2 O contrato de consumo

"Não há acordo entre homens e leões."

(Homero, *Ilíada*)

2.2.1 Os três sujeitos contratuais

O Código Civil de 1916 é tido como o último dos códigos dos oitocentos. De fato, imbuído do espírito napoleônico do *Code* de 1804, preconizava a igualdade formal de todos perante a lei. A modernidade conferia abstratamente a todos os homens a igualdade e a liberdade no campo do direito privado como forma de supressão das desigualdades provenientes da distinção entre a nobreza e as classes inferiores. A presença do Estado como fornecedor monopolista do arcabouço normativo era imprescindível para institucionalizar o discurso da segurança jurídica.

Mas o conceito global e abstrato de povo e cidadão há muito entrou em crise. Na exata dicção de Ricardo Lorenzetti, "a crise das visões totalizadoras fez explodir todo o texto unificador. Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros".[69]

68. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 391-398.
69. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*, op. cit., p. 53.

A pós-modernidade é marcada pela fragmentação. Sai de cena o "cidadão comum" e entra em cena a pessoa, dotada de situações subjetivas existenciais e patrimoniais. Para cada papel que exercite há uma lei ou microssistema que regule parcialmente o seu agir, sempre submetido ao texto constitucional e ao império dos direitos fundamentais provenientes do direito interno ou do internacional.

O Código Civil de 2002 é um código central despido da pretensão totalitária de exaurir dentro de si o conjunto do direito privado brasileiro. Como sintetiza Clóvis do Couto e Silva,[70] a sua importância reside em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de modo aberto.

Não poderia ser de outra forma. O pluralismo é o signo da pós-modernidade e o direito emerge de diversos sítios. Para uma sociedade complexa, surge a necessidade de atuação de um sistema jurídico igualmente complexo, porém eficiente, a fim de que várias normas convivam de forma coordenada e possam, pelo menos no que tange à matéria obrigacional, realizar a finalidade constitucional de edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF).

Está em curso o fenômeno da *pluralização da subjetividade jurídica*. Todos somos pessoas em todas as circunstâncias de nossas vidas, esta é uma noção absoluta. Mas, nas relações contratuais, as qualificações de civis, consumidores ou empresários são estatutárias e relacionais, pois, exemplificativamente, só poderá ser chamado de consumidor quem estiver situado em determinada relação (relação de consumo) e numa determinada posição (*status*), tudo dependendo, portanto, das circunstâncias do caso. Todos somos pessoas em qualquer circunstância, mas em cada contrato serão as circunstâncias que constituirão o filtro pelo qual serão sopesados os princípios e as regras contratuais, tudo conforme os papéis sociais desempenhados pelos sujeitos contratantes.[71]

Após invocar o diálogo de fontes de Eric Jayme como forma de expressar a necessidade de uma aplicação das leis de direito privado coexistentes no ordenamento brasileiro, Cláudia Lima Marques ensina que a construção de um direito privado depende do grau de domínio dos aplicadores do direito sobre o sistema de coexistência do direito civil, do empresarial e do consumidor, "pois a reconstrução do direito privado brasileiro identificou três sujeitos: o civil, o empresário e o consumidor".[72]

---

70. COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, op. cit., p. 30. Explica o autor que "é reconhecida ao contrato uma dimensão conceitual plural e não homogênea. O contrato são os contratos" (op. cit., p. 133).

71. MARTINS-COSTA, Judith. *O método da concreção e a interpretação do contrato*, op. cit., p. 142.

72. MARQUES, Cláudia Lima. *O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos*, op. cit., p. 55. A autora explicita que "outro elemento novo, neste olhar mais pós-moderno dos contratos e do campo de aplicação do Código Civil de 2002, é a função. Em outras palavras, como a relação pode ser civil, comercial e de consumo, não há como retirar da análise do aplicador da lei a visão funcional desta relação e do contrato daí resultante. Há uma mudança de paradigma no fato de o direito privado atual concentrar-se não mais

A opção legislativa para o Código Civil foi pela unificação das obrigações civis e empresariais, porém com exclusão de regulação das relações consumeristas. Isso significa que o Código de 2002 disciplina as relações intercivis e interempresariais (entre iguais), mas abdica de cuidar das relações entre consumidores e fornecedores (desiguais), incidindo microssistema legislativo específico para tanto, o Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, o *status* de cada um desses personagens é essencialmente dinâmico. Aquele sujeito de direito que, em determinada relação obrigacional, desempenha o papel de empresário, poderá atuar como civil em outro contrato, nada impedindo que, em algum momento, se identifique como consumidor. O mesmo tipo contratual ensejará aplicação de normas distintas, conforme a mutação subjetiva e finalística da hipótese de incidência. Quer dizer, a igualdade ou a diferença serão visualizadas na concretude do caso, de acordo com o papel a ser desempenhado pelo agente econômico comparativamente ao outro agente econômico de determinada relação jurídica. Um contrato de compra e venda será civil, empresarial ou de consumo conforme a posição que se encontre naquela obrigação específica.

Calixto Salomão Filho esclarece que esta contínua movimentação é dada pela tensão constante entre interesses que exigem tratamento diferenciado (ou pela profissionalidade – como era o caso dos comerciantes, agora empresários – que requer em muitos casos que a eles seja dado tratamento jurídico mais rigoroso ou, ao contrário, pela necessidade de proteção especial de determinados grupos de hipossuficientes, como é o caso da legislação do consumidor) e as forças constantes, historicamente importantes no campo do direito civil, no sentido da generalização e da universalização de tratamento jurídico uniforme.[73]

Pode-se dizer hoje que o direito dos contratos se depara com uma dualidade de espaços normativos, diferenciados pelo distinto grau de acolhimento da liberdade contratual. Há uma área em que a autonomia negocial é consagrada com muita amplitude e outra em que vigoram limites especiais de conteúdo fortemente restritivos da liberdade de modelação. As estipulações que são perfeitamente válidas em contratos negociados e entre partes tendencialmente iguais, serão feridos de nulidade quando caem dentro do âmbito de aplicação de um certo modo de contratar – a adesão a cláusulas contratuais gerais –, ou à natureza funcional da relação (como a relação de consumo). Nessas hipóteses a liberdade dos privados se submeterá a um controle de conteúdo, dentro de limites mínimos de equilíbrio contratual.[74]

---

no ato (de comércio ou de consumo/destruição) e sim na atividade, não mais naquele que declara (liberdade contratual), mas no que recebe a declaração (confiança despertada), não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contratos. Há uma nova visão finalística e total (holística) da relação contratual complexa atual" (op. cit., p. 58).

73. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A fattispecie empresário no novo Código Civil*, op. cit., p. 127-128. Enfatiza o Professor das Arcadas que "em presença das enormes disparidades econômicas geradas pela sociedade moderna, a generalidade de tratamento atribuída pelas normas civis clássicas, ao invés de uma garantia do cidadão, com frequência revela ser um grave risco e uma importante fonte de aprofundamento dos desequilíbrios sociais e econômicos" (op. cit., p. 128).

74. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 227.

Destarte, cumpre-nos examinar este sistema de direito privado tripartido. Três protagonistas que culminam por imprimir uma divisão entre um direito civil geral (a teoria geral das obrigações) e dois direitos especiais, o direito empresarial e o direito do consumidor. Em comum, o fato de que a constitucionalização do direito privado abarca os três modelos legislativos. A Constituição Federal direciona o sistema jurídico de forma holística; o Código Civil ocupa o posto de centralidade do direito privado e o microssistema consumerista atua de forma especial, podendo se servir do Código Civil em caráter de complementaridade.

2.2.2 Contratos civis e contratos de consumo – diálogo de fontes

"A palavra é metade de quem a pronuncia
e metade de quem a escuta."

(Montaigne)

A justificação das primeiras gerações de direitos fundamentais foi o fato de pertencerem indiscriminadamente a qualquer indivíduo, com a conotação da universalidade, independente de sua nacionalidade, crença, raça ou ideologia. Não por outra razão, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 aduz que: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

Via de consequência, quando a primeira, a segunda e a terceira gerações de direitos fundamentais estabelecem, respectivamente, a tutela da liberdade do cidadão perante o Estado, os direitos econômico-sociais e o direito difuso à qualidade de vida, em comum, a humanidade recepciona garantias válidas para qualquer ser humano.

O consumidor, todavia, situa-se em um contexto diferenciado. Ele se insere em uma quarta geração de direitos fundamentais, por muitos nominada como "o direito à diferença".[75] Trata-se de direitos que derivam de um processo de diferenciação de uma pessoa perante outra, com respeito extremado pela sua autonomia – atributo componente da dignidade do ser humano – em questões existenciais como a eutanásia, o transexualismo, o consentimento informado, o aborto e, igualmente em aspectos patrimoniais, como uma tutela diferenciada do ordenamento jurídico em prol de sujeitos que compõem relações assimétricas que não podem ser disciplinadas da mesma forma que as relações obrigacionais civilistas.[76-77]

75. Ricardo Lorenzetti preceitua que, embora o direito de ser diferente constitua uma derivação da liberdade, culmina por ser aplicado "a um campo em que tradicionalmente, reinou o público, o homogêneo, e que se considerou vital para o funcionamento social" (*Fundamentos do direito privado*, op. cit., p. 155).

76. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.

77. Um contrato empresarial que ameace a criação de oligopólio requer enérgica atuação do CADE; um negócio jurídico interempresarial envolvendo a edificação de empreendimento em área de preservação ambiental requer imediata atuação do Ministério Público. Enfim, é amplamente justificada a legitimação das entidades descritas nos arts. 5º da Lei nº 7.347/85 e 82 da Lei nº 8.078/90, para provocarem a nulidade de cláusulas que ofendem valores reconhecidamente caros ao corpo social.

A pós-modernidade procura a igualdade material através de um tratamento francamente discriminatório em favor da pessoa que exerce o *status* de consumidor, sujeito débil das relações de mercado. Enquanto o direito civil da modernidade se concentra no primado da universalidade com atribuição indiscriminada de liberdade e igualdade – *"toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil"* (art. 1º, do Código Civil), o direito do consumidor assume o postulado da vulnerabilidade e a cisão entre desiguais: consumidores e fornecedores.

José Reinaldo de Lima Lopes explica que o objeto do CDC não são apenas as relações negociais privadas mas a regulação do mercado de consumo, que pretende evitar a concentração incontrolada do poder econômico. Como uma das faces do direito social, o direito do consumidor detém caráter distributivo, o que significa, segundo o Professor Associado da Universidade de São Paulo, que as regras das relações de consumo "são regras de alocação de custos e riscos no mercado, não apenas regras de determinação de culpas individuais. Não se trata, pois, apenas de 'distribuir' dentro das relações bilaterais o custo dos acidentes, da comercialização ou circulação de produtos e serviços. Trata-se de distribuir agregadamente, e isto é feito no direito do consumidor, assumindo que as unidades produtivas (os fornecedores, na linguagem jurídica do código) são centros mais adequados de distribuição, já que podem dissolver, disseminar ou pulverizar os custos agregados repassando-os para os preços. Essa é a lógica da distribuição, que dispensa, como se vê, um juízo de culpa, exceto por meio de exceção".[78]

O Código de Defesa do Consumidor tem o seu berço na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 48 da ADCT e, especialmente, no art. 5º, XXXII, cuja ação afirmativa determina que "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Igualmente, o art. 170 da Constituição Federal expressa que a ordem econômica constitucional é fundada na livre-iniciativa (*caput*), compatibilizada, porém, com a proteção aos direitos dos consumidores (inciso V). A Lei nº 8.078/90 é qualificada pela horizontalidade, pois não tem como objetivo simplesmente regular uma matéria, mas praticar um corte sobre todas as outras disciplinas jurídicas para uma eficiente proteção jurídica de um sujeito especial de relações obrigacionais. O princípio da vulnerabilidade define o campo protetivo do CDC. A tutela especial se concretizará em todo contexto de relações em que a pessoa se identifica com um grupo de destinatários finais que adquirem ou utilizam serviços ou produtos, relacionando-se com um empresário, fornecedor deste serviço ou produto ao mercado (arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90).

Em contrapartida, o Código Civil toma para si a tarefa de disciplinar as relações contratuais entre dois iguais – consumidores ou dois iguais – fornecedores entre si. Não se tratando de relações paritárias entre civis – geralmente iguais ou "quase iguais" – ou entre empresários (profissionais), o paradigma da diferença ingressa no

78. LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Direito civil e direito do consumidor* – princípios, op. cit., p. 109-110.

Código de Defesa do Consumidor quando estabelece em seu art. 1º, a natureza de suas normas como de ordem pública e interesse social. A função social das obrigações consumeristas objetiva tutelar a parte frágil nas relações de massa com a incidência de normas diferenciadas no trato da responsabilidade civil, da regulamentação da oferta e dos vícios de produtos e serviços, da nulificação de cláusulas abusivas, da interpretação de contratos e de vários outras.[79]

A relação será civil, empresarial ou de consumo conforme a sua função, consoante a característica finalística da relação obrigacional.[80] Vale dizer, a presença de um destinatário final de produto ou serviço será o elemento decisivo para a aplicação equitativa das normas do Código de Defesa do Consumidor, mesmo que a matéria seja comercial. Segundo a Professora Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Cláudia Lima Marques, "trata-se, pois, de uma opção subjetiva a definição do papel que o sujeito exerce no mercado, naquele momento e naquele contexto relacional, é que definirá o campo de aplicação das leis e a maneira como elas dialogam ou se aplicam, ao mesmo tempo, àquela mesma situação jurídica: prioritariamente ou subsidiariamente! E mais do que isto, a finalidade (civil, empresarial ou de consumo) da relação é outro fator a considerar [...] do domínio desta destinação subjetiva e finalista (relação entre iguais, de finalidade puramente civil ou de finalidade comercial e relação mista entre diferentes ou de consumo), depende a própria compreensão sobre a aplicação da nova lei (Código Civil de 2002) e suas antinomias (reais e aparentes) ou diálogos com as leis especiais anteriores, como o Código de Defesa do Consumidor".[81]

A discussão mais delicada concerne à definição do conceito básico de consumidor, do art. 2ª, da Lei nº 8.078/90, dispondo que: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". E a vigência do Código Civil gerou novos rumos à controvérsia, que parece encaminhada a uma pacificação.

Em tese, incidem quatro situações fáticas que podem ser qualificadas como atos de consumo: (1) aquisição onerosa de produtos ou serviços para fins de revenda no mesmo estado em que foram adquiridos. Seria o caso intermediário/distribuidor/

79. Por tais razões o Código Civil se insere como macrossistema do direito privado e certas leis esparsas, como a lei de locações de imóveis urbanos (Lei nº 8.245/91) e o Código de Defesa do Consumidor consistem em microssistemas que tratam de atividades econômicas específicas, agindo em coordenação com o Código Civil, naquilo que se conhece como *"diálogo de fontes"*.

80. STJ. Informativo nº 500, de 18 a 29.6.2012. Quarta Turma: "FACTORING. OBTENÇÃO DE CAPITAL DE GIRO. CDC. A atividade de factoring não se submete às regras do CDC quando não for evidente a situação de vulnerabilidade da pessoa jurídica contratante. Isso porque as empresas de factoring não são instituições financeiras nos termos do art. 17 da Lei n. 4.595/1964, pois os recursos envolvidos não foram captados de terceiros. Assim, ausente o trinômio inerente às atividades das instituições financeiras: coleta, intermediação e aplicação de recursos. Além disso, a empresa contratante não está em situação de vulnerabilidade, o que afasta a possibilidade de considerá-la consumidora por equiparação (art. 29 do CDC). Por fim, conforme a jurisprudência do STJ, a obtenção de capital de giro não está submetida às regras do CDC" (REsp 938.979-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 19.6.2012).

81. MARQUES, Cláudia Lima. *O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos*, op. cit., p. 85.

importador. *V.g.* o comerciante que adquire tomates do fornecedor para revendê-los em seu estabelecimento. Estes sujeitos não encerram o ciclo econômico de circulação dos bens; (2) aquisição de um bem para fins de transformação ou incorporação em outro bem. Há um insumo que retorna ao mercado após o processo de incorporação/transformação. Ilustrativamente, seria o caso do padeiro que adquire farinha para confeccionar pães e bolos ou o fabricante de automóveis que adquire pneus para os veículos que serão comercializados; (3) aquisição de um bem para uso instrumental em atividade-fim. A aquisição se dá em caráter auxiliar de uma atividade produtiva. Exemplificativamente, o padeiro adquire um forno industrial para incrementar o seu negócio ou o proprietário de escola de natação adquire sistema de aquecimento para a piscina; (4) por fim, a aquisição do produto/serviço para fins de retirada do mercado, sem qualquer finalidade econômica, ou seja, sem a pretensão de utilizar o bem para fins de insumo nem de conceder a ele uso instrumental em sua atividade-fim.

Duas teorias procuram justificar quais destas relações obrigacionais identificam um consumidor em sentido estrito. As teorias finalista e maximalista se confrontam em torno da conceituação deste sujeito especial de relações obrigacionais.

De acordo com a teoria finalista, de índole subjetiva, o consumidor é o destinatário fático e econômico do produto ou serviço. O que distingue o consumidor do não consumidor é o elemento da profissionalidade. Para tanto, faz-se uma interpretação teleológica do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de se concluir que o microssistema é direcionado somente ao consumidor não profissional, que se encontra na etapa derradeira da atividade econômica, pois adquire o bem de um fornecedor para uso próprio ou familiar, sem finalidade de lucro. Em suma, para ser consumidor não basta o ato objetivo de retirar o bem de circulação, fundamental é que haja a finalidade (daí o nome da teoria) do adquirente/utente de conceder ao produto ou serviço uma destinação privada, sem qualquer inserção em uma atividade produtiva. Ao atender a uma necessidade pessoal, o consumidor se situa na posição de destinatário final econômico do produto ou serviço. À luz da teoria finalista, só haveria consumidor em sentido estrito na hipótese nº 4. Nas três situações descritas anteriormente, o adquirente do bem jurídico seria um empresário. Desse modo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de **insumo** (consumidor intermediário). [82]

82. STJ – **Informativo nº 0556 Período: 23 de fevereiro a 4 de março de 2015. Terceira Turma. CASO DE INAPLICABILIDADE DO CDC. Não há relação de consumo entre o fornecedor de equipamento médico-hospitatar e o médico que firmam contrato de compra e venda de equipamento de ultrassom com cláusula de reserva de domínio e de indexação ao dólar americano, na hipótese em que o profissional de saúde tenha adquirido o objeto do contrato para o desempenho de sua atividade econômica.** Com efeito, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Assim, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção do STJ, destinatário final é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria. Por isso, fala-se em destinatário final econômico (e não apenas fático) do bem ou serviço, haja vista que não basta ao consumidor ser adquirente ou usuário, mas deve haver o rompimento da cadeia econômica com o uso pessoal a impedir, portanto, a reutilização dele no processo produtivo, seja na

Antônio Herman Benjamin retira da teoria finalista o seu exato conceito de consumidor: "é todo aquele que, para seu uso pessoal, ou de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais".[83]

É evidente que essa lógica dominará qualquer tipo de relação jurídica na qual a pessoa se coloque em posição de destinatário final, independentemente do tipo de atividade exercida pelo fornecedor. Daí a correção da Súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça ao enunciar que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."[84]

A pessoa jurídica também será consumidora, mesmo na concepção finalista ou subjetiva. O art. 2º da Lei nº 8.078/90 não opera distinção entre a pessoa natural e a pessoa jurídica. O que qualifica uma pessoa jurídica ou um profissional como consumidor é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, o fornecedor lhe transfere bens ou serviços para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços.[85] Assim, como já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.352.419-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19.8.2014), "Há relação de consumo entre a seguradora e a concessionária de veículos que firmam seguro empresarial visando à proteção do patrimônio desta (destinação pessoal) – ainda que com o intuito de resguardar veículos utilizados em sua atividade comercial –, desde que o seguro não integre os produtos ou serviços oferecidos por esta. Cumpre destacar que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista,

---

revenda, no uso profissional, na transformação por meio de beneficiamento ou montagem ou em outra forma indireta. Na hipótese em foco, não se pode entender que a aquisição do equipamento de ultrassom, utilizado na atividade profissional do médico, tenha ocorrido sob o amparo do CDC. **(REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva,)**

83. BENJAMIM, Antonio Herman. *O conceito jurídico de consumidor*, op. cit., p. 77.

84. STJ. Informativo nº 0541, Período: 11 de junho de 2014. Quarta Turma. "DIREITO DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DO CDC AOS CONTRATOS DE APLICAÇÃO FINANCEIRA EM FUNDOS DE INVESTIMENTO. O CDC é aplicável aos contratos referentes a aplicações em fundos de investimento firmados entre as instituições financeiras e seus clientes, pessoas físicas e destinatários finais, que contrataram o serviço da instituição financeira para investir economias amealhadas ao longo da vida" (REsp 656.932-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24.4.2014).

85. STJ. **Informativo nº 0548 Período: 22 de outubro de 2014. Terceira Turma. CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. Há relação de consumo entre a sociedade empresária vendedora de aviões e a sociedade empresária administradora de imóveis que tenha adquirido avião com o objetivo de facilitar o deslocamento de sócios e funcionários.** O STJ, adotando o conceito de consumidor da teoria finalista mitigada, considera que a pessoa jurídica pode ser consumidora quando adquirir o produto ou serviço como destinatária final, utilizando-o para atender a uma necessidade sua, não de seus clientes. No caso, a aeronave foi adquirida para atender a uma necessidade da própria pessoa jurídica – o **deslocamento** de sócios e funcionários –, não para ser incorporada ao serviço de administração de imóveis. **(AgRg no REsp 1.321.083-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino,)**

adotada pelo STJ, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo, seja na revenda, no uso profissional, na transformação do bem por meio de beneficiamento ou montagem, ou em outra forma indireta. Nessa medida, se a sociedade empresária firmar contrato de seguro visando proteger seu patrimônio (destinação pessoal), mesmo que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, mas sem integrar o seguro nos produtos ou serviços que oferece, haverá caracterização de relação de consumo, pois será aquela destinatária final dos serviços securitários. Situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC."[86]

A outro giro, a teoria maximalista parte de uma interpretação literal do art. 2º da Lei nº 8.078/90, para conceituar o consumidor de forma objetiva como destinatário fático do bem, mesmo não sendo destinatário econômico. Isto é, consumidor como adquirente ou usuário que retira o bem jurídico de circulação, sendo irrelevante o elemento subjetivo da finalidade profissional da aquisição. Portanto, se o adquirente utiliza o bem como insumo para prosseguir na atividade econômica (hipótese nº 02), ou se concede a ele uma finalidade instrumental para os negócios relacionados a sua atividade-fim (hipótese nº 03), será considerado consumidor. Mesmo que o consumo incremente a atividade profissional lucrativa pela integração do bem ao processo de transformação, montagem ou beneficiamento de outros bens ou serviços, haverá a proteção da norma especial a este denominado consumidor intermediário. A própria terminologia evidencia que o conceito de consumidor é ampliado em cotejo com aquele aferido pela teoria finalista.[87]

Em comum entre as duas teorias, apenas a confirmação óbvia de que na hipótese nº 01 inexiste relação de consumo, mas um puro ato de comércio, sendo o comerciante um fornecedor – empresário de produtos e serviços.

Até a vigência do Código Civil havia uma divisão nas turmas do Superior Tribunal de Justiça. A 3ª Turma adotava a teoria maximalista e a 4ª Turma, a teoria finalista. Porém, o advento da nova codificação conferiu cores renovadas à polêmica, reforçando a posição da teoria finalista.[88]

86. STJ. Informativo nº 0548, Período: 22 de outubro de 2014. Terceira Turma. REsp 1.352.419-SP

87. Adalberto Pasqualotto ensina que o art. 29 do CDC somou pontos em favor da teoria maximalista muito mais por um erro de perspectiva do que por maior correção de sua posição relativamente à teoria finalista: "o art. 29 é um permissivo de aplicação analógica do CDC às relações extraconsumo, nas quais, todavia, esteja presente a vulnerabilidade. Sendo o CDC lei especial das relações de consumo, é possível sua aplicação em relações jurídicas outras, que apresentem a mesma nota típica de vulnerabilidade e que não disponham de disciplina particular" (Cf., *O CDC em face do CC de 2002*, op. cit., p. 137).

88. O Supremo Tribunal Federal firmou o *leading case* em prol da teoria finalista – SEC 5847/ Inglaterra, DJ 17.12.1999 –, na qual o Relator, Min. Maurício Corrêa, não considerou como consumidora determinada empresa de tecelagem que contestava pleito de homologação de sentença estrangeira resultante de

Primeiro, o art. 966 do Código Civil considerou como empresário aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. Marcelo Fortes Barbosa Filho vê neste conceito de empresário "uma amplitude muito maior que a de comerciante, peculiar à legislação revogada. Todos os comerciantes são empresários, mas nem todos os empresários são comerciantes. Incluem-se aqui aqueles que exercem a atividade de prestação de serviços e de natureza rural, que não se enquadravam como comerciantes".

Ora, aquele que circula produtos e serviços é empresário, não podendo ser considerado como consumidor, mas verdadeiro fornecedor, posto que o conceito de empresário se harmoniza com o de fornecedor, exposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. O intermediário é o profissional que adquire produto ou serviço para dinamizar ou instrumentalizar o seu negócio lucrativo. Afinal, os atos de transformação de bens – mediante apropriação de insumos – ou de incorporação de bens em outros bens para fins de prossecução em atividade negocial são condutas típicas do empresário-fornecedor.[89] Como bem percebe Adalberto Pasqualotto, "é interessante notar que a celeuma entre maximalismo e finalismo parece ter ignorado esse texto, que é expresso em considerar a transformação como atividade própria de fornecedor, além de consignar todas as etapas do processo econômico, antecedentes ao consumo".[90]

Ratificando o referido entendimento, na 1ª Jornada de Direito Comercial, o Conselho de Justiça Federal aprovou o Enunciado 20: "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."

Segundo, o Código de Defesa do Consumidor é um microssistema destinado à tutela do sujeito vulnerável que reclama o direito à diferença. Sendo a vulnerabilidade um subprincípio derivado do princípio da igualdade material, há uma intervenção mais acentuada do ordenamento mediante a imposição de normas civis de ordem pública

---

arbitragem na Inglaterra, com fundamento em que, ao adquirir algodão de empresa estrangeira e transformá-lo em toalhas e travesseiros no Brasil, seria "*destinatária final*" dos bens adquiridos. De acordo com o STF prevalece o conceito econômico de consumidor à luz da teoria finalista.

89. Esse é o posicionamento vigente no Superior Tribunal de Justiça: "1. Esta Corte Superior adota a teoria finalista para a definição do conceito de consumidor, motivo pelo qual não se aplica a legislação consumerista quando o usuário do serviço utiliza a energia elétrica como insumo, como se verifica no caso dos autos. 2. O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo" (AgRg no REsp 1331112/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1. T., *DJe* 1.9.2014).

90. PASQUALOTTO, Adalberto, *O CDC em face do CC de 2002*, op. cit., p. 137. O autor afirma ainda que: "considerar o empresário e a empresa como consumidores quando adquirem produtos ou utilizam serviços que de algum modo vão integrar-se à sua atividade econômica é colocá-los nas duas posições da mesma situação jurídica. Ao adquirir um produto que será transformado ou incorporado em outro, ou simplesmente usado como instrumento de atividade produtiva, o agente econômico não abandona essa condição, assim como permanece nela ao vender o produto ou ao prestar o serviço próprio de sua atividade" (op. cit., p. 147-148).

de caráter equitativo, que compensam juridicamente a assimetria fática envolvendo a relação entre fornecedor e consumidor. Isto é, a liberdade maior de uns é balanceada com um tratamento diferenciado em prol de outros. Neste sentido, a teoria finalista importa uma interpretação da Lei nº 8.078/90 conforme à Constituição Federal, porquanto o direito fundamental descrito no art. 5º, XXXII, restringe a incidência protetiva do código em favor daquele que efetivamente se encontra na posição de destinatário final não profissional de um produto ou serviço.[91]

Terceiro, se, por hipótese, fosse aplicada a teoria maximalista, haveria uma grande expansão do grupo de consumidores, abrangendo não só o consumidor leigo (não profissional) como também o empresário que adquire insumos para prosseguir em sua atividade lucrativa ou o fornecedor que incorpora bens à sua empresa com o fito de obter melhores resultados. Ora, se todos estes civis se convertem em consumidores não há mais lógica para a subsistência do Código de Defesa do Consumidor, que é um estatuto direcionado a um grupo de sujeitos especiais qualificados por assumirem relações permeadas por um flagrante desequilíbrio de armas. Se a isonomia consiste no tratamento desigual em favor dos desiguais, se todos fossem hipossuficientes, onde se efetivaria o tratamento isonômico?[92]

91. STJ. Informativo nº 0541, Período: 11 de junho de 2014. Quarta Turma. "Para efeito de fixação de indenização por danos à mercadoria ocorridos em transporte aéreo internacional, o CDC não prevalece sobre a Convenção de Varsóvia quando o contrato de transporte tiver por objeto equipamento adquirido no exterior para incrementar a atividade comercial de sociedade empresária que não se afigure vulnerável na relação jurídico-obrigacional. Na hipótese em foco, a mercadoria transportada destinava-se a ampliar e a melhorar a prestação do serviço e, por conseguinte, aumentar os lucros. Desse modo, não há como considerar a importadora destinatária final do ato complexo de importação nem dos atos e contratos intermediários, entre eles o contrato de transporte, para o propósito da tutela protetiva da legislação consumerista, sobretudo porque a mercadoria importada irá integrar a cadeia produtiva dos serviços prestados pela empresa contratante do transporte. Neste contexto, aplica-se, no caso em análise, o mesmo entendimento adotado pelo STJ nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e de fomentar a atividade empresarial. O capital obtido da instituição financeira, evidentemente, destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, ampliar os negócios e o lucro. Daí que nessas operações não se aplica o CDC, pela ausência da figura do consumidor, definida no art. 2º do referido diploma. Assim, da mesma forma que o financiamento e a aplicação financeira mencionados fazem parte e não podem ser desmembrados do ciclo de produção, comercialização e de prestação de serviços, o contrato de transporte igualmente não pode ser retirado do ato complexo ora em análise. Observe-se que, num e noutro caso, está-se diante de uma engrenagem complexa, que demanda a prática de vários outros atos com o único escopo de fomentar a atividade da pessoa jurídica. Ademais, não se desconhece que o STJ tem atenuado a incidência da teoria finalista, aplicando o CDC quando, apesar de relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais, estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Entretanto, a empresa importadora não apresenta vulnerabilidade ou hipossuficiência, o que afasta a incidência das normas do CDC. Dessa forma, inexistindo relação de consumo, circunstância que impede a aplicação das regras específicas do CDC, há que ser observada a Convenção de Varsóvia, que regula especificamente o transporte aéreo internacional" (REsp 1.162.649-SP, Rel. para acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13.5.2014).

92. Exemplo mais evidente de "destinatário final" será impossível (especialmente para os descrentes com relação à vida após a morte)!! STJ- Informativo nº 0478, Período: 20 a 24 de junho de 2011. Terceira Turma: "CDC. CEMITÉRIO PARTICULAR. A recorrente administra um cemitério particular, comercializa jazigos ali existentes e disponibiliza aos titulares dos direitos de uso dos sepulcros outros serviços (traslado de corpos, exumação, floricultura, lanchonete etc.). Nesse contexto, vê-se que, conforme precedente, o MP tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para o controle de cláusulas estipuladas nos contratos referentes àqueles jazigos. Há também a incidência do CDC nessas relações, pois não há dúvidas de que a recorrente disponibiliza

Quarto (e último!!), com a vigência do Código Civil de 2002, toda uma renovada teoria contratual restou positivada para as relações interprivadas e interempresariais. O legislador reconhece o contrato como um instrumento não apenas de circulação de riquezas mas também de proteção de direitos fundamentais. Princípios antes reservados ao Código de Defesa do Consumidor, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual, se convertem em diretrizes para as relações obrigacionais em geral, mesmo que com intensidade reduzida comparativamente ao Estatuto Consumerista. A eticidade e a socialidade que demarcam o repaginado sistema privado albergam com tranquilidade as reivindicações do profissional vítima de práticas abusivas quando da aquisição de produtos e serviços. Afinal, nas relações entre profissionais, o desequilíbrio não é tão dramático, podendo ser tutelado com eficiência pelo Código Civil.

Nada obstante, a teoria finalista ou subjetiva não pode ser aplicada de forma pura e com rigor excessivo. Em um sistema aberto, aplicando-se o procedimento argumentativo e a tópica, podemos pensar os problemas resolvendo-os um a um.[93] Isto significa que, mesmo superada a discussão acerca do alcance da expressão "destinatário final" com a consagração jurisprudencial da teoria finalista, temos que admitir que o direito não pode mais ser encarado como ciência exata. Excepcionalmente haverá uma mitigação da teoria finalista, e as relações extraconsumo serão objeto de tutela pela Lei nº 8.078/90 quando a concretude do caso denote claramente o traço da vulnerabilidade do consumidor intermediário – normalmente pequenas empresas e profissionais liberais – que adquire bens e serviços, mesmo com o intuito profissional. Fundamental é que, na hipótese, seja constatada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica deste consumidor profissional.[94] Em *leading case* sobre o tema,

---

os serviços mencionados e deles se valem aqueles titulares de forma não profissional, como destinatários finais fáticos e econômicos (teoria subjetiva), em especial situação de vulnerabilidade (o falecimento de amigo ou parente próximo). Anote-se não impedir a aplicação do CDC a natureza pública emprestada aos serviços funerários e cuidar-se aqui, como dito, de cemitério particular e não de cemitério público municipal, bem público de uso especial, sujeito não ao contrato, mas à outorga de concessão de uso pelo Poder Público, ato tipicamente administrativo. Dessarte, se incidente o CDC, os juros de mora devem limitar-se ao patamar de 2%, tal como imposto pelo § 1º do art. 52 daquele código, limitação aplicável tanto aos financiamentos diretos quanto aos indiretos, aí incluída a promessa de cessão de jazigos firmada pela recorrente" (REsp 1.090.044-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

93. A aplicação da tópica pode ser percebida como um retorno à filosofia de Aristóteles que distancia o direito da razão pura – da metafísica e das ciências naturais –, aproximando-o da razão prática, para atuar no mundo concreto, de forma dialética, com a utilização da retórica e a discussão dos problemas em um processo constante de criação de regras jurídicas pelo intérprete.

94. STJ. Informativo nº 0510, Período: 18 de dezembro de 2012. Terceira Turma. "DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO INTERMEDIÁRIO. VULNERABILIDADE. FINALISMO APROFUNDADO. Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor. A determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Todavia, a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada

a Ministra Nancy Andrighi bem explica que a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de um fornecedor de um lado e de uma parte vulnerável de outro. A vulnerabilidade não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou pelo valor do contrato em exame. Todos estes elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem; pela extremada necessidade do bem ou serviço, dentre outros fatores.[95,96,97]

da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando 'finalismo aprofundado'. Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Além disso, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora" (REsp 1.195.642-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13.11.2012).

95. STJ, REsp nº 476.428-SC, *DJ* 19.4.2005. No mesmo sentido, Informativo nº 0523 Período: 14 de agosto de 2013, Terceira Turma: "DIREITO DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE DO CDC AOS CONTRATOS DE ADMINISTRAÇÃO IMOBILIÁRIA. É possível a aplicação do CDC à relação entre proprietário de imóvel e a imobiliária contratada por ele para administrar o bem. Isso porque o proprietário do imóvel é, de fato, destinatário final fático e também econômico do serviço prestado. Revela-se, ainda, a presunção da sua vulnerabilidade, seja porque o contrato firmado é de adesão, seja porque é uma atividade complexa e especializada ou, ainda, porque os mercados se comportam de forma diferenciada e específica em cada lugar e período. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imóveis e a administradora; e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação. Nas duas situações, evidencia-se a destinação final econômica do serviço prestado ao contratante, devendo a relação jurídica estabelecida ser regida pelas disposições do diploma consumerista" (REsp 509.304-PR, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, j. em 16.5.2013).

96. Cláudia Lima Marques enfatiza que "se a todos considerarmos 'consumidores', a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não igual. A definição do art. 2 é a regra basilar do CDC e deve seguir seu princípio e sua ratio legis. É esta mesma ratio que inclui no CDC possibilidades de equiparação, de tratamento analógico e de expansão, mas não no princípio, sim na exceção, que exige prova 'in concreto' daquele que se diz em posição 'equiparada a de consumidor'... a regra é a exclusão ab initio do profissional da proteção do código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em virtude da vulnerabilidade do profissional, excluirá o contrato da aplicação das regras normais do direito comercial e aplicará as regras protetivas do CDC" (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 278-280).

97. STJ. Informativo nº 0530, Período: 20.11.2013. Quarta Turma: "Em uma relação contratual avençada com fornecedor de grande porte, uma sociedade empresária de pequeno porte não pode ser considerada vulnerável, de modo a ser equiparada à figura de consumidor (art. 29 do CDC), na hipótese em que o fornecedor não tenha violado quaisquer dos dispositivos previstos nos arts. 30 a 54 do CDC. De fato, o art. 29 do CDC dispõe que, "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Este dispositivo está inserido

Transcorridos 20 anos de vigência da Lei nº 8.078/90, constata-se o relevante papel do Código de Defesa do Consumidor para a própria renovação do direito privado, até então essencialmente patrimonialista. O macrossistema do Código Civil de 2002 dialoga com o microssistema do CDC em regime de coordenação, afinal os princípios básicos são semelhantes e a técnica das cláusulas gerais adotada pelo Código Reale alimenta a dialética para um tratamento ainda mais eficaz dos casos concretos.

A função do aplicador da lei é a de conciliar e compatibilizar as regras específicas dos dois códigos, porque ambos estão baseados nos mesmos princípios e são dotados do mesmo espírito de eticidade. Suas regras específicas não são mutuamente excludentes, mas convergentes. O CC de 2002 não esgota o trato das relações privadas; pelo contrário, ele estabelece normas comuns ao macrossistema de direito privado e é natural que conceitos – como os que envolvem os negócios jurídicos – fluam entre os vários microssistemas possíveis, e, embora a legislação consumerista seja mais específica em relação ao Código Civil, também é verdade que seus conceitos acabam por influenciar este último.[98]

Finalizando, metaforicamente, Cláudia Lima Marques sintetiza o modelo obrigacional *sui generis* como "semelhante a um edifício. O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e consumidores em suas relações obrigacionais. Já o CDC é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou mar e outras facilidades especiais. Na porta de cobertura só entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com os fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou com base do CDC, está o CC/2002, com seus princípios convergentes, sempre pronto a atuar subsidiariamente".[99]

2.2.3 Contratos empresariais

Da seara consumerista excluímos as relações contratuais em que o vínculo é determinado pela atividade empresarial de ambas as partes. No contexto do mercado, quando a *ratio* da relação é a busca de vantagem econômica pelos contratantes, urge destacar do direito do consumidor e do direito civil todos os contratos cuja razão de

nas disposições gerais do Capítulo V, referente às Práticas Comerciais, e faz menção também ao Capítulo VI, que trata da Proteção Contratual. Assim, para o reconhecimento da situação de vulnerabilidade, o que atrairia a incidência da equiparação prevista no art. 29, é necessária a constatação de violação a um dos dispositivos previstos no art. 30 a 54, dos Capítulos V e VI, do CDC. Nesse contexto, caso não tenha se verificado práticas abusivas na relação contratual examinada, a natural posição de inferioridade do destinatário de bens ou serviços não possibilita, por si só, o reconhecimento da vulnerabilidade" (REsp 567.192-SP, Rel. Min. Raul Araújo).

98. ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. IX, op. cit., p. 30-31.

99. MARQUES, Cláudia Lima. *Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, op. cit., p. 79.

ser é uma atividade voltada ao lucro. Vimos no item anterior a existência de relação de consumo apenas quando ocorre destinação final do produto ou serviço, mas não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade produtiva. A empresa só terá o rótulo de "consumidor" quando adquirir bens para uso pessoal ou privado, à margem de sua atividade empresarial própria.

A empresa celebra contratos com as mais diversas categorias de agentes econômicos: consumidores, Estado, trabalhadores e assim por diante. A compreensão de seu perfil contratual passa pela classificação desses acordos conforme o sujeito que com ela se relaciona. Fundamental é o *status* das partes. Os contratos interempresariais são aqueles celebrados entre empresas, em que somente empresas fazem parte da relação, pois ambos os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro. Nos contratos consumeristas, esta luta pelo lucro recai apenas sobre uma das partes (a empresa fornecedora); nos civis, pode inexistir (como no caso da doação) ou aparecer de forma esporádica e mitigada em um dos polos que se aproveitará economicamente do evento (*v.g.*, locação). Todavia, o moto da empresa é diverso daquele do proprietário de um imóvel que o aluga; enquanto toda a existência da primeira somente se justifica pelo fim lucrativo, o proprietário, embora deseje obter vantagem econômica do negócio, não tem nisto sua razão de ser.[100]

Surge então a necessidade de considerar os contratos mercantis como categorias unitárias e autônomas. Na busca por vetores de funcionamento dos contratos comerciais, Paula Forgioni[101] destaca diversas diretrizes, com ênfase nas seguintes: (a) *escopo de lucro* – a economicidade final dos comportamentos é a principal característica dos negócios mercantis. Todos os polos têm a sua atividade global voltada ao lucro, sendo o contrato oneroso um instrumento para atingir este fim maior; (b) *função econômica como norte do contrato* – 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 do direito empresarial, ser-lhes-á potencialmente vantajoso; (c) *custos de transação* – a empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens, em uma ponderação de custos; (d) *egoísmo do agente econômico* – a empresa perseguirá antes o seu próprio interesse do que aquele do parceiro comercial, pois atos de liberalidades são estranhos ao tráfego mercantil. O agente econômico é naturalmente egoísta, afinal ninguém cogita ou pode legitimamente imaginar que empresas "amem o próximo como a si mesmas". O egoísmo será tolerado pela ordem jurídica à medida que incrementar o tráfego, gerando benefícios para o fluxo de relações econômicas e levando ao desenvolvimento; (e) *agentes econômicos ativos e probos* – se no direito do consumidor a presunção é a vulnerabilidade de uma das partes, no direito comer-

100. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*, op. cit., p. 30-47.

101. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*, op. cit., p. 55-51. A autora elenca 28 diretrizes que aproximam os contratos comerciais entre si, "para que possamos compreender (i) as peculiaridades e o funcionamento dessa categoria autônoma de negócios jurídicos, bem como (ii) o impacto que causam na dinâmica do mercado, influenciando-a e sendo por ela influenciada" (op. cit., p. 56).

cial pressupomos que o agente econômico, de forma prudente e sensata, avaliou os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, vinculou-se. Esta "esperteza própria" do agente econômico não pode ser confundida com uma permissão de comportamento predatório e destrutivo, que há de ser repelido.

Ainda neste diapasão, não podemos olvidar um dado fundamental: a autonomia privada nos contratos interempresariais é mais ampla do que nos contratos puramente civis e, notadamente, alargada quando comparada aos contratos consumeristas. Em regra, os contratos civis e de consumo se prestam à aquisição de bens essenciais, vinculados à satisfação de interesses existenciais da pessoa humana. O mesmo não se acolhe dos contratos interempresariais, cuja vinculação se dá entre dois agentes econômicos que realizam atividades vocacionadas para obtenção do lucro. A eficácia dos direitos fundamentais em sede de contratação puramente mercantil será mitigada justamente pela inexistência de um sujeito vulnerável ou de bens jurídicos que demandem grave intervenção sobre a liberdade contratual das partes. Nesse passo, na 1ª Jornada de Direito Comercial, o Conselho de Justiça Federal aprovou o Enunciado 21: "Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais."

Ressalve-se, contudo, que a intervenção do ordenamento sobre um contrato interempresarial sempre será necessária quando se constatar a sujeição de uma das partes ao poder da outra, em situações manifestamente abusivas. Porém, a tutela deste contratante se dará dentro das normas do próprio direito empresarial – e não do direito do consumidor –, fato que se explica pela própria necessidade de preservação de um mercado saudável e de uma concorrência leal que certamente seriam ameaçados pela difusão de comportamentos contrários ao bom fluxo das relações econômicas.[102]

Aliás, em sede de contratos mercantis, são duas as formas de colaboração empresarial no escoamento de mercadorias. Na primeira, um dos empresários contratantes (o colaborador) compra, em circunstâncias especiais, a mercadoria fabricada ou comercializada pelo outro (o fornecedor) para revendê-la. Nesse grupo inserem-se os contratos de distribuição-intermediação e de concessão mercantil.[103] Tal primeira

102. Na 1ª Jornada de Direito Comercial, o Conselho de Justiça Federal aprovou o Enunciado 19: "Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade".

103. STJ. Informativo n. 0582. Período: 29 de abril a 12 de maio de 2016. Terceira Turma. VALIDADE DA CLÁUSULA DE 13º ALUGUEL EM CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. Não é abusiva a mera previsão contratual que estabelece a duplicação do valor do aluguel no mês de dezembro em contrato de locação de espaço em shopping center. De início, cabe ressaltar que o contrato de locação deve ser analisado com base no disposto no art. 54 da Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991), que admite a livre pactuação das cláusulas no contrato de locação de espaço em shopping center firmado entre lojistas e empreendedores, observadas as disposições da referida lei. O controle judicial das cláusulas contratuais constantes de contrato de locação de espaço em shopping center deve ser estabelecido a partir dos princípios reitores do sistema de Direito Empresarial, partindo-se, naturalmente, do disposto no art. 54 da Lei de Locações. O exercício da liberdade contratual exige responsabilidade quanto aos efeitos dos pactos celebrados. Assim, o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial,

modalidade de articulação de esforços empresariais realiza-se por intermediação, isto é, as partes do contrato de colaboração ocupam elos distintos da cadeia de circulação de mercadorias. Já na segunda forma de colaboração, os contratantes não realizam contrato de compra e venda mercantil; o colaborador busca empresários interessados em adquirir as mercadorias fabricadas ou comercializadas pelo fornecedor. Contratam a compra e venda os interessados localizados pelo colaborador e pelo fornecedor. É o caso dos contratos de mandato, comissão mercantil, agência, distribuição-aproximação e representação comercial autônoma.[104]

Até o presente momento tratamos dos contratos entre empresários e fornecedores ou utentes de bens serviços oferecidos, em relações de caráter operacional (venda de bens, prestação de serviços, financiamentos, locações e outros negócios cabíveis em razão do gênero da atividade). Porém, são também empresariais os contratos celebrados entre empresários em relações de cunho institucional ou associativo (criação de sociedades e formação de grupos econômicos), ou organizacional (definição da estrutura da empresa, de participações contratuais ou societárias e outras).[105]

De fato, temos ainda o contrato empresarial como instrumento jurídico de organização da empresa. É cediço que as sociedades são os clássicos instrumentos de organização jurídica da empresa. O Código Civil as trata como contratos (art. 981), cuja peculiaridade é a concorrência dos interesses dos contratantes, apresentando idêntico direcionamento, qual seja a consecução de objetivos comuns aos sócios. Neste agir cooperativo, os contratantes se obrigam a fornecer uma contribuição patrimonial, sob a forma de bens ou serviços, para que se viabilize a realização de uma atividade econômica. Há uma plurilateralidade, derivando do contrato de sociedade, que consiste em vínculos múltiplos e idênticos entre os contratantes.

Como elementos essenciais do contrato de sociedade, cinco devem ser elencados: (a) as partes contratantes são chamadas de sócios e correspondem aos sujeitos de direito que assumem o dever de contribuir e conjugar esforços; (b) o consentimento se apresenta sob a especial roupagem da *affectio societatis*, que subsiste enquanto os sócios entendem ser de seu interesse a manutenção do vínculo que os une; (c) o objeto social é a atividade-fim da sociedade, constituindo elemento fundamental de sua agregação; (d) há na sociedade o agrupamento de bens fornecidos pelos sócios e destinados à realização do objeto social, conformando o capital social; (e) a duração

observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. Ressalte-se que a autonomia privada, como bem delineado no Código Civil de 2002 (arts. 421 e 422) e já reconhecido na vigência do Código Civil de 1916, não constitui um princípio absoluto em nosso ordenamento jurídico, sendo relativizada, entre outros, pelos princípios da função social, da boa-fé objetiva e da prevalência do interesse público. Essa relativização resulta, conforme entendimento doutrinário, o reconhecimento de que os contratos, além do interesse das partes contratantes, devem atender também aos "fins últimos da ordem econômica". REsp 1.409.849-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 5/5/2016.

104. ULHOA, Fábio. *Curso de direito comercial*, v. 3, p. 93-94.

105. BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*, op. cit., p. 3.

do contrato de sociedade é bastante variável. Há sociedades efêmeras e outras de longa duração, que subsistem por anos, décadas ou séculos.[106]

Nada obstante, o movimento de expansão do fenômeno empresarial há muito desbordou o âmbito das sociedades. São inúmeras as relações jurídicas – a que se atribui natureza contratual, mas não societária – dedicadas à organização da empresa. Exemplificando, o contrato de consórcio, alguns contratos de mútuo oneroso em que o objeto do mútuo assume as características de capital de risco, o contrato de shopping center[107], o contrato de franquia, alguns contratos de distribuição etc. Temos, então, dentre a categoria dos contratos de empresa, um conjunto de contratos que se prestam a regrar relações e condutas dedicadas à organização de uma atividade empresarial coletiva.[108]

2.3 O contrato de adesão

"Antes de assinar um contrato, leia-o minuciosamente. Lembre-se de que as letras grandes dão e as miúdas tomam."

(H. Jackson Brown)

Há mais de 100 anos, precisamente em 1910, proclamava Carvalho Mendonça, "a despeito de todos os belos sonhos de igualdade jurídica, é preciso curvar-se à realidade dos fenômenos superiores da ordem social para confessar que, na maioria

106. BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil comentado*, op. cit., p. 984-985.

107. STJ. Informativo n. 0585. Período: 11 a 30 de junho de 2016. Quarta Turma. DIREITO EMPRESARIAL. LEGALIDADE DE CLÁUSULA DE RAIO EM CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. Em tese, não é abusiva a previsão, em normas gerais de empreendimento de *shopping center* ("estatuto"), da denominada "cláusula de raio", segundo a qual o locatário de um espaço comercial se obriga - perante o locador - a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância contado a partir de certo ponto do terreno do *shopping center*. Para o sucesso e viabilização econômica/administrativa do *shopping center*, os comerciantes vinculam-se a uma modalidade específica de contratação. Entre as diversas cláusulas extravagantes insertas no contrato de *shopping center* - a despeito da existência de severa discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica do ajuste, podendo ser considerado sociedade, locação, contrato coligado, misto, atípico, de adesão, entre outros -, há efetivo consenso de que todas servem para justificar e garantir o fim econômico almejado pelas partes. Nessa conjuntura, é possível citar, dentre essas disposições contratuais: *res sperata*, aluguel mínimo, aluguel percentual, aluguel dobrado no mês de dezembro, fiscalização da contabilidade, imutabilidade do ramo de negócio, impossibilidade de cessão ou sublocação e, também, a denominada "cláusula de raio", objeto do caso aqui analisado. De acordo com a "cláusula de raio", o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância daquele imóvel. REsp 1.535.727-RS, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 20/6/2016.

108. WARDE JR, Walfrido Jorge. *Considerações acerca dos contratos de empresa*, op. cit., p. 197-198. Explica o autor: "Tomemos como exemplo, o contrato de shopping center. A existência de (1) clientes comuns, (2) esforços comuns para atraí-los, (a) desenvolvimento de estratégias de marketing, (b) benfeitorias em instalações realizadas com recursos próprios do shopping e das contribuições condominiais prestadas pelos lojistas, (3) o compartilhamento do faturamento experimentado pelo lojista, à vista da frequente participação do shopping center – por meio do aluguel variável–, permitem certamente concluir pela existência de uma empresa coletiva exercida em conjunto por shopping e lojistas" (op. cit., p. 197-198).

dos contratos, uma das partes é mais poderosa que a outra, está em situação de outorgar favores que a outra somente recebe".[109]

Já se foi o tempo em que a autonomia privada era situada como *"espaço de imunidade"* dos particulares, no sentido de uma zona completamente subtraída do controle do ordenamento jurídico. O conceito clássico do contrato, fundado na condição de paridade entre sujeitos que definem o conteúdo normativo da regulação de seus interesses, há muito não guarda conexão com a realidade do mercado. Aliás, a intervenção do sistema nas relações negociais é uma óbvia demonstração da ficção da tendencial igualdade entre os parceiros contratuais, considerando-se a assimetria entre o poder empresarial e a posição dos sujeitos singulares, especialmente os consumidores.

A ruína dos pressupostos da concepção liberal oitocentista do princípio da autonomia privada é fruto de um modelo de sociedade marcado pela massificação das relações econômicas, cenário ideal para o estabelecimento de relações negociais pautadas pela desigualdade do poder negocial das partes, cujo principal instrumento contemporâneo de contratação é o *contrato de adesão*. A essência deste modo de contratar repousa na disparidade do poder negocial entre o predisponente e o aderente. Nas palavras de Enzo Roppo, "a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual de outra".

O surgimento da categoria do contrato de adesão é resultante do processo de *fragmentação* do conceito de contrato. Abandona-se a concepção monolítica do contrato em prol de paradigmas diversos, voltando-se a teoria contratual para o estabelecimento de critérios de diferenciação, de forma a compor adequadamente os princípios constitucionais. Esta tarefa exige do operador jurídico capacidade para lidar com diferenciações formuladas a partir de elementos externos à estrutura contratual, abstratamente considerada. Só assim se permitirá o ingresso da igualdade substancial no seio da teoria dos contratos. Esta mutação valorativa é elemento imprescindível na leitura dos contratos de adesão.[110]

Este fenômeno de fragmentação impacta substancialmente no raio de liberdade contratual, conforme o negócio jurídico tenha sido estipulado de forma *paritária*, por *adesão* ou seja uma relação de *consumo*. Cuida-se de divisão tricotômica no âmbito da autonomia privada – aplicável a qualquer espécie de contrato, seja ele típico ou atípico –, nitidamente perceptível pelas importantes normas dos arts. 424 do CC e 51 do CDC no que tange à extensão do poder de autorregulamentação do conteúdo contratual. Isto significa que o próprio ordenamento jurídico opera esta fragmentação, conformando a liberdade contratual a uma ou outra das três situações.

Em uma formulação sucinta, Ana Prata define o contrato de adesão, "como aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contraentes que o apresenta à

109. MENDONÇA, M. I. Carvalho de. *Contratos no direito civil brasileiro*, op. cit., p. 12.
110. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 306.

contraparte, não podendo esta discutir qualquer das suas cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato".[111-112]

Esse conceito evidencia os três atributos dos contratos de adesão: predisposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez.

De fato, um dos contratantes não possui a liberdade de estipulação do conteúdo das cláusulas, restando-lhe apenas a liberdade de aceitar ou não a contratação (*take it or leave it*). A qualificação de um contrato como paritário ou de adesão dependerá, portanto, da perquirição se o conteúdo das cláusulas pode ser atribuído a ambas as partes ou se nasceu de uma prévia imposição inegociável de um dos contraentes. Isto evidencia que os contratos de adesão não se distinguem dos modelos clássicos de contrato pelo seu tipo, mas pela sua forma.

Há uma sutil, porém vital, distinção entre as locuções "liberdade de *estipulação*" e "liberdade de *celebração*". Aquela é suprimida, mas esta, *a priori*, é preservada, pois, a par da impossibilidade de modelação do conteúdo, a parte pode pura e simplesmente renunciar à celebração do contrato. Excepcionam-se os chamados *contratos necessários*, em que ao contratante não resta naquele cenário outra opção a não ser contratar.[113] Vale a advertência de Georges Ripert: "Adesão não quer dizer consentimento. Consentir no contrato é debater as suas cláusulas com a outra parte depois duma luta mais ou menos dura, cuja convenção traduzirá as alternativas. Aderir é submeter-se ao contrato estabelecido e submeter-se a sua vontade protestando no íntimo contra a dura lei que lhe é imposta."[114]

Ainda assim será o contrato de adesão um negócio jurídico? A resposta é positiva. Só não será negócio jurídico se perseverarmos em seu conceito voluntarista, como declaração de vontade dirigida a um fim jurídico. Porém, se considerarmos o negócio jurídico como instrumento do tráfego jurídico, perceberemos que, mesmo com um "*mínimo de escolha* – porque limitada a liberdade de escolha do aderente – não se permitindo a ele alterar o conteúdo da oferta, remanesce a liberdade de aceitar ou não aceitar, em que o sujeito sempre atuará com a finalidade de satisfazer necessidades, desejos ou vontades pessoais".[115]

---

111. PRATA, Ana. *Contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 17.

112. Há um dissenso doutrinário no que tange à terminologia. Alguns autores optam pela expressão *contrato por adesão* ao invés de *contrato de adesão*. A razão seria o fato de não estar em causa o conteúdo do negócio (*v.g.* contrato de compra e venda; de locação), mas o seu modo de celebração.

113. Seria o caso do seguro obrigatório (DPVAT). Se o contratante quiser conduzir veículos necessariamente terá de contratar. A liberdade contratual se reduz a um mínimo: fica restrita a exercer ou não a atividade. Só deixaria de existir negócio jurídico no momento em que o exercício da própria atividade se tornasse obrigatório.

114. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações*, op. cit., p. 112.

115. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico* – plano da existência. Arremata o autor: "Por outro lado, a pessoa que apanha a mercadoria na prateleira e leva ao caixa, efetuando o pagamento, manifestou, sem dúvida, sua vontade de efetivar um contrato de compra e venda. O mesmo ocorre com a utilização de máquinas. Basta apenas que haja manifestação concludente da vontade de vender e comprar (Código Civil, art. 111). O fato de não haver declaração de vontade, mas simples manifestação, não transforma o ato jurídico em ato fato" (op. cit., p. 191-192).

Apesar de o contrato de adesão não ser objeto de discussão de seu conteúdo entre os intervenientes, por sua não flexibilidade, nada impede que a contratação seja precedida por um período pré-contratual de tratativas. A noção de contrato de adesão não é incompatível com as negociações preliminares. A particularidade em relação aos contratos paritários é que as tratativas não envolverão a discussão do conteúdo clausular, mas apenas um momento em que uma das partes convencerá a outra das vantagens da conclusão do contrato, cativando-o e demonstrando os benefícios do negócio em comparação a outros. É também neste período pré-contratual que o adquirente selecionará entre os bens e serviços que lhe são oferecidos aquele que mais lhe interessa.[116]

As cláusulas contratuais já foram elaboradas antes da negociação, mesmo que não escritas: isto é, podem ainda estar em um arquivo de computador ou na memória da pessoa do predisponente. Não importa, elas serão unilateralmente impostas. Não por outra razão que o ordenamento antecipa a configuração dos deveres anexos de informação, proteção e cooperação, já para esta fase inicial de contato social (art. 422, CC).

Mas, como bem observa Joaquim de Souza Ribeiro, a pré-formulação das cláusulas, por si só, nada diz de decisivo, pois não exclui a posterior abertura de um processo negocial. Nada obsta e é até normal, que as negociações incidam sobre um texto pré-redigido por uma das partes e apresentado à outra para apreciação. O que verdadeiramente conta é saber se essas cláusulas são propostas ou, pelo contrário, rigidamente predispostas, se elas são comunicadas para servir de base e ponto de partida ao processo dialógico de ajustamentos recíprocos ou se, na intenção de seu redator, representam os termos definitivos do contrato, os únicos em que ele se manifesta disposto a contratar.[117]

Em sede de predisposição de cláusulas, será o contrato considerado como de adesão, mesmo que produzido o conteúdo contratual por *terceiros*. Ora, se A aluga o seu imóvel a B, com base em um formulário adquirido em papelaria, obtendo a aquiescência de B sem qualquer discussão de conteúdo, haverá contrato de adesão. Nada obstante a autoria intelectual alheia, a unilateralidade remanesce, pois apenas uma das partes escolheu as cláusulas, sem ingerência da outra. O mesmo se diga quando os termos da avença são pactuados por advogado, tabelião, imobiliária ou associação empresarial, pois como observa Cláudia Lima Marques, "ao direito interessa a técnica de pré-elaboração unilateral e de simples opção de aceitação para o outro contraente e não a ideologia do elaborador".[118]

116. PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 99.

117. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos – estudos*, op. cit., p. 185. Segundo o doutrinador, "é frequente acontecer que nem todo o contrato seja de adesão, encontrando-se alguns pontos da sua disciplina prefixados, mas outros abertos à negociação. Nessa hipótese, só as cláusulas do primeiro tipo se regem pelas normas especiais referentes aos contratos de adesão, aplicando-se às restante o regime geral dos contratos", op. cit., p. 189-190.

118. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 68.

Em razão da centralidade do tema, pelo fato de o contrato de adesão cortar horizontalmente todos os setores da economia – alcançando qualquer forma de circulação de bens e prestação de serviços –, culminou o Código Civil por, de forma acanhada, dedicar tão somente dois dispositivos aos contratos de adesão, os arts. 423 e 424.

Ressaltamos a tibieza do Código Civil, pois a necessidade de um regime diferenciado para os contratos de adesão deriva da ausência de pressupostos materiais para a própria autodefesa pelo contratante de seus interesses particulares. Só isto já valeria uma postura mais substancial por parte do legislador. De acordo com Teresa Negreiros, o contrato de adesão é um símbolo da atuação que a ordem jurídica passa então a ter na declarada tentativa de impedir a realização de certos resultados tidos como indesejáveis, instituindo medidas compensadoras, orientadas para proteção do aderente.[119]

Enfatize-se que, antes da vigência do Código Civil, o CDC foi a primeira lei nacional a regular especificamente o contrato de adesão, definindo-o e fornecendo seu regime jurídico e método de interpretação. De acordo com o art. 54 da Lei nº 8.078/90, "Contrato de adesão é aqueles cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo."

Aliás, no diálogo de fontes, as normas gerais do CC podem ser utilizadas subsidiariamente pelo consumidor quando mais favoráveis que as do microssistema (art. 7º, CDC). Todavia, a recíproca não se aplica. Vale dizer, tendo o Código Civil silenciado sobre o conceito do contrato de adesão, descabe o recurso à definição emprestada pelo art. 54 do Código consumerista.

A coexistência do regime próprio dos contratos de adesão do Código Civil com o CDC denota haver um equívoco em supor que os contratos de adesão sejam específicos às relações de consumo. Apesar de o Código de Defesa do Consumidor, por excelência, constituir-se em sede de tais contratos, nada impede que, nas relações privadas, envolvendo empresários ou particulares, nasçam contratos de adesão sem que em um dos polos exista a figura do consumidor. Como observa Jacques Ghestin, "a proteção dos consumidores não se limita aos contratos de adesão e, reciprocamente, as cláusulas abusivas que figuram nestes contratos não interessam apenas aos consumidores".[120]

Neste sentido se coloca o Enunciado nº 171 do Conselho de Justiça Federal: "O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo."

Com a opção pela proteção do aderente civil ou consumidor, o sistema jurídico brasileiro demonstrou que a tutela legislativa não se dirige a um certo sujeito, mas

119. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 373.

120. Apud PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, op. cit., p. 395.

a uma específica forma de contratação. O aderente é merecedor de tutela especial nas relações privadas, pois há muito não subsiste o ideal romântico de atribuir ao domínio privado o atributo da igualdade plena entre os seus personagens. A realidade há muito já descolou do direito privado o espaço reservado aos "livres e iguais". Poucos são livres e muitos, desiguais. As mesmas situações de poder encetadas nas relações entre o Estado e os particulares são visualizadas no mundo dos civis. Se o Código de Defesa do Consumidor aflora como o espaço dos visivelmente assimétricos, o Código Civil culmina por normatizar relações entre absolutamente iguais (raramente) e relativamente desiguais (frequentemente).

O fenômeno dos contratos de adesão ocorre nas relações entre industrial e agricultor, instituição financeira e comerciante, banco e poupador, fabricante e distribuidor, franqueador e franqueado, concedente e concessionário, facturizador e facturizado, proprietário de *shopping center* e lojista, locador e locatário, dentre outras. O mesmo desequilíbrio que marca as relações entre empresários e consumidores se repete, em intensidade diversa, inclusive nos relacionamentos entre os próprios empresários, em que há quase sempre um parceiro capaz de determinar a sorte dos negócios.[121] Em qualquer destas relações jurídicas, o fato de se recusar ao aderente a liberdade de estipulação de cláusulas é motivo suficiente para uma intervenção mais drástica do legislador.

Enuncia Paulo Valério Dal Pai Moraes que os contratos civis e comerciais são realizados entre iguais, como entre os quase iguais. Esta (a realidade dos quase iguais) é uma nova figura real e concreta que, de forma massificada, irá identificar um grande número de contratos entre grandes empresários e pequenos empresários. Talvez se pudesse dizer, grosso modo, que o CDC é o diploma que, predominantemente, regula os relacionamentos entre os desiguais, enquanto o Código Civil, predominantemente, regula os relacionamentos entre os iguais e os quase iguais.[122]

É forçoso ainda reconhecer que tratar de contratos de adesão na órbita privada – contrato de adesão genérico – não implica automático reconhecimento de abusividade

121. JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos*: proteção contra cláusulas abusivas, op. cit., p. 428.

122. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do novo código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, op. cit., p. 109. Fernando Noronha também adverte que as cláusulas abusivas não são privativas do Direito do Consumidor, "ainda que tenham algumas especificidades e sejam especialmente perigosas no âmbito das relações de consumo" e posiciona-se abertamente "na defesa da linha que sustenta a possibilidade de não consumidores muitas vezes poderem ser incluídos na figura jurídica dos equiparados a consumidores, por aplicação do art. 29 do Código. Isso pode acontecer mesmo quanto a empresários, quando entram em negócios com empresas maiores que não sejam de consumo, desde que se encontrem em posição de especial vulnerabilidade. Esta é uma linha de interpretação do art. 29 que preserva os princípios fundamentais do Direito do Consumidor, salvaguardando em especial a distinção entre contratos interempresariais e os contratos de consumo, e eliminando o perigo de desvirtuar o código, como diploma essencialmente voltado para o consumidor, ao mesmo tempo em que permite remediar muitas situações de injustiça que resultam dos grandes desequilíbrios de forças que a realidade econômica mostra existirem nas relações interempresariais, deixando as empresas menores em posição de vulnerabilidade equiparável a dos consumidores" (no prefácio a obra de: JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos*: proteção contra cláusulas abusivas, p. 12).

de suas cláusulas, da mesma maneira que não seja tão improvável a presença de uma cláusula abusiva em um contrato completamente negociado entre o consumidor e o fornecedor. Elas podem surgir em qualquer formato de contratação.

Daí o acerto da redação do § 3º, do art. 63 do CPC/15: "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". O mérito do dispositivo consiste em explicitar que a nulidade da referida cláusula pode se dar em qualquer contrato, mesmo que paritário, sendo suficiente a sua abusividade. Ou seja, independentemente da forma de contratação – por adesão ou por negociação – fundamental é avaliar se, funcionalmente e concretamente, aquela cláusula dificultou o acesso à justiça de uma das partes.

Em sentido oposto, apesar do desequilíbrio de forças entre estipulante e aderente, um contrato de adesão civil ou empresarial pode ser equânime e não consubstanciar disposições iníquas. Várias cláusulas são unilateralmente predeterminadas apenas por fatores de racionalidade empresarial, sem desconsideração do interesse do parceiro contratual. Todavia, não se pode negar que a própria técnica unilateral de construção do contrato de adesão propicia a incidência frequente de cláusulas excessivamente desfavoráveis aos aderentes.[123]

O art. 423 do Código Civil reconhece a contratualidade da adesão, mesmo que seja privado o espaço de discussão de cláusulas pela existência de certo desequilíbrio entre os contratantes. Em virtude desse desequilíbrio prévio, caberá ao ordenamento uma intervenção mais drástica sobre os contratos dessa natureza, a fim de que a parte mais débil possa se relacionar com total intelecção da avença. Aduz Chaïm

123. STJ. **Informativo nº 0565. 7 de agosto de 2015. Segunda Seção. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DE FIANÇA EM CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO. É lícita cláusula em contrato de mútuo bancário que preveja expressamente que a fiança prestada prorroga-se automaticamente com a prorrogação do contrato principal.** No caso, a avença principal não envolvia relação contratual de consumo, pois cuidava-se de mútuo mediante o qual se obteve capital de **giro** para o exercício de atividade empresarial. Posto isso, esclareça-se que a prorrogação da fiança do contrato principal, a par de ser circunstância prevista em cláusula contratual – previsível no panorama contratual –, comporta ser solucionada adotando-se a mesma diretriz conferida para fiança em contrato de locação – antes mesmo da nova redação do art. 39 da Lei do Inquilinato dada pela Lei 12.112/2009 –, pois é a mesma matéria disciplinada pelo Código Civil. O contrato de mútuo bancário tem por característica ser, em regra, de adesão e de longa duração, mantendo a paridade entre as partes contratantes, vigendo e renovando-se periodicamente por longo período – constituindo o tempo elemento nuclear dessa modalidade de negócio. Além disso, não se admite, na fiança, interpretação extensiva de suas cláusulas, a fim de utilizar analogia para ampliar as obrigações do fiador ou a duração do contrato acessório, não o sendo a observância àquilo que foi expressamente pactuado, sendo certo que as causas específicas legais de extinção da fiança são taxativas. Esclareça-se que não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança. Nesse contexto, não há ilegalidade na previsão contratual expressa de que a fiança prorroga-se automaticamente com a prorrogação do contrato principal. Com efeito, como a fiança tem o propósito de transferir para o fiador o risco do inadimplemento, cumprindo dessa forma sua função de garantia, tendo o pacto previsto, em caso de prorrogação da avença principal, a sua prorrogação automática – sem que tenha havido notificação resilitória, novação, transação ou concessão de moratória –, não há falar em extinção da garantia pessoal. Ressalte-se que poderá o fiador, querendo, promover a notificação resilitória nos moldes do disposto no art. 835 do CC, a fim de se exonerar da fiança. **(REsp 1.253.411-CE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão,)**

Perleman que "o controle será mais severo quando uma das partes abusar de sua posição dominante em relação à outra: será esse o caso quando se tratar de um contrato de adesão".

Estatui o art. 423: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente." A norma cuida das modalidades de controle da formação do contrato de adesão. As suas cláusulas dúbias ou vacilantes serão interpretadas contra quem redigiu o contrato. Segundo Tepedino, Barboza e Moraes, enquanto a ambiguidade pressupõe duas interpretações possíveis no âmbito de uma mesma cláusula, a contrariedade é suscitada pela multiplicidade de interpretações decorrentes do conflito de cláusulas distintas. Qualquer obscuridade como as acima descritas volta-se contra o seu criador.[124]

Aceita-se o desequilíbrio prévio das partes, de sorte que se deve interpretar a favor de quem só pode aderir, como forma de reequilibrá-las. Fica evidente que se deve buscar manter o contrato, mas na forma menos prejudicial ou agressiva ao que não teve alternativa senão aderir, portanto, numa situação em que a lei toma como de inferioridade. Busca-se o reequilíbrio, a equitatividade, pois, no âmbito contratual, deve existir paridade de sacrifícios, nunca a submissão de uma parte à outra, para que seja viável o cumprimento da prestação e ocorra a liberação de quem deve prestá-la.[125]

Porém, deve o dispositivo em estudo ser sempre aferido em conjugação à norma geral de interpretação da boa-fé. No plano da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento do ordenamento jurídico, o art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. Isto amplia o conteúdo do contrato a interpretar que não se restringirá às cláusulas predispostas por uma das partes, alcançando ainda a conjuntura da oferta contratual, tal como as informações prestadas ao aderente. O magistrado não apelará a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente às convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida. Deverá aferir a celeuma conforme os costumes e o tráfego jurídico do local em que se estabeleceu o contrato.[126]

---

124. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*, v. II, op. cit., p. 28.

125. MELO, Diogo Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 230. O autor exemplifica a aplicação do art. 423 com cláusulas que "fazem previsão de cobertura de todos os riscos, mas, no final do mesmo formulário, fazem remissão a uma Convenção Internacional que limita a indenização e cobertura para mercadorias extraviadas (p. ex: Convenção de Varsóvia), deve se prestigiar aquela cláusula que beneficie o aderente, devendo o predisponente arcar com os prejuízos da estipulação contraditória de cláusulas" (op. cit., p. 230).

126. STJ. Informativo nº 500, de 18 a 29 de junho de 2012. Terceira Turma: "CONTRATO DE SEGURO. CLÁUSULA ABUSIVA. NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. A Turma decidiu que, uma vez reconhecida a falha no dever geral de informação, direito básico do consumidor previsto no art. 6º, III, do CDC, é inválida cláusula securitária que exclui da cobertura de indenização o furto simples ocorrido no estabelecimento comercial contratante. A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado (por arrombamento ou rompimento de obstáculo) exige, de plano, o conhecimento do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie – qualificado e simples – conhecimento que, em razão da vulnerabilidade do consumidor, presumidamente ele não possui, ensejando, por isso, o vício no dever de informar. A condição

É diferenciada a redação do art. 47 do CDC: "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Ou seja, nas relações entre os sensivelmente desiguais, a tutela ampla do vulnerável demandará critérios de interpretação mais elásticos, exclusivamente em benefício do consumidor. Já nas relações civis e empresariais, apenas no que alude às cláusulas contraditórias, há de se prestigiar especialmente o aderente.[127]

O art. 47 da Lei consumerista representa uma evolução em relação ao art. 423 do Código Civil, pois beneficiará todos os consumidores, em todos os contratos, de adesão ou individualmente negociados, em todas as cláusulas, mesmo as claras e não contraditórias. É da interpretação ativa do magistrado a favor do consumidor que virá a "clareza" da cláusula e que será estabelecido se ela, interpretada a favor do consumidor, é ou não contraditória com outras cláusulas do contrato.[128]

O art. 424 explicita o controle de conteúdo de contratos intercivis e interempresariais: "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". Esta diretriz distingue claramente os limites entre os contratos paritários clássicos, os contratos de adesão interprivados e os contratos de consumo. Tratando-se de contrato típico de adesão – em que não exista relação consumerista –, cujo regramento faculta ao aderente determinado direito, havendo discrepância entre o conteúdo concreto do negócio jurídico e a modelagem abstrata a ele emprestada por lei, prevalecerá esta última. Já nos contratos de consumo (sejam eles negociados ou por adesão), várias cláusulas serão aprioristicamente sancionadas pela invalidade, sobremaneira aquelas enunciadas no art. 51 do CDC, independente do contexto contratual em que estejam inseridas.

---

exigida para cobertura do sinistro – ocorrência de furto qualificado –, por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, para cuja conceituação o próprio meio técnico-jurídico encontra dificuldades, o que denota sua abusividade" (REsp 1.293.006-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 21.6.2012).

127. STJ. **Informativo nº 0564 Período: 15 a 30 de junho de 2015. Terceira Turma COBERTURA DE HOME CARE POR PLANO DE SAÚDE. No caso em que o serviço de *home care* (tratamento domiciliar) não constar expressamente do rol de coberturas previsto no contrato de plano de saúde, a operadora ainda assim é obrigada a custeá-lo em substituição à internação hospitalar contratualmente prevista, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera a despesa diária em hospital.** Isso porque o serviço de ***home care*** constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto, serviço este que, a propósito, não pode sequer ser limitado pela operadora do plano de saúde, conforme a Súmula 302 do STJ ("É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado"). Além do mais, nota-se que os contratos de planos de saúde, além de constituírem negócios jurídicos de consumo, estabelecem a sua regulamentação mediante cláusulas contratuais gerais, ocorrendo a sua aceitação por simples adesão pelo segurado. Nesse sentido, ainda que o serviço de ***home care*** não conste expressamente no rol de coberturas previstas no contrato do plano de saúde, havendo dúvida acerca das estipulações contratuais, deve preponderar a interpretação mais favorável ao consumidor, como aderente de um contrato de adesão, conforme, aliás, determinam o art. 47 do CDC ("As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor"), a doutrina e a jurisprudência do STJ em casos análogos ao aqui analisado. **REsp 1.378.707-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).**

128. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do consumidor*, op. cit., p. 578.

Por outro lado, será inválida cláusula inserida em contrato de adesão pela qual o aderente renuncia à proteção do art. 424 do Código Civil. Conforme o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, cuida-se de preceito de ordem pública. Uma cláusula que implica renúncia antecipada do aderente a um direito subjetivo será certamente lesiva a função social interna do contrato (art. 421, CC) e ao dever anexo de proteção (art. 422, CC), ínsitos a qualquer relação contratual.

Em denso estudo sobre o art. 424 do Código Civil, Cristiano Zanetti identifica a sentença situada na parte final do dispositivo, "direito resultante da natureza do negócio", com os elementos categoriais derrogáveis,[129] também qualificados como naturais, isto é, aqueles que normalmente compõem o quadro do negócio jurídico, mas que em princípio podem ser afastados pelas partes. A responsabilidade pela evicção, exemplificativamente, está diretamente ligada à categoria dos contratos onerosos, embora não lhes seja essencial. Assim, se, em um contrato negociado, as partes podem por cláusula expressa reduzir ou excluir a responsabilidade pela evicção (art. 449, CC), o mesmo não acontecerá em contratos de adesão quando os elementos categoriais confiram direitos ao aderente, face à sanção de invalidade prevista no artigo em comento.[130]

No mesmo sentido, podem ser identificados alguns direitos ligados ao sinalagma, considerados naturais a todos os negócios que sejam bilaterais. Como consequência, não se admite nos contratos por adesão a cláusula *solve et repete*, que implicaria renúncia do contratante ao direito de opor a exceção ao contrato não cumprido (art. 476, CC). No mesmo sentido, não se pode aceitar a renúncia à exceção de insegurídade, prevista no art. 477 do Código Civil.[131]

Para a Súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça, "Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção." Todavia, em nosso modo de ver, tratando-se de locação efetuada por contrato de adesão, a cláusula de renúncia a benfeitorias necessárias merecerá a sanção da invalidade, pois é da substância do contrato de locação residencial, pelo art. 35 da Lei nº 8.245/91, a indenização e o direito de retenção daquela classe de benfeitorias. Este, aliás, é o teor do Enunciado nº 423 do Conselho de Justiça Federal: "A

129. Antonio Junqueira de Azevedo comenta que "cada tipo de negócio tem elementos que lhe caracterizam a essência (essentialia negotii) e elementos que resultam de sua natureza, sem que, porém se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (naturalia negotti). Os primeiros são inderrogáveis, no sentido de que, se derrogados, já não teremos aquele negócio, enquanto os segundos são derrogáveis, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo" (*Negócio jurídico*, op. cit., p. 37-38).

130. ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo*, op. cit., p. 239-240.

131. ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo*. O autor entende que também é vedado em contratos bilaterais excluir "o direito de resolução pelo inadimplemento absoluto. Sua exclusão desequilibraria excessivamente o contrato, pois conferiria ao predisponente o direito de continuar a exigir a observância do pactuado, mesmo depois da execução da prestação por ele devida ter se tornado inútil para o devedor... Nos contratos concluídos por adesão também não é de se permitir a inserção de cláusulas que confiram ao predisponente o direito de alterar o conteúdo do contrato de modo unilateral" (op. cit., p. 248).

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."

No mesmo sentido, o Enunciado nº 364 do Conselho de Justiça Federal: "No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão."

A um primeiro olhar, poderá o estudioso estranhar a timidez do legislador civil em contraste com a amplitude das hipóteses de tutela de consumidores quanto às cláusulas que impossibilitem, exonerem, atenuem ou impliquem renúncia de novos direitos (art. 51, I, II, III, VI, XV e XVI, CDC).

A nosso sentir, não apenas na hipótese drástica de cláusulas abdicativas de direitos, mas quaisquer outras posições jurídicas que imputem ao aderente situação de desequilíbrio serão alvo de correção pelo princípio da boa-fé objetiva. A possibilidade de elaborar a totalidade do conteúdo negocial faculta a uma das partes a transferência de todos os riscos jurídicos do negócio para a parte aderente. Haverá antijuridicidade e ilicitude objetiva em qualquer atuação do estipulante ofensiva à cláusula geral do abuso do direito (art. 187, CC). Coíbe-se todo e qualquer exercício excessivo e desmedido de situações subjetivas que importe na aposição de cláusulas despidas de legitimidade, a ponto de ultrapassarem os limites éticos do ordenamento.

Neste diapasão, cite-se o Enunciado nº 172 do Conselho de Justiça Federal: "As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002."

É certo que a Constituição Federal não distingue de onde provém a agressão a direitos fundamentais, o que legitima o controle de conteúdo dos contratos privados, sobremaneira aqueles celebrados por adesão, nos quais é intensa a agressão de particulares em face de outros particulares. Um bom exemplo parte do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao tratar do controle de conteúdo de contrato de empréstimo bancário, em que familiares do mutuário, sem renda e bens, assumem altos riscos de responsabilidade. A corte entendeu que a prática levada a efeito pelo banco credor representa violação ao livre desenvolvimento da personalidade, não se podendo admitir que em contrato de adesão uma das partes prepondere a ponto de unilateralmente determinar o teor do contrato que causaria para a parte mais frágil os efeitos de uma determinação alheia. Isto é, firmou-se o entendimento de que, em uma paridade contratual perturbada, o juiz é obrigado a exercer um controle de conteúdo dos contratos com auxílio das cláusulas gerais do Código Civil, o que significa que a corresponsabilidade de familiares para dívidas bancárias de alto valor pode se mostrar ofensiva à boa-fé e aos bons costumes.[132]

132. Decisão extraída de Marcelo Schenke Duque. O novo modelo do direito privado brasileiro e os contratos, op. cit., p. 127-128. – BverfGE 89, 214, j. 19.10.1993. Destaque-se o seguinte fundamento: "Para os

Enfim, conjugando-se os arts. 423 e 424, parece-nos que o legislador concedeu especial atenção a dois momentos: a interpretação do contrato de adesão e a fiscalização sobre do seu conteúdo, prestigiando-se a equidade contratual. Para os contratos paritários, não há necessidade de preceitos específicos, sendo suficiente o recurso à licitude, às normas de ordem pública e às cláusulas gerais da boa-fé, da função social e dos bons costumes, tal qual prefixa o art. 187 do Código Civil.

Em sede de cláusula penal, Paulo Valério Dal Pai Moraes concede interessante exemplo: imaginemos um contrato de locação em *shopping center* por dois anos em que o primeiro ano deve ser todo pago antecipadamente. O proprietário da loja adquire uma doença grave no sexto mês, é obrigado a parar de trabalhar e, consequentemente, de seguir o negócio. Entretanto, existe uma disposição contratual que impede a devolução dos valores pagos antecipadamente, uma verdadeira cláusula de decaimento para um relacionamento civil. O princípio da dignidade da pessoa humana, da vulnerabilidade da boa-fé evidentemente atuarão neste caso concreto como razões de decidir, determinando a devolução dos valores antecipados, subtraídos os prejuízos eventualmente causados ao locador, ajustando, assim, os interesses, de modo a evitar o enriquecimento sem causa, o que trará harmonia, equidade e paz social. Este é o "direito concreto", operacional e com ética.[133]

Quando o consentimento do particular se manifestar como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica, o sistema intervirá de forma enérgica, operando no setor da invalidade. Destarte, aproveitando o exemplo do *shopping center*, o lojista apenas indenizará o incorporador pelos prejuízos efetivos que este demonstrar como decorrência do inadimplemento.

Doravante, será preciso afirmar a unidade do ordenamento e compatibilizar as normas relacionadas aos contratos de adesão com o Código de Defesa do Consumidor. O critério da vulnerabilidade, norteador da atuação do STJ, mais uma vez deverá servir para estabelecer os limites de incidência de ambos os diplomas. As normas do Código Civil destinam-se a regular relações estabelecidas entre contratantes paritários,

---

tribunais cíveis resulta disto o dever de, na interpretação e emprego de cláusulas gerais, prestar atenção a que contratos não sirvam de meio de determinações alheias. Se as partes contratuais estipularam uma regulação em si admissível, então regularmente irá economizar-se um controle de conteúdo amplo. Mas se o conteúdo do contrato para uma parte é invulgarmente agravante e, como compensação de interesses, manifestamente inadequado, então os tribunais não devem satisfazer-se com a afirmação: 'contrato é contrato'. Eles devem antes, clarificar se a regulação é uma consequência de poder de negociação estruturalmente desigual e, dado o caso, intervir corretivamente no quadro das cláusulas gerais do direito vigente. Como eles devem proceder nisto e a quais resultados devem chegar é, em primeiro lugar, uma questão do direito ordinário, ao qual a constituição deixa um espaço livre amplo. Uma infração contra a garantia jurídico-fundamental da autonomia privada, porém, entra então em consideração quando o problema da paridade contratual perturbada nem é sequer visto ou sua solução é tentada com meios imprestáveis" (op. cit., p. 129).

133. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do novo Código Civil*, op. cit., p. 110.

voltando-se as normas do Código de Defesa do Consumidor para a disciplina dos contratos de consumo e das práticas comerciais entre partes desigualmente situadas.[134]

De qualquer forma, na abalizada lição de Daniel Sarmento,[135] é importante destacar que os direitos fundamentais não vinculam diretamente apenas os chamados "poderes sociais" mas também os demais particulares, mesmo em casos de relações paritárias. De fato, mesmo em relações de tendencial igualdade, impõe-se uma proteção direta dos direitos fundamentais, sob pena de se proporcionar uma garantia incompleta à dignidade da pessoa humana.

Sendo inequívoca a complementaridade entre os dois diplomas – posto que o Código Civil não veio para colidir com o Código de Defesa do Consumidor e sim ampliar a incidência do solidarismo constitucional e a defesa da dignidade humana –, é saudável e forçoso se admitir o sincretismo de um sistema qualificado pela abertura e pela pluralidade. Destarte, sempre que cláusulas abusivas forem identificadas para além das relações de consumo, o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor servirá como saudável ferramenta de tutela a ser utilizada pelos particulares expostos às práticas referidas nos capítulos V e VI do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com Eliseu Jusefovicz, esses consumidores em *sentido lato* e por equiparação, adequadamente definidos como os contratantes que não podem ser tutelados com base no art. 2º do CDC, por não serem destinatários finais ou porque as relações não se caracterizam como de consumo, têm naquele dispositivo a oportunidade de serem albergados pela extensão da tutela. Este é um poderoso instrumento a ser invocado pelos consumidores equiparados a fim de combater as estipulações contratuais abusivas.[136]

O Superior Tribunal de Justiça adota o conceito subjetivo ou finalista de consumidor, restrito à pessoa física ou jurídica que adquire o produto no mercado a fim de consumi-lo: "Contudo, a teoria finalista pode ser abrandada a ponto de autorizar a aplicação das regras do CDC para resguardar, como consumidores (art. 2º daquele código), determinados profissionais (microempresas e empresários individuais) que adquirem o bem para usá-lo no exercício de sua profissão. Para tanto, há que demonstrar sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (hipossuficiência)" (Informativo nº 441, 6.8.2010, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp. 1.010.834/GO).

Mesmo que o particular não seja considerado um consumidor *stricto sensu* conforme orienta o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, a demonstração de sua situação de vulnerabilidade (técnica, jurídica ou econômica) no caso concreto será o fundamento para a intervenção das normas de ordem pública. A contratação padronizada pela via da adesão e a disparidade de poder negocial são fatores que

134. TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor: Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. V.

135. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 306-307.

136. JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos*: proteção contra cláusulas abusivas, p. 430.

auxiliam o magistrado a atestar o estado de vulnerabilidade. Cláudia Lima Marques conclui que, se assim for interpretado o art. 29, uma nova série de hipóteses passará a se incluir no campo de aplicação das normas dos Capítulos V e VI do CDC, permitindo uma tutela protetiva daquele profissional, consumidor equiparado, justamente no âmbito contratual, de forma a reequilibrar a relação e reprimir o uso abusivo do poder econômico.[137]

Esse diálogo converge para a produção de três opções:

- Nos contratos paritários civis e empresariais, eventual cláusula abusiva que desvirtue a justiça contratual será combatida pela anulação do negócio jurídico pela via da lesão (art. 157, CC).
- Nos contratos de adesão civis e empresariais em que for constatada a debilidade do aderente resultará a produção de norma de ordem pública que sanciona pela nulidade cláusulas penais que impliquem renúncia a direitos resultantes da natureza do negócio jurídico (art. 29, c/c art. 51, IV, CDC).
- Se a desvantagem exagerada decorre da concreta ponderação entre o excesso da pena e os danos efetivos que o credor sofreu ao tempo do inadimplemento, não será possível qualificar esta cláusula penal no rol das cláusulas abusivas, mesmo que haja relação de consumo. O momento do descumprimento está inserido no plano de eficácia do negócio jurídico. A relação de consumo se constituiu validamente, sendo defeso ao magistrado a declaração de uma suposta nulidade *a posteriori*. Nessa hipótese, deverá o consumidor/devedor pleitear em juízo a redução da cláusula penal manifestamente excessiva, na forma do art. 413 do Código Civil. Ou, então, o magistrado, oficiosamente, cuidará de moderar a pena equitativamente no âmbito de uma ação ajuizada pelo fornecedor/credor com a finalidade de exigir a pena em sua integralidade.

O contrato é simultaneamente instrumento de intercâmbio de bens e serviços e espaço de afirmação da pessoa humana; um local em que se edificam direitos fundamentais. Daí que toda interpretação do Código Civil que anseia por acatar os ditames constitucionais não pode excluir o influxo do microssistema do Código de Defesa do Consumidor em prol dos assimétricos nas relações civis e empresarias, pois, como lembra Gustavo Tepedino, só assim se caminhará para a superação de uma visão binária e dicotômica entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais, conferindo-se a máxima efetividade social ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor. Em uma palavra, os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que se pretende tutelar. [138]

137. MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 398.

138. TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor: Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. V.

2.4 As cláusulas contratuais gerais

"Se eu tivesse que começar tudo de novo, a única coisa que eu iria mudar era aprender a ler um contrato direito."

(Ozzy Osbourne)

2.4.1 Noções gerais

Em uma economia voltada à produção de bens e serviços em série a uma massa indeterminada de usuários, que pressupõe grandes investimentos, tecnologia e competitividade, há a premência da redução dos custos de negociação, com economia de tempo, de os meios e atividade que a celebração de contratos negociados demandaria. A dispersão das cláusulas contratuais é prejudicial à viabilidade de qualquer projeto e aos próprios padrões de negociação, que resultariam perigosamente fragmentados. Assim, é imperativo que se adote no plano negocial uma técnica de racionalização e estandardização da formação do contrato que corra linhas paralelas com essa realidade socioeconômica subjacente. Daí a pré-formulação pelo empresário de *cláusulas contratuais gerais*. Cláusulas que com um alcance geral e abstrato integrarão os futuros contratos, ficando em aberto a adesão de tantos quantos queiram contratar. Estas transações econômicas homogêneas não apenas resultam desta exigência de racionalização como também contribuem para o cálculo antecipado do custo de produção de bens e serviços que o empresário oferece.[139]

A relação entre o contrato de adesão e as cláusulas contratuais gerais é de gênero e espécie. A categoria dos contratos de adesão é mais ampla, sendo suficiente a constatação no caso concreto dos atributos da predisposição, da unilateralidade e da rigidez, seja em contratos individuais ou em contratos *standard*. Quer dizer, as cláusulas podem ser objeto de predisposição unilateral e sem margem de transação para apenas um contrato singularmente celebrado ou, então, predispostas para uma série de contratos inseridos em uma atividade tipicamente empresarial. Em síntese, ao processo formativo do contrato de adesão é suficiente a aceitação, sem negociação, de cláusulas prefixadas.

O dado particular das cláusulas contratuais gerais, como espécie de contrato de adesão, é a forma geral e abstrata da contratação, alcançando vasta gama de contraentes em inteiros setores do tráfego negocial. Além da predisposição, unilateralidade e da rigidez, as cláusulas contratuais gerais exibem os atributos da *generalidade* e da *abstração*.

A *generalidade* concerne à aplicação uniforme das cláusulas contratuais gerais. Elas são destinadas a um número multiplicado de contratos, a uma infinidade de operações de fornecimento de mercadorias e serviços e a uma generalidade de pessoas para serem aceitas em bloco, tornando-se eficazes à medida que são integradas, de modo uniforme, em dado contrato de adesão. Assim, só é possível compreender as cláusulas contratuais gerais se entendermos a sua dimensão coletiva. O dado

139. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contratos de adesão*, op. cit., p. 142.

Faculdade 7 de Fortaleza 339 Ceará

qualificador do fenômeno é a utilização reiterada das cláusulas em uma série de contratos que se projeta concluir.[140]

A *abstração*, a seu turno, implica a destinação das cláusulas contratuais gerais a um número indeterminado de utilizações, regulando uma série indefinida de relações jurídicas. Ao serem editadas, não regulam relações jurídicas particularizadas, pois quem as redige não pensa nos futuros casos concretos nem nas possíveis peculiaridades dos contratantes singulares. O vocábulo *indeterminação* merece enfoque apropriado. Eventualmente cláusulas contratuais gerais podem ser concebidas para uma pluralidade determinada de destinatários (10, 50 ou 1.000). Avulta na indeterminação o aspecto subjetivo, em que, a uma unidade do sujeito, de um dos lados da operação, contrapõe-se uma pluralidade de sujeitos, embora em série, do outro lado, seja no aspecto objetivo, de utilização de instrumentos contratuais também em série.

A contratação com suporte em cláusulas contratuais gerais é regra na sociedade de massas. Abstraia o leitor do método clássico de contratação por escrito e pense nas chamadas *condutas sociais típicas*, como o embarque em um ônibus ou a retirada de um produto de uma máquina automática. Contratos são celebrados com base em prévia oferta concretizada pelo fornecedor, seja por anexos, cartazes ou visualizadas na tela de um computador.

Por isto, como adequadamente explicita Joaquim de Sousa Ribeiro, contratos de adesão e contratos celebrados com base em cláusulas contratuais gerais não são conceitos sobrepostos. Os contratos de adesão formam uma categoria mais ampla, pois abrangem todos os casos de imposição unilateral de cláusulas prefixadas, mesmo que o tenham sido para modelar o conteúdo de uma única relação, não se destinando a uma aplicação generalizada.[141]

Há ainda uma segunda imprescindível distinção entre as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão que imbrica na própria definição da natureza jurídica daquele modelo negocial. Vale dizer: existem duas etapas consecutivas no processo de formação do contrato. A primeira é aquela da elaboração das cláusulas contratuais gerais, completamente abstraída dos contratos que porventura serão concluídos. A segunda concerne à celebração de cada contrato singular, em que se efetiva o contrato de adesão. Ou seja, são figuras autônomas, porém interdependentes. Sempre que cláusulas contratuais gerais são previamente elaboradas, necessariamente os múltiplos contratos que surgirão serão de adesão. Contudo, a recíproca não é válida, pois nem todo contrato de adesão é fruto de cláusulas contratuais gerais. Isto ocorrerá, conforme visto, quando carecerem as cláusulas unilateral, rígida e predisposta das características da generalidade e da abstração. Portanto, com propriedade, Paulo Luiz Netto Lôbo[142] assume que a relação existente entre as cláusulas gerais e o contrato de adesão é de conteúdo e continente, pois o contrato

140. MELO, Diogo Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 61.

141. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos* – estudos, op. cit., p. 187.

142. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais do contrato e cláusulas abusivas*, op. cit., p. 38.

de adesão é instrumento concretizador dos efeitos das cláusulas contratuais gerais, mas nem todo contrato de adesão é padronizado ou estandardizado.

Com estes breves esclarecimentos, já é factível se indagar acerca da natureza jurídica das cláusulas gerais de contratação. Certo é que difere da natureza jurídica do contrato de adesão. O contrato de adesão é negócio jurídico contratual concreto que adere às condições gerais. Ele só existe a partir do acordo que unifica a oferta ao público e a aceitação pelo aderente. O aderente não adere ao contrato de adesão, pois antes da adesão ainda não há contrato. Portanto, a sua validade e a sua eficácia são regidas pelas regras comuns do negócio jurídico aplicáveis aos contratos paritários, com as necessárias intervenções do ordenamento jurídico para compensar o desequilíbrio de poder negocial.

Em outro passo, as cláusulas contratuais gerais são concebidas para regular o contrato de adesão e, por isso, antecedem a oferta ao público, possuindo função distinta. As cláusulas gerais já são válidas e eficazes antes quando integradas aos contratos *in abstracto*, independente da sua aceitação ou da sua recusa em bloco pelo aderente A ou B. Destarte, com arrimo no entendimento de Diogo Machado de Melo, quando predispostas, as cláusulas contratuais gerais já existem juridicamente como negócio jurídico unilateral, passíveis mesmo de registro em órgãos competentes e até mesmo de um controle preventivo antes da inserção em qualquer contrato de adesão. Ademais, são válidas e eficazes, estando os destinatários, desde já, provocados à contratação, originando-se daí uma série de deveres laterais que, se descumpridos, poderão gerar a responsabilidade pré-contratual do predisponente. Daí o equívoco da visão contratualista do fenômeno das cláusulas gerais, sendo elas existentes, válidas e eficazes antes mesmo de se tornarem parte de um contrato de adesão.[143]

2.4.2 Controle do conteúdo das cláusulas contratuais gerais

"Vamos fazer um trato simples, claro, lógico
'Hey Mister', esse papo de trato sempre tem truta,
Assine aqui, me dê o sim
Confie em mim, 'I need you, I need you'
Negociação, a bolsa ou a vida."

(Blitz, *Trato simples*,
de Antônio Pedro e Evandro Mesquita)

O que caracteriza o negócio jurídico é o fato de ser uma manifestação de vontade qualificada por circunstâncias que fazem com que ele seja visto socialmente como

143. MELO, Diogo Machado de. *Cláusula contratuais gerais*, op. cit., p. 74-75. Complementa o autor em outra passagem: "também não podemos afirmar que, antes da integração ao contrato, a cláusula contratual geral terá natureza de negócio jurídico contratual, nem que, antes da formação do contrato de adesão, estes devem ser consideradas inexistentes juridicamente. Antes de estarem inseridas nos contratos, elas podem ser consideradas negócio jurídico unilateral", op. cit., p. 76.

dirigido à produção de efeitos jurídicos.[144] Enfatize-se assim a distinção entre dois momentos: o primeiro, o da oferta, enquanto não inserida em contrato individual: haverá negócio jurídico unilateral; o segundo, o da formação do contrato de adesão: negócio jurídico bilateral.

Esta caracterização temporal dos momentos de vida das cláusulas contratuais gerais é sumamente valiosa para fins de justificação do seu controle de conteúdo.

Inicialmente, é de ressaltar que as cláusulas contratuais gerais não foram objeto de expresso tratamento legislativo no Brasil. Podemos tangenciá-las quando do regramento dos contratos de adesão e das cláusulas abusivas.

Já sabemos que nem todo contrato de adesão é fruto de cláusulas contratuais gerais. Outrossim, nem todo contrato de adesão é um contrato de consumo, nem todo contrato de adesão contém cláusulas abusivas.

Porém, quando certo contrato de adesão resultar de cláusulas contratuais gerais, dotadas das características de abstração e generalidade, haverá o controle judicial em face das cláusulas consideradas abusivas. A patologia das cláusulas contratuais gerais é a cláusula abusiva. O controle judicial oscilará conforme o contrato de adesão seja um contrato de consumo ou um contrato intercivil ou interempresarial.

Nas relações consumeristas, o controle do conteúdo das cláusulas contratuais gerais se radica nos arts. 51 e 53.

O art. 51 do CDC cuida de um sujeito de direitos especialmente beneficiado, sancionando pela nulidade as cláusulas tidas como abusivas em face do consumidor, com um detalhe: o CDC se refere a cláusulas abusivas, seja em contratos de adesão ou em contratos paritários de consumo (negociados). Trata-se de uma lista exemplificativa de 16 incisos, contendo uma cláusula geral (inciso IV) – de caráter residual e genérico para as situações que não se acomodem nos demais incisos – estabelecendo como inválidas as cláusulas que contenham "obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade". Trata-se de controle judicial *ex officio*, nas hipóteses em que a nulidade não for suscitada pelo consumidor, pelas entidades protetivas ou pelo Ministério Público.

Neste diapasão, despropositada a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça: "nos contratos bancários é vedado ao julgador conhecer, de ofício, a abusividade das cláusulas". Pensar que os julgadores encontram-se impedidos de analisar cláusulas de contratos bancários de ofício em favor do consumidor significa inutilizar a própria essência do CDC e do direito fundamental à proteção ao consumidor, insculpido no art. 5º, XXXII, da CF. E mais: afronta a própria ideia de isonomia, uma vez que, de acordo com a Súmula, o consumidor não terá a especial proteção empreendida pelos julgadores nos contratos firmados com bancos, mas terá nos demais.

144. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 124.

A outro giro, nas relações privadas, não havendo a extrema assimetria dos contratos de adesão entre consumidores e fornecedores, o controle das cláusulas contratuais gerais será conferido pelo 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." A norma civil é específica para os contratos de adesão, não se estendendo aos contratos paritários, nos quais há maior espaço para o exercício da autonomia privada.

É evidente que a normativa civil não colide com os arts. 51 e 53 do CDC, pois devidamente apartados pela Constituição Federal os campos de incidência de cada sistema. O art. 5º, inciso XXXII, preceitua que "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do Consumidor".

Desta maneira, em contratos de adesão intercivis (*v.g.* locação) ou interempresariais (*v. g.*, franquia, distribuição, faturização), em que houver cláusulas contratuais gerais, na eventualidade de sua abusividade, surgirá o controle judicial e, tal qual se anuncia para as relações de consumo, sancionadas as cláusulas pela nulidade.[145] Mas, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV), o Código Civil não trouxe uma norma genérica apta a disciplinar de maneira ampla a proteção dos privados diante de cláusulas contratuais gerais abusivas.

De qualquer forma, cremos que o sistema civil possui amplo repositório hábil a efetuar a tutela, *a posteriori*, de contratantes submetidos a cláusulas abusivas. Para Diogo Machado de Melo, uma cláusula como tal será considerada quando, "ainda que abstratamente predisposta, seja tendente a criar direitos e deveres considerados iníquos, desproporcionais, que promova desvantagem exagerada a uma das partes, sendo incompatível com os princípios da boa-fé, do equilíbrio e da função social dos contratos".[146]

Destarte, a resposta se encontra nos arts. 113, 421 e 422 do Código Civil. Quer dizer, embora o art. 424 do Código Civil cuide de específica situação de desequilíbrio negocial – cláusula de renúncia antecipada a direito do aderente –, os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual impedirão que uma das partes queira prevalecer o seu poder material sobre a outra em contratos de adesão civis e empresariais.

Lembre-se que no CDC é presumida a abusividade das cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Esta proposição é inerente à própria presunção de vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC) como destinatário final do produto ou serviço. Em contrapartida, no sistema do Código Civil, caberá ao contratante – civil ou empresário – o ônus de demonstrar o teor abusivo da cláusula contratual geral.

145. Neste diapasão, cite-se o Enunciado nº 172 do Conselho de Justiça Federal: "As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002."

146. MELO, Diogo Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 146.

Outrossim, há a possibilidade de reequilíbrio contratual *a posteriori* nas relações de consumo como alternativa à invalidade do negócio jurídico. Prevê o art. 6º, inciso V, do CDC, "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais". No Código Civil, ao contrário do que sucede com a lesão e a onerosidade excessiva – dotadas de dispositivos específicos de conservação do contrato (arts. 157, 317 e 479) –, não há espaço para a adaptação da cláusula contratual geral abusiva aos limites do art. 424 do Código Civil.

Contudo, o princípio da conservação do negócio jurídico se alinha à diretriz da operabilidade e da concepção da obrigação como processo polarizado ao adimplemento das obrigações. É legítimo, assim, que o aderente pretenda a manutenção do contrato em bases equitativas, propugnando o juiz pela definição do ajuste em novas bases, sendo vedado ao magistrado oficiosamente substituir a invalidação pela modificação, caso não tenha havido iniciativa do particular. Poderá o aderente optar por não pleitear a nulidade do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à modificação judicial do contrato por meio da redução do proveito do predisponente ou do complemento do preço. O Enunciado nº 367 do Conselho de Justiça Federal trata de matéria de conteúdo análogo para hipótese de teoria da imprevisão: "Art. 479. Em observância ao princípio da conservação 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."

Outra observação: nas relações intercivis e interempresariais, mesmo se tratando de contratos estandardizados, o juiz só decretará a invalidade de determinada cláusula contratual após exame da concreta relação jurídica posta em discussão. De acordo com o quadro negocial e as especificidades a ele relativas, o magistrado operará uma valoração dos efeitos jurídicos e patrimoniais da incidência da cláusula em determinado contexto. Afinal, como esclarece Paulo Lôbo, a nulidade "não decorre de ilicitude, mas de desconformidade com a justiça contratual".[147]

Enquanto no CDC a proteção a um sujeito especial demanda a nulidade de pleno direito de cláusulas abusivas, no Código Civil há a necessidade de perquirir se há relação de proporcionalidade entre o afastamento de determinado direito dispositivo do aderente e alguma vantagem eventualmente obtida por ele em algum outro setor deste contrato. O recurso ao princípio da boa-fé requer esta perspectiva concretizadora. Nesta seara, aduz Ana Prata que, tomando como exemplo uma cláusula que limite o prazo para o exercício de um direito, em tese seria de se afirmar que só seria proibida se limitasse prazo para o aderente, mas autorizada se a limitação de prazo corresse contra o predisponente. Na verdade, "só a sua consideração no concreto quadro contratual em que se incluem e em que vão ser aplicadas permite a conclusão acerca de sua admissibilidade, face às normas proibitivas".[148]

147. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais do contrato e cláusulas abusivas*, op. cit., p. 5.

148. PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 131, prossegue a autora, "na verdade, como saber, sem considerar o concreto contrato, por exemplo, se uma cláusula penal é desproporcionada

Aliás, a abusividade de uma cláusula não será jamais um puro silogismo derivado da existência de sujeito vulnerável em uma relação consumerista. Apesar de toda proteção concedida pelo ordenamento jurídico a certas categorias objetivamente assimétricas, decisiva será a interpretação de cada contrato sob o ângulo da razoabilidade *in concreto* de suas cláusulas. A final, se de um lado se coloca a pessoa hipossuficiente, de outro, cumpre evidenciar se a luz da ordem econômica os parâmetros das clausulas é condizente com o normal funcionamento do mercado.[149]

De tudo quanto tratamos até agora, apenas se abordou o controle judicial restrito aos casos concretos. Ele é incidental, verificado *a posteriori*, dotado de restrita eficácia *inter partes*. Trata-se de gestão deficiente do sistema, pois um número reduzido de aderentes provoca o judiciário, sendo o resultado destas demandas inócuo para a solução de uma multiplicidade de eventos lesivos semelhantes, resultantes da

---

relativamente aos danos a ressarcir?; que o pré-aviso é insuficiente a compensação adequada à contraparte?; que a cláusula de escolha de foro envolve vários inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra a justifiquem?; que o prazo de vigência do contrato é excessivo?; que o direito de resolução previsto não tem motivo justificativo?" (op. cit., p. 127-128).

149. STJ. **Informativo nº 0551 Período: 3 de dezembro de 2014. Terceira Turma REAJUSTE DE MENSALIDADE DE SEGURO-SAÚDE EM RAZÃO DE ALTERAÇÃO DE FAIXA ETÁRIA DO SEGURADO. É válida a cláusula, prevista em contrato de seguro-saúde, que autoriza o aumento das mensalidades do seguro quando o usuário completar sessenta anos de idade, desde que haja respeito aos limites e requisitos estabelecidos na Lei 9.656/1998 e, ainda, que não se apliquem índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.** Realmente, sabe-se que, quanto mais avançada a idade do segurado, independentemente de ser ele enquadrado ou não como idoso, maior será seu risco subjetivo, pois normalmente a pessoa de mais idade necessita de serviços de assistência médica com maior frequência do que a que se encontra em uma faixa **etária** menor. Trata-se de uma constatação natural, de um fato que se observa na vida e que pode ser cientificamente confirmado. Por isso mesmo, os contratos de seguro-saúde normalmente trazem cláusula prevendo reajuste em função do aumento da idade do segurado, tendo em vista que os valores cobrados a título de prêmio devem ser proporcionais ao grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. Nesse passo, não é possível extrair-se do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso uma interpretação que repute, abstratamente, abusivo todo e qualquer reajuste que se baseie em mudança de faixa **etária**, mas tão somente o aumento discriminante, desarrazoado, que, em concreto, traduza verdadeiro fator de discriminação do idoso, por visar dificultar ou impedir a permanência dele no seguro-saúde; prática, aliás, que constitui verdadeiro abuso de direito e violação ao princípio da igualdade e divorcia-se da boa-fé contratual. Ressalte-se que o referido vício – aumento desarrazoado – caracteriza-se pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado. Situação que se torna perceptível, sobretudo, pela demasiada majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, quando comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Igualmente, na hipótese em que o segurador se aproveita do advento da idade do segurado para não só cobrir despesas ou riscos maiores, mas também para aumentar os lucros há, sim, reajuste abusivo e ofensa às disposições do CDC. Além disso, os custos pela maior utilização dos serviços de saúde pelos idosos não podem ser diluídos entre os participantes mais jovens do grupo segurado, uma vez que, com isso, os demais segurados iriam, naturalmente, reduzir as possibilidades de seu seguro-saúde ou rescindi-lo, ante o aumento da despesa imposta. Nessa linha intelectiva, não se pode desamparar uns, os mais jovens e suas famílias, para pretensamente evitar a sobrecarga de preço para os idosos. Destaque-se que não se está autorizando a oneração de uma pessoa pelo simples fato de ser idosa; mas, sim, por demandar mais do serviço ofertado. Nesse sentido, considerando-se que os aumentos dos seguros-saúde visam cobrir a maior demanda, não se pode falar em discriminação, que somente existiria na hipótese de o aumento decorrer, pura e simplesmente, do advento da idade. Portanto, excetuando-se as situações de abuso, a norma inserida na cláusula em análise – que autoriza o aumento das mensalidades do seguro em razão de o usuário completar sessenta anos de idade – não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação negativa, no sentido do injusto. **REsp 1.381.606-DF, Rel. para acórdão Min. João Otávio De Noronha.**

aplicação indiscriminada de cláusulas contratuais gerais pelo mesmo predisponente, de forma abstrata e generalizada.

Muito mais efetivo é o controle abstrato e preventivo realizado pelos Tribunais. Este controle é levado a efeito em momento anterior à anexação das cláusulas contratuais gerais a qualquer contrato isolado de adesão. Daí ter o controle abstrato a finalidade precípua de, por meio de ações coletivas propostas por entes legitimados, dissuadir predisponentes de filiar a uma série potencial de contratos qualquer cláusula com teor abusivo, suprimindo-a do tráfego jurídico.

Anote-se que, com o veto do presidente da república a artigos do projeto do CDC, extirpou-se a possibilidade de controle administrativo geral, abstrato e preventivo no corpo da Lei nº 8.078/90, restando apenas o controle judicial dos contratos de consumo. Malgrado o veto, cremos que, pela via do instrumento constitucional do inquérito civil público,[150] poderá o Ministério Público agir extrajudicial e abstratamente na tutela de acautelatória de conflitos consumeristas.

A par dessa polêmica, o Ministério Público, na qualidade de órgão legitimado para propor a ação de controle abstrato das cláusulas abusivas, poderá ingressar em juízo, na forma do art. 51, § 4º, do CDC[151] – ou pela via da ação coletiva prevista no art. 82 da mesma lei e da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) –, que com eficácia *erga omnes* permite que o controle das cláusulas contratuais gerais extrapole interesses individuais de um ou outro lesado para influenciar a própria organização jurídica da atividade econômica do predisponente, pela proibição da inserção de determinadas cláusulas em futuros contratos, tutelando, assim, uma coletividade indeterminável de aderentes, que ainda não tenham contraído obrigações com o fornecedor.[152]

150. Art. 129, III, CF: "São funções institucionais do Ministério Público: Promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos."

151. "É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para a declaração de nulidade da cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes".

152. STJ. Informativo nº 0547, Período: 8 de outubro de 2014. Quarta Turma. "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, COLETIVOS E DIFUSOS POR UMA MESMA AÇÃO COLETIVA. Em uma mesma ação coletiva, podem ser discutidos os interesses dos consumidores que possam ter tido tratamento de saúde embaraçado com base em determinada cláusula de contrato de plano de saúde, a ilegalidade em abstrato dessa cláusula e a necessidade de sua alteração em consideração a futuros consumidores do plano de saúde. O CDC expõe as diversas categorias de direitos tuteláveis pela via coletiva. Com efeito, as tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques – ou seja, não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação, uma tutela de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma tutela de direitos difusos, notadamente em ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Sendo verdadeiro que um determinado direito não pertence, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica afirmar que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer. Nesse sentido, tanto em relação aos direitos individuais homogêneos quanto aos coletivos, há – ou, no mínimo, pode haver – uma relação jurídica comum subjacente. Nos direitos coletivos, todavia, a violação do direito do grupo decorre diretamente dessa relação jurídica base, ao passo que nos individuais homogêneos a relação jurídica comum é somente o cenário remoto da violação a direitos, a qual resulta de uma situação fática apenas conexa com

A legitimidade do *parquet* para a tutela de interesses sociais e individuais indisponíveis é referendada no art. 127, *caput*, da Constituição Federal. Em nível infraconstitucional, é confirmada pelos arts. 5 e 21 da Lei nº 7.347/85 (ACP) e arts. 81, 82 e 90 da Lei nº 8.078/90 (CDC). Na tutela judicial de interesses metaindividuais é o Ministério Público legitimado autônomo para a condução do processo. Cuida-se de legitimação de natureza ordinária na qual o *parquet* atua em nome próprio, preenchendo capacidade postulatória ao defender o seu interesse.[153]

O Ministério Público é legitimado para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, através de ação civil pública. Malgrado o art. 129, III da Constituição Federal apenas enfatize a promoção de ação civil pública em tutela de interesses difusos e coletivos, sem referir a atuação em prol de interesses individuais homogêneos, podemos localizar na locução "interesses sociais", do *caput* do art. 127, a sustentação da Carta Constitucional à proteção dos direitos decorrentes de origem comum. O fundamento interventivo do Promotor de Justiça nas ações coletivas é a defesa direta dos interesses sociais, sem se cogitar da natureza destes direitos.[154]

Em reforço, não há de se olvidar a norma de encerramento do art. 129, IX, autorizando o Ministério Público a exercer outras funções, quando compatíveis com a sua finalidade (quais sejam, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis). Assim, quando o CDC preconiza nos arts. 81 e 83 a tutela molecular de tais direitos, mira o direito fundamental de acesso à Justiça, evitando demandas atomizadas que acarretariam decisões contraditórias

a relação jurídica base antes estabelecida. Assim, eventual negativa indevida do plano de saúde pode gerar danos individuais, concretamente identificáveis em posterior liquidação. Mas essa recusa é antecedida por uma relação jurídica comum a todos os contratantes, que podem ou não vir a sofrer danos pela prática abusiva. A mencionada relação jurídica base consiste exatamente no contrato de prestação de serviços de saúde firmado entre uma coletividade de consumidores e a administradora do plano, razão pela qual se pode vislumbrar o direito coletivo, e não exclusivamente um direito individual homogêneo. Vale dizer, portanto, que há uma obrigação nova de indenizar eventuais danos individuais resultantes da recusa indevida em custear tratamentos médicos (direitos individuais homogêneos), mas também há outra, de abstrata ilegalidade da cláusula contratual padrão, e que atinge o grupo de contratantes de forma idêntica e, portanto, indivisível (direitos coletivos em sentido estrito). Por outra ótica, eventual ajuste da cláusula ilegal refere-se a interesses de uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, traço apto a identificar a pretensão como uma tutela de interesses difusos" (REsp 1.293.606-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2.9.2014).

153. É corrente o entendimento doutrinário inserindo o MP como substituto processual ao propor a ACP. Contudo, seguindo os passos de Antonio Cláudio da Costa Machado, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Luiz Roldão de Freitas Gomes, temos o MP como o próprio Estado em ação zelando pelo interesse coletivo: "é condutor autônomo do processo, tendo atribuição para propô-lo sempre que haja risco ou dano efetivo à coletividade" (FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. *A legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos na falência*, op. cit., p. 432).

154. Luiz Cláudio Carvalho de Almeida pontua que "a consagração de um direito sem a criação de mecanismos correlatos que permitam a sua tutela equivale à negação do próprio direito", cuida-se de "uma visão jurisprudencial que ainda rejeita a máxima utilização dos mecanismos legais existentes sem ter a sensibilidade de que em algumas situações, tal restrição importa a impossibilidade de acesso à justiça" (*A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor*, op. cit., p. 279).

em lides dotadas de fundamentos idênticos.[155] Não se olvide que este controle preventivo encontra amparo no art. 5º, XXX, da Constituição Federal, afinal a lei não pode excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

A ordem constitucional erigiu um autêntico "concurso de ações" entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais, legitimando o Ministério Público para o manejo destes. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do Ministério Público para a ação popular, a ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo. Em consequência, legitima-se o *parquet* para toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob os ângulos material ou imaterial.

Nas ações que versam acerca de interesses individuais homogêneos, estes participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está no fato de que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.[156] Assim, em um contrato de adesão, com uma cláusula abusiva, a ação civil pública que visa à anulação dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado.[157]

No mesmo sentido, desfrutam de legitimidade ativa para ajuizamento de ações civis as associações de defesa de consumidores, os órgãos da administração pública e PROCONs, para a defesa de interesses coletivos e difusos (arts. 81 e 82, CDC), como

155. Não se olvide ainda a densa jurisprudência limitativa à legitimidade ministerial no campo das ações individuais homogêneas apenas em sede de lides consumeristas, em respeito ao texto do CDC. Não podemos endossar tal exegese restritiva, pois, como bem pondera Pedro Rui da Fontoura Porto, "tal orientação, com a devida vênia, desconsidera que o CDC e a Lei 7.347/85, formam, em conjunto, um microssistema de direito processual coletivo, que transcende a temática substancial do direito do consumidor. Em realidade, o novo sistema, que conecta reciprocamente CDC e LACP, endereça-se a todas as ações coletivas e, pretendendo a tutela de interesses sociais, deve te ruma interpretação ampliativa, com o que se atende ao princípio da otimização do texto constitucional. Assim, é interpretação desarrazoada ao sistema jurídico brasileiro, aquela que restringe a tutela de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, exclusivamente, às causas que versarem sobre matéria consumeirista" (*Direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 241).

156. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supraindividual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.

157. Vale citar a lição de Hugo Nigro Mazzilli: "Exemplifiquemos com uma ação coletiva que vise à nulificação de cláusula abusiva em contrato de adesão. No caso, a sentença de procedência não via conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo lesado de forma não quantificável e, portanto, indivisível: a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um: a ilegalidade será igual para todos eles (interesse coletivo, em sentido estrito" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52-53).

na defesa de interesses individuais homogêneos (art. 100, CDC). Quanto a Defensoria Pública, por seu perfil funcionalizado a tutela dos necessitados, poderá atual coletivamente apenas em prol desse grupo de lesados (art. 185, CPC/15)[158] Alguns órgãos, inclusive, poderão exercer controle administrativo das cláusulas contratuais gerais, pela via da fiscalização e da regulamentação, tal como as agências reguladoras) o BACEN, a SUSEP, a Secretária de Defesa Econômica e os próprios PROCONs).[159]

158. STJ. Informativo nº 0541, Período: 11 de junho de 2014. Quarta Turma. "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA EM AÇÕES COLETIVAS EM SENTIDO ESTRITO. A Defensoria Pública não possui legitimidade extraordinária para ajuizar ação coletiva em favor de consumidores de determinado plano de saúde particular que, em razão da mudança de faixa etária, teriam sofrido reajustes abusivos em seus contratos. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, 'é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV'. Assim, a Defensoria Pública é vertida na prestação de assistência jurídica ao necessitado que comprovar 'insuficiência de recursos' (CF, art. 5º, LXXIV), isto é, aquele que, sem prejuízo da sua subsistência, não possuir meios de arcar com as despesas atinentes aos serviços jurídicos de que precisa – contratação de advogado e despesas processuais. Verifica-se que o legislador infraconstitucional, por meio da LC 80/1994 – responsável por organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescrever normas gerais para sua organização nos Estados – também vincula a atuação da instituição em comento à defesa em prol dos necessitados. Portanto, diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica, devendo todos os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro, inclusive no tocante aos processos coletivos, restringindo, assim, a legitimidade ativa dessa instituição para atender efetivamente as suas funções institucionais conferidas pela CF. Diante disso, conforme entendimento doutrinário, a Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que, no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla, bastando, para tanto, que beneficie grupo de pessoas necessitadas, haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas, e, mesmo que indiretamente venham a ser alcançadas pessoas que tenham 'suficiência' de recursos, isso, por si só, não irá elidir essa legitimação. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. Posto isso, deve-se considerar que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado, a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que, ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada, acabou como em condições de arcar com as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado. Assim, o grupo em questão não é apto a conferir legitimidade ativa adequada à Defensoria Pública, para fins de ajuizamento de ação civil" (REsp 1.192.577-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15.5.2014).

159. STJ: **Informativo nº 0566 Período: 8 a 20 de agosto de 2015. Segunda Turma. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E APLICAÇÃO DE SANÇÕES PELO PROCON. O Procon pode, por meio da interpretação de cláusulas contratuais consumeristas, aferir sua abusividade, aplicando eventual sanção administrativa.** A alínea "c" do inciso II do art. 4º do CDC legitima a presença plural do Estado no mercado, tanto por meio de órgãos da Administração Pública voltados à defesa do consumidor (tais como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, os **Procons** estaduais e municipais), quanto por meio de órgãos clássicos (Defensorias Públicas do Estado e da União, Ministério Público estadual e federal, delegacias de polícia especializada, agências e autarquias fiscalizadoras, entre outros).O art. 22, por sua vez, elucida que: "Será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular ou utilizar-se de cláusula abusiva, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo [...]". Assim, se não pudesse o **Procon** perquirir cláusulas contratuais para identificar as abusivas ou desrespeitosas ao consumidor, como seria possível a tal órgão aplicar a sanção administrativa pertinente? O **Procon,** embora não detenha jurisdição, está apto a interpretar cláusulas contratuais, porquanto a Administração Pública, por meio de órgãos de julgamento administrativo, pratica controle de legalidade, o que não se confunde com a função jurisdicional propriamente dita pertencente ao Judiciário. Isso sem dizer que o princípio da inafastabilidade da jurisdição faz com que a sanção administrativa oriunda desse órgão da Administração Pública voltado à defesa do consumidor seja passível de ser contestada por ação judicial. Salienta-se, por fim, que a sanção administrativa prevista no art. 57 do CDC é legitimada pelo poder

Já tratamos das cláusulas contratuais gerais alheias às relações de consumo. Vimos que o art. 424 do Código Civil trata de uma das facetas dos limites materiais dos contratos de adesão, sejam aqueles estabelecidos em contratos singulares, sejam concebidos de forma abstrata e generalizada – aliás a esmagadora maioria deles. Não temos dúvida de que tudo o que comentamos sobre o controle administrativo e judicial abstrato é aplicável às relações intercivis e interempresariais. Na esteira do raciocínio de Diogo Machado de Melo,[160] cremos que o controle judicial e administrativo das cláusulas gerais deveria obedecer às suas características, em especial, à abstração e à uniformidade. Afinal, se o direito processual é informado pelas peculiaridades do direito material, o controle das cláusulas gerais não pode ser feito levando-se em conta, tão somente, os aspectos pessoais do futuro contraente, vale dizer, de ser ele consumidor ou não.

2.5 O contrato-tipo

A doutrina italiana há muito tem estudado o contrato-tipo. Ele se caracteriza pelo fato de as partes utilizarem um esquema negocial cuja elaboração prévia se deve às respectivas associações de interesses econômicos ou profissionais, com a consequência prática de não se lhe aplicarem disposições legais próprias do contrato de adesão, em que existe um modelo unilateralmente predisposto por uma das partes.[161]

Em comum, contrato-tipo e cláusulas contratuais gerais se inserem em formulários padronizados destinados a um número generalizado de futuras contratações. Todavia, como é sabido, as cláusulas contratuais gerais são marcadas pelo atributo da unilateralidade na sua predisposição pela parte economicamente mais forte. Já no contrato-tipo as partes, de comum acordo e após prévio debate em condições paritárias, predeterminam o conteúdo de uma série de contratos que serão futuramente concluídos. A bilateralidade é o seu elemento distintivo, não obstante partilhar com as cláusulas contratuais gerais os requisitos da abstração e da generalidade. Assim, se um contrato-tipo fosse elaborado por apenas uma das partes, a posterior aquiescência da outra resultaria em um contrato de adesão.

Em razão de sua bilateralidade, o contrato-tipo não desfruta da característica da rigidez. A possibilidade de alteração, inadmissível nas cláusulas contratuais gerais,

---

de polícia (atividade administrativa de ordenação) que o **Procon** detém para cominar multas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei 8.078/1990. **(REsp 1.279.622-MG, Rel. Min. Humberto Martins,)**

160. MELO, Diogo Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p, 135. Ilustra o autor o argumento aduzindo, "se imaginarmos o CADE, na qualidade de autor de Ação civil pública, ingressando com ação contra uma rede de supermercados ou determinada distribuidora de produtos, acusando-a de praticar preços abaixo do custo, em prejuízo da livre concorrência, pedindo ao juiz a alteração de suas práticas comerciais, a consequência desta demanda poderá ser a alteração de cláusulas contratuais gerais que ainda não foram inseridas em um contrato empresarial. Nada impede, em tese, que dada associação ingresse com Ação civil pública para que seja impedida a inserção de cláusula contratual geral em suas transações comerciais por representar ofensa à ordem econômica e à concorrência" (op. cit., p. 134).

161. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 252.

caracteriza o contrato-tipo, que pode ser alterado sem quebra de sua substância pelas partes que o estabeleceram em declaração comum.[162]

Aliás, o contrato-tipo não é contrato preliminar, porque em nenhum momento as partes se obrigam a contratar no futuro, mas apenas preestabelecem um conteúdo para os contratos que eventualmente sejam concluídos.

O contrato-tipo se diferencia das cláusulas contratuais gerais sob o aspecto funcional pelo fato de que os futuros contratantes pertencem a categorias contrapostas e organizadas de interessados. Já nas cláusulas contratuais gerais, uma das categorias de interessados que subscreverá o futuro contrato de adesão não constitui grupo identificável em razão da impossibilidade de predeterminação convencional.[163]

Em novo giro, vale comentar que o modelo jurídico do contrato-tipo se aproxima da *lex mercatoria*. Esta se refere a um mecanismo global de regulação de mercados em que a resolução de litígios se dá por usos e costumes do comércio internacional e princípios gerais do direito que lhe são específicos. Na *lex mercatoria* há uma constante institucionalização de forças consuetudinárias, convencionais, jurisprudenciais e arbitrais desenvolvidas por uma miríade de organizações desvinculadas das estruturas estatais em geral. Ou seja, a *lex mercatoria* não contém regras emprestadas das legislações nacional e internacional, mas é construída no espaço transnacional mediante contratos-tipo utilizados nas operações de empresários e profissionais atuantes no comércio internacional. Os futuros contratos não serão regidos nem pela lei de um Estado, nem por uma lei uniforme adotada por uma convenção entre Estados, mas sim pelos próprios contratos-tipos. O juiz arbitral deles se socorrerá com prescrições e fonte de regras legais, tendo as partes consciência de ser esta a regra comum do comércio, o *pacta sunt servanda*.[164]

2.6 Contratos coletivos e acordos normativos

Para Orlando Gomes, a classificação dos contratos em individuais e coletivos procede de um equívoco. O contrato coletivo não possuiria verdadeiramente natureza contratual, dado que não cria obrigações para os interessados, limitando-se a estatuir

162. MELO, Diogo Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 78.

163. "STJ – COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA. CONTRATO-TIPO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POTENCIAL CONSUMIDOR. INAPLICÁVEL. Não há relação de consumo nos moldes do artigo 29 do CDC quando o contratante não traduz a condição de potencial consumidor nem de parte aderente, firmando negócio jurídico produzido por acordo de vontades, na forma de contrato-tipo" (REsp 655436/MT Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 8.4.2008).

164. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes de direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 36, out./dez. 2008, op. cit., p. 14-16. Conclui o autor que, sobre o último aspecto necessário para a qualificação jurídica de um grupo de normas – a existência de sanção –, "encontram-se aí sanções disciplinares aplicadas pelos agrupamentos corporativos, a sanção de ordem moral (mas com repercussão profissional e material) consistindo na publicidade do laudo, das sanções diretamente profissionais como a eliminação de uma bolsa de comércio ou de algumas operações comerciais, e até mesmo das sanções pecuniárias garantidas por consignações prévias" (op. cit., p. 17).

normas que devem presidir a formação dos contratos individuais subordinados ou determinar alterações no conteúdo de contratos em curso. Do contrato coletivo não nascem relações jurídicas que coloquem as partes na posição de credor e devedor. É um acordo normativo, não um contrato.[165]

Todavia, não podemos concordar com este posicionamento. Da diversidade de funções do contrato individual e do coletivo infere-se uma diversidade de estruturas que na realidade não existem. Como bem aponta Galvão Telles, "há aqui uma visão errada, pois o contrato e a norma não se situam no mesmo plano vertical, mas em distintos planos: o primeiro é o ato jurídico que gera o comando (causa); a segunda, o comando que do ato jurídico provém (efeito) [...] ora, se na grande maioria dos casos o contrato é modo de produção de efeitos jurídicos individuais, nada na sua estrutura obsta a que por seu intermédio se formulem preceitos gerais, verdadeiras normas. Daí os contratos normativos".[166]

O contrato coletivo possui caráter exclusivamente normativo, sendo bilateralmente predeterminado por representantes de categorias econômicas contrapostas, com constante possibilidade de renegociação de termos. O seu traço típico é a aptidão para vincular um indeterminado número de pessoas a um mesmo interesse econômico, ainda que não tenham participado do acordo.

Em contrapartida, as cláusulas contratuais gerais são unilateralmente predispostas, rígidas e, obviamente, prestam-se a servir como modelo de uma série indeterminada de contratos de adesão. Portanto, uma convenção coletiva de trabalho – forma mais adotada de contrato coletivo – é acordo tendente à produção de efeitos jurídicos, atuando como fonte de direito, pois dela decorrem normas que pré-regulamentam condições de trabalho, mediante estipulação de cláusulas fundamentais que permitem equilibrar juridicamente futuros contratos individuais. Será este o instrumento que determinará as relações obrigacionais entre patrão e empregado.[167]

Ao definir os acordos normativos e os contratos coletivos como aqueles "cujo conteúdo, fixado em termos genéricos, se impõe, em determinadas circunstâncias, como um padrão que os contraentes são obrigados a observar nos seus contratos

165. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 101.

166. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, op. cit., p. 63-64. Daí que quando se utiliza a expressão "*o contrato faz lei*", tudo dependerá das circunstâncias. Os contratos de direito privado fazem leis concretas entre as partes, mas os contratos de direito público são fontes de comandos abstratos. Esta é uma demonstração de progresso do conceito de contrato.

167. STJ – Informativo nº 0384, Período: 16 a 27 de fevereiro de 2009. Segunda Seção: "COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. Os direitos previstos em acordo coletivo de trabalho (como no caso) guardam relação com o próprio contrato de trabalho. Daí que os questionamentos sobre esses direitos, mesmo após a inativação do obreiro, devem ser resolvidos na Justiça do Trabalho. Dessa forma, é competente aquela Justiça para o julgamento da ação de indenização por danos morais e materiais movida pelo ex-empregado contra a ex-empregadora (ECT). Essa última impediu-lhe a inscrição em plano de saúde instituído para seus empregados (aposentados e da ativa), sob o fundamento de que estaria limitada a adesão aos que foram jubilados a partir de determinada data. O autor alega que não consta tal restrição do acordo coletivo realizado com a categoria" (CC 96.902-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 16.2.2009).

individuais de natureza correspondente", Antunes Varela diferencia o contrato-tipo do contrato normativo. Naquele, o contrato modelo se destina a servir de paradigma dos contratos individuais que os outorgantes venham de futuro a celebrar entre si. Porém, se o clausulado genérico do contrato, firmado em regra por entidades representativas de certas categorias econômicas ou grupos sindicalizados, destina-se a servir de modelo a contratos individuais entre pessoas que não participaram na elaboração do modelo, chama-se-lhe, preferentemente, contrato normativo.[168]

A teor do art. 107 do CDC, "As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categorias econômicas podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como a reclamação e composição do conflito de consumo."

A norma cuida da convenção coletiva de consumo. Trata-se de meio de solução de conflitos coletivos, em que fornecedores e consumidores, por intermédio de suas entidades representativas – previamente autorizadas pelo estatuto ou por assembleia –, estabelecem condições para certos elementos da relação de consumo, de modo a atuarem nos contratos individuais. O desiderato deste instrumento é a antecipação de eventuais conflitos nas relações de consumo, normatizando sua solução e possibilitando o estabelecimento de critérios para a sua composição. Portanto, o objeto da convenção não é a obrigação de dar ou de fazer, mas de regular abstratamente outros contratos futuros.[169]

2.7 Contratos coativos e necessários

"O perigo do passado era que os homens se tornassem escravos.
O perigo do futuro é que os homens se tornem autômatos."

(Erich Fromm)

2.7.1 A liberdade de contratar

Há uma nítida distinção entre as expressões *liberdade de contratar* e *liberdade contratual*. A liberdade de contratar se refere à autonomia concedida ao indivíduo para estabelecer negócios jurídicos bilaterais ou mesmo para optar por não realizá-los, caso recuse a vinculação. Já a liberdade contratual foca no conteúdo do contrato, pois concerne à possibilidade de livre estipulação dos termos da avença. É de conhecimento generalizado que a liberdade contratual se submete à conformações do ordenamento jurídico, tendo em vista a eficácia do princípio da solidariedade

168. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. 1, op. cit., p. 249-250.

169. FINK, Daniel Roberto. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 767-768. Acresce o autor que, quanto às entidades celebrantes, "o objeto de suas atividades deve ser compatível com a relação de consumo que se pretende convencionar, sob pena de sua obrigatoriedade aos seus filiados poder vir a ser seriamente questionada" (op. cit., p. 768).

nas relações contratuais. A outro giro, correntemente se afirma que a liberdade de contratar não se submete a restrições, sequer a normas de ordem pública, sendo suficiente que a pessoa seja capaz de contratar.

Realmente, o exercício positivo da liberdade contratual sempre dependerá do concurso da vontade do titular de interesses contrapostos. A autodeterminação não é, no contrato, exercício solitário da liberdade, mas *"determinação conjunta"* de efeitos vinculativos, que movimenta sempre a simétrica e paritária competência reguladora do outro sujeito da relação. A liberdade contratual de um não pode pensar-se isoladamente, sem considerar a igual liberdade do outro, e daí que, idealmente, o contrato se possa qualificar como *"esfera de conformação bilateral-interativa"*, liberdade necessariamente partilhada entre aqueles que possuem capacidade de ingressar em relações jurídico-negociais.[170]

Todavia, não nos parece correto afirmar taxativamente que a liberdade de contratar (ou de não contratar) seja um dado que consulte apenas a deliberação do indivíduo, sem que a lei ou o magistrado possam interferir nesta escolha. De acordo com o art. 421 do Código Civil, "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

A função social do contrato é uma cláusula geral capaz de limitar a liberdade de contratar. Se, em princípio, ninguém será obrigado a contratar ou mesmo a sofrer sanções por tal comportamento, é legítima a incidência de situações de heterolimitação legal ou judicial nesta esfera de liberdade, seja para proibir determinada contratação ou para obrigar a pessoa a celebrar um contrato.

Deste modo, pontua Leonardo Beraldo[171] que, quando a intervenção legislativa ou judicial proíbe ou restringe a liberdade de contratar, se pode dizer que ela é negativa. Já quando determina que um contrato seja celebrado ou renovado, então ela será positiva. Sendo assim, podemos falar em função social do contrato de cunho negativo e de função social do contrato de feição positiva.

O objetivo do ordenamento jurídico – tanto ao proibir como ao impor uma contratação – é o de deferir uma função social ao contrato, como instrumento de acesso das pessoas a bens e serviços. Desde que haja razoabilidade, leis ou decisões judiciais podem lícita e legitimamente moldar a liberdade de contratar.[172]

2.7.2 A obrigação de contratar

Destarte, tendo-se a liberdade de contratar ou abster-se de contratar como resultado de livres consentimentos, em um primeiro momento causa espécie admitir um "contrato coativo" ou um "contrato necessário", no qual haveria severa restrição

170. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 38-39.

171. BERALDO, Leonardo. *Função social do contrato*: contributo para uma nova teoria, op. cit., p. 178.

172. BERALDO, Leonardo. *Função social do contrato*: contributo para uma nova teoria, op. cit., p. 178-183.

à liberdade de celebração de um contrato. Certo é que o princípio da liberdade de conclusão ou de não conclusão de contratos torna-se sujeito a limitações.[173]

Ensina Eros Grau que a liberdade de contratar é um corolário da propriedade privada dos bens de produção. A atuação do Estado sobre o domínio econômico impacta de modo extremamente sensível o regime jurídico dos contratos, pois eles se convertem em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, à medida que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social. A técnica dos contratos coativo e necessário não importa jamais a substituição da vontade das partes pela vontade imposta pela lei; o que neles há é a substituição da vontade "de uma das partes" pela vontade da lei.[174]

E por qual razão a vontade de uma das partes será substituída pela vontade legal? Trata-se da aplicação do princípio da igualdade nas relações privadas nas hipóteses em que o exercício da liberdade negocial de contratar ou recusar a contratação implicar qualquer forma de discriminação. Nestes casos, uma lei ou sentença que imponham obrigação de efetuar ou de não efetuar um contrato atenderão a ditames de igualdade de tratamento, como manifestação do dever de proteção das normas de direitos fundamentais.[175]

---

173. Para Karl Larenz, tais limitações são classificadas como limitações imanentes ao próprio instituto contratual e limitações derivadas de princípio de economia dirigida. Nas limitações imanentes ao próprio instituto contratual, encontram-se as obrigações de contratar dos concessionários de serviços públicos e a obrigação de fazê-lo quando a recusa contraria os bons costumes. A obrigação de contratar imposta aos concessionários de serviço público, corolária do princípio inscrito no inciso IV do art. 175 da Constituição de 1988, decorre da circunstância de estarem sujeitos ao dever de fornecer serviço à comunidade. Quanto às limitações derivadas de princípio de economia dirigida, surge no clima da ordenação dos mercados e se distinguem daquelas imanentes ao princípio da liberdade contratual, consubstanciando uma parcial derrogação dele. Essa classificação apresenta ainda a virtude de distinguir hipóteses em que a obrigação de contratar independe de definição legal, limitações imanentes e em que o dever de fazê-lo decorre de expressa previsão do Poder Legislativo, limitações não imanentes (*Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Briz, t. I, p. 66 ss.).

174. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 126. Frisa o doutrinador que "no que tange aos contratos coativos parte da doutrina reluta em admitir a possibilidade de sua existência. negando-se a aceitar a substituição da vontade própria dos contratantes – ninguém pode estar submisso a outras leis senão àquelas que impõe a si próprio (Kant) – pela vontade imposta a uma das partes pela lei. Mas se a lei, guardando compatibilidade com a ordem constitucional, impõe a uma das partes o dever de contratar, vontade a ela imposta pela lei haverá, no âmbito do direito que albergar esta lei. O contrato individualista e subjetivista não é uma verdade universal, inacessível à lei da evolução" (op. cit., p. 130-131).

175. STJ. Informativo nº 507, de 18 a 31 de outubro de 2012. Terceira Turma: "DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. ILICITUDE NA NEGATIVA DE CONTRATAR SEGURO DE VIDA. A negativa pura e simples de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa de contratar, como a formulação de prêmio mais alto ou ainda a redução de cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença preexistente, mas não poderia negar ao consumidor a prestação de serviços. As normas expedidas pela Susep para regulação de seguros devem ser interpretadas em consonância com o mencionado dispositivo. Ainda que o ramo securitário consubstancie atividade de alta complexidade técnica, regulada por órgão específico, a contratação de seguros está inserida no âmbito das relações de consumo, portanto tem necessariamente de respeitar as disposições do CDC. A recusa da contratação é possível, como previsto na Circular Susep n. 251/2004, mas apenas em hipóteses realmente excepcionais" (REsp 1.300.116-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23.10.2012).

Em comum aos contratos coativo e necessário, uma pessoa será obrigada a emitir declaração de vontade necessária à formação de um contrato. Neles apenas uma das partes é vinculada, cabendo à outra optar por contratar ou não contratar. As partes, mesmo no contrato coativo, estão entre si relacionadas por vínculo obrigacional; nota-se que o contrato coativo é ainda contrato, só que nele o particular é alcançado pelo dever de contratar isto é, de assumir obrigação perante terceiro.

Segundo Ricardo Lorenzetti,[176] este tema adquiriu grande relevância com o surgimento do Poder Público como contratante.[177] Em primeiro lugar, discute-se se de fato há relação contratual; em caso positivo, trata-se de averiguar se as normas aplicáveis são de direito civil ou administrativo. Respondendo-se de uma forma ou outra a estas indagações, inexistindo a liberdade de celebração do contrato – e nem mesmo de configuração de seu conteúdo –, afasta-se por completo a configuração do contrato clássico.

Para Orlando Gomes,[178] "o contrato coativo, também denominado contrato ditato, imposto, forçado, constitui negócio jurídico que se realiza sem o pressuposto do livre consentimento das partes". Trata-se de uma simples ficção, finge-se que o contrato foi concertado. Há contrato coativo quando alguém, contra a vontade, é compelido a participar de relação jurídica normalmente oriunda de um acordo de vontades, e quando se envolve numa relação contratual sem ter emitido declaração de vontade.

176. LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*, op. cit., p. 66.

177. Até a EC 1/69, predominava o entendimento de que o empréstimo compulsório era uma espécie de *contrato coativo*, tendo o STF acolhido o entendimento, como fez proclamar na Súmula 418: o empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária. Entretanto, a alteração constitucional dispensou novo tratamento normativo ao empréstimo compulsório, vindo o STF a acomodar sua jurisprudência dentro da nova normatização, ou seja, conferiu à exação natureza tributária, proclamando a perda de validade da Súmula 418. Assim, no histórico julgamento do RE 146.615/PE, a Suprema Corte concluiu que o empréstimo compulsório, instituído pela Lei 4.156/62 em favor da ELETROBRAS e toda legislação subsequente, teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional, vigorando até 1993, inclusive. A partir disso a doutrina, na quase unanimidade, proclama a natureza tributária do empréstimo compulsório, especialmente porque está a exação disciplinada na Constituição Federal, no capítulo dos tributos, e no CTN. A partir da identificação da natureza jurídica do empréstimo compulsório, pode-se dizer que é ele uma espécie tributária diferente, de tal modo que, na clássica lição de Alfredo Augusto Becker, há no empréstimo compulsório duas ordens de relação: a relação jurídica que se estabelece entre o sujeito ativo (o Estado) e o sujeito passivo (o contribuinte), cabendo ao primeiro exigir e ao segundo pagar; essa relação é de direito tributário, inquestionavelmente. Há, ainda, uma segunda relação, de natureza administrativa, em que o sujeito ativo é o particular que, como contribuinte, passa a ter o direito de exigir do sujeito passivo, o Estado, a devolução do que desembolsou. Segundo o magistério de Alfredo Becker, Roque Carrazza, Amilcar de Araújo Falcão, dentre outros, essa segunda relação nada tem de tributária, sendo um crédito comum, regendo-se pelas normas pertinentes aos demais créditos públicos.

178. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, op. cit., p. 17-19. Para o notável civilista, esse "contrato" realiza-se para que se atinjam objetivos da política econômica do Estado ou para facilitar sua ação financeira. É técnica para: (1º) munir o Fisco de uma arma e obrigar os particulares a produzir ou vender mercadorias a certos comerciantes; (2º) melhorar as condições de cultura; (3º) proporcionar trabalho a certas categorias; (4º) prevenir certas categorias contra riscos a que se expõem; (5º) remediar a crise de habitação.

A vontade do contratante é praticamente aniquilada, muitas vezes só lhe restando a opção de realizar ou não certa atividade econômica. Como efeito compensatório, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, notadamente as regras da inversão do ônus da prova (art. 6º), da proteção contra cláusulas abusivas (art. 51), da interpretação favorável ao aderente (art. 47 – e, mesmo, 423 do Código Civil), da responsabilidade objetiva (Código Civil, art. 927, parágrafo único), bem como todos os efeitos protetivos que a Boa-fé Objetiva e a Função Social oportunizam. Se o contratante/consumidor não usufruiu de liberdade para discutir e mesmo recusar a contratação, que tais contratos sejam claros, transparentes e sempre fiscalizados pelas entidades competentes como o Ministério Público, os Procons, as Associações de Classe etc.

A contratação coativa pode chegar ao extremo de impor o exercício coativo da atividade econômica, aniquilando o princípio da liberdade de contratar ou abster-se de contratar.[179] Ao impor uma obrigatoriedade de contratar, o Estado coordena a atividade dos particulares. Destaca-se o dever dos bancos comerciais de aplicar parte dos seus recursos na concessão de crédito direcionado a determinados segmentos da economia. Há, por outro lado, contratos coativos nos quais não está eliminada a faculdade da escolha da outra parte. Exemplificativamente, no seguro habitacional com cobertura para o saldo devedor em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário, bem como para prejuízos decorrentes de danos materiais no imóvel.

Nesse contexto de assimetria genética se insere a proibição de venda casada, materializada na Sumula 473 do Superior Tribunal de Justiça, "O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada".[180]

179. Barack Obama assinou em 2010 a lei de reforma do sistema de saúde americano. O resultado esperado é que quase toda a população americana passe a ter plano de saúde: o cliente paga uma mensalidade e tem acesso gratuito ou com desconto a determinados serviços médicos. O principal objetivo da reforma é diminuir o número de pessoas sem nenhum tipo de cobertura. Um dos motivos é o prejuízo que elas causam aos hospitais, que não podem negar tratamento a quem os procura correndo risco de vida, e aos demais pacientes, aos quais esses custos são repassados. Algumas dessas pessoas não têm planos porque não querem, mas outras não os têm porque não podem pagar, ou porque têm fatores de risco ou doenças preexistentes que levam as operadoras dos planos a lhes recusar cobertura. E como a lei propõe resolver esse problema? Ter um plano de saúde vai passar a ser obrigatório. A obrigatoriedade serve para evitar o problema conhecido como seleção adversa, quando apenas as pessoas doentes ou em alto risco de tornarem-se doentes buscam planos de saúde, enquanto as pessoas mais saudáveis preferem não pagar mensalidades para ter acesso a serviços que usam pouco. Um dos principais efeitos da obrigatoriedade será forçar os jovens a entrar nos planos, subsidiando a maior quantidade de serviços consumida pelos mais velhos. Jovens em geral são mais saudáveis e têm renda menor do que os mais velhos, então não surpreende que eles formem grande parte do grupo de pessoas que atualmente não têm plano de saúde. (Disponível em: <www.ordemlivre.org/node/944>).

180. STJ. **Informativo nº 0553 Período: 11 de fevereiro de 2015. Segunda Turma. VENDA CASADA E DANO MORAL COLETIVO IN RE IPSA. Configura dano moral coletivo *in re ipsa* a realização de venda casada por operadora de telefonia consistente na prática comercial de oferecer ao consumidor produto com significativa vantagem – linha telefônica com tarifas mais interessantes do que as outras ofertadas pelo mercado – e, em contrapartida, condicionar a aquisição do referido produto à compra de aparelho telefônico.** Por afrontar o direito a livre escolha do consumidor, a prática de venda **casada** é condenada pelo CDC, que, em seu art. 39, I, prescreve ser "vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, entre outras práticas abusivas: I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro

Outrossim, o seguro DPVAT guarda peculiaridades que o distinguem daquele contratado pelo segurado em favor de si e/ou de terceiros. Ele é de origem legal, impositiva a todos os proprietários de veículos automotores e tem terceiros, vítimas de acidentes, como seus beneficiários de indenização por determinação legal, vinculada a um sistema de contraprestação complexo e global. É constituído um "*pool*" de seguradoras, todas elas respondendo, conjuntamente, pelos sinistros e compensando-se mutuamente, de modo a equilibrar as coberturas que promoveram. De igual modo, repartem entre elas a arrecadação dos prêmios e, independentemente do recebimento do prêmio do veículo causador do sinistro, devem, obrigatoriamente, indenizar a vítima.

Dentre os múltiplos casos em que as pessoas, singulares ou coletivas, têm o dever jurídico de contratar, Antunes Varela destaca as profissões de exercício condicionado. Assim, sucede nomeadamente com os médicos, que não podem, salvo força maior, recusar a prestação de assistência quanto aos socorros de extrema urgência, sendo igualmente obrigados a prestar os serviços de sua especialidade sempre que não haja outro médico a quem o paciente não possa facilmente recorrer. Acresça-se, ainda, as hipóteses de venda de bens essenciais à vida das pessoas, quanto aos estabelecimentos fornecedores de bens destinados a satisfazer necessidades existenciais do cliente (*v. g.*, restaurante e farmácia). Nestes casos, o princípio da igualdade condena toda recusa de contratar que envolva caráter discriminatório, em termos que ofendam o preceito constitucional.[181]

A outro giro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (RE 544289 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJ*, 19.6.2009).

Quando estejam em causa situações em que certas pessoas coletivas, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio econômico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não se deve permitir que invoquem a

produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos", devendo o Estado engendrar todos os esforços no sentido de reprimi-la. Desse modo, a prática de venda **casada** por parte de operadora de telefonia é prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei. Nesse passo, o dano analisado decorre da própria circunstância do ato lesivo (dano moral *in re ipsa*), prescindindo de prova objetiva do prejuízo sofrido. Portanto, afastar da espécie o dano moral coletivo é fazer tábula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor. (**REsp 1.397.870-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).**

181. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, I, op. cit., p. 238. Complementa o autor: "o fato do restaurante ter a porta aberta e afixada ao público a lista de preços de seus pratos não constitui uma proposta ou oferta de contrato. É um simples convite ou estímulo para que o cliente faça a sua proposta contratual. O que está em causa é saber se o dono do restaurante pode ou não recusar a proposta de oferta contratual que o cliente lhe dirija" (op. cit., p. 239).

liberdade negocial para escolher, arbitrariamente, a contraparte ou impor a exclusão de terceiros. Aí poderá valer a primazia do dever de respeito pela igualdade sobre a liberdade.[182]

A concessionária não pode negar o serviço público ou escolher o usuário com quem contratar, nem o usuário pode prescindir do serviço. Na verdade, as partes são obrigadas a contratar, diante da consequência do privilégio concedido às concessionárias que detêm o monopólio dos serviços públicos. Assim sendo, os serviços de água e esgoto realmente não são Tributos (Taxas). São Contratos Coativos e, sendo assim, são cobrados mediante Tarifa ou Preço.[183]

Portanto, não se confunde o contrato de adesão com o contrato coativo. Na técnica de adesão, de fato, um dos contratantes não possui a liberdade de estipulação do conteúdo das cláusulas, restando-lhe apenas a liberdade de aceitar ou não a contratação (*take it or leave it*). Há uma sutil, porém vital, distinção entre as locuções *liberdade de estipulação* e *liberdade de celebração*. Aquela é suprimida, mas esta, *a priori*, é preservada, pois a par da impossibilidade de modelação do conteúdo, a parte pode pura e simplesmente renunciar à celebração do contrato. Diferentemente, nos contratos coativos, ao contratante não resta naquele cenário outra opção a não ser contratar.

2.8 O contrato relacional

"Se os homens fossem constantes seriam perfeitos."

(William Shakespeare)

As mutações verificadas no direito contratual moderno não se restringem à questão da estandardização dos contratos e à desigualdade material das partes, mas envolvem outros aspectos de extrema relevância, como a duração do contrato, as formas de frequência e comunicação entre as partes e a necessidade de flexibilidade e replanejamento constante. Neste sentido, a contratação de adesão e o intervencionismo estatal constituem fatores de extrema relevância para o câmbio do direito contratual, porém não explicam todas as dimensões desta mudança. Os *contratos relacionais* são o fruto histórico deste novo contexto, representando um paradigma

182. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 297. Acresce o autor: "o exercício de atividades destinadas ao serviço do público, como transportes de táxi, exploração de estabelecimentos comerciais, cafés, restaurantes, hotéis etc., deve entender-se subordinado ao princípio da igualdade, mesmo fora da situação de monopólio, porque se trata de serviços de interesse direto das populações, que estão sujeitos a licenciamento e em que os particulares renunciam a sua autonomia (e à sua intimidade) ao emitirem declarações gerais de vontade negocial e abrirem as portas ao público" (op. cit., p. 296).

183. No Código Civil da Itália (art. 2.597) há expressa disposição neste sentido: "Quem exerce uma atividade em condições de monopólio legal tem obrigação de contratar com qualquer pessoa que requeira as prestações que formam o objeto da empresa, observando a paridade de tratamento."

em expansão, notadamente em áreas como contratos empresariais de fornecimento, contratos de franquia e contratos de consumo de longa duração. Em uma brevíssima definição de Ronaldo Porto Macedo Jr., "são contratos que se desenvolvem numa relação complexa, na qual elementos não promissórios do contrato, relacionados ao seu contexto, são levados em consideração significativamente para a sua constituição". Esta natureza relacional da contratação é particularmente frequente e clara em contratos que se prolongam no tempo, isto é, em contratos de longa duração.[184]

A chamada teoria dos contratos relacionais está associada, sobretudo, ao nome de Ian Macneil, e seu objetivo básico é o de criticar os limites da teoria contratual clássica, fundada em conceito limitado de vínculo contratual, usualmente denominado *contrato descontínuo*, caracterizado pela pretensão de antecipação completa do futuro no presente, pela impessoalidade, por se constituir como unidade separada (ou descontínua) e por se apoiar na pressuposição de que o acordo de vontades derivado da promessa é seu exclusivo núcleo de fonte obrigacional.[185]

O contrato "*relacional*", na precisa explicação de Fernando Araújo, é aquele que se distingue do contrato "pontual", ou seja, do contrato suficientemente coeso e breve. O contrato relacional – normalmente aplicável a relações longas e complexas – é aquele em que as partes não reduzem termos fulcrais de seu entendimento a obrigações precisamente estipuladas, remetendo-se a modos informais e evolutivos da resolução da infinidade de contingências que podem vir a interferir na interdependência de seus interesses e no desenvolvimento de suas condutas, afastando-se da intervenção judicial irrestrita como solução para os conflitos endógenos. Os contratantes, em contraposição, optam pela formação de relações de solidariedade com superação das tensões através de uma autodisciplina partilhada e dúctil. Isto equivale a dizer que a abordagem relacional tende a menosprezar as estipulações contratuais explícitas, sugerindo que elas são frequentemente substituídas na prática, pelo simples jogo das interações repetidas e das normas sociais que, por si mesmas e independentemente da letra do contrato, assegurarão a autodisciplina contratual.[186]

Nem sempre a duração do contrato será um elemento seguro para justificar um regime jurídico próprio para os contratos relacionais. Há relações longas que nada

184. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, op. cit., p. 5.

185. Ronaldo Porto Macedo cita dois exemplos paradigmáticos de Ian MacNeil para descrever as distinções entre contratos descontínuos e relacionais: "Um primeiro exemplo é a compra de gasolina numa rodovia. A transação é instantânea, completa, rápida e impessoal. Um segundo exemplo é o do casamento tradicional, que envolve longo período de namoro, conhecimento, comunicação, aquisição de confiança, noivado, estabelecimento de objetivos comuns de longo prazo de caráter não exclusivamente econômico. A existência de cláusulas abertas e indeterminadas relativas, por exemplo, a divisão de tarefas no lar, o esforço pessoal para o bem-estar da família, compromissos em caso de doenças, frequência de relações sexuais, etc. No momento em que o contrato é celebrado, e constante possibilidade de revisão e mudança" (*Contratos relacionais e defesa do consumidor*, op. cit., p. 127).

186. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, op. cit., p. 395-397. Assevera o autor: "Como a duração das relações contratuais, tal como uma repetição de jogo, traz consigo a oportunidade de reagir a abusos e de ao menos rejeitar a continuação de uma relação iníqua, compreende-se que as partes queiram poupar os custos do recurso à litigância e à arbitragem e confiem mais nos mecanismos internos" (op. cit., p. 402).

têm de relacional. Exemplificativamente, um arrendamento de longa duração em que as partes se limitam a cumprir os seus deveres, sem que proprietário e arrendatário não se contatem em nenhum momento. Todavia, há contratos relacionais de curto prazo, como aquele celebrado para a redecoração de uma sala, ou para a confecção de um vestido de noiva, que mesmo cumprido no espaço de poucos dias, será altamente "relacional" enquanto perdura.[187]

Os contratos relacionais são sinteticamente percebidos por sete elementos: (1) *Relações primárias intensamente exigidas* – envolvem relações profundas de comunicação com a pessoa integral, em que a satisfação pessoal e não econômica é preponderante; (2) *Medida de transação econômica* – há uma certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro, podendo envolver valores não monetizáveis; (3) *Começo, duração e término* – o início e o término não são ab-ruptos e predefinidos, pelo contrário, são relações de adesão, graduais e não tão claramente determinadas no tempo; (4) *Planejamento* – não se consideram apenas o objeto, preço e prazo de pagamento, mas, principalmente, a performance futura e a condução de planejamentos flexíveis com caráter processual, ou seja, com regras sobre a revisão e reformulação do planejamento em termos de cooperação; (5) *Solidariedade e cooperação* – A cooperação deixa de ser dever anexo e se torna obrigação principal. Os benefícios e os ônus são compartilhados. Cooperar é associar-se com outro para benefício mútuo ou para divisão mútua do ônus, com equilíbrio substancial nas trocas (não exploração); já a solidariedade importa a preocupação de uns com os outros com base em valores comunitários (corresponsabilidade); (6) *Poder* – o contrato relacional lida com a diferença de status entre as partes antes, durante e depois das trocas. Os desequilíbrios de poder são mitigados pelo mecanismo compensatório do direito de participação da parte mais frágil na gestão dos serviços que lhe são de interesse direto e pelo controle de custos e *performance* de contratos; (7) *Visão e expectativa dos participantes* – já existe todo um processo para planejamento e resolução de conflitos emergentes.[188]

Pela leitura dos sete atributos do contrato relacional, vê-se que as partes estão de certo modo "*reféns*" uma da outra, no duplo sentido de não terem ao seu alcance alternativas em termos de parceiros de troca (de estarem longe de qualquer mercado) e de os resultados do contrato dependerem crucialmente da conduta delas. Enquanto nos contratos "pontuais" as trocas se dão entre parceiros acessíveis e fungíveis – pelo que uma relação contratual hoje não confere a qualquer das partes uma vantagem na renovação negocial no amanhã, pelo acesso a outras alternativas para qualquer das partes –, a solução relacional, diferentemente, tenta o equilíbrio entre o estabelecimento de uma base suficientemente estável para alicerçar compromissos sérios, por um lado, e, por outro, a preservação da flexibilidade suficiente para que esses compromissos resistam aos embates das futuras contingências. É próprio do contrato

187. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, op. cit., p. 419.

188. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, op. cit., p. 128 a 169.

relacional que ele não se cinja a uma "troca", mas envolva uma "associação" entre as partes, um nexo estável no qual emerge a definição de direitos e deveres que tenham ficado omissos no momento inicial da negociação entre as partes. Nestes termos, a solução "relacional" procura dar uma resposta eficiente aos problemas do contrato incompleto.[189]

Importante papel é reservado ao princípio da boa-fé na teoria relacional. Ela possui a função de encorajar a continuidade das relações contratuais, reforçando a reciprocidade, a efetivação do consenso, a solidariedade e o equilíbrio do poder. A boa-fé funciona como verdadeira *norma de calibração* do contrato relacional, permitindo pensar o comportamento adequado (*proper behaviour*) em diferentes contextos, sobremaneira tendo em vista a incompletude dos contratos, os limites de capacidade da previsão humana e as insuperáveis barreiras para a comunicação perfeita e sem ruídos. Enfim, a boa-fé realça o elemento moral do contrato relacional, que deve ser visto como um meio, e não apenas um fim em si mesmo. Em outras palavras, compreende-se que o contrato se presta a finalidades morais e sociais, e não apenas econômicas e individuais.[190]

2.9 O contrato eletrônico

"Vale mais a lucidez de um olhar que saiba verificar o que é que morre e o que sobrevive, o que é destinado ao crepúsculo e o que se encontra em plena aurora."

(Natalino Irti)

2.9.1 Noções gerais

O advento de uma sociedade tecnológica demanda novas alternativas para diversos segmentos do direito privado: a redefinição dos contornos de diversos direitos da personalidade; a ampliação da responsabilidade civil pelo surgimento de diferentes danos reparáveis; a expansão dos diversos "direitos de propriedades imateriais" e, sobretudo, um profundo repensar do fenômeno da contratação, tão distante dos bucólicos tempos dos "acordos de cavalheiros", que dominam a manualística tradicional.

Some-se a isto o fenômeno irrecusável da globalização, e percebemos a coexistência de uma multiplicidade de centros de irrupção de normas jurídicas, bem como a superação de conceitos físicos relativos ao tempo e ao espaço, culminando com a própria despersonificação do ser humano, imerso no aparato eletrônico.

189. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, op. cit., p. 398 e 419. A teoria relacional enriquece a teoria do contrato como um todo, pois demonstra que "nem tudo no contrato se esgota em atos de cumprimento de obrigações ou em um único momento 'transacional', e que a sequência de atos que conduzem à consumação do cumprimento é tanto ou mais importante na ótica das partes do que o cumprimento em si mesmo" (op. cit., p. 427).

190. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, op. cit., p. 185-187.

O paradoxo se acentua à medida que as promessas da modernidade não são conquistadas. Em uma leitura específica do cenário brasileiro, rapidamente se alarga a distância entre uma sociedade majoritariamente subtraída dos bens mínimos existenciais – saúde, moradia, educação e cultura – e uma minoria de indivíduos e empresários que optam pela via da autorregulação, desprezando tudo o que remete ao domínio do público e, para aquilo que nos interessa neste estudo, concebendo a sua *lex mercatoria* na ordem contratual.

O desafio consiste em conciliar a ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito, que se diz transformador do *status quo*, com uma "desordem" capitalista caótica. Garimpando na Lei Maior vocábulos de denso valor simbólico como *solidariedade, justiça e igualdade*, talvez o caminho passe pelo acesso à cidadania e a um patamar que assegure o núcleo mínimo de dignidade para que as benesses da era digital sejam dirigidas em prol do projeto maior, quiçá utópico da Constituição: a erradicação da miséria.

Naquilo que nos remete ao contrato eletrônico, incumbe ao direito a tarefa de sistematizar a legislação hábil a conciliar a tutela ao consumidor-leigo com a liberdade da ordem econômica. O papel atual do direito civil é a defesa da individualidade frente aos grandes perigos, muitos ainda por conhecer. Afinal, não serão as relações interempresariais eletrônicas aquelas em que a assimetria se mostrará flagrante, mas os contratos em que os privados, pressionados pelo marketing agressivo, transacionarão bens e serviços, frequentemente reputados como essenciais, são no fundo meramente supérfluos.

Enfim, trata-se de funcionalizar os parâmetros negociais da Internet aos princípios constitucionais e ao CDC, de forma a edificar o contrato pós-moderno não apenas como o *Roppiano* conceito da "veste da atividade econômica" mas também como instrumento, por excelência, de distribuição de riquezas e proteção de valores existenciais.

Em outro capítulo, já abordamos a formação do contrato eletrônico como contrato a distância. Apesar de serem conceitos distintos, estão umbilicalmente ligados, pois a contratação eletrônica é contratação a distância. Os meios de comunicação a distância realmente relevantes são os meios eletrônicos.

Neste conciso exame sobre os contratos eletrônicos, limitaremos os comentários tão somente àquilo que há de novo e específico neste singular fenômeno da contratação. Para tanto, serviremo-nos das obras de Ricardo Lorenzetti e Cláudia Lima Marques.

A novidade e a riqueza do tema suscitaram um grande interesse pela contratação eletrônica ou automatizada. Ela engloba as negociações e os contratos celebrados através da utilização de qualquer meio eletrônico. A contratação eletrônica surge muito ligada à noção de prestação de serviços da sociedade de informação e pode ser entendida como contratação em rede, no âmbito de uma loja virtual, ou contratação

em linha, sem negociação entre as partes, ou, ainda, contratação por meio de comunicação individual, através de meios eletrônicos.[191]

Atualmente, prepondera o posicionamento de ser aplicável a esta categoria de contratos o Código de Defesa do Consumidor, eis que ao comércio pela Internet se amoldam os conceitos de fornecedor e consumidor, bem como a caracterização do liame jurídico entre eles. Daí, remetemos o leitor ao item pregresso.

Todavia, o que há de único no comércio eletrônico – e que requer nosso enfoque – é a distância entre fornecedor e consumidor, a despersonalização da relação jurídica, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, a desterritorialização da contratação, efetivada em "território virtual", a desmaterialização da execução à distância e a objetividade ou "autonomia" das duas vontades exteriorizadas, perante qualquer meio virtual. Nestas peculiaridades intercederá a Constituição, de forma direta e imediata, em prol da irrepetível singularidade humana. Contudo, como argumenta Natalino Irti,[192] "as relações entre técnica e humanismo são de difícil definição, sobretudo porque o humanismo continua sendo um conceito evasivo, ao passo que todos nós temos, mais ou menos precisa, a imagem da técnica".[193]

2.9.2 Despersonalização do contrato

A massificação dos contratos de adesão e das condições gerais de contratação foi o primeiro fenômeno de despersonalização do contrato, por meio da objetividade e de uma nova pluralidade. Agora, estamos diante de uma segunda crise: da despersonalização extrema. O comércio eletrônico é realizado por intermédio de contratações a distância – sem a presença física simultânea dos dois contratantes –, por meios eletrônicos, por Internet ou por meio de telecomunicação de massa, sendo um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, onde há realmente uma certa "desumanização do contrato". Os contratantes existem ou estão representados por máquinas e computadores. O sujeito *fornecedor* é agora um ofertante profissional automatizado e globalizado, sem "rosto", sem sede e sem tempo (a oferta é permanente, nos espaços privado e público). Ele fala todas as línguas e se utiliza da linguagem virtual (imagens e sons) para marketing, negociação e contratação. O sujeito *consumidor* é agora um destinatário final "mudo" – desprovido da possibilidade de dialogar com o fornecedor sobre suas necessidades e desejos – na frente de uma tela, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por

191. ALVES, Paula Ribeiro. *Contrato de seguro à distância*, op. cit., p. 78-79.

192. IRTI, Natalino. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, op. cit., p. 120.

193. Parafraseando Nietzsche, Newton de Lucca lembra que "não há erro mais perigoso do que confundir o efeito com a causa". E prossegue o autor: "Não será o direito, assim, que haverá de modificar a Internet e a sociedade, mas esta sim é que nele determinarão as necessárias alterações. A revolução digital está iniciando, é verdade, um longo processo de transformação do universo em que vivemos. Esperamos, no entanto, que o homem esteja sempre no centro das alterações em curso" (*Direito do consumidor*, op. cit., p. 446).

uma senha (PIN), uma assinatura eletrônica, um número de cartão de crédito ou por impressões biométricas.[194]

Na realidade não existe contratação sem intervenção humana. A contratação pressupõe a emissão de declarações de vontade e só a pessoa humana detém vontade juridicamente relevante. O que acontece neste tipo de contrato é que, no momento da celebração, em que são transmitidas as declarações de vontade, não estão presentes os seres humanos a quem são atribuíveis, mas sim computadores que se comunicam diretamente entre si.

Esta advertência quanto à deterioração da noção de sujeito é constatada nos contratos eletrônicos pela dificuldade de aferição do consentimento de alguém que opere um computador, sendo árduo verificar se ocorreu uma real intenção de se obrigar ou se houve um vício do consentimento. Pode ocorrer que a declaração seja automaticamente elaborada por um computador e que a presença do sujeito seja apenas mediata, ao programá-lo, mas não imediata, no ato da celebração. Essa mudança pode ser perturbadora nas noções básicas do contrato, podendo mesmo se extrair uma noção de que o contrato não é apenas fruto da vontade, mas um fenômeno de atribuição de efeitos jurídicos que admite outras hipóteses derivadas da lei. Em verdade, o contrato não está em crise, mas sim um modo histórico particular de compreender o negócio. O contrato, todavia, manterá o seu significado, cabendo aos estudiosos do direito a capacidade de aceitar que o "ideal" do contrato resta fragmentado e esta diversificação produzirá respostas diferenciadas e ajustadas a cada hipótese legal. Afinal, a pluralidade é uma característica da pós-modernidade, assim como a segmentação é inerente a uma economia evoluída. Portanto, como contraponto jurídico e ético ao fenômeno da despersonalização e da ausência de vinculação pela vontade, incide uma pluralidade de fatores de atribuição de efeitos obrigacionais nos diversos subsistemas contratuais: lateralmente à autonomia privada, posta-se a aparência (criada pelo ofertante) e a confiança (despertada pela aceitação), reforçando a segurança jurídica como expectativa de cumprimento.[195]

2.9.3 Desmaterialização do contrato

O conceito de bens imateriais ocupou o centro do cenário econômico nos últimos anos, uma vez que estes concentram o maior volume de circulação econômica. No âmbito do comércio eletrônico tem grande relevância, pois constitui considerável parte da atividade econômica digital. Os bens imateriais são uma ampla categoria, caracterizada negativamente pela ausência de "matéria" e, positivamente, por constituírem uma criação humana. São intangíveis e só alcançam um grau de materialidade quando editados, impressos ou representados. Assim, os bens imateriais relevantes

194. MARQUES, Cláudia Lima. *A confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 63-66.
195. LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*, op. cit., p. 276-280.

são socorridos por direitos que, em definitivo, lhes dão *status* de entidade econômica e permitem a sua circulação.[196]

A imaterialidade, típica do meio virtual, é atributo do contrato do comércio eletrônico. Não é semelhante aos contratos não formais e orais, pois, como vimos, a contratação é "em silêncio". Ele é concluído sem forma física. São *bits* e códigos binários. Isto cria problemas quanto à prova da contratação, ou mesmo de seu conteúdo e momento. Muitas vezes, o próprio objeto do contrato é imaterial, assim como o vício do objeto é informacional. A linguagem e o meio de contratar também são organizados em graus de desmaterialização ou uso do meio eletrônico. O *e-shop* pode ser em "carrinho", na loja virtual do fornecedor. Ademais, o comércio eletrônico atualiza a noção de objeto do contrato, pois as prestações contratuais dos contratos informáticos são imateriais, como o fornecimento de *software*, jogos, filmes e músicas. Já as prestações contratuais dos contratos eletrônicos *stricto sensu* são obrigações de dar, tais como a venda e o leilão. Esta mistura fluida entre produto e serviço, dar e fazer, entre a desmaterialização do objeto do contrato e a sua prestação é um dos grandes desafios do comércio eletrônico.[197]

2.9.4 *Desterritorialização do contrato*

Existe um novo espaço: o cibernético, distinto do espaço físico, com uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade, o que o converte num objeto refratário às regras legais que levam em conta este elemento para determinar inúmeros aspectos jurídicos. Isto é, este "*ciberespaço*" é autônomo, no sentido de que funciona segundo as regras de um sistema autorreferente. Não conhece ordens e hierarquias e, sobretudo, não há uma autoridade central porque ignora governos. É o espaço do anonimato, um "não lugar global", no sentido de sua transnacionalidade e sua atemporalidade, no qual o indivíduo ingressa sem que a sua história individual e as suas características interessem, prevalecendo o simulacro das identidades.[198]

A maior tendência da Internet é para a globalização. O mundo eletrônico teve como efeito a desnacionalização dos negócios jurídicos. Com a quebra do paradigma estatal, a noção de soberania clássica perde a sua força, transformando o consumidor em um *netcitizen*. Esta nova ubiquidade virtual impõe grandes desafios às conexões clássicas do direito internacional privado. O consumidor continua passivo, conecta-se localmente e age internacionalmente. Assim, existem dois tipos de contratos na *net* hoje: o contrato eletrônico no ambiente interno e o contrato no ambiente internacional.[199]

Especificamente no âmbito do direito de arrependimento do consumidor nas negociações pela Internet (art. 49, CDC), discute-se se o negócio efetuado pela via

196. LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*, op. cit., p. 174-176.
197. MARQUES, Cláudia Lima. *A confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 78-85.
198. LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*, op. cit., p. 29-32.
199. MARQUES, Cláudia Lima. *A confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 88-92.

eletrônica teria sido realizado "dentro" ou "fora" do estabelecimento comercial. Afinal, para alguns, a diferença entre uma loja *on-line* e uma clássica residiria apenas na forma de acesso: enquanto nesta o acesso se dá por meio de deslocamento físico dos consumidores até o estabelecimento, naquela o acesso se processa por meio eletrônico. Prevalecendo este entendimento, em um contrato "desterritorializado", seria inaplicável o direito potestativo de resilição unilateral em prol do consumidor.

Todavia, para este desiderato, o fato de o estabelecimento comercial ser físico ou virtual não adquire relevância. Afinal, o mesmo raciocínio se aplica aos pontos de negócio de telemarketing e mídia impressa, pois uma empresa pode ser virtual por negociar apenas pela via telefônica ou comercializar tão somente pelos correios. Só que nestes casos o legislador evidenciou no art. 49 do CDC, de maneira exemplificativa, estas formas de contratação como sendo fora do estabelecimento comercial. Face ao exposto, pode-se entender o *website*, por analogia, como o "ponto telefônico" e o catálogo de produtos, como meros instrumentos de intermediação de contato.[200]

2.9.5 Desconfiança do consumidor

O meio virtual abalou este princípio-pressuposto das relações contratuais. Seja pela despersonalização das partes contratantes, do meio, do objeto, seja pela sua complexidade, distância, atemporalidade ou internacionalidade, a conclusão é que no meio eletrônico há muita desconfiança. Há uma nova espécie de pressão, que consiste no fato de a oferta estar dentro de sua casa, no seu trabalho, no seu espaço privado, nas suas férias, dia e noite, em todos os lugares do mundo onde possa ser acessada. Além de enorme fator de debilidade informativa, a distância física é triplo fator de insegurança: (a) quanto ao efetivo envio do produto; (b) quanto à lisura da forma de pagamento; (c) quanto em relação à lei aplicável ao contrato. Outrossim, a fluidez contratual desvincula o fornecedor de uma "cara", de um endereço e, mesmo, de uma identidade. Em suma, o consumidor que decide contratar pelo meio eletrônico terá de confiar no funcionamento do complexo sistema da Internet, que o fornecedor cumprirá sua parte, que seus interesses econômicos serão preservados e que também os seus direitos da personalidade e sua privacidade continuarão a ser protegidos.[201]

É fato que a Internet aumenta o poder decisório do indivíduo. Mas há o outro lado: a vulnerabilidade do indivíduo é incrementada. A capacidade do usuário de controlar a negociação por si mesmo é muito limitada por algumas características da rede. A liberdade de escolha existe, mas também se incrementa a concentração, e a diferença de poder é cada vez mais notória. A circulação dos dados pessoais é extremamente perigosa. Há uma grande dificuldade do indivíduo neófito em entrar em contato com a linguagem técnica dos cibernautas. O mundo da Internet não é

200. AZEVEDO, Carlos Eduardo Mendes de. O direito de arrependimento do consumidor nas contratações eletrônicas. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*, op. cit., p. 109.

201. MARQUES, Cláudia Lima. *A confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 94-97.

o da soberania do indivíduo, mas sim o da realização plena do controle social mais sofisticado.[202]

2.10 Contratos cativos de longa duração

"Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas."

(Saint-Exupéry, *O pequeno príncipe*)

Como fenômeno relevante na realidade contratual massificada, os contratos cativos de longa duração são conceituados por Cláudia Lima Marques como "uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica dominante: a posição de 'catividade' ou 'dependência' dos clientes consumidores".[203]

Não há uma necessária relação entre os contratos relacionais e os contratos cativos. Primeiro, os contratos relacionais não se localizam apenas nas relações de consumo, mas também em contratos empresariais e contratos de trabalho; segundo, não se pode negar que no contrato relacional de consumo há risco de catividade do consumidor, mas isto não é uma constante, pois classes especiais de clientes não são submetidas a uma situação de dependência perante fornecedores de serviços.

Três atributos são localizados nesta nova geração de contratos de massa: a catividade, o tempo e o objeto contratual.

a) A catividade se explica tanto na fase pré-contratual como na vida do contrato. Inicialmente o consumidor é seduzido por técnicas agressivas de marketing. O primeiro sentido do termo "cativar" é o estímulo ao consumo. O consumidor é premido por necessidades antes inexistentes ou inexploradas. A contemporaneidade exige a aquisição de certos serviços essenciais, ou de relativa essencialidade, para o pleno desenvolvimento do potencial humano de cada um na sociedade. A atração do consumidor vem com a promessa de segurança e inserção no mundo novo, em que a informação, o lazer, a saúde, o crédito e a educação passam a ser objeto de contratação não por certo período, mas por toda a existência da pessoa.[204]

202. LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*, op. cit., p. 44-46.

203. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 79. Enfatiza a doutrinadora que "resolvi denominar este fenômeno, estas novas relações contratuais múltiplas e complexas, de 'contratos cativos de longa duração', sem, porém, desconsiderar que outras denominações poderiam ter sido usadas, como as de 'contratos múltiplos', 'serviços contínuos', 'relações contratuais triangulares', 'contratos conexos', 'contratos de serviços complexos de longa duração' etc." (fls. 79).

204. KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. Contratos cativos de longa duração. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*, op. cit., p. 488.

Já no transcurso do contrato, a conotação do vocábulo "cativo" é alterada. O consumidor é escravizado pelo negócio jurídico. A sua vontade não é verdadeiramente autônoma, porém dependente. Afinal, como a relação é movida pela busca de uma segurança, o consumidor se vincula de tal forma àquele serviço que o julga essencial à sua existência ou à de sua família, que culminará por se curvar a toda sorte de exigências para preservar o contrato.[205]

b) Nestes contratos pertinentes a relações dinâmicas o tempo é essencial para o cumprimento. O interesse do credor não será satisfeito senão através de uma prestação contínua e reiterada no tempo. O tempo responde a um interesse do credor e se vincula ao objeto do contrato, pois este não poderá ser cumprido sem um prolongamento temporal.[206]

Trata-se de serviços cuja prestação se protrai no tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua. Estes serviços contínuos e complexos envolvem obrigações denominadas "duradouras", nas quais o adimplemento sempre se restabelece sem que se manifeste alteração no débito.[207] O dever de prestar continua total; assim, mesmo que, por exemplo, o segurado tenha usado os serviços, o dever de prestar assistência médica (ou de reembolsar os gastos com saúde) renova-se e prossegue, conforme o objetivo do contrato.[208]

c) O objeto contratual é ferido em sua acepção mediata e imediata. De um ângulo, estes contratos perenes envolvem o fornecimento de serviços privados

205. STJ – Informativo nº 0441 Período: 28 de junho a 6 de agosto de 2010. Terceira Turma: "CDC. A sociedade empresária recorrente firmou com a sociedade empresária recorrida (seguradora) contrato de seguro coletivo para reembolso de despesas derivadas de assistência médica e hospitalar em benefício de seus empregados (beneficiários). Sucede que a recorrida externou sua intenção de cancelar unilateralmente o contrato com lastro em cláusula resolutória expressa. Diante disso, com suporte no CDC, a recorrente ajuizou ação pleiteando a declaração de nulidade da cláusula que autoriza o reajuste do prêmio mensal em face do aumento da sinistralidade e da que permite a rescisão unilateral pela recorrida. Ressalte-se, primeiramente, tratar-se de contrato entabulado pela sociedade empresária em benefício de seus empregados como parte dos atrativos da relação de trabalho, daí não se cogitar da figura do hipossuficiente nessé tipo de relação. Contudo, por se cuidar de contrato cativo, de longa duração, não faz sentido poder a seguradora, ad nutum, rescindi-lo. Daí ser nula a cláusula permissiva desse tipo de rescisão, pois há a necessidade de motivá-la mediante apresentação de cálculos atuariais" (Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, j. em 3.8.2010).

206. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, op. cit., p. 119-120.

207. STJ – Informativo nº 0458, Período: 29 de novembro a 3 de dezembro de 2010. Terceira Turma: "LEGITIMIDADE. PLANO. SAÚDE. IDOSO. REAJUSTE. No mérito, deu provimento ao recurso especial a fim de declarar ilegítimo o reajuste das mensalidades de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária (maiores de 60 anos), independentemente da época em que o contrato do plano foi celebrado, em atenção ao preceito que veda a discriminação do idoso em razão da idade. De acordo com a Min. Relatora, o mencionado contrato, além de evidenciar a continuidade na prestação, também possui como característica a "catividade" consubstanciada no vínculo existente entre consumidor e fornecedor, baseado na manutenção do equilíbrio econômico, na qualidade do serviço prestado e no alcance da segurança e da estabilidade. Reafirmou que o art. 15 da Lei no 9.656/1998 permite a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor somente quando as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas estiverem previstos no contrato inicial, vedando tal variação, em seu parágrafo único, nos contratos daqueles com mais de 60 anos" (REsp 1.098.804-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 2.12.2010).

208. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 87.

ou públicos reputados essenciais em sociedade, como saúde, educação e moradia. Em razão da imprescindibilidade da atividade desenvolvida, demandam tais serviços a regulação estatal por meio de agências ou legislação própria, o que reduz os fornecedores a um número não expressivo, mas de grande poder econômico, ampliando a assimetria com relação ao cliente.

Mais interessante: cuidando-se do objeto contratual sob a acepção de seu conteúdo, tem-se a transferência onerosa de riscos referentes a futuras necessidades, por exemplo, de assistência médica ou hospitalar, pensão para viúva, formação escolar para filhos do falecido, crédito imediato para consumo. Ou seja, os consumidores pagarão continuamente suas prestações, muitas vezes na dependência de evento negocialmente previsto, para a percepção dos serviços contratados.[209]

Em sintonia com os fundamentos ora expostos, editou-se o Enunciado nº 543 do Conselho de Justiça Federal: *"Constitui abuso do direito a modificação acentuada das condições do seguro de vida e de saúde pela seguradora quando da renovação do contrato"*. Em sua justificativa, tem-se que: os contratos de seguro de vida e de saúde normalmente são pactuados por longo período de tempo. Nesses casos, verificam-se relações complexas em que, muitas vezes, os consumidores se tornam clientes cativos de determinado fornecedor. Tais situações não podem ser vistas de maneira isolada, mas de modo contextualizado com a nova sistemática contratual e com os novos paradigmas principiológicos. Trata-se de consequência da massificação das relações interpessoais com especial importância nas relações de consumo. Parte-se da premissa de que a relação contratual deve responder a eventuais mudanças de seu substrato fático ao longo do período contratual.

O que se quer aqui ressaltar é a necessidade de um revigorado fundamento para a tutela da parte vulnerável de uma especial forma de contratação em que o tempo e a catividade recebem nova modelagem. A autonomia privada não atende a esta finalidade protetiva, mesmo porque não se pode cogitar no contexto de uma vontade livre de dois sujeitos abstrata e formalmente iguais. Isto é uma ficção. Assim, este fundamento necessariamente será a proteção da confiança, como dever ético de não defraudar as legítimas expectativas suscitadas no consumidor, sujeito concretamente situado em certa sociedade e que, portanto, reproduz mecanicamente as aspirações e os ideais de seu meio. A orientação ética do ordenamento jurídico acrescenta a estes contratos deveres anexos de informação, cooperação e proteção, permitindo uma contínua renegociação de seus termos ao longo dos anos, a fim de que esta se adapte às novas circunstâncias ambientes e perpetue o equilíbrio contratual estabelecido nos primórdios.[210]

209. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 88.

210. STJ. Informativo nº 493, de 12 a 23 de março de 2012. Quarta Turma: "SEGURO DE SAÚDE. CARÊNCIA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE. A questão consiste em saber se, em seguro de assistência à saúde, é possível a seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência de que depende o beneficiário do seguro ao período concernente às doze primeiras horas de atendimento médico-hospitalar, a contar da internação. No caso, o recorrente ajuizou ação de obrigação de

Nesse passo, os riscos de mudança presentes na sociedade devem ser suportados pelo parceiro contratual mais forte, com maior poder de arcar com o desnivelamento contratual decorrente da própria alteração dinâmica da sociedade. Dividir riscos em uma sociedade de consumo movida por agressivas campanhas de marketing não traz a esperada justiça distributiva necessária à própria manutenção equilibrada do contrato.[211]

2.11 Contratos sob o paradigma da essencialidade

"Feliz aquele que reconhece a tempo que os seus desejos não estão de acordo com as suas faculdades."

(Johann Goethe)

2.11.1 Noções gerais

Gradativamente fomos resvalando da situação de *ter* uma economia de mercado para a de *ser* uma sociedade de mercado. Argutamente observa Michael Sandel, que quando decidimos que determinados bens podem ser comprados e vendidos, estamos decidindo, pelo menos implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso. Mas nem todos os bens podem ser avaliados dessa maneira. Assim, devemos indagar sobre o papel e o alcance do mercado.[212]

Estudamos os contratos de adesão, as cláusulas contratuais gerais, os contratos relacionais e os contratos cativos de longa duração. Em comum, a aplicação de regimes diferenciados e protetivos em função da tutela do aderente, consumidor ou não. Ainda em comum, a pessoa a quem o contrato é sugerido frequentemente não tem como não contratar, como única via à satisfação de um certo interesse, que não poderá ser satisfeito de maneira distinta.

---

fazer em face da seguradora ora recorrida, sustentando ser beneficiário do seguro de assistência à saúde firmado com a recorrida. Aduz que, ao ser atendido no hospital, foi diagnosticada a existência de tumor cerebral maligno, com quadro médico grave e risco de morte, razão pela qual foi imediatamente internado para posterior intervenção neurocirúrgica. Apesar do caráter emergencial do exame de ressonância magnética nuclear, foi negada, pela recorrida, a sua cobertura ao argumento de que o contrato do recorrente estaria sujeito ao prazo de carência de 180 dias a partir da adesão ao seguro. E que, diante dessa situação, foi sua genitora quem custeou os exames. A Turma entendeu que, diante do disposto no art. 12 da Lei n. 9.656/1998, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, 'c', do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de 24 horas para cobertura dos casos de urgência e emergência.Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. Os artigos 18, § 6o, III, e 20, § 2o, do CDC preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa do consumidor de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado no que tange a procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida. Como se trata de situação limite em que há nítida possibilidade de violação de direito fundamental à vida, não é possível a seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência relativos ao tratamento de tumor cerebral que aflige o beneficiário do seguro" (REsp 962.980-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 13.3.2012).

211. KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. Contratos cativos de longa duração. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*, op. cit., p. 492.

212. SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*, p. 15-16.

Nestas hipóteses, é possível tratar, tal como sintetiza Enzo Roppo, de uma restrição da liberdade contratual de uma das partes da relação, no sentido de que, ao aderente, está, de fato, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre para discutir e contribuir para a determinação do conteúdo do regramento contratual; não é livre sequer na alternativa de contratar ou não contratar, porque, quando a adesão ao contrato constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada.[213]

Nada obstante, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil disciplinam a contratação por adesão sem referenciar a necessidade da contratação ou a essencialidade do bem ou serviço. O enfoque é centrado na predeterminação unilateral de cláusulas e a consequente disparidade de poder negocial entre os contratantes como aspecto decisivo da rigorosa atuação do ordenamento jurídico.

O paradigma da essencialidade resulta de um notável estudo de Teresa Negreiros, no qual a caracterização do bem contratado – como bem *essencial, útil ou supérfluo* – passa a ser considerada um fator determinante da disciplina contratual, influindo sobre a forma de se conciliar em os princípios clássico e contemporâneo do contrato. À luz do denominado paradigma da essencialidade, propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber em os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual.[214]

A classificação dos bens prevista na parte geral do Código Civil (arts. 79 e segs) é pródiga em referências à destinação como base para a diferenciação entre as várias espécies de bens. Observe-se o que ocorre com as benfeitorias. Embora sejam hierarquizadas em necessárias, úteis ou voluptuárias, com base na utilidade – e não em seu valor patrimonial –, o que as *essencializa* (tornando-as "necessárias") não é um certo uso existencial que delas seja feito, mas a função que desempenham em relação a um outro bem quanto à sua conservação e ao seu melhoramento ou aformoseamento. A releitura da dogmática civil à luz da Constituição, com base na promoção dos valores existenciais, sugere que a utilidade dos bens seja igualmente considerada em função da sua utilidade para a pessoa que deles necessita. Assim é que a mesma lógica presente na tripartição das benfeitorias deverá, em razão e na medida das necessidades existenciais – isto é, da pessoa –, traduzir-se na distinção entre *bens existencialmente essenciais, úteis ou supérfluos*. Ampliam-se, desta forma, os esquemas classificatórios, compatibilizando-os com a ordem constitucional a determinar que as necessidades humanas, também aí, no seio da teoria geral do direito civil, sejam contempladas com um dado juridicamente relevante.[215]

213. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 317.

214. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*, op. cit., p. 388.

215. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 390-391. Ao lado de um critério classificatório que considera os bens reciprocamente, uns em relação aos outros, sugere-se pois, a introdução de um critério que

Certo é que as regras do direito contratual que presidem o jogo do mercado devem se ajustar, em um modelo coeso, aos direitos fundamentais, pois a função do mercado não é a de meramente distribuir materialmente as riquezas mas também a de viabilizar aos cidadãos o usufruto de liberdades civis e direitos socioeconômicos.

Neste ponto, assume Daniel Sarmento que, nas relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante para a aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao direito fundamental contraposto. Por exemplo, as limitações à autonomia privada das escolas na admissão de alunos devem ser mais intensas do que as restrições ao poder negocial das boates e discotecas, na aceitação de clientes, pois, sob o ângulo constitucional, a educação é um bem mais essencial do que o lazer.[216]

Assim, pode-se afirmar que o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica mas também em função da natureza da questão examinada. Quando se tratar de hipótese envolvendo decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância dada à autonomia privada será menor, sobretudo quando estiver em jogo algum bem material considerado essencial à vida humana.[217]

De todo o exposto, comunga a doutrina civil constitucional de um gradualismo na intervenção de direitos fundamentais sobre a autonomia privada, em razão de uma progressão baseada nas necessidades humanas. Conforme a interferência de certo contrato nos bens mais ou menos essenciais, menor ou maior será o espaço destinado à liberdade dos contraentes. Mas como será possível estabelecer uma escala de necessidades humanas?

2.11.2 Evolução do conceito de bem jurídico

É adequado afirmar que, em sentido *amplíssimo*, o conceito de bem corresponde àquilo que nos apetece. Há muito percebeu Clóvis Bevilácqua que o bem "é tudo quanto corresponde à solicitação de nossos desejos".[218]

---

considere os bens em seu vínculo de acessoriedade em relação à pessoa que deles carece e do qual surja a classificação, igualmente tripartida em bens essenciais, úteis e supérfluos.

216. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 309. Esclarece o autor que "isto não significa que boates, discotecas ou outras instituições semelhantes possam discriminar negativamente as pessoas, com base em critérios odiosos, como a raça, o qua violaria não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana como toda a legislação antidiscriminatória em vigor no país".

217. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 309.

218. BEVILÁCQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*, op. cit., p. 213.

Na esfera jurídica, todavia, o bem é tido como aquele que é remetido à posição de objeto de relações jurídicas. Quando nossos desejos, valores e ideais são amparados pela ordem jurídica, o bem da vida se converte em bem jurídico. Portanto, sendo qualquer relação jurídica criada para o atendimento de interesses jurídicos relevantes, são estes interesses que constituirão o objeto da relação. Para a sua satisfação, serão atribuídas a seus titulares situações jurídicas ativas e passivas (direitos, deveres, ônus, faculdades etc.).

Apesar de não existir uma teoria geral do objeto do direito – até mesmo pela heterogeneidade que ele pode assumir –, não podemos negar que, em toda a trajetória do direito, um dos conceitos mais impactados pelos seguidos influxos renovatórios foi o do bem jurídico, até mesmo pela constante mutação das formas de riqueza na vida social.

Se na antiga Roma grande relevo era concedido aos bens móveis, como animais, armas e utensílios, na Idade Média a propriedade imobiliária se converte em bem jurídico prioritário e fonte de poder político de senhores feudais. A seu turno, a modernidade redescobre o valor dos bens móveis – sobretudo o das ações –, colocando-os em posição de igualdade com os bens de raiz. Por fim, a pós-modernidade opta deliberadamente pela fluidez e pela portabilidade dos bens móveis (capitais, *software*, patente, direitos autorais).

Com relativa segurança, pode-se afirmar que o bem jurídico passou a ser classificado como gênero e a coisa com uma espécie restrita a bens corpóreos dotados de economicidade.[219] Assim, não apenas coisas são bens como também créditos (prestações). O patrimônio de conteúdo imaterial artístico, científico e literário é bem jurídico de natureza intangível assim como as abstrações que se relacionam à pessoa humana.

Em um momento mais recente, as constituições maximalistas propõem uma vigorosa compreensão de bem jurídico, aproximando-o de valores de interesse coletivo e indisponível, como o meio ambiente, a saúde e a informação. Tais bens se encontram excluídos de detenção privada. A qualidade de vida se impõe como bem jurídico cada vez mais escasso e, portanto, essencial.

Posta a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) como valor supremo da ordem constitucional, todo o direito privado a ela necessariamente se curva e inexoravelmente há um abalo na concepção de bem jurídico.

Em um primeiro instante, voltou-se a doutrina ao estudo da repersonalização do direito privado, pela identificação e pelo exame detido dos bens jurídicos da

219. Antonio Meneses Cordeiro frisa que: "apesar das flutuações linguísticas, parece ocorrer uma certa tendência coloquial para restringir 'coisa' às realidades corpóreas, enquanto os 'bens' se alargam a realidades imateriais ou humanas. Fala-se, pois, em 'bens imateriais' ou 'bens da personalidade', em conjunções nas quais o termo 'coisa' ficaria inadequado ou deva mesmo ser evitado" (*Tratado de direito civil português*, op. cit., p. 24).

personalidade, tais como o corpo, o nome, a honra, a imagem e a privacidade (arts. 13 a 21 do CC). A tutela das situações existenciais demanda de toda coletividade um dever genérico de abstenção como premissa inarredável de preservação dos bens jurídicos que figuram como objeto das emanações da dignidade de cada ser humano. Trata-se de bens jurídicos que escapam à lógica da apropriação porque toda pessoa é tutelada pelo que é, independente daquilo que venha a ter.

Porém, a remodelação conceitual do bem jurídico não se limita à aferição de sua expansão no setor dos direitos da personalidade e da tutela de uma esfera jurídica de interesses. Indo além, não há receio em se afirmar que a autonomia negocial deixa de ser um valor em si, pois todas as situações jurídicas patrimoniais se submetem ao quadro de valores constitucionais.

Tradicionalmente, qualquer bem jurídico revelava aspirações puramente patrimoniais. Todavia, a inserção do ser humano como fundamento e fim do ordenamento jurídico provoca a refundação da teoria do patrimônio, porquanto a proteção das necessidades humanas se converte em critério e medida do contorno de bens jurídicos.

2.11.3 Evolução da função do patrimônio

O patrimônio, como universalidade de direito, constituído por um conjunto de bens, direitos e obrigações, pode ser conceituado como o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente de uma pessoa, corporificados no ativo e no passivo de uma pessoa. Estes elementos se reúnem num conjunto, formando uma unidade jurídica abstrata e distinta dos elementos que o compõem.

A unidade indica que a função do patrimônio é servir como garantia dos credores do titular em caso de inadimplemento de suas obrigações (art. 391, CC).

Na corrente subjetiva, o patrimônio seria a projeção econômica da personalidade. Assim, cada pessoa – natural ou jurídica – só poderia titularizar patrimônio único, de natureza indivisível. A seu turno, a corrente objetiva propõe a configuração, dentro de um mesmo patrimônio, de bens ou núcleos patrimoniais destacados por uma especial destinação, pois vinculados a uma determinada finalidade. Segundo Caio Mário, "impõe-se um encargo a certos bens para que cumpram determinada finalidade; não se excluem tais bens do patrimônio do titular, mas se cria para eles uma proteção especial para que exerçam determinada função e, para isso, ficam esses bens sujeitos a determinadas restrições".[220]

A teoria objetiva prevalece, posto que mais afinada com as necessidades do comércio jurídico. Apesar da manutenção da unidade do patrimônio do titular, permite-se a formação de patrimônios de afetação, acervos com vida própria e tratamento especial.

220. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, 20. ed., op. cit., p. 398.

Na lição de Melhim Chalhub, a afetação patrimonial se justifica "pela necessidade de se privilegiar certas situações socialmente relevantes, como são os casos do bem de família e da titularidade em nome de terceiros, para fins de administração de investimentos ou para execução e/ou exploração de determinados empreendimentos".[221]

Em comum a estas situações, a afetação patrimonial excepciona a regra geral segundo a qual o patrimônio do devedor atenderá a seus credores (art. 391, CC), pois determinados bens do executado serão imunizados de responsabilidade.

No terreno dos negócios jurídicos, admite-se a afetação patrimonial em hipóteses devidamente autorizadas por lei, como na formação de fundos de investimento imobiliário e securitização de créditos e de incorporação imobiliária (Leis nºs 4.491/64, 9.514/97 e 10.931/04). Nessas hipóteses taxativas, limita-se a responsabilidade do devedor, pois certos bens do seu patrimônio são ressalvados da excussão geral para o cumprimento de finalidades específicas, formando ativo e passivo especiais, respondendo apenas pelas obrigações constituídas para o alcance de suas funções.

Todavia, o aprimoramento do conceito de bem jurídico culmina por acometer diretamente as funções do patrimônio, a ponto de se admitir a afetação de bens para finalidades especiais que não se prendem a objetivos localizados de exploração econômica, mas à própria expectativa social de realização do ordenamento jurídico por inteiro.

Em uma perspectiva emancipatória do sistema jurídico, entende-se que o patrimônio não é um fim em si mesmo, pois uma parcela de sua composição é imune à ação dos privados (credores gerais ou especiais), posto afetada a salvaguarda do mínimo existencial da pessoa humana. Certos bens pessoais são funcionalizados ao plano da dignidade humana.

O patrimônio não pode mais se resumir a um complexo de relações econômicas de um indivíduo, cuja finalidade é preservar a segurança de relações creditícias. A ordem constitucional demanda que uma fração do patrimônio atue como um meio de promoção de uma vida digna. Díez-Picazo considera que "no es difícil establecer que la necesaria protección de la persona y la salvaguarda de su dignidad y de su libertad, exigen el reconocimiento de un determinado ámbito de poder económico. La Idea del patrimonio aparece así como una derivación necesaria de la idea misma de persona".[222]

Há de se rechaçar pretensas argumentações em torno do risco à segurança jurídica. Na travessia do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, molda-se uma nova conformação desse princípio. Antes a segurança era voltada à certeza, baseada na preservação de regras positivadas e do *status quo*, significando imobilismo. Atualmente, a segurança jurídica requer que a ordem econômica seja direcionada

221. CHALHUB, Melhim. *Afetação patrimonial no direito contemporâneo*, op. cit., p. 115.
222. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 46.

ao cumprimento de finalidades maiores do ordenamento, implicando transformação e aprimoramento da atividade negocial, certamente com resguardo da aptidão do ordenamento de predizer ou prognosticar quais as consequências que podem ser extraídas de uma situação jurídica. Daí a necessidade de estabelecermos parâmetros para mensurar em qual momento o patrimônio do devedor será blindado em face de uma situação creditória que lhe seja oposta.

2.11.4 O patrimônio mínimo existencial

Em seu perfil oitocentista e liberal, o direito civil possuía alicerces sólidos na proteção patrimonial. A propriedade e os contratos formavam os pilares de um regime dedicado à apropriação e à conservação de bens. Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares, refletindo a clivagem entre o público e o privado, diante de um Estado ausente, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava em última instância para preservar as regras do jogo.

Paulatinas transformações ocorreram em tal cenário nos últimos cem anos, sendo que um dos últimos capítulos coincide com a implantação de uma tábua de valores constitucionais, apta a exigir uma releitura do estatuto patrimonial das relações privadas, baseado agora à promoção da dignidade, no solidarismo e na igualdade substancial. A urgência se revela na determinação da preponderância da pessoa em relação ao patrimônio. Sendo a Constituição o centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia público/privado, pois não mais existem espaços imunes ao alcance de parâmetros normativos substancialmente mais justos.

Assim, a dignidade da pessoa humana assume um papel de defesa da integridade humana em dois planos: (a) tutelando as situações jurídicas da personalidade de modo a preservar estes bens jurídicos intrínsecos e essenciais; (b) situando a missão de parte do patrimônio, justamente na preservação das condições materiais mínimas de humanidade, o chamado patrimônio mínimo.

Em obra pioneira, Luiz Edson Fachin esclarece que "a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências (de despatrimonialização das relações civis) posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais".[223]

Justifica-se esse posicionamento, vez que o ser humano é o fim da ordem jurídica, e não meio de afirmação de interesses patrimoniais alheios. Para tanto, urge atravessar as fronteiras dos direitos da personalidade para garantirmos que a pessoa não será reificada por relações econômicas, principalmente em tempos de darwinismo socioeconômico em que os valores monetários do mercado se sobrepõem aos valores morais da ética.

223. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 41.

Em acréscimo à terminologia tão bem empregada por Fachin, cremos que a moldura do patrimônio mínimo deve ser acrescida pelo predicado "existencial". Não se trata de uma tautologia, muito pelo contrário. O objetivo é afirmar que a ordem civil de um Estado Democrático de Direito é agente de transformação social, pois a segurança jurídica não compactua com a liberdade travestida em inércia e preservação de *status quo*. A segurança no contexto brasileiro clama pela redução das desigualdades sociais e pela afirmação da cidadania.

Assim, o mínimo existencial é algo quantitativa e qualitativamente superior ao mínimo vital. Este se identifica com a postura estatal ativa de manutenção do mínimo fisiológico e orgânico do ser humano. É o necessário para a preservação da vida. Trata-se do "bolsa-família".

Porém, o ser humano possui demandas que não são compartilhadas pelas outras formas de vida na natureza. Nossa existência não se resume a processos mecânicos, haja vista que a racionalidade e a liberdade nos impelem à felicidade. O homem aspira ir além da mera sobrevivência e criar sentido para o mundo. O ser humano necessita de uma vida digna. Na lúcida advertência de Ingo Sarlet, "a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência".[224]

Destarte, o mínimo existencial atende ao mínimo sociocultural de uma vida saudável com possibilidade de realização de escolhas que atendam ao pleno desenvolvimento da personalidade. O ingresso à saúde básica, o ensino fundamental, a assistência social, a moradia, a cultura e o lazer, são meios tendentes à promoção da igualdade material. Estes bens jurídicos formam o elemento nevrálgico dos direitos fundamentais sociais, sendo interditada qualquer forma de intervenção restritiva por parte do Estado ou de particulares. Na música e na letra dos Titãs, "a gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte...".

2.11.5 O paradigma da essencialidade

No início desta pesquisa, abordamos categorias relativas à classificação dos bens em uma perspectiva civil e constitucional de tutela do mínimo existencial com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Teresa Negreiros sugere que, no contexto normativo da concreta relação, devamos aferir a dimensão existencial do bem, que poderia se dar em três categorias: bens essenciais, úteis e supérfluos. Assim, "os contratos que versem sobre a aquisição ou utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim

224. SARLET, Ingo. *Mínimo existencial e direito privado*, op. cit., p. 53.

entendida a parte contratante que necessita do bem em questão; e vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma".[225]

Mesmo que assim não se posicione de maneira incisiva, Ingo Sarlet situa a eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito do direito privado e, de modo especial, nas relações entre particulares, mediante a preservação de um mínimo existencial – no sentido de garantia de condições indispensáveis para uma vida com dignidade – como critério para "uma adequada ponderação e, portanto, para uma solução constitucionalmente legítima do problema posto".[226]

Exemplo flagrante desse contexto reside nos contratos de saúde. A um primeiro olhar, há a colisão entre o interesse econômico das operadoras do plano de saúde com o dos usuários, prioritariamente voltado para sua subsistência. De fato, subjacente à estrutura patrimonial do negócio jurídico vislumbra-se o direito fundamental à saúde, que remete o pacto ao controle de finalidade constitucional. Aqui, a eficácia do direito fundamental à saúde transcende o âmbito das relações travadas entre Estado e cidadãos – eficácia vertical –, englobando as relações jurídicas firmadas entre os cidadãos pela incidência direta e imediata desse direito nos contratos de plano de saúde. Conforma-se a autonomia privada dos contratantes, com o intuito de se alcançar ótima concretização do referido aspecto existencial, sem, contudo, sacrificar os interesses patrimoniais, que naturalmente viabilizam o mercado.[227]

Não é possível hierarquizar de forma abstrata aquilo que é supérfluo, útil ou essencial, pois as necessidades humanas variam de pessoa para pessoa e mesmo uma

225. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 463.

226. SARLET, Ingo. *Mínimo existencial e direito privado*, cit, p. 84.

227. STJ. Informativo n. 0588. Período: 17 a 31 de agosto de 2016. Quarta Turma. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA QUE AUTORIZA PLANO DE SAÚDE A INDEFERIR PROCEDIMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES. Em contrato de plano de assistência à saúde, é abusiva a cláusula que preveja o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares quando solicitados por médicos não cooperados. O contrato de plano de saúde, além da nítida relação jurídica patrimonial que, por meio dele, se estabelece, reverbera também caráter existencial, intrinsecamente ligado à tutela do direito fundamental à saúde do usuário, o que coloca tal espécie contratual em uma perspectiva de grande relevância no sistema jurídico pátrio. No âmbito da legislação, a Lei n. 9.656/1998 - a qual versa sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde - preconiza, logo no art. 1º, I, o seu escopo. É com clareza meridiana que se infere da legislação de regência a preponderância do zelo ao bem-estar do usuário em face do viés econômico da relação contratual. Até porque não se pode olvidar que há, nesse contexto, uma atenta e imperativa análise dos ditames constitucionais, que, por força hierárquica, estabelecem o direto à saúde como congênito. Assim está previsto na CF, especificamente em seu art. 196. Assim, diante da concepção social do contrato, aquele que declara algo referente ao negócio que está prestes a concluir deve responder pela confiança que a outra parte nele depositou ao contratar. Isso porque o direito dos contratos assume a função de realizar a equitativa distribuição de direitos e deveres entre os contratantes, buscando atingir a justiça contratual, à qual se perfectibiliza, pois, na exata equivalência das prestações ou sacrifícios suportados pelas partes, bem como na proteção da confiança e da boa-fé de ambos os contratantes. Embora seja conduta embasada em cláusulas contratuais, nota-se que as práticas realizadas pela operadora do plano de saúde, sobretudo negar as solicitações feitas por médicos não cooperados, mostram-se contrárias ao permitido pela legislação consumerista. REsp 1.330.919-MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 18/8/2016.

só pessoa ao longo de uma vida pode experimentar necessidades contingentes. A destinação do bem na concretude do contexto determinará a incidência de um regime mais ou menos intervencionista sobre a relação contratual.

Aliás, o Brasil do início deste milênio assiste a duas realidades que convergem para um só destino: uma geração desencantada. Enquanto uma maioria silenciosa vivencia um "vazio de cultura", sem acesso a bens essenciais que permitam a qualquer pessoa se entusiasmar com a vida, muitos jovens que receberam o essencial e o útil optam pela "cultura do grande vazio", deleitando-se com bens supérfluos que remetem a um profundo individualismo e a uma enorme indiferença perante as graves questões coletivas. A privação do essencial elimina a visão e o encontro do outro; o desfrute do excesso idem.[228]

No direito, a qualificação de qualquer fato não se relaciona com a sua origem, mas com o destino que se quer imprimir a ele. O nome (de uma pessoa ou bem) não é o que parece (o que é dado), mas o que merece (a ser construído), em razão da finalidade que se deseja lhe atribuir. A legitimação do bem jurídico se relaciona à forma pelo qual ele será empregado no porvir.

Não há como negar que o bem de família é, por excelência, o modelo jurídico em que o legislador cuidou de valorizar o elemento funcional da especial destinação a que é reservado. Trata-se de uma qualificação voltada aos interesses existenciais a que presta serventia, passando ao largo do significado patrimonial originário.

2.11.6 O bem de família

"Sou feliz E devo a Deus Meu éden tropical Orgulho dos meus pais E dos filhos meus Ninguém me tira nem por mal."

(Chico Buarque de Hollanda, *Bancarrota Blues*)

A impenhorabilidade de bens é a última das medidas percorridas na trajetória da humanização da execução. Na remota Lei das XII tábuas, o concurso de credores impunha o fracionamento do corpo do devedor em frações proporcionais aos créditos. A *Lex poetelia*, de 326 a. C, pontificou a passagem da responsabilidade pessoal para a patrimonial. Com o tempo, a execução se distancia do regime de vingança privada, concentrando-se a responsabilidade do devedor em seus bens. Gradativamente se impõe uma adequada proporcionalidade entre a exigência da obrigação inadimplida e a intensidade da repercussão patrimonial dos atos executivos.

228. Gilles Lipovetsky destaca no hedonismo e no consumismo, que é o seu vetor, o epicentro do pós-modernismo. Isto propicia "a liberação cada vez mais ampla da esfera particular, agora entregue a um self-service generalizado, à velocidade da moda, à flutuação dos princípios, dos papéis e *status*. Ao legitimar a busca da realização do indivíduo, ao sufocá-lo com imagens, com informações, com cultura, a sociedade do bem-estar gerou uma atomização ou uma radical perda de socialização" (*A era do vazio*, op. cit., p. 84).

Foi na República do Texas, antes de sua incorporação aos Estados Unidos que, em 1839, descortinou-se o instituto do bem de família. Através do *homestead exemption act*, conferiu-se proteção especial ao domicílio das famílias, salvaguardando-o das crises econômicas e incentivando a fixação do homem nas inóspitas terras texanas, com vistas a torná-las produtivas. A principal característica do *homestead*, sem dúvida, foi a impenhorabilidade. Hodiernamente, "a natureza jurídica do bem de família é de forma de afetação de bens a um destino especial, qual seja, assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar".[229]

O bem de família revela exceção ao princípio geral da responsabilidade patrimonial (art. 391, CC) em razão de seu perfil funcional, no qual se destaca a destinação existencial de atendimento às necessidades elementares da pessoa, em contraposição ao destino meramente patrimonial.

O sistema pátrio do bem de família é dicotômico. O Código Civil disciplina o bem de família convencional (arts. 1.711 a 1.722), e a Lei nº 8.009/90 versa sobre o bem de família legal, cuja designação mais apropriada seria a de impenhorabilidade do imóvel residencial.

Em uma análise bem sucinta, o bem de família convencional é aquele instituído por ato voluntário do titular, cuja validade demanda escritura pública, e a eficácia, o ato do registro. Refere-se ao bem imóvel no qual a família reside, gerando inalienabilidade e impenhorabilidade.

A seu turno, a impenhorabilidade do imóvel residencial prescinde de qualquer ato do proprietário, pois decorre da especial destinação do bem imóvel. A família não será premida por sua fragilidade nem ficará a mercê da proteção de seus integrantes.[230] Em caso de pluralidade de titularidades de bens imóveis, a impenhorabilidade recairá sobre aquele de menor valor. A Lei nº 8.009/90 não qualifica o bem residencial como inalienável – tal ato seria uma excessiva intervenção no direito de propriedade –, o que o torna ainda mais atraente que a opção do ato de autonomia, ao ponto de Teresa Negreiros nomear o bem de família do Código Civil como "uma espécie de fóssil jurídico".[231]

2.11.7 O bem mínimo existencial

Anacronismo. Este é o vocábulo que reflete a manutenção do bem de família como modelo jurídico, no Livro IV do Código Civil, dedicado ao Direito de Família.

229. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil* – teoria geral, op. cit., p. 338.

230. "STJ. SÚMULA nº 486. É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família" (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, em 28.6.2012).

231. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 441.

Fortaleza Ceará

Em um momento inicial, a doutrina partiu da mediação legislativa do art. 1º da Lei nº 8.009/90 para estender o alcance da impenhorabilidade do imóvel familiar em prol de toda e qualquer entidade familiar, mesmo aquelas não descritas nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal. Assim, hoje há um relativo consenso sobre a viabilidade da proteção ao patrimônio mínimo de uniões homoafetivas em que estejam presentes os atributos da afetividade, da estabilidade e da ostensibilidade.

Porém, o mínimo existencial transcende os limites da família, pois se destina a assegurar uma vida condigna a qualquer ser humano. O patrimônio mínimo é algo inerente à condição de pessoa, independente de suas escolhas afetivas. Cuida-se de uma questão de segurança social, pois a manutenção da autonomia requer um aporte material do Estado, até mesmo como forma de promoção do princípio da igualdade substancial.

Mais de 20% dos domicílios brasileiros são formados por *singles*. Os celibatários exercitam atos de autonomia existencial e deliberam por renunciar – mesmo que temporariamente – a uma vida inserida em uma família. Temos também aqueles que pelos "caminhos da vida" acabam por enviuvar ou se divorciar. Como lhes negar o mínimo existencial?

O direito não domina a sociedade, mas a exprime. As conhecidas palavras de Jean Cruet são especialmente aplicáveis às relações de família, nas quais os fatos sociais velozmente atropelam velhas construções. Tudo isto nos remete a um novo perfil de família, não mais como uma instituição, mas como um instrumento de afirmação da personalidade das pessoas que nela se inserem. A família não é um fim em si, mas um local em que pessoas interagem e desenvolvem vínculos afetivos com vistas a sua realização no plano existencial. Contudo, o ser humano pode almejar a sua felicidade por outras vias alheias à família. O ordenamento considera a entidade familiar – aqui entendida em sentido amplo – um meio de acesso do indivíduo à integração social (tal como um sindicato, uma universidade ou qualquer microcosmo), sem, todavia, olvidar a fundamentalidade de certos valores como a vida e a dignidade humana.

Devemos interpretar o art. 1º, da Lei nº 8.009/90 em conformidade com a Constituição. Assim, entre várias exegeses possíveis, o operador deverá buscar aquela que mais prestigie os valores constitucionais. O art. 6º da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 26/2000, acrescentou um direito social fundamental em prol de todos os brasileiros, o direito de moradia. Assim, não há necessidade de o judiciário efetuar um exercício de ampliação do conceito de família para abrigar os *singles*. Esta solução amplia a artificialidade daquilo que já é artificial. Suficiente é a aplicação direta do direito de moradia nas relações privadas.

O Superior Tribunal de Justiça prestigiou este entendimento e editou a Súmula 364: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas."

Lembre-se ainda que os direitos sociais são dotados de dimensões positiva e negativas. A esfera positiva demanda prestações estatais jurídicas e materiais como a garantia do acesso irrestrito à moradia.[232] A dimensão negativa (ou defensiva) impede agressões à esfera de liberdade e a outros bens jurídicos fundamentais através da exigência de um dever de abstenção de comportamentos que possam ofender o bem jurídico tutelado. No caso do direito de moradia, o direito de defesa consagraria a impenhorabilidade do bem de moradia como forma de preservação de um abrigo. Sendo certo que os direitos sociais se vinculam ao art. 5º, § 1º, da CF, a impenhorabilidade do patrimônio mínimo de moradia é mandamento dotado de plena eficácia e blindado contra qualquer forma de retrocesso social, apenas sofrendo as ponderações legislativas do art. 3º da Lei nº 8.009/90.

Ana Paula de Barcellos é veemente: "ninguém terá dúvida de que uma pessoa que mora sob uma marquise ou uma ponte é um desamparado que necessita de abrigo. Ninguém questionará que esta é uma situação indigna e, *a fortiori*, que a dignidade desse indivíduo está sendo violada". [233]

Como qualquer outro direito fundamental, o mínimo existencial da moradia também vincula os particulares e acaba por conformar o exercício dos atos de autonomia privada. A constitucionalização do direito civil impõe a presença das normas constitucionais no âmbito do direito privado. Firmada esta premissa, Daniel Sarmento é enfático ao argumentar que "no tocante à dimensão defensiva, não existe qualquer argumento *a priori* que justifique a exclusão da aplicação direta dos direitos sociais sobre as relações entre particulares, dentro dos mesmos limites e condições válidas para a eficácia horizontal dos direitos individuais".[234]

2.11.8 A ponderação entre a tutela do bem existencial e o direito ao crédito

Certamente, a incidência do direito social de moradia será ponderada com a dimensão da autonomia privada do particular cuja conduta se quer restringir. Na hipótese da impenhorabilidade do bem de família, o próprio legislador se antecipou ao enumerar na Lei nº 8.009/90 sete situações em que a tutela à moradia será afastada para a proteção de outros interesses merecedores de tutela.

De fato, a aplicação dos direitos fundamentais sociais na esfera privada requer cuidados acentuados, pois, em linha de princípio, é o Estado que assume o dever de proteção perante a coletividade. Em um ordenamento jurídico que preza pelo respeito à livre iniciativa, a aplicação desmesurada de direitos fundamentais no âmbito privado ensejará restrições desproporcionais no âmbito de liberdade e de situações

232. Segundo Ingo Sarlet, trata-se de "implementação e garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e de modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna" (*Mínimo existencial e direito privado*, op. cit., p. 61).

233. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 193.

234. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 335.

subjetivas de determinados agentes econômicos, culminando por gerar um clima de insegurança jurídica que, paradoxalmente, afastará o mercado de determinada atividade, ampliando o cenário de exclusão social.

Esta controvérsia centrou a decisão do Supremo Tribunal Federal, que determinou a penhorabilidade do bem de família dado em garantia, revertendo decisão monocrática no sentido da não recepção do inciso VII do art. 3º, da Lei nº 8.009/90 pelo art. 6º, da CF (RExt nº 352940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso). Por oito votos contra três predominou o entendimento de que o direito à moradia não é apenas o direito à propriedade sobre um imóvel, mas também o acesso ao mercado de locação – que seria desestruturado sem a garantia da fiança. O Ministro Sepúlveda Pertence considerou que a viabilização da locação de residências é uma modalidade de concretização do direito social de moradia. Já o Ministro Gilmar Mendes argumentou que o direito à moradia entra em tensão com outro princípio que, de tão elementar, nem aparece entre os direitos fundamentais da Constituição: o princípio de autodeterminação e da autonomia.[235-236]

No instante em que o particular subscreve um contrato pelo qual o bem de família serve como garantia (*v. g.*, financiamento destinado à construção; execução de hipoteca sobre o imóvel ou obrigação decorrente de fiança), não ocorre uma renúncia à impenhorabilidade, mas a afetação do bem de família a um crédito específico.[237]

Qualquer ato de autonomia negocial gera um negócio jurídico válido, um ato jurídico perfeito cuja eficácia é a produção de direitos e obrigações. O credor é aquele que confia (*credere*) no adimplemento voluntário. O inadimplemento defere ao titular do crédito violado a pretensão de transformar o direito subjetivo em fato

235. Segundo o Sindicato de Habitação do Rio de Janeiro, a fiança é responsável por 89% dos 6,2 milhões de contratos de locação no país. Se o Supremo Tribunal Federal decidisse pela impenhorabilidade, 5,6 milhões de contratos "virariam pó".

236. Apesar de nossa simpatia com a decisão majoritária do STF, na linha do balanceamento de interesses (Alexy), devemos afastar posições absolutas, em qualquer sentido. Daí a nossa fundamentação nos próximos tópicos pela aferição da concretude do caso, com base em exame da destinação dos bens jurídicos envolvidos.

237. STJ – REsp. nº 1141732 – 30/11/2010 – Notícias: "O oferecimento de imóvel como garantia hipotecária tem a faculdade de descaracterizá-lo como bem de família, sujeitando-o à penhora para satisfação da dívida afiançada, presente a peculiaridade de que essa garantia foi prestada em benefício do filho dos fiadores, que reside com estes e compõe a entidade familiar. O entendimento é da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No caso, trata-se de embargos à execução de título extrajudicial opostos por um casal que figura como fiador em contrato de compra e venda de uma papelaria adquirida por seu filho. Os pais garantiram a dívida com a hipoteca do único imóvel que possuem e que lhes serve de residência. O juízo de primeiro grau julgou improcedentes os embargos. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), ao julgar a apelação do casal, manteve a sentença, ao considerar que o imóvel foi livremente ofertado em garantia hipotecária pelos embargantes. No STJ, a ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, destacou que é incontroverso que o oferecimento do imóvel se deu de forma voluntária, ciente dos riscos do negócio. Além disso, afirmou a ministra, o fato de o imóvel ser o único bem de família foi certamente pensado ao oferecê-lo em hipoteca, sabedores de que o ato implicaria renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que agora, ante a sua inadimplência, os recorrentes [casal] usem esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivale à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo."

pela via executiva. A responsabilidade patrimonial decorre da lesão ao dever primário de cumprimento espontâneo da prestação.

A confiança é o cimento das relações humanas. Na conhecida lição de Clóvis do Couto e Silva, a obrigação é um processo que se desenvolve rumo ao adimplemento. O crédito é imantado, atraído e polarizado pelo cumprimento, como momento em que o credor é satisfeito e o devedor recupera a liberdade que cedeu no tempo que entabulou o ato de autonomia. O inadimplemento mantém o devedor preso e vinculado à obrigação sucessiva de indenizar. Quando sucessivas decisões judiciais, a pretexto da incondicional defesa de direitos sociais, culminam por tutelar de forma excessiva o bem de família, inevitavelmente será produzida uma crise de confiança no mercado. A efetividade do direito material será paralisada por um fator de imprevisibilidade que fragiliza a autonomia privada, reconhecidamente um valor essencial em nosso sistema, simbolizando o aspecto ativo da personalidade.

Há um emaranhado de posicionamentos sobre a compreensão do que se pode afirmar por segurança jurídica. Seja ela aferida como valor extrajurídico, como previsibilidade jurídica ou como sobreprincípio revelado em um conjunto de garantias constitucionais, quando explicada na perspectiva de segurança do tráfego jurídico, aproxima-se do vetor da confiança, como forma de estabilização de expectativas sociais com relação ao sistema, como uma previsibilidade do cidadão quanto a forma de condução de suas relações jurídicas.

Portanto, a incidência dos direitos sociais nas relações privadas – mais do que nos direitos individuais –, demandará uma análise tópica do conflito de interesses, em que se realizará uma ponderação com base em certos parâmetros. Estes modelos visam produzir pautas racionais que ancorem fundamentações controláveis, inibindo o *decisionismo* judicial e alimentando a segurança jurídica. Mas quais seriam tais parâmetros?

Em linha de princípio, incumbe ao legislador ordinário a tarefa de abstratamente dirimir conflitos entre particulares. Porém, na ausência de normas e cláusulas gerais ou caso aquela se mostre incompatível com os valores constitucionais, a ponderação ou a adequação caberá ao magistrado.[238]

Um primeiro parâmetro de controle da legitimidade das decisões, sugerido por Daniel Sarmento para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, seria o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, "em outras palavras, quanto

238. Em outra oportunidade, tivemos a oportunidade de colocar que "a dignidade é simultaneamente força matriz e motriz. Matriz como fonte e referência constitucional unificadora de direitos fundamentais e direitos da personalidade, conferindo legitimidade ética à Constituição; motriz, como justificativa autônoma e imediata para o exercício de situações jurídicas existenciais fundadas no personalismo. A partir desse panorama é factível a sustentação da dignidade da pessoa humana como principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador de direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove" (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 203).

maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em foco, e menor a tutela da autonomia privada".[239]

Inegavelmente, a assimetria entre os contratantes é fator de justificação de uma intervenção mais efetiva dos direitos fundamentais nas relações particulares, pois a liberdade da parte mais débil tenderá a ser aniquilada pelo outro contratante. A Constituição deverá repercutir em favor do vulnerável – como podemos inferir da legislação consumerista e dos contratos intercivis e interempresariais realizados pela forma de adesão –, pois a mesma situação vertical de poder/sujeição que se verifica nas relações entre Estado e cidadão é reproduzida na vida privada pelo abuso do poder econômico. Nas sociedades pós-modernas, o Estado não é o único inimigo a ser combatido. Outros centros de poder social, de natureza privada, atuam de forma a desprestigiar a dignidade humana.

Porém, quando instado a se manifestar acerca dos limites da execução de débitos sobre o patrimônio do devedor, o judiciário geralmente enfrenta conflitos privados decorrentes de relações jurídicas estabelecidas entre partes tendencialmente iguais ou *quase-iguais* no plano fático.

Nestas hipóteses, também haverá a proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos, pois não há qualquer recanto do ordenamento inóspito ao influxo da dignidade humana. Nada obstante, as pautas argumentativas serão distintas, não sendo possível aplicar o parâmetro da verticalidade, pois nenhum dos contratantes detém parcelas expressivas de poder social a ponto de se justificar uma intervenção extrema em face do princípio da autonomia privada.

Nesse instante surge um segundo critério, já apresentado neste trabalho: o paradigma da essencialidade.

Assim, diante de litígios que envolvam questões patrimoniais, em que o grau de assimetria das partes não se revele acentuado – pois uma igualdade fática absoluta será praticamente impossível –, o critério da destinação do bem jurídico será um parâmetro objetivo a lastrear uma decisão qualificada como legítima. Portanto, tratando-se de bens funcionalmente essenciais ou úteis para uma vida digna, será reduzida a dimensão do peso da autonomia privada; em sentido diverso, caso o litígio envolva bens de destinação supérflua, considerados exorbitantes em relação ao mínimo sociocultural, será ampliado o peso da autonomia privada.

2.11.9 Os limites à aplicação dos direitos fundamentais nas lides envolvendo a impenhorabilidade do bem imóvel existencial

Toda busca por parâmetros que afastem os juízes da simplista tendência de decidir com base em intuições, crenças ou humores não se fez necessária quanto à

239. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 303.

impenhorabilidade do bem mínimo existencial, pois o próprio legislador tratou do tema no Código Civil e na Lei nº 8.009/90, inclusive tendo ponderado normativamente as exceções à impenhorabilidade.

Porém, em certos casos, a hierarquização de bens jurídicos formulada pelo legislador poderá contrariar a própria tábua axiológica constitucional. Isto foi percebido pelo legislador processual quando elaborou a Lei nº 11.382/06, ao dispor no parágrafo único do art. 650 sobre a possibilidade de penhora de "bem imóvel considerado de família com valor superior a 1.000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao devedor, sob cláusula de impenhorabilidade".

A elogiável finalidade da norma era a de distinguir o mínimo existencial do "*máximo existencial*". O legislador, adotando o paradigma da essencialidade, considerou que a partir de um determinado valor o imóvel residencial exacerba o mínimo sociocultural, tornando-se supérfluo. Destarte, mesmo os credores que não fossem beneficiados pelas exceções à impenhorabilidade (art. 3º, da Lei nº 8.009/90) encontrariam no patrimônio do devedor uma saída para a crise de confiança provocada pelo inadimplemento.

De fato, basta pensarmos na situação de uma pessoa cujo único imóvel alcança o montante de R$ 1.000.000,00, fato não tão incomum em grandes metrópoles como Rio de Janeiro e São Paulo. Seria desproporcional privar o credor de acesso a tal patrimônio, sob a justificativa da impenhorabilidade, pois o montante do valor do bem supera bastante aquilo que padrões nacionais definem como uma moradia digna.[240]

Portanto, o legislador reformista mitigou a impenhorabilidade em prol da autonomia privada quando, mesmo não propondo suprimir do devedor aquilo que lhe é essencial ou útil, não poupa aquilo que lhe seja demasiado. No exemplo do imóvel de R$ 1.000.000,00, o bem seria alienado e, com o produto da venda, satisfeito o credor até o valor de R$ 620.000,00. O teto de 1.000 salários mínimos (equivalente a R$ 380.000,00) estaria tutelado pela impenhorabilidade, posto afetado à vida digna do devedor.

Infelizmente houve o veto presidencial a esta proposta. Entendeu-se que a inovação não seria compatível com a nossa tradição. Assim, manteve-se a tradição de se proteger o mau pagador, uma injustificada simpatia com os devedores.[241] O

240. Luiz Rodrigues Wambier aduz que a solução mais equilibrada "seria a de permitir-se a penhora de bens dessa espécie, promovendo-se sua venda e resguardando ao devedor determinada parcela daquilo que fosse apurado com a alienação do imóvel, de forma que pudesse adquirir outro, de menor valor, mas suficiente para garantir direito à moradia com dignidade, conforme o padrão médio da população" (*Anotações sobre a crise do processo de execução*, op. cit., p. 251).

241. STJ – Resp. no 1178469 – 24.11.2010 – Notícias: "É irrelevante para efeitos de impenhorabilidade que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. Com essa decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformulou entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e desconstituiu a penhora sobre imóveis residenciais de particulares. Os proprietários haviam apresentado embargos à execução sobre a penhora para pagamento de dívida. Segundo a decisão da Terceira Turma, o bem de família foi definido pela Lei

ordenamento incentiva a indústria do inadimplemento. Em *Dom Casmurro*, o cético Machado de Assis já considerava que "a vida é cheia de obrigações que a gente cumpre por mais vontade que tenha de as infringir deslavadamente". Com o incentivo de nossa classe política, a economia de mercado tende a desaparecer.[242]

Mesmo com o veto presidencial, acreditamos que nas relações contratuais entre partes tendencialmente iguais, caso o devedor consinta em renunciar à impenhorabilidade de seu imóvel de alto valor – por se tratar de débito comum (*v.g.* nota promissória) –, na hipótese de inadimplemento e seguida instalação da execução, incumbirá ao magistrado prestigiar a autonomia negocial dos contratantes e o caráter supérfluo do bem jurídico, prevalecendo a alienação do bem com a destinação de uma parcela da arrecadação para a aquisição pelo devedor de outro bem, agora dentro do mínimo essencial para a moradia. Sobrelevará a aplicação daquilo que se contratou, com a mínima intervenção heterônoma. [243]

Certamente, trata-se de um problema de ponderação de interesses entre titulares de direitos fundamentais que será enfrentado à luz da proporcionalidade. Porém, a despeito do veto presidencial, basta lembrar que se o devedor houvesse realizado o adimplemento, sofreria uma inevitável queda em seu padrão de vida. Da lição de Chiovenda, se extrai que o processo executivo se destina a conceder ao credor o bem da vida na mesma proporção que auferiria se dele não necessitasse. Via de consequência, não há excesso em um pronunciamento que culmine em retirar forçosamente do patrimônio do devedor aquilo que pelo valor da confiança deveria ter sido espontaneamente entregue, sem com isto ignorar a intangibilidade de tudo que seja imprescindível à satisfação de necessidades do executado.

---

n. 8.009/1990 em razão da necessidade de aumento da proteção legal aos devedores, em momento de atribulação econômica decorrente do insucesso de planos governamentais. A norma, segundo o relator, ministro Massami Uyeda, é de ordem pública e de cunho social, uma vez que assegura condições dignas de moradia. Ainda que o imóvel seja valioso, esse fato não tira sua condição de servir à habitação de família. O TJSP havia entendido que era possível o desmembramento do imóvel por se tratar de residência suntuosa. A manutenção das condições de residência causava prejuízo aos credores, em claro favorecimento aos devedores. Bastaria ao devedor, para escapar de seus débitos, concentrar todo o seu patrimônio em uma única residência, a qual estaria protegida pela regra da impenhorabilidade Mas, para o relator, os fundamentos em razão de luxo e suntuosidade dos bens imóveis merecem outro tratamento. Segundo o ministro, não convence que a intenção do legislador, ao editar a Lei n. 8.009/90, não seria a de proteger o luxo e a suntuosidade. 'Basta que o imóvel sirva de residência da família, sendo irrelevante o valor do bem', disse. O Projeto de Lei n. 51, de 2006, foi proposto para estabelecer um valor ao que seria bem de família, mas foi rejeitado, sob o argumento de quebrar o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família."

242. Daniel Amorim Assumpção Neves lamenta a "atuação de nossos senadores e do Presidente da República. Trata-se do veto presidencial, amparado em manifestação do Senador José Sarney – velho conhecido dos brasileiros e brasileiras – e corroborado pelos líderes dos partidos da situação e da oposição, que em entrevista aos órgãos de imprensa louvaram o discurso pretensamente moderno, mas que esconde um profundo atraso" (*Reforma do CPC*, v. 2, op. cit., p. 201).

243. Teresa Negreiros assevera que "a essencialidade de certos bens é um fator que deve influir no regime contratual. Neste sentido, acredita-se que quanto mais explicitados forem os fundamentos decisórios, tanto maior será a possibilidade de controle de validade das decisões, e, consequentemente, maior, também a sua previsibilidade" (*Teoria do contrato*, op. cit., p. 487).

2.11.10 A Lei nº 11.382/06 – do bem de família aos bens mínimos existenciais

Quando nos referimos à expressão "bem mínimo existencial" ao invés da dantada opção por "bem de família", não objetivamos apenas a extensão da regra da impenhorabilidade do bem de raiz a todo cidadão. Há ainda outro significado que justifica a alteração da nomenclatura, pelo menos em nível doutrinário e jurisprudencial. Com efeito, a impenhorabilidade não atinge apenas o imóvel, mas todo e qualquer patrimônio que se relacione ao mínimo existencial, seja ele considerado como bem essencial ou útil ao atendimento de necessidades humanas elementares. O legislador considerou a ampliação da proteção da residência a um contexto mais abrangente de tutela da vida condigna.

A princípio, o art. 833, I, do Código de Processo Civil de 2015 reitera a impenhorabilidade dos "bens inalienáveis e os declarados por ato voluntário, não sujeitos à execução". Cuida-se do bem de família voluntário no art. 1.711 do Código Civil.

As novidades ficam a cargo dos incisos posteriores, com o advento da Lei nº 11.382/06. Parece-nos que o legislador adotou o paradigma da essencialidade para definir quais bens são imunizados da tutela executiva. Realizaremos aqui um exame perfunctório dos incisos II, III e V do art. 833 do CPC/15, dispositivos em que a ponderação de interesses se faz mais evidente.

A atual redação do inciso II do art. 833 insere no rol dos impenhoráveis "os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida".

A revigorada norma é pautada pela razoabilidade. Deseja compatibilizar aquilo que os processualistas denominam como princípio da máxima utilidade da execução com o menor sacrifício do executado. No escólio de Luiz Rodrigues Wambier, "a colisão desses princípios ocorre quando o juiz vê diante de si conflitos de valores: de um lado, a preocupação em não se imporem sacrifícios excessivos ao devedor; de outro, a exigência de que se satisfaça de maneira completa o direito do credor. Sua compatibilização promove a chamada (e desejada) execução equilibrada".[244]

Primeiramente são tutelados os bens essenciais (*v. g.*, geladeira, fogão), cuja destinação é acautelar o próprio mínimo vital e a sobrevivência do executado. Mas o legislador percebeu que o mínimo vital se traduz no "ínfimo vital" e também elide da execução os bens úteis (*v. g.*, televisão e rádio), haja vista que deferem à pessoa e/ou à família o mínimo existencial e sociocultural, conferindo acesso ao lazer e ao conhecimento. Todavia, os bens supérfluos, de elevado valor, não se revestem do atributo da necessariedade. Impensável seria revestir de impenhorabilidade a adega climatizada, o tapete persa e a TV tridimensional de 50 polegadas.

244. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre a crise do processo de execução*, op. cit., p. 253.

A polêmica se instala na interpretação do conceito jurídico indeterminado "médio padrão de vida". Seria esta proporção referente ao padrão de vida do executado ou da população brasileira em geral?

Afaste-se, desde já, qualquer possibilidade da execução patrimonial servir à manutenção do padrão de vida do executado. O adimplemento espontâneo da obrigação forçosamente implicaria redução do estilo de vida do executado. A jurisdição deverá proporcionar ao credor os bens necessários à conversão na quantia que lhe fora espontaneamente negada pelo devedor.

Enfim, não há direito adquirido a um estilo de vida ou à preservação de *status*. Tal forma de interpretação da norma conduziria ao absurdo, pois seria instrumento de proteção exclusiva de devedores abastados, com violação ao princípio da igualdade, ao considerar, sem qualquer motivação, uma minoria de executados mais merecedores de conforto do que uma ampla maioria.

A modernidade há muito substituiu os valores nobiliárquicos pela ascensão social através do trabalho. As classes sociais são intercambiantes e o devedor terá de ser afastado dos bens supérfluos, mesmo que eles tenham se incorporado a sua rotina. De fato, a sociedade de consumo tem o dom de nos iludir, convertendo futilidades em necessidades.[245] Bem alerta Daniel Amorim Assumpção Neves que "pouco importa que (o devedor) não poderá mais convidar os amigos para sessões de cinema em seu home theater (que inclusive a maioria da população nem ao menos sabe o que significa) ainda que isso represente a constituição de mancha em seu currículo social, desprestigiando-o no ambiente em que vive".[246]

Isto implica manutenção de um lazer mínimo do devedor, de acordo com padrões médios da sociedade brasileira conforme índices do IBGE. Vivemos em uma nação de imensos abismos sociais e temos de aferir quais são os bens úteis que habitualmente frequentam a casa de um brasileiro (pois os bens essenciais são sempre impenhoráveis, mesmo que muitos brasileiros não possuam ao menos uma geladeira). É cediço que o lazer está inserido entre os direitos sociais (art. 6°, CF), mas o executado será constrangido ao cumprimento, até o ponto em que a execução não lhe suprima uma vida digna.

É plausível entender tal qual Patricia Villela "que as necessidades básicas que compreendem o núcleo essencial do direito fundamental social não estão relacionadas a circunstâncias subjetivas ligadas ao estado de ânimo das pessoas, que pode ser volúvel ou arbitrário, ou a preferências pessoais. Elas são diagnosticadas a partir de

245. Com argúcia, Zygmunt Bauman atesta que "o consumismo de hoje, porém, não diz mais respeito à satisfação de necessidades – nem mesmo as mais sublimes – mas ao desejo – entidade muito mais volátil e efêmera, evasiva e caprichosa, e essencialmente não referencial que as 'necessidades', um motivo autogerado e autopropelido que não precisa de outra justificação ou causa" (*Modernidade líquida*, op. cit., p. 88).

246. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*, v. 2, p. 205.

fatos objetivos, mensuráveis, nos quais se constata a existência de carências em um indivíduo e no meio encontrado a sua volta".[247]

Neste ponto podemos indagar sobre a penhorabilidade do *freezer*, da máquina de lavar roupas e do computador, bens úteis que não frequentam as residências da maior parte da população. Se o objetivo é defender uma execução equilibrada, resguardando-se o direito fundamental do credor e a segurança jurídica – baseada na efetividade da jurisdição –, tais bens serão penhorados, porque ultrapassam com facilidade os parâmetros das utilidades encontradas na média dos domicílios brasileiros.

Certamente os critérios objetivos são merecedores de nossos aplausos. Mas o paradigma da essencialidade também demanda uma avaliação das reais necessidades das pessoas que figuram na lide. Aqui, temos de ser cautelosos para apreciar as circunstâncias que envolvam o caso concreto. Na residência de um idoso, a máquina de lavar recebe uma importante destinação, pela própria dificuldade da lavagem manual das roupas.

Por outro lado, há de se vislumbrar as circunstâncias pessoais do credor. Elucidativa é a hipótese de um crédito módico de R$ 300,00. O magistrado afere que o devedor possui uma televisão colorida, mas que o credor nem ao menos possui esta utilidade doméstica. Seria razoável preservar o bem útil do executado, quando o exequente dele seja privado?

Ainda em respeito ao critério funcional da destinação dos bens que guarnecem a residência do executado, nem sempre aquilo que parece supérfluo ou exorbitante em um exame perfunctório, assim se revela na realidade da vida. Basta imaginarmos a aquisição de uma máquina filmadora por parte de uma mãe que deseja acompanhar o desenvolvimento psicomotor do filho, portador de distrofia muscular, para auxiliar em seu tratamento médico, ou de um teclado para a educação de uma criança com autismo. Aqui relevará a destinação existencial sobre a patrimonial, com base no sopesamento de interesses que envolvem o caso.

O paradigma da essencialidade é reforçado no inciso III do art. 833, do CPC/15, ao estender a impenhorabilidade aos "vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor". Mais uma vez surge o conceito vago do "elevado valor" como critério primeiro de aferição do bem jurídico como supérfluo. Assim, se adaptaria ao preceito o guarda-roupa feminino em que algumas peças realçam diante da maioria, pois criadas por estilistas; aquelas joias caras e os adornos suntuosos. Todos são bens em tese penhoráveis, pois não correspondem à satisfação de necessidades, mas de vaidades correntes em certos meios sociais.

Problemas surgem quando todas as roupas do devedor são de elevado valor, em razão de seu alto poder aquisitivo. A completa penhora de tais bens culmina por

247. MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*, op. cit. p. 420.

desprover o executado da possibilidade de se vestir. Em tais situações, a moderação é salutar. A título ilustrativo, se o devedor ostentar 30 ternos de grife, poderá perfeitamente viver com 03, sem que isto lhe suprima o mínimo existencial. O magistrado não estará decidindo com base em proporcionalidade subjetiva – justiça salomônica –, mas no parâmetro objetivo da destinação útil conferida às vestimentas no caso concreto.

Por fim, o inciso V do art. 649 é ainda mais elucidativo em sua redação, ao abrigar sob o manto da impenhorabilidade "Os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado." Os bens jurídicos enfocados neste inciso são qualificados como essenciais ou úteis, não em razão de sua estrutura, mas de sua função, do papel que lhes é destinado, de promoção do trabalho como meio natural de manutenção do mínimo existencial. Portanto, o dermatologista que exibe uma vasta biblioteca em sua residência ou consultório apenas para impressionar amigos e pacientes sofrerá a execução sobre tais bens, tendo em vista que a sua destinação é supérflua. O mesmo não se pode dizer dos livros que sejam diretamente relacionados ao exercício de sua clínica médica.

Não se olvide que o trabalho dignifica o homem, pois o convida a transcender-se, abandonando a solidão, abrindo-se para a comunhão e a integração social. A personalidade se expande no contexto comunitário.[248] Neste sentido, caminhou bem o legislador ao estender a impenhorabilidade aos bens úteis, pois, em sociedades altamente complexas, muitas vezes a preservação do trabalho dependerá do apoio do profissional em instrumentos de apoio que, se inexistentes, não o impedem de exercer o labor, mas reduzem a sua competitividade (*v.g.*, como o *software* do arquiteto e a aparelhagem de odontologia estética).

2.12 Contratos de direitos da personalidade

"Sempre renovo o contrato com a vida, mas... como é difícil, em dados momentos, concordar com as novas cláusulas."

(Rosa Berg)

2.12.1 Noções gerais

"Não raro se ouve dizer que residimos no 'mundo dos contratos'. A afirmação decorre da atenta percepção de encontrar, em verdade, a figura de um contrato desde singelos gestos cotidianos a grandes negociações entabuladas. Desse modo, sem muito esforço, lembramos que, quando acordamos pela manhã, ao acender a luz,

248. O intérprete cearense Raimundo Fágner, na canção *Guerreiro menino*, de autoria de Luiz Gonzaga Júnior, já enfatizava que "sem o seu trabalho o homem não tem honra, e sem a sua honra, se morre, se mata, não dá pra ser feliz, não dá pra ser feliz".

escovar os dentes, tomar banho, ler os jornais, tomar o café, pegar o próprio carro ou a condução devida até o local de trabalho ou estudo e até mesmo o porquê de nos dirigirmos até esses locais, tudo isso repousa na mais elementar noção de contratação. O que queremos dizer é que a luz do seu quarto só foi possível ser acesa em virtude do contrato que você celebrou com a companhia prestadora de energia elétrica. O mesmo lembramos, acerca do banho e da água para se fazer o café, que somente estão ali em virtude da celebração de um contrato com a companhia prestadora de água. Ademais, a maioria dos insumos, senão todos utilizados em seu café da manhã decorrem de um contrato de compra e venda celebrado com a padaria ou o supermercado. Os jornais também decorreram do contrato de compra e venda, porém feito com a banca de jornal. O seu carro também está em sua garagem em virtude daquela compra e venda realizada, ou então, na sua ausência, você pode se socorrer do transporte coletivo que estará a sua disposição, é claro, mediante a celebração de um contrato. Ademais, urge lembrar que você se dirige àquele local de trabalho ou estudo, porque certamente há um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviços da escola. Por fim, apontamos que as flores que você entrega a sua namorada no final de mais um dia não passa de um contrato de doação... resta ainda alguma dúvida de que vivemos no 'mundo dos contratos'?"[249]

Não apenas aderimos a ideia do "mundo dos contratos", como percebemos que se trata de um território em franca expansão. O mesmo sujeito que acende a luz, escova os dentes, toma banho e pratica um sem-número de contratos em sua jornada diária não restringe a sua vida à prática de atos estritamente patrimoniais. Um marido atento e carinhoso não pode se esquecer de beijar a sua esposa ao sair de casa (só poderá qualificá-la como "esposa" em virtude de um contrato de casamento). Ao chegar em seu local de trabalho, marca uma reunião com a editora, a fim de ceder os direitos autorais de sua nova obra. Eventualmente participará de um programa de televisão e subscreverá um contrato de cessão de direitos de imagem. Supondo não se tratar de pessoa casada, comumente efetuará um contrato para disciplinar os aspectos jurídicos de sua união estável, ou mesmo, de um simples namoro.

Esse árduo debate fere a questão dos limites morais do mercado. Precificar uma união afetiva, a procriação e outros aspectos delicados da vida privada pode significar uma maneira errada de lhes atribuir valor, impondo aquilo que Michael Sandel enuncia como "deliberações que a sociedade deve adotar sobre a forma pela qual a monetarização de certos bens os corrompem ou degradam".[250]

Enfim, é fato que a autonomia privada transcende o perímetro dos negócios jurídicos patrimoniais. Em uma ordem pós-positivista, ela se amplia, afirmando-se como exercício de liberdade e instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, a autonomia privada não se reduz ao espaço

249. QUEIROZ, Mônica. *Direito Civil*, v. 5, op. cit., p. 197.
250. SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*, p. 19-20.

normativo em que o sujeito realiza a atividade econômica (art. 170, CF), sendo também localizada sempre que o ser humano manifesta situações jurídicas da personalidade, concretizando os seus projetos espirituais (art. 1º, III, CF). Aqui, afirma-se a "autonomia existencial".

Em tese, admitir a disposição de direitos da personalidade através de um contrato poderia soar paradoxal. Afinal, para além da dispensa da patrimonialidade, o objeto das situações existenciais são os atributos existenciais da pessoa, o conjunto de bens em que se manifesta a personalidade. A particularidade é a indissociabilidade existente entre os bens tutelados e o sujeito titular dos direitos. O vínculo entre a pessoa e o objeto é orgânico, pois este não é exterior ao direito, mas o próprio "modo de ser" da pessoa. De outro lado, todo contrato possui conteúdo patrimonial.

Com efeito, em Enzo Roppo[251] percebemos a distinção entre a operação econômica – na sua materialidade – e o contrato. O contrato é a formalização de uma operação econômica, de um fato. Destarte, onde não há operação econômica – e, portanto, circulação de riqueza –, inexiste contrato. "Se Tizio e Caio se comprometem reciprocamente – mesmo por ato formal, escrito e assinado – a conservar para sempre a sua crença política comum, e a bater-se pelo triunfo desta, ou então a difundir o seu comum credo estético: ainda que nas partes exista a vontade e a convicção de se obrigarem legalmente, estes não são contratos, justamente porque falta a patrimonialidade".[252]

Portanto, este é o momento de reexaminar alguns direitos da personalidade, tradicionalmente considerados extrapatrimoniais, para verificar se o seu conteúdo não se forma com dois elementos, um patrimonial e outro extrapatrimonial. São situações jurídicas chamadas *dúplices*, cujo conteúdo é existencial e patrimonial ao mesmo tempo. Como exemplo, podemos citar o direito à imagem e o direito autoral; ambos possuem expressão econômica, permitindo que, sob este aspecto, incida a disciplina contratual, própria das relações patrimoniais. O conteúdo do contrato em hipóteses tais é constituído por prestações de caráter existencial, razão pela qual terá repercussão direta sobre a pessoa do contratante. [253]

A proteção dos direitos da personalidade não se exaure na proteção do indivíduo contra o Estado ou em face de outros particulares. Esta é apenas a tutela negativa da dignidade da pessoa humana. Mas há uma outra faceta: a tutela positiva. Por seu intermédio, defere-se ao ser humano o poder de gerir a sua vida. Este poder positivo é exercido por meio da autonomia privada.

---

251. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 10-23.

252. Aliás, de acordo com o art. 1.321 do Código Civil italiano, o contrato é "o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular, ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial".

253. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, op. cit., p. 272. Completa a autora: "assim, respeitadas as peculiaridades inerentes às situações existenciais, o que é necessário para a proteção da pessoa, a disciplina contratual é atuante. Desse modo, cabível a resolução por onerosidade excessiva, o uso indevido da imagem previamente autorizado em contrato de licença para uso de imagem deve ser analisado no âmbito do inadimplemento contratual etc.".

Isto posto, em uma interpretação constitucionalizada dos direitos da personalidade, admite-se a sua relativa disponibilidade, pois a tutela integral da dignidade da pessoa humana demanda uma dimensão afirmativa, calcada no direito de autodeterminação, conferindo trânsito à autonomia existencial para que a pessoa possa afirmar o livre desenvolvimento de sua personalidade. Cuida-se do dever de promoção da dignidade.

As declarações de vontade alusivas ao exercício do consentimento para a disposição de bens da personalidade poderão se consubstanciar em negócios jurídicos unilaterais ou contratos. No primeiro caso, inexistem efeitos econômicos (*v. g.*, cirurgia de transgenitalização, no transexualismo, e autorização para ortotanásia do paciente na terminalidade da vida). Todavia, será um contrato quando o ato de autonomia gerar efeitos patrimoniais. Mesmo sendo um contrato, o sistema não patrimonializou o direito da personalidade, apenas o revestiu de consequências econômicas.

A proteção à autonomia nas questões existenciais é muito mais intensa do que nos negócios jurídicos contratuais, já que as decisões relativas aos projetos espirituais se situam numa esfera que deve ser protegida de intervenções externas. Nosso ordenamento transige muito mais com as restrições à liberdade contratual do que com aquelas impostas a outras liberdades mais fundamentais, ligadas às opções e aos objetivos de vida de cada pessoa humana. Diversamente da autonomia contratual, as liberdades existenciais não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que o sejam, afinal cabe ao ordenamento tutelar a esfera de autonomia privada do cidadão na sua dimensão mais relevante: o poder da pessoa humana de se autogovernar, de fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros.[254]

Uma situação híbrida poderá resultar de negócios bilaterais de disposição de direitos da personalidade. O ser humano realizará contratos envolvendo situações existenciais como, exemplificativamente, a imagem e a privacidade. O consentimento não envolve matéria puramente econômica, pois se trata de bens intrínsecos à pessoa e de caráter extrapatrimonial. Porém, o aspecto econômico se localiza nos efeitos financeiros decorrentes da cessão da exploração da imagem (*v. g.*, publicidade realizada por uma celebridade) ou mesmo da intimidade (*v. g.*, cachê decorrente da participação em *reality show*, como o *Big Brother*).

O negócio jurídico que tem como objeto o uso de certos direitos da personalidade deve ser o mais específico e detalhado possível. A permissão para o uso do direito da personalidade deve ser expressa. O negócio deve conter todos os detalhes sobre como aquele direito da personalidade será empregado, qual é a finalidade do uso

254. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 214-215 e 308-309. Por isto, arremata o doutrinador: "a liberdade de pensamento, por exemplo, inclui a faculdade de ter e divulgar ideias absurdas; a liberdade de associação abrange o poder de fundar entidades visando finalidades fúteis, desde que não criminosas; a liberdade de religião tutela tanto o direito de professar o credo católico como o de frequentar cultos satânicos" (op. cit., p. 215).

negociado, durante quanto tempo o uso estará permitido, que lugares essa permissão alcança. Além disto, todas essas disposições terão necessariamente interpretação restritiva. Deve-se estabelecer ainda a remuneração pelo uso do direito da personalidade. Assim, permite-se à pessoa a fruição econômica do uso desses direitos e, ao mesmo tempo, garante-se a proteção dos direitos da personalidade, que não saem de sua esfera jurídica.[255]

Com efeito, impõe-se um regime especial para estes negócios jurídicos. Não se pode tratar uma cessão de uso de imagem como uma compra e venda de um cinto! Há redobrado cuidado na hermenêutica de contratos envolvendo situações existenciais, mesmo porque estes contratos normalmente se constituem pela forma de adesão a cláusulas contratuais gerais unilateralmente elaboradas pelo predisponente. Quer se evitar a utilização abusiva de posições jurídicas, sobretudo aquelas que envolvem risco à dignidade de um dos contratantes. Incidem os arts. 423 e 424 do Código Civil, cujo objetivo precípuo é resguardar a igualdade substancial em contratos de massa.

Ademais, há de se atentar ao Enunciado nº 23 do Conselho de Justiça Federal: "a função social do contrato não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance deste princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana". Do exposto, depreende-se que a interseção entre contratos e direitos da personalidade é factível e dispõe de merecimento na ordem jurídica. Porém serão nulos os pactos em que o contratante avilte o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, à medida que viola a ordem pública um negócio jurídico que consubstancie cláusulas direcionadas a *coisificar* a condição humana.

Este é um aspecto que merece um olhar atento. De acordo com o art. 11 do Código Civil, "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Em uma interpretação literal, a parte final deste dispositivo impediria a efetivação de contratos sobre direitos da personalidade. Na verdade, se assim o fosse, paradoxalmente a personalidade se converteria em uma prisão para o seu titular, ao invés de uma proteção a sua liberdade. Isto é um equívoco, pois se, por um lado, é vedado violar a dignidade, por outro, é permitido promover esta mesma dignidade da pessoa humana.

Adequada leitura do art. 11 do Código Civil passa pelo Enunciado nº 4 do Conselho de Justiça Federal: "o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral". Bens jurídicos da personalidade são suscetíveis de negócio jurídico. Mas os direitos da personalidade são intransmissíveis, tanto *mortis causa* como *inter vivos*. O que se transmite pela via contratual é o exercício temporário de determinado bem da personalidade, mais precisamente, o efeito econômico de sua fruição. Como bem evidencia o enunciado,

255. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade*, op. cit., p. 121.

esta cessão do exercício não poderá ser vitalícia, pois importaria, no final, das contas, na própria transmissão do direito.

De acordo com o art. 1.513 do Código Civil, "*é defeso a qualquer pessoa, de direito* público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". Este dispositivo consagra no ordenamento jurídico civil-constitucional o "direito de família mínimo". Ao tutelar a privacidade de qualquer entidade familiar, o dispositivo exalta a autonomia privada como princípio maior do direito de família contemporâneo. A intervenção do ordenamento sob o plano de liberdade da família ocorrerá excepcional e basicamente para a proteção de direitos fundamentais de seus componentes, tais como a integridade psicofísica e a necessidade de fornecimento de alimentos a incapazes e a quem deles necessite. Afora estas hipóteses de violação da dignidade, o ordenamento admite a formulação de contratos cujo conteúdo discipline aspectos existenciais de relações afetivas, tais como um contrato de união estável ou um contrato de namoro.

2.12.2 Contrato de cessão de uso de imagem

"Certos contratos assinar é prejuízo! Abri o olho antes de assinar qualquer contrato. Papel branco não foi pra assinar. É pra escrever letra de rap ou autografar."

(Gabriel O Pensador, *Não foi você*)

A imagem é tida como toda sorte de representações da pessoa. Não somente a plasticidade como toda forma de representação corporal do fenômeno humano e os elementos que a identificam (*v.g.* direito à voz), envolvendo ainda as características comportamentais da pessoa. Abrange a imagem-retrato, ou exterior, a representação gráfica da pessoa humana e a imagem-atributo, definida como os atributos da pessoa identificados no meio em razão de seu papel social.

Revela-se de grande importância prática e teórica a questão do consentimento do titular no uso da imagem por terceiro, especialmente em nossos dias, em que há uma facilidade de acesso aos meios de comunicação. Pelo conteúdo do contrato de licença de uso de imagem – ou de cessão de uso de imagem –, o que se pretende, tal qual aduz Roxana Borges, é conciliar a proteção dos direitos da personalidade da pessoa que autorizou o uso de sua imagem por terceiro com a permissão a este sujeito da fruição econômica do direito à imagem.[256]

Assim, a autorização para o uso do registro da imagem (e não o direito de imagem) poderá ser objeto de contrato, se o seu titular assim o desejar, não sendo nem mesmo vedada a cláusula de exclusividade, desde que esta seja limitada no

256. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato de licença de uso de imagem. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PEDROSA, Lauricio Alves Carvalho (Coord.). *Novas figuras contratuais*, op. cit., p. 252.

tempo. Os contratos mais comuns dentro deste âmbito são os de concessão ou licença, tendo em vista que são temporários e se adaptam melhor à natureza efêmera do interesse pelas imagens. A empresa responsável pela divulgação de imagens deve obter o consentimento diretamente com o retratado, não bastando a aquisição dos direitos do fotógrafo ou do cinegrafista.[257]

Autorizada a utilização da imagem pelo licenciante, onerosa ou gratuitamente, está caracterizado um verdadeiro ato de disposição (relativa) de direito, não sendo possível que se alegue, posteriormente, dano ao direito e que se pretenda reparação civil. Com Luiz Alberto David Araújo, o consentimento "torna a utilização devida, correta, revestindo-a de legalidade".[258] Nada obstante, considerando o caráter relativo do ato de disposição de direito da personalidade, bem como a impossibilidade de disposição perpétua, não se admite um consentimento genérico, por demais abrangente, nem perpétuo, indeterminado.

Além disso, o consentimento não precisa ser expresso nem escrito. Apresenta-se perfeitamente possível que se conceda o uso da imagem de forma implícita, informal.[259] É, inclusive, o modo mais comum, habitual. É a hipótese de alguém que se deixa fotografar ou filmar em eventos, sabendo que a câmara que está registrando é de uma rede de televisão pela logomarca estampada ou pela identificação do fotógrafo de uma revista de variedades. O consentimento é presumido. Todavia, o consentimento tácito poderá ser elidido por manifestação de vontade em sentido contrário.[260]

Reconhecida a possibilidade de consentimento tácito (dedutível do próprio comportamento do titular), é de se exigir, por outra banda, prudência e razoabilidade na interpretação da vontade. Exemplificando: a autorização tácita de uma modelo profissional para ser exposta a sua imagem nua em uma galeria de artes não pode ter extensão a permitir a utilização em outro local, desprovido de finalidade artística.

Por outro lado, é evidente que, não tendo consentido, o titular faz jus à indenização pelo uso indevido de sua imagem, inclusive lhe sendo lícito exigir de volta os

257. ARAUJO, Vaneska Donato de. Contratos e direitos da personalidade. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual* – temas atuais. Aduz a autora, "em verdade, para a divulgação de qualquer imagem, faz-se necessário o consentimento do titular da imagem e também daquele que o retratou, pois este tem direito autoral sob sua fotografia ou filmagem durante o período de setenta anos" (op. cit., p. 244).

258. O exemplo foi talhado por Paulo José da Costa Júnior. *O direito de estar só*, op. cit., p. 60.

259. "Havendo permissão para utilização de imagens da edição de uma única obra, de índole científico-didática, e divulgados os retratos de parturiente, em plena atividade de dar à luz uma criança, fora da publicação nomeada na letra convencional, tal fato traduz agressão primária à tutela da intimidade moral, ferindo direito da personalidade, suscetível de indenização" (TJ/SP, Ac. 4ª Câm. Cív., ApCív. 88.357-1, rel. Des. Ney Almada, j. 17.9.87, *in Revista dos Tribunais* 623:61).

260. STJ – REsp 1024276/RN, Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJe* 22.10.2009: "Dano moral. Publicação da foto da autora, sem sua autorização, vestindo trajes de banho na praia, em reportagem publicada por revista masculina. Reconhecimento do ato ilícito e da obrigação de indenizar. Manutenção do valor da indenização pelo dano moral causado. A publicação da imagem da autora em revista masculina, sem sua autorização, gera dano moral, não obstante a foto tenha sido tirada em local público."

originais do filme ou os negativos da fotografia. É que o consentimento engloba não apenas a veiculação e a exposição da imagem, mas também a sua simples captação.

E mais: também haverá dano se o consentimento for desvirtuado pelo licenciado.[261] Afinal, a imagem não poderá ser exibida em situação diferente da convencionada. Assim, se um artista consente em posar para uma revista de cinema e sua foto é aproveitada em uma propaganda comercial de um produto medicinal, haverá dano.

Eventualmente, por via oblíqua, a intimidade da pessoa será objeto do negócio jurídico. Nos programas sensacionalistas é mais do que corriqueiro que, lateralmente à exposição da imagem, venham ao conhecimento do público aspectos recônditos da vida do indivíduo, seja pela exposição física ou de informações até então cobertas pelo manto do desconhecido.

É preciso, de qualquer forma, um cuidado especial com o uso da imagem de pessoas que estão em locais públicos, como bailes e desfiles carnavalescos, estádios de futebol, passeatas, praias, manifestações etc. Se a imagem é utilizada inserida em um conjunto genérico, sem individualização, não há que se falar em dano, pois se refere a um evento público, aberto. Entretanto, sendo focalizada em plano diferenciado a imagem de determinada pessoa que está em evento público, sem a sua autorização, estará, sem qualquer dúvida, caracterizada a violação ao direito de imagem.

O direito de arena não se confunde com o direito de imagem. A imagem é de titularidade exclusiva do ser humano, como bem jurídico indestacável de sua pessoa. Sendo a imagem um atributo existencial com repercussões econômicas, poderá um atleta, exemplificativamente, negociar a sua exploração com o clube em contrato autônomo de natureza civil. Todavia, a titularidade do direito de arena pertence ao clube, tendo o atleta tão somente a prerrogativa de perceber frutos advindos

261. STJ – Resp 1200482/RJ – Notícias 9.12.2010: Editora deve R$ 30 mil a Danielle Winits por publicação de imagem nua. O Grupo de Comunicação Três S/A deverá pagar R$ 30 mil à atriz Danielle Winits pelo uso sem autorização de sua imagem na Revista Isto é. A indenização por dano moral foi concedida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reformou decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). A atriz pedia a condenação da editora ao pagamento de dano moral e material em R$ 300 mil. Ela não havia conseguido o reconhecimento do dano tanto na primeira quanto na segunda instância. No recurso especial interposto no STJ, Danielle Winits informou que a revista utilizou sua imagem, sem autorização, na edição de 23 de janeiro de 2002. Fotos suas, sem roupa, foram capturadas de imagem televisiva "congelada" e utilizadas para ilustrar crítica da revista à minissérie "Quintos dos Infernos", em que a atriz atuava. Segundo sua defesa, o uso da imagem pela captura de cena televisiva na qual a atriz aparecia nua gerava uso comercial da imagem e dano moral indenizável, além de dano material, tendo como parâmetro mínimo para indenização os contratos celebrados por atrizes e modelos (para revistas masculinas) destinados a divulgações de imagens desnudas. A defesa da atriz alegou que as imagens não eram de domínio público, sendo ilícita a publicação em meio diverso do televisivo (objeto contratual). A Quarta Turma do STJ considerou que a publicação das fotos em veículo diferente do contratado para o trabalho artístico causou dano à imagem da autora. Segundo o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a publicação, sem autorização, causou ofensa à honra subjetiva da autora: "As imagens publicadas em mídia televisiva são exibidas durante fração de segundos, em horário restrito e em um contexto peculiarmente criado para aquela obra, bem diverso do que ocorre com a captura de uma cena e sua publicação em meio de comunicação impresso, o qual, pela sua própria natureza, possui a potencialidade de perpetuar a exposição e, por consequência, o constrangimento experimentado", afirmou.

da comercialização de sua imagem, na constância da participação em um evento esportivo.

Conforme o art. 5º, XXVIII, alínea *a*, da CF, confere-se "proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas". A "Lei Pelé" – Lei nº 9.615/98 –, em seu art. 42, preconiza que "*às entidades de prática desportiva pertence o* direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão da imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem". Portanto, são os clubes que autorizam a divulgação da imagem coletiva na obrigatória exposição dos jogadores em campo, recebendo eles um percentual – de natureza salarial – como cláusula no contrato de trabalho.

Certamente, sendo a imagem do atleta profissional vinculada a uma entidade esportiva utilizada fora do contexto do jogo – ou de qualquer outro espetáculo esportivo –, deverá o esportista ser indenizado. Afinal, a veiculação da imagem do atleta em álbuns de figurinhas, publicidade e qualquer outro evento "fora das 4 linhas" remete à violação da imagem de sua titularidade, não mais à da entidade esportiva.[262]

2.12.3 *Contrato de direitos autorais*

"Contrato de gravadora é que nem Fausto assinando com Mefistófeles: uma vírgula pode mudar tudo."

(Renato Russo)

O direito autoral (ou direito do autor) mereceu, em nosso sistema jurídico, tutela em sede constitucional (CF/88, art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX), garantindo aos autores, em geral, o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras. Aliás, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que "toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais que lhes correspondam em razão de produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora" (art. 27 da Lei nº 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais).

Sem dúvida, a importância do tema é evidente, pois o direito autoral está presente em todas as atividades e setores da vida em sociedade, seja em produções industriais, seja em criações artísticas e culturais. Até mesmo na Internet percebe-se a importância do seu estudo, exigindo-se que a proteção jurídica das obras intelectuais esteja adequada ao avanço tecnológico dos meios de comunicação.[263]

---

262. STJ – REsp 113963/SP, Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, *DJ* 10.10.2005: "Constitui violação ao Direito de Imagem, que não se confunde com o de Arena, a publicação, carente de autorização dos sucessores do *de cujus*, de fotografia do jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, devida, em consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação."

263. Tratando da matéria, *vide* o elucidativo texto de Renato M. S. Opice Blum e Juliana Canha Abrusio. *Direito autoral eletrônico*, op. cit., p. 289 ss.

Consiste o direito autoral na proteção conferida às obras intelectuais pela originalidade ou criatividade de forma independente do meio físico em que se encontre (livro, CDs, DVDs, vídeos, Internet etc.). Enfim, é a tutela da criação intelectual.[264] A relação jurídica autoral é, a toda evidência, privada, baseada na própria *personalidade humana*, somente merecendo proteção por conta do próprio *ato criador*, representando, de certo modo, a própria pessoa do autor.

O titular do direito autoral é, a toda evidência, o criador da obra intelectual, seja pessoa natural ou jurídica[265] (inclusive o Poder Público), por se tratar de quem concebeu e materializou a obra através de seu engenho e criatividade. Originariamente, pois, o título jurídico que sustenta o Direito em apreço é a *criação*. De qualquer sorte, além do *autor originariamente reconhecido*, outras pessoas podem encartar-se no sistema de direito autoral, através de ato de transmissão *inter vivos* (por meio de um contrato celebrado pelo titular, transferindo direitos de exploração) ou *causa mortis* (como no caso dos herdeiros de um autor morto).

O direito autoral é um direito *sui generis*, possuindo uma evidente natureza híbrida, mista. É que, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.610/98, a um só tempo, o direito de autor é direito da personalidade (pela ótica da criação intelectual, que decorre da inteligência humana) e, igualmente, é, também, direito real sobre bem imaterial. Equivale a dizer: o direito autoral é, concomitantemente, *direito da personalidade*, no que tange à criação (ao invento), e é, também, *direito real* (a chamada propriedade intelectual, quanto ao seu exercício). Bipartem-se, pois, os direitos autorais em dois diferentes feixes, que estão, necessariamente, interligados, formando um todo, uno e indivisível: os *direitos morais* do autor (de essência personalíssima, caracterizados pela perenidade e pela inalienabilidade) e os *direitos patrimoniais* do autor (de índole material, produzindo efeitos na esfera dos direitos reais, por conta da caracterização de um modelo específico de propriedade). Exemplificando, são de ordem personalíssima o direito à paternidade e o direito à nominação da obra, dentre outros (art. 24), por não trazerem consigo caráter econômico. De outra sorte, têm natureza real, por conta do conteúdo patrimonial, o direito à exploração do direito autoral, bem como a prerrogativa de utilizar, fruir e dispor da obra (art. 28).[266]

Ademais, considerado o caráter patrimonial dos *direitos materiais de autor* (isto é, da parte patrimonial do direito autoral), é admitida a sua transmissão por ato

264. Em sentido aproximado, Carlos Alberto Bittar enxerga o Direito Autoral como o ramo do Direito Privado que regula as relações advindas "da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências". *Direito de autor*, op. cit., p. 8.

265. A título ilustrativo, convém observar que o art. 4º da Lei nº 9.609/98 – a chamada Lei do *Software* – reconhece proteção aos programas de computador dispondo pertencerem os direitos decorrentes dos programas desenvolvidos durante a vigência do contrato ou do vínculo estatutário ao empregador, contratante ou órgão público, salvo disposição em contrário.

266. Estabelece o art. 39 da Lei de Direitos Autorais que, salvo disposição em contrário, através de pacto antenupcial, os direitos patrimoniais de autor não se comunicam ao cônjuge, excetuados os rendimentos resultantes da exploração do direito autoral. Aplica-se o dispositivo legal, também, às uniões estáveis, cujos efeitos patrimoniais são os mesmos do casamento, salvo disposição em contrário (CC, art. 1.725).

FAT Fortaleza 401 Ceará

inter vivos ou *causa mortis*. Naquela hipótese (transmissão em vida), a cessão é presumidamente onerosa e reconhece ao autor o direito irrenunciável à percepção de, no mínimo, cinco por cento sobre o preço de comercialização da obra (Lei de Direitos Autorais, art. 38). É o exemplo do escritor que redige um livro, cedendo a exploração a uma editora.

Explica Carlos Alberto Bittar que os direitos patrimoniais do autor "são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público".[267]

Em síntese apertada, porém completa, os direitos patrimoniais do autor decorrem, naturalmente, da possibilidade de exploração da sua criação, traduzindo a exclusividade de representação e reprodução da obra e a possibilidade reconhecida ao autor de obter ganhos e vantagens de natureza pecuniária. Por óbvio, é faculdade de o próprio autor destinar, ou não, a sua obra à exploração econômica por ele mesmo ou por terceiro, através de uma cessão gratuita ou onerosa. Neste sentido, a Súmula 63, STJ: "São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais".

Importante frisar que a proteção e os efeitos (inclusive patrimoniais) do direito autoral independem de qualquer registro. É que a simples menção de sua autoria é suficiente para identificar a titularidade.[268] Por isso, a notoriedade da obra ou do invento já confere a proteção necessária ao direito autoral.

Ao lado dos direitos patrimoniais – com evidente índole econômica –, os direitos autorais trazem consigo uma evidente *feição extrapatrimonial*. Cuida-se da multiplicidade de possibilidades conferidas ao autor, visando assegurar o exercício da obra em si mesma e em nome do próprio autor. Como bem observa Rodrigo Morais, em obra dedicada ao tema e com precisão cirúrgica, "o direito moral de autor possui um duplo fundamento: tutela da personalidade do autor e tutela da obra como entidade própria".[269]

É evidente que os direitos morais do autor não seguem, em linhas gerais, as mesmas características dos direitos patrimoniais. Enquanto estes caem no domínio público 70 anos "após o primeiro dia do ano subsequente ao falecimento do autor – art. 41, Lei nº 9.610/98", os direitos morais são perenes. Trata-se de situação jurídica personalíssima, imune a qualquer restrição negocial, não admitindo cessão e que está, a toda evidência, a salvo de penhoras ou atos de disposição. Enfim, é uma projeção da própria personalidade do autor. Partindo da própria redação do texto legal (Lei nº 9.610/98), vale pontuar os direitos morais do autor: (i) direito à

267. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*, op. cit., p. 49.

268. Também com esse pensar, Opice Blum e Abrusio: *Direito autoral eletrônico*, op. cit., p. 292.

269. MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*: repersonalizando o direito autoral, op. cit., p. 9.

paternidade da obra; (ii) direto ao ineditismo da obra; (iii) direito à integridade da obra; (iv) direito à modificação da obra; (v) direito ao arrependimento da obra; (vi) direito ao acesso a exemplar único e raro da obra em poder de terceiro.

São três os contratos de direitos autorais: (a) *contrato de edição* – disciplinado nos arts. 53 e 54, da Lei nº 9.610/98, é aquele pelo qual o autor da obra literária concede contra remuneração à outra parte o direito exclusivo de reproduzi-la e divulgá-la; (b) *contrato de cessão de direitos autorais* – pelo qual o cessionário obtém do autor, ou de seus familiares em caso de falecimento, o direito de exploração econômica da obra. O autor aqui se despoja de direitos patrimoniais; (c) *contrato de encomenda e de obra futura* – na encomenda o autor se obriga a criar dentro de determinado prazo uma certa obra, consentindo em sua utilização para uma finalidade determinada. Já no contrato de obra futura, o autor se compromete a fornecer obras, escolhidas por ele próprio, que elaborará futuramente.[270]

A simples possibilidade de violação por terceiro justifica, tranquilamente, a proteção dedicada ao direito autoral, máxime no mundo pós-moderno, no qual o desenvolvimento tecnológico e as descobertas científicas permitem, a cada instante, uma nova forma de comunicação, abrindo fronteiras nunca antes imaginadas.[271]

As figuras mais comuns de atentado ao direito autoral são o plágio, a contrafação, a usurpação de nome ou pseudônimo alheio e a modificação não autorizada de obra de terceiro. O plágio é a imitação pueril e fraudulenta de obra alheia com ou sem mecanismos dissimulatórios. É a reprodução indevida de trechos ou da inteireza de uma obra pertencente a terceiro sem a sua devida referência. Cuida-se de conceito aberto, pela natural dificuldade de se delimitar a ocorrência da apropriação, no todo ou em parte, de elementos integrantes de uma outra criação. A dificuldade é ainda maior quando se recorda da inexistência de plágio de ideias.[272] A outro giro, a contrafação é a publicação ou a reprodução abusivas de obra alheia, sem a necessária aquiescência do autor, independentemente da destinação (lucrativa ou não) e

270. ARAUJO, Vaneska Donato de. Contratos e direitos da personalidade. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual* – temas atuais, op. cit., p. 251-252.

271. STJ: Informativo nº 0542, Período: 27 de junho de 2014. Quarta Turma. "DIREITO CIVIL. MULTA PELA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE OBRA MUSICAL. Para a aplicação da multa prevista no art. 109 da Lei 9.610/1998 – incidente quando há utilização indevida de obra musical –, é necessária a existência de má-fé e a intenção ilícita de usurpar os direitos autorais" (REsp 1.152.820-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 5.6.2014).

272. STJ: Informativo nº 0527, Período: 9 de outubro de 2013. Quarta Turma. "DIREITO CIVIL. SEMELHANÇA TEMÁTICA ENTRE OBRAS ARTÍSTICAS. Não configura violação de direitos autorais a produção e veiculação de minissérie que utilize o mesmo título, derivado da música brasileira mais conhecida da época retratada pela criação, bem como a mesma ideia central contida em roteiro anteriormente produzido e registrado por terceiro, na hipótese em que não tenham sido substancialmente utilizados a habilidade técnica e o labor intelectual da obra anterior. Isso porque o direito autoral protege apenas a criação de uma obra, caracterizada sua exteriorização sob determinada forma, e não a ideia em si ou um tema determinado. Com efeito, não há violação de direitos autorais pelo simples fato de as ideias de uma obra serem usadas em outra. Assim, considerando o fato de as obras em cotejo apenas contarem histórias semelhantes, mas não iguais, não fica configurado o plágio, mas apenas a identidade de temas, o que é plenamente possível, não ocorrendo, assim, violação de direitos autorais" (art. 8º, I, da Lei 9.610/1998). (REsp 1.189.692-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21.5.2013).

da finalidade. Enfim, "é a cópia não autorizada de uma obra tangível", como vem entendendo a jurisprudência. Tais ilicitudes, como se pode notar, não se confundem com a usurpação de nome ou de pseudônimo que se caracteriza em atribuir uma obra estranha a outrem para indevido proveito, econômico ou social, decorrente da condição de titular.

É certo, de qualquer modo, que outras ilicitudes são possíveis no âmbito dos Direitos Autorais, como hipóteses de alteração da obra sem prévia aquiescência do autor ou mesmo supressão de autoria.[273]

Para toda e qualquer ilicitude, o sistema protetivo dos direitos autorais é, seguramente, a tutela específica, através da providência que se apresentar, em cada caso, mais adequada, consoante indicação do art. 497, do CPC/15. Assim, em cada caso, deverá o magistrado adotar a providência que se mostrar mais eficiente (enfim, a tutela que se mostrar específica) para proteger de forma integral o direito autoral. Ilustrativamente, poderá o juiz determinar multa diária (*astreintes*), restrição de direitos, busca e apreensão de material etc. O manejo da tutela específica, porém, não obsta a utilização, cumulativamente ou não, de tutela reparatória, através de indenização por danos morais ou materiais causados ao autor. Aliás, em face do caráter intangível dos direitos autorais, relembre-se o descabimento de uso das medidas possessórias, consoante cimentou a Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça: "é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral".[274]

273. STJ: Informativo nº 0524, Período: 28 de agosto de 2013. Quarta Turma. "DIREITO CIVIL. LIMITES À UTILIZAÇÃO DE TRECHOS DE OBRA MUSICAL. Constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, sem autorização ou menção aos seus autores, em periódico de cunho erótico, de trechos de determinada obra musical — que vinha sendo explorada comercialmente, em segmento mercadológico diverso, pelos titulares de seus direitos patrimoniais — no caso em que o trecho tenha sido utilizado para dar completude ao ensaio fotográfico publicado, proporcionando maior valorização do produto comercializado. Em regra, a exploração comercial da obra e a escolha dos meios em que ela ocorrerá são direitos exclusivos do autor. De fato, a utilização de pequenos trechos de obras preexistentes somente não constitui ofensa aos direitos autorais quando a reprodução, em si, não seja o objetivo principal da obra nova, não prejudique a exploração normal daquela reproduzida, nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art. 46, VIII, da Lei 9.610/1998). Nesse contexto, verificado que a situação em análise não se enquadra na exceção, por ter sido a obra utilizada em caráter de completude, e não de acessoriedade, bem como pelo fato de que esta vinha sendo explorada comercialmente em segmento mercadológico diverso pelos titulares de seus direitos patrimoniais, deve-se reconhecer, na hipótese, a ocorrência de efetiva violação aos direitos dos autores" (REsp 1.217.567-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7.5.2013).

274. STJ: Informativo nº 0526, Período: 25 de setembro de 2013. Terceira Turma: "A autoridade judicial competente pode determinar, como medida de tutela inibitória fundada no art. 105 da Lei 9.610/1998, a suspensão ou a interrupção da transmissão de determinadas obras musicais por emissora de radiodifusão em razão da falta de pagamento ao ECAD do valor correspondente aos respectivos direitos autorais, ainda que pendente ação judicial destinada à cobrança desse valor. Deve-se destacar, inicialmente, que o ajuizamento de medida destinada à obtenção de tutela ressarcitória não exclui a possibilidade de que se demande pela utilização de mecanismo apto à efetivação de tutela inibitória. De fato, trata-se de pretensões que não se confundem, pois, enquanto a tutela ressarcitória visa à cobrança dos valores devidos, a tutela inibitória se destina a impedir a continuação ou a repetição do ilícito. Observe-se que o caput do artigo 68 da Lei 9.610/1998 dispõe que, sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas em representações e execuções públicas. Por sua vez, o § 4º do mesmo artigo especifica que, previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central de arrecadação e distribuição a comprovação dos recolhimentos

Por último, insta acentuar que o contrato autoral detém especial função social, especificamente uma função promocional consistente no estímulo à criação intelectual. À luz do paradigma da essencialidade, as obras intelectuais não podem ser encaradas como os demais bens inseridos no comércio. O *copyright* não tem como escopo a proteção do criador da obra, mas, sim, a proteção daquele que tem o monopólio da reprodução. Daí que o novo paradigma do "trabalho intelectual", em substituição ao da "propriedade intelectual", evidencia o interesse da publicação e da circulação das obras, além do respeito à iniciativa criativa de cada cidadão. Ressalta Marcelo Timbó a faceta moral do direito do autor, que valoriza "a manutenção do fogo vivo e flamejante da criação que existe em cada um de nós, pois, sob este prisma, é a sociedade como um todo que sairá ganhando".[275]

2.12.4 Contrato de casamento

Pelo jeito, estamos nos esquecendo da essência do contrato de casamento, que é a promessa de amar o outro para sempre. Muitos casais no altar acreditam que estão prometendo amar um ao outro enquanto o casamento durar. Mas isso não é um contrato (Stephen Kanitz).[276]

---

relativos aos direitos autorais. Portanto, conclui-se que a autorização para exibição ou execução das obras compreende o prévio pagamento dos direitos autorais, feito por meio do recolhimento dos respectivos valores ao ECAD. Nesse contexto, admitir que a execução das obras possa continuar normalmente, ainda que sem o recolhimento dos valores devidos, porque essa cobrança já seria objeto de tutela jurisdicional própria, seria o mesmo que permitir a violação dos direitos patrimoniais do autor, em razão da relativização da norma contida no art. 68, *caput* e § 4º, da Lei 9.610/1998, comprometendo, dessa maneira, a sua razão de ser. Ressalte-se, ainda, que a tutela inibitória do art. 105 da Lei 9.610/1998 – que permite que a autoridade judicial competente determine a imediata suspensão ou interrupção da transmissão e da retransmissão realizadas mediante violação de direitos autorais – apresenta, de fato, caráter protetivo dos direitos autorais. Assim, autorizar sua aplicação quando houver violação dos direitos patrimoniais de autor, representada pelo não recolhimento dos valores devidos, não a transforma em medida coercitiva. Diversamente, põe-se em evidência a proteção dos direitos autorais, impedindo-se que se prossiga auferindo vantagens econômicas, derivadas da exploração da obra, sem o respectivo pagamento" (REsp 1.190.841-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11.6.2013).

275. TIMBÓ, Marcelo. Contratos autorais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PEDROSA, Lauricio Alves Carvalho (Coord.). *Novas figuras contratuais*, op. cit., p. 171-172.

276. "Contratos, inclusive os de casamento, são realizados justamente porque o futuro é incerto e imprevisível. Antigamente, os casamentos eram feitos aos 20 anos de idade, depois de uns três anos de namoro. A chance de você encontrar sua alma gêmea nesse curto período de pesquisa era de somente 10%, enquanto 90% das mulheres e homens de sua vida você iria conhecer provavelmente já depois de casado. Estatisticamente, o homem ou a mulher 'ideal' para você aparecerá somente, de fato, depois do casamento, não antes. Isso significa que provavelmente seu 'verdadeiro amor' estará no grupo que você ainda não conhece, e não no grupinho de cerca de noventa amigos da adolescência, do qual saiu seu par. E aí, o que fazer? Pedir divórcio, separar-se também dos filhos, só porque deu azar? O contrato de casamento foi feito para resolver justamente esse problema. Nunca temos na vida todas as informações necessárias para tomar as decisões corretas. As promessas e os contratos preenchem essa lacuna, preenchem essa incerteza, sem a qual ficaríamos todos paralisados à espera de mais informação. Quando você promete amar alguém para sempre, está prometendo o seguinte: "Eu sei que nós dois somos jovens e que vamos viver até os 80 anos de idade. Sei que fatalmente encontrarei dezenas de mulheres mais bonitas e mais inteligentes que você ao longo de minha vida e que você encontrará dezenas de homens mais bonitos e mais inteligentes que eu. É justamente por isso que prometo amar você para sempre e abrir mão desde já dessas dezenas de oportunidades conjugais que surgirão em meu futuro. Não quero ficar morrendo de ciúme cada vez que

12.4.1 *Casamento como contrato relacional*

Ninguém duvida da possibilidade de aplicação da autonomia privada nas relações familiares e da inserção do direito de família dentro do direito privado. Todavia, matéria que sempre pertenceu à área cinzenta do Direito diz respeito à natureza jurídica do casamento, acendendo polêmicas que pareciam insuperáveis.

Em apertada síntese, as opiniões diversas apresentadas podem ser concatenadas em três teorias distintas, tentando justificar a natureza matrimonial, podendo ser sintetizadas, a partir de seus pilares, com as seguintes características: (i) *natureza negocial*, entendendo que, por se tratar de ato decorrente da vontade das partes, fundado, basicamente, no consentimento, o casamento seria um negócio jurídico – que não se confunde com o contrato;[277] (ii) *natureza institucional*, rejeitando a natureza negocial e enxergando no matrimônio uma situação jurídica que refletiria parâmetros preestabelecidos pelo legislador e constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado;[278] (iii) *natureza mista ou eclética*, promovendo uma conciliação entre as teorias antecedentes, passando a considerar o casamento um ato complexo, impregnado, a um só tempo, por características contratuais e institucionais.[279]

Todas essas discussões teóricas acerca da natureza jurídica do casamento foram muito bem captadas e sintetizadas pela pena sensível de Camilo De Lélis Colani Barbosa, ao salientar que a questão, na verdade, "revela a condição social, refletindo a tendência histórica adotada pelo direito de um determinado país e determinada época". Sem dúvida, assiste inteira razão ao eminente civilista paulista radicado na Bahia, pois, com toda certeza, a natureza do casamento sofre as oscilações típicas das condições de tempo e lugar. Por isso, com invulgar percepção, já percebia: "o casamento é um contrato", devido "à liberdade conferida aos nubentes, inclusive no que concerne à sua dissolução pela separação e divórcio, possui hoje características que o aproximam mais de negócio jurídico, do que de instituição".[280]

---

você conversar com um homem sensual nem ficar preocupado com o futuro de nosso relacionamento. Nem você vai querer ficar preocupada cada vez que eu conversar com uma mulher provocante. Prometo amar você para sempre, para que possamos nos casar e viver em harmonia. Homens e mulheres que conheceram alguém 'melhor' e acham agora que cometeram enorme erro quando se casaram com o atual cônjuge esqueceram a premissa básica e o espírito do contrato de casamento" (Disponível em: <www.kanitz.com.br>).

277. Na elaboração do novo Código Civil da Itália, o relatório ministerial ao projeto definitivo, confirmando a natureza contratual das núpcias, anotava que "o casamento é um contrato solene porque a declaração de vontade dos esposos obedece a uma forma sacramental e deve ser atestada (não completada) pelo oficial público".

278. Promovendo a defesa dessa corrente, Washington De Barros Monteiro apregoa que o casamento constitui "uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos" (*Curso de direito civil*, op. cit., p. 13). Também Maria Helena Diniz: "por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalista, que o considera como uma instituição social" (*Curso de direito civil brasileiro*, op. cit., p. 42).

279. Nessa esteira, acatando essa concepção, Sílvio Rodrigues afirma que o "casamento assume a feição de um ato complexo" (*Direito civil*, op. cit., p. 21-22).

280. BARBOSA, Camilo de Lélis Colani. *Direito de família*: manual de direito dos casamentos, op. cit., p. 19.

É um equívoco crer que o casamento é um contrato não patrimonial,[281] o que refutaria a tese majoritária da não admissibilidade da extensão do regime dos contratos a interesses desprovidos de caráter econômico. Ao lado dos evidentes aspectos existenciais afetos à comunhão plena de vida, há um quadrante patrimonial no matrimônio, no qual se destaca a composição do regime de bens do casal. Mesmo no silêncio dos nubentes, aplica-se em regra a comunhão parcial de bens.

Com o advento da Lei nº 11.441/07, que permitiu a dissolução consensual do casamento em cartório, através de mero procedimento administrativo fundado na vontade das partes, supera-se a histórica discussão doutrinária no seio do Direito das Famílias, notadamente quanto à natureza jurídica do casamento. Nesse quadrante, a nova sistemática da dissolução, por mútuo consenso, do casamento vem confirmar o vaticínio da corrente contratualista: de acordo com as concepções filosófica, legal e sociológica hoje predominantes, não pode haver mais qualquer dúvida acerca da natureza do casamento, que, de uma vez por todas, se confirma como negocial. Parece-nos, via de consequência, que a possibilidade de dissolução consensual do casamento em cartório veio a tornar despicienda a discussão, porque o ordenamento jurídico brasileiro, de certo modo, termina confirmando que a formação e a extinção do casamento dependem, fundamentalmente, da vontade das partes, o que é sinal indicativo da sua natureza negocial.

Certamente, há valores em jogo dentro do matrimônio que simplesmente não são redutíveis ao figurino contratual, sem que se desvirtue a sua natureza. A sua natureza eclética impede que o inadimplemento de deveres matrimoniais resulte em reparação de danos. Exemplificativamente, a recusa ao "débito conjugal" (art. 1561, II, CC), seja ela considerada uma obrigação de dar ou de fazer, não implica responsabilidade, pois ingressa na órbita do afeto, situada na privacidade do casal. Portanto, a contratualização do casamento, no sentido de equiparação pura e simples ao regime dos contratos, tem os seus limites.

Mas o que há de peculiar no contrato de casamento é a sua pertinência como os *contratos relacional*. Esta concepção permitiu que se transcendessem as distâncias entre a teoria do contrato e as relações familiares.

O contrato "relacional", na precisa explicação de Fernando Araújo, é aquele que se distingue do contrato "pontual", ou seja, do contrato suficientemente coeso e breve. O contrato relacional – normalmente aplicável a relações longas e complexas – é aquele em que as partes não reduzem termos fulcrais de seu entendimento a obrigações precisamente estipuladas, remetendo-se a modos informais e evolutivos da resolução da infinidade de contingências que podem vir a interferir na interdependência de seus interesses e no desenvolvimento de suas condutas, afastando-se da intervenção judicial irrestrita como solução para os conflitos endógenos. Os contratantes, em contraposição, optam pela formação de relações de solidariedade

281. Com ponto de vista contrário ao nosso, cite-se Inocêncio Galvão Telles. *Manual dos contratos*, op. cit., p. 54.

com superação das tensões através de uma autodisciplina partilhada e dúctil. Isto equivale a dizer que a abordagem relacional tende a menosprezar as estipulações contratuais explícitas, sugerindo que elas são frequentemente substituídas na prática pelo simples jogo das interações repetidas e das normas sociais, que, por si mesmas e independentemente da letra do contrato, assegurarão a autodisciplina contratual.[282]

E o mais importante: no contrato relacional, presume-se que as partes estão de certo modo "reféns" uma da outra, no duplo sentido de não terem ao seu alcance alternativas em termos de parceiros de troca (de estarem longe de qualquer mercado) e de os resultados do contrato dependerem crucialmente da conduta das partes. Enquanto nos contratos "pontuais" as trocas se dão entre parceiros acessíveis e fungíveis – pelo que uma relação contratual hoje não confere a qualquer das partes uma vantagem na renovação negocial no amanhã, pelo acesso a outras alternativas para qualquer das partes –, a solução relacional, diferentemente, tenta o equilíbrio entre o estabelecimento de uma base suficientemente estável para alicerçar compromissos sérios, por um lado, e por outro a preservação da flexibilidade suficiente para que esses compromissos resistam aos embates das futuras contingências. É próprio do contrato relacional que ele não se cinja a uma "troca", mas envolva uma "associação" entre as partes, um nexo estável no qual emerge a definição de direitos e deveres que tenham ficado omissos no momento inicial da negociação entre as partes. Nestes termos, a solução *"relacional"* procura dar uma resposta eficiente aos problemas do contrato incompleto.[283]

Tocando diretamente no ponto, Ian Macneil sugere o casamento tradicional como exemplo paradigmático de contrato relacional: "envolve longo período de namoro, conhecimento, comunicação, aquisição de confiança, noivado, estabelecimento de objetivos comuns de longo prazo de caráter não exclusivamente econômico. A existência de cláusulas abertas e indeterminadas relativas, por exemplo, à divisão das tarefas do lar, esforço pessoal para o bem-estar da família, compromissos em caso de doenças, frequência de relações sexuais etc., no momento em que o contrato é celebrado e, constante possibilidade de revisão e mudança".[284]

Destarte, à luz dos ensinamentos de Ronaldo Porto Macedo Jr., o contrato de casamento envolve relações primárias intensamente exigidas, pois os participantes interagem como indivíduos únicos e totais, sendo a comunicação profunda e extensiva e preponderante a satisfação de cada indivíduo. As pessoas entram em relações primárias

282. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, op. cit., p. 395-397. Assevera o autor: "Como a duração das relações contratuais, tal como uma repetição de jogo, traz consigo a oportunidade de reagir a abusos e de ao menos rejeitar a continuação de uma relação iníqua, compreende-se que as partes queiram poupar os custos do recurso à litigância e à arbitragem e confiem mais nos mecanismos internos" (op. cit., p. 402).

283. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, op. cit., p. 398 e 419. A teoria relacional enriquece a teoria do contrato como um todo, pois demonstra que "nem tudo no contrato se esgota em atos de cumprimento de obrigações ou em um único momento 'transacional', e que a sequência de atos que conduzem à consumação do cumprimento é tanto ou mais importante na ótica das partes do que o cumprimento em si mesmo", op. cit., p. 427.

284. Apud MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais*, op. cit., p. 132.

porque tais relações contribuem para o seu desenvolvimento pessoal, a sua segurança e bem-estar não econômico. Nas relações primárias, o indivíduo é aceito por si mesmo, e não como meio para uma finalidade prática. Outro aspecto que individualiza o contrato relacional é a medida e a especificidade da transação econômica, pois poderá envolver a troca de valores não monetizáveis, havendo uma certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro. Além do casamento, contratos que se ligam a interesses não exclusivamente econômicos, por envolverem valores de interesse social como a dignidade da pessoa humana e a proteção ao meio ambiente, acabam por ter características mais relacionais. Não se olvide ainda que o término dos contratos relacionais não é claramente determinado, tendendo a ser gradual. Por fim, fundamentalmente os benefícios e os ônus são compartilhados, sendo a associação com o outro destinada ao benefício mútuo, em um ideal de corresponsabilidade, assumindo a solidariedade um caráter eminentemente moral.[285]

2.12.5 Os esponsais

Esponsais,[286] promessa esponsalícia ou promessa de casamento é o instituto conhecido como noivado – fato social que se encontra enraizado em nossos costumes, embora de modo menos frequente do que no passado, através do qual os noivos tornam pública a intenção de casar, perante, em especial, as suas famílias.

É o ato pelo qual as partes interessadas prometem, recíproca e livremente, casar e, para tanto, assumem obrigações recíprocas, como o pagamento das despesas com a habilitação para o casamento, o enxoval, a compra ou aluguel do imóvel e dos móveis para a formação do lar etc.

Por óbvio, não se exige forma pública ou solenidade, sendo, normalmente, decorrente de manifestação verbal, bem como não é necessária a fixação de um prazo mínimo para que ocorra o matrimônio. É bastante para a sua caracterização a assunção de obrigações recíprocas, tendentes à finalidade nupcial.

Não se trata de contrato nem de pré-contrato. Dos esponsais, não decorrem efeitos – pessoais ou patrimoniais – no Direito das Famílias. Assim, os noivos não podem exigir, sob o prisma jurídico, reciprocamente, o dever de fidelidade ou de coabitação e tampouco haverá presunção de colaboração para a eventual partilha de bens adquiridos por um deles sozinho durante o noivado. De igual sorte, não se aplicam as regras do parentesco por afinidade entre os nubentes, não havendo que se falar em relação parental de sogra e genro ou de cunhadio.

Bem por isso, quanto aos presentes trocados pelos noivos (bem como por namorados), não há que se falar em partilha, tratando-se de mera liberalidade. Exceto,

285. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais*, op. cit., p. 128-146.

286. A expressão *esponsais* deriva da locução latina *sponsio*, derivação do verbo *spondeo*, cujo significado é promessa solene.

naturalmente, se foram bens adquiridos com colaboração recíproca, para a constituição do lar, e desde que exista prova suficiente desse esforço comum.

Todavia, hipoteticamente tratando a matéria, é possível que, da ruptura indevida dos esponsais, possa decorrer responsabilidade civil, com o dever de indenizar eventuais danos materiais ou morais impostos ao noivo frustrado quando se caracterizar uma ilicitude. No ponto, há de se fazer, todavia, um imperioso registro: a quebra pura e simples dos esponsais não gera a obrigação de indenizar, somente decorrendo o dever de indenizar se caracterizado o ato ilícito.[287] Equivale a dizer que a simples desistência do matrimônio que se avizinhava é simples manifestação da liberdade assegurada constitucionalmente como garantia individual, razão pela qual não se pode falar em obrigação de reparar danos.

A tudo isso, Luciano Chaves de Farias acrescenta que, por estar pautada em sentimentos, a relação de noivado "pode sofrer as consequências das oscilações sentimentais, típicas da sociedade humana. Qualquer pessoa que inicie um relacionamento deve estar ciente de que os sentimentos podem não ser correspondidos, existindo vários riscos de decepções e frustrações. São riscos inerentes ao namoro, ao noivado, ao casamento... Como diz a voz de Zizi Possi: 'na inocência cega, no risco das palavras e até no risco da palavra amor'".[288]

Somente se pode cogitar da hipótese indenizatória quando a ruptura da promessa estiver caracterizada de um ato ilícito, na forma das cláusulas gerais dos arts. 186 e 187 do Código Reale. Poderia ser o caso, exemplificativamente, do noivo que abandonou a noiva em pleno altar, deixando para comunicar que não casaria no instante da cerimônia, quando ela já estava à sua espera na igreja, causando evidentes danos materiais (o aluguel da igreja, o *buffet* etc.) e, eventualmente, morais (pela exposição da honra da noiva abandonada).

Repudia-se, com isso, a ideia de que a ausência de motivação justa para o rompimento do noivado implicaria perda de uma chance e, portanto, dano indenizável. É que em tais situações não se vislumbra a frustração de uma vantagem futura (a propósito, qual seria o "benefício", patrimonial ou não, em ser casado?), mas sim um mero exercício de um direito constitucionalmente assegurado, como garantia fundamental inclusive, que é a liberdade. Casar – assim como não permanecer casado – constitui a simples projeção da garantia de liberdade de autodeterminação (afetiva), sendo ato de livre escolha, razão pela qual a simples ruptura de esponsais não constitui, por si só, um dano indenizável ou a frustração de uma chance futura. Por outro turno, se algum dano eventualmente pode defluir da ruptura de um noivado, quando comprovados os pressupostos da responsabilidade civil (o que é de difícil

287. Dando anuência a este raciocínio, Paulo Nader observa que a depender das "circunstâncias do rompimento do noivado, é possível que a hipótese reúna os elementos necessários à caracterização do ilícito civil" (*Curso de direito civil*, op. cit., p. 53).

288. FARIAS, Luciano Chaves de. *Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais*, op. cit., p. 23.

demonstração no caso concreto, averbe-se), por certo, será de ordem patrimonial (dano emergente resultante das despesas com a festa, por exemplo) ou mesmo de cunho extrapatrimonial (como os danos morais sofridos pela noiva que ficou esperando, em vão, no altar). Por isso, seguramente, não se poderá falar em perda de uma chance.

De fato, no que diz respeito ao insucesso de um projeto afetivo, é mais razoável lembrar o trecho musical que já vaticinava: "tente outra vez..."

2.12.6 Contrato de união estável

"Olha, essa saudade
Que maltrata o meu peito
É ilusão
E por ser ilusão é mais difícil de apagar
Ela vai me consumindo lentamente
Ela brinca com meu peito
E leva sempre a melhor
Eu quis fazer com ela um contrato de separação
Negou-se, então, a aceitar
Sorrindo da minha ilusão
Só tem um jeito agora
É tentar de vez me libertar
Brigar com a lembrança
Pra não mais lembrar"

(Dominguinhos, *Contrato de separação*, de Dominguinhos e Anastácia)

2.12.6.1 Contornos gerais

Compreendendo as latitudes do direito à meação reconhecido pelo Código Civil, importa assinalar que se deixou aberta aos conviventes a possibilidade de estipular regras patrimoniais específicas para nortear os efeitos patrimoniais da relação, por meio de um contrato escrito, afastando, assim, o regime de comunhão parcial determinado por lei (CC, art. 1.725).

É o que se convencionou chamar de contrato de convivência ou contrato particular de convívio conjugal. É o contrato que as duas partes assinam naquela fase em que falam um para o outro, muito antes de pararem de falar um com o outro...

De fato, tendo na tela da imaginação o basilar princípio da autonomia privada – norteador das relações civis –, é possível que os companheiros escolham, respeitados determinados limites, diferentes regimes econômicos para disciplinar suas relações convivenciais. Assim, desde a máxima unificação patrimonial (criando uma massa única de bens para atender às necessidades familiares) até a completa separação dos bens

pertencentes a cada um dos conviventes (fazendo que cada um conserve individual e autonomamente seus próprios bens), passando por sistemas intermediários, que organizam a economia conjugal criando comunidades sobre certas classes de bens, é possível a livre determinação da disciplina das relações econômicas da união estável.

Bem por isso, Francisco José Cahali, em obra dedicada ao tema, identifica o contrato de convivência como "o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação, que serão tratadas adiante quando analisado o conteúdo das disposições contratuais entre os conviventes".[289]

2.12.6.2 Celebração do contrato de convivência e modificabilidade

Considerando que a união estável é uma realidade fática, desprovida de formalidades legais, o contrato de convivência, por conseguinte, é um negócio jurídico informal, não reclamando solenidades previstas em lei. Apenas e tão somente exige-se a sua celebração por escrito, afastando-se a forma verbal. Assim, pode ser celebrado por escritura pública ou particular, não submetido ao registro público.[290]

Suprindo a omissão legislativa, o CNJ editou o Provimento 37/2014, tornando facultativo o registro da união estável heteroafetiva ou homoafetiva, que poderá se realizar no Registro Civil das Pessoas Naturais, visando conferir segurança jurídica aos companheiros e deles com terceiros, inclusive no que tange aos aspectos patrimoniais. O registro abrangerá a sentença declaratória de reconhecimento e dissolução ou extinção, bem como a escritura pública de contrato e distrato envolvendo união estável. O registro civil acautela direitos fundamentais de cidadania, aqui projetados

289. CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*, op. cit., p. 55.

290. STJ. "DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADORA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ. 1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles. 2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento – por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição. 3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável – também uma entidade familiar –, porquanto não há famílias timbradas como de 'segunda classe' pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento – ato jurídico – e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica. 4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. 5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável" (REsp 1299866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4 – Turma, *DJe* 21.3.2014).

na qualificação dos membros da entidade familiar, com reflexos previdenciários, fiscais e sucessórios.

Dispensa-se, até mesmo, a presença de testemunhas, impondo-se uma interpretação construtiva do art. 135 do Código Civil[291] para reconhecer que a presença das testemunhas diz respeito à prova do ato e não à sua validade. Justifica-se tal informalidade, também, pela impossibilidade de regulamentação excessiva em lei das uniões estáveis, respeitando-se a sua própria natureza.

Também vale assinalar que o pacto convivencial pode ser celebrado a qualquer tempo, mesmo durante a união estável, diferenciando-se, pois, do pacto antenupcial (que regula os efeitos econômicos do matrimônio e tem de ser celebrado antes da celebração). Aliás, observe-se que, normalmente, o negócio é celebrado depois da união já ter sido constituída, considerando o seu caráter informal.

Como os companheiros, através do contrato, estarão promovendo a autorregulamentação dos reflexos patrimoniais da união estável,[292] é natural que seja exigida a anuência de ambas as partes, não podendo decorrer de ato unilateral. Ademais, considerada a sua natureza informal e percebendo que se trata de um mero "protocolo de intenções" das partes para o futuro, tem-se a possibilidade de modificação do conteúdo do contrato de convivência, a qualquer tempo, desde que por ato de vontade de ambas as partes, vedada a alteração unilateral. Não se aplica, aqui, a regra da irrevogabilidade. É intuitivo que a alteração pode ser no todo ou em parte, mas, sempre, por escrito.

2.12.6.3 Eficácia do pacto convivencial

De logo, convém observar que a celebração do contrato de convivência, por si só, não tem o condão de impor a caracterização da união estável. É essencial, pois, para a eficácia do pacto, que se consubstancie a relação de convivência, apresentando-se esta como verdadeira condição suspensiva para a eficácia do negócio. Até mesmo porque o contrato é negócio acessório, submetido ao principal (que é a união estável).[293]

Disso deflui, como corolário, que o contrato não se presta para criar a união estável que é fato jurídico formado pela caracterização informal de uma entidade familiar, independentemente de solenidades. Significativas as palavras de Cláudia

291. CC, art. 135: "o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionadas de qualquer valor".

292. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 177.

293. Veja-se, a respeito, a lição de Francisco José Cahali, asseverando, de modo contundente, que os efeitos do pacto de convivência "se verificam apenas após o início da união" e que é curioso notar que o negócio "acessório tem forma prescrita em lei (contrato escrito), mas o principal prescinde de qualquer formalismo ao representar um fato, não um ato jurídico" (*Contrato de convivência na união estável*, op. cit., p. 61-77).

413
Fortaleza Ceará

Grieco Tabosa Pessoa a respeito: "o eventual contrato firmado entre as partes nesses moldes não servirá à constituição da união concubinária (que se forma pelo perfazimento dos elementos constitutivos previstos na lei, ou seja, a convivência com a intenção de constituição da família)".[294]

No máximo, o que se pode admitir é a sua utilização como meio de prova da existência da união estável e, ainda assim, de forma relativa (não absoluta).

É importante observar, ainda, que tal negócio jurídico não produzirá efeitos retroativos (*ex tunc*), pois as relações jurídicas patrimoniais dos companheiros até a data da celebração do pacto estarão submetidas à regra geral do regime de comunhão parcial de bens. Isto é, todos os bens adquiridos até a data do contrato submetem-se à comunhão parcial, e os bens adquiridos do negócio em diante estarão regidos pelo regime escolhido pelas partes. Nesse ponto, releva destacar que o regime eleito pelos conviventes não pode subtrair os direitos conferidos pelo ordenamento jurídico.[295]

Põe-se, nesse ponto, uma instigante questão: seria possível aos companheiros estabelecerem, no pacto, efeitos pretéritos? Refletindo sobre o tema, cremos que a resposta será negativa.[296] A autonomia privada dos conviventes deve se conformar aos limites do ordenamento. A autodeterminação não é um papel em branco, mas um valor a mais que se enquadra na tábua de valores do sistema constitucional. Apesar de inexistir equivalência entre os dois modelos jurídicos, é evidente que no plano dos efeitos patrimoniais a união estável não pode ser posta em situação de inferioridade ou superioridade sobre o matrimônio, sob pena de aviltamento da segurança jurídica. Ora, o regime de bens entre os cônjuges produz consequências a partir da celebração do matrimônio (§ 1º do art. 1.639 do CC) e a conversão do regime demanda autorização do magistrado por acordo do casal, apurada a procedência das

294. PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*, op. cit., p. 118-119.

295. FRANCISCO JOSÉ CAHALI concorda com o ponto de vista esposado, advogando a tese de que "realizado o contrato, naturalmente não tem sentido falar em efeito retroativo das disposições acordadas entre os conviventes para a convivência projetada" (*Contrato de convivência na união estável*, op. cit., p. 76).

296. STJ. **Informativo nº 0563 Período: 29 de maio a 14 de junho de 2015. Terceira Turma. IRRETROATIVIDADE DOS EFEITOS DE CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL. Não é lícito aos conviventes atribuírem efeitos retroativos ao contrato de união estável, a fim de eleger o regime de bens aplicável ao período de convivência anterior à sua assinatura.** Inicialmente, registre-se, acerca dos efeitos do **contrato** de união estável, que doutrinadores renomados sustentam que, na união estável, é possível a alteração, a qualquer tempo, das disposições de caráter patrimonial, inclusive com efeitos retroativos, mediante singelo acordo despido de caráter patrimonial, sob o argumento de que deve prevalecer o princípio da autonomia da vontade. Não obstante essa vertente doutrinária, o art. 1.725 do CC não comporta o referido alcance. Com efeito, o mencionado dispositivo legal autoriza que os conviventes formalizem suas relações patrimoniais e pessoais por meio de **contrato** e que somente na ausência dele aplicar-se-á, no que couber, o regime de comunhão parcial. Em síntese: enquanto não houver a formalização da união estável, vigora o regime da comunhão parcial, no que couber. O **contrato** de convivência, no entanto, não pode conceder mais benefícios à união estável do que ao casamento, pois o legislador constitucional, apesar de reconhecer os dois institutos como entidade familiar e lhes conferir proteção, não os colocou no mesmo patamar, pois expressamente dispôs que a lei facilitará a conversão daquele neste (§ 3º do art. 226 da CF). **REsp 1.383.624-MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 2/6/2015, DJe 12/6/2015.**

razões invocadas e ressalvado o direito de terceiros (§ 3º do art. 1.639 do CC). Por conseguinte, elide-se que o **contrato** de união estável conceda eficácia legalmente recusada ao matrimônio.

2.12.6.4 Conteúdo

O conteúdo do pacto de convivência diz respeito, tão somente, a disposições de natureza patrimonial, afastadas, assim, as famosas cláusulas *holywoodianas*, pelas quais os interessados preveem obrigações pessoais.

É lícito aos companheiros, através do contrato convivencial, dispor de seu patrimônio livremente, inclusive estabelecendo percentuais diferentes de participação nos bens adquiridos ou mesmo criando novos modelos de regimes de bens (por exemplo, prevendo comunhão de imóveis e separação de móveis, dentre infinitas outras possibilidades). Tudo isso é possível a partir do grande continente da autonomia privada. Por lógica, também serão admissíveis cláusulas contratuais alterando a regra de administração do patrimônio do casal.

Não se podem tolerar, contudo, cláusulas contratuais afastando direitos e garantias estabelecidos em lei em favor dos companheiros. Por isso, será nula a cláusula que excluir o direito real de habitação, o de pensão previdenciária ou de alimentos,[297] ou mesmo à sucessão,[298] por atentar contra garantias expressas em lei.

Também não se admite a inserção de cláusula de arbitragem, em face da natureza indisponível do direito em pauta, como, aliás, dispõe o art. 852 do Códex.[299]

Outra interessante indagação a ser levantada concerne ao cabimento, ou não, de cláusula contratual estipulando, previamente, valor devido a título indenizatório pela extinção da relação convivencial. Parece-nos viável a inclusão de tais cláusulas, não possuindo, contudo, natureza alimentar, mas mera fixação de renda ou capital em favor do companheiro abandonado após a ruptura.

Não se pode deixar de lembrar a incidência na união estável do comando estampado no art. 977 do Estatuto Civil, autorizando a formação de sociedade entre cônjuges, desde que não estejam casados em regime de comunhão universal ou de separação obrigatória (art. 1.641, Código Civil).

---

297. Assim também, Guilherme Calmon Nogueira Da Gama para quem a exclusão do direito a alimentos pelo contrato convivencial "justamente por dizer respeito a interesse indisponível, está fora do alcance da vontade das partes" (*O companheirismo*, op. cit., p. 344).

298. Com o mesmo raciocínio, Cahali sustenta ser o pacto convivencial um "instrumento inadequado para se pretender retirar a qualidade de herdeiro de qualquer dos contratantes" (*Contrato de convivência na união estável*, op. cit., p. 264-265).

299. O referido dispositivo legal veda a utilização da cláusula compromissória de arbitragem "para a solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial".

Fácil depreender, pois, que também na união estável é possível aos companheiros celebrar contrato de sociedade (por qualquer dos modelos societários previstos nas leis empresariais), desde que não tenham pactuado um contrato de convivência estabelecendo a comunhão universal de bens.

Trata-se de mero enquadramento da igualdade constitucional, não sendo possível que a união estável não estivesse submetida à mesma exigência que decorre da comunhão de bens, típica da relação afetiva.

2.12.7 *O contrato de namoro e seus efeitos sobre a união estável*

> *"A sociedade vai inventando novos sistemas de casamento e a Justiça vai se adaptando, para abrigar a todos sob o manto da lei, ou, pelo menos, amenizar aquela hora muito pouco civilizada em que uma parte só pensa em sair da relação, nem que seja com a roupa do corpo, e a outra conspira para que aconteça exatamente isso."*
>
> **(Luis Kignel)**

Com o advento da regulamentação da união estável, não raro, percebe-se um (indevido) desconforto entre pessoas que mantêm relações de namoro, pelo temor de que o seu relacionamento seja confundido com uma união convivencial. A procura pelo contrato de união estável nos escritórios de advocacia resultou num inesperado filhote jurídico: o "contrato de intenções recíprocas", que vem a ser um documento entre namorados que não querem passar disso. Nele, os dois deixam claro que não vivem em união estável, não estão interessados em constituir família e são independentes financeiramente. Afinal, atualmente a diferença entre namoro e união estável é muito tênue. Namorados viajam juntos, dormem juntos e, eventualmente, compram bens. Esse contrato servirá para, tempos depois, em caso de separação, impedir o reconhecimento de uma união estável retroativa.

Foi exatamente com o propósito de utilizar algum mecanismo para obstar a caracterização da união estável que se passou a difundir a celebração de um contrato de namoro para que as partes, através de manifestação expressa de vontade, esclarecessem o propósito de não estar vivendo em união estável. A intenção das partes seria "assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro", em consonância com as palavras de Maria Berenice Dias.[300]

Pois bem, conquanto seja absolutamente possível a celebração de um contrato de namoro[301] (porque a lei não exige forma prescrita em lei e porque o objeto não é

300. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 178.

301. O eminente jurista paraense Zeno Veloso defende a possibilidade de contrato de namoro destacando nada obstar que os casais que participam de eventos sociais, viajando juntos, hospedando-se nos mesmos quartos de hotel, passando dias e noites cada um no apartamento do outro, sem que tenham, porém,

ilícito), não conseguirão as partes impedir a eventual caracterização de uma união estável, cuja configuração decorre de elementos fáticos, não podendo ser bloqueada por um negócio jurídico. Ora, se os "namorados" firmaram contrato, porém convivem de maneira pública e notória, como marido e mulher, o contrato não terá serventia. Igualmente, se a relação começou como namoro e depois evoluiu para uma união estável.

Significa dizer: a avença (contrato de namoro) não consegue garantir o escopo almejado, que seria impedir a caracterização de união estável. Enfim, é válido, mas inidôneo para o fim desejado. Por isso, esclarece corretamente Carlos Roberto Gonçalves que o contrato de namoro não impede que se materialize uma união estável, pois esta se trata de "um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana".[302]

Aliás, observando atentamente o objetivo de um contrato de namoro (pretendendo frustrar as etapas naturais desse verdadeiro ritual de passagem que é a relação afetiva), é de se afirmar que quem celebra esse negócio jurídico não quer namorar.

3. QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

3.1 Qualificação e classificação dos contratos

As classificações resultam das repartições de contratos feitas com base em critérios que se relacionam com a ocorrência ou a verificação de certas características ou qualidades. O critério divide a totalidade dos contratos em duas classes, a uma das quais o contrato deverá pertencer, consoante tenha esta ou aquela característica. Quando se discute se um certo contrato é gratuito ou oneroso, o que se faz é reconduzir esse contrato à classe dos contratos gratuitos ou à dos onerosos, consoante determinado critério exaustivo e dicotômico, sem margem para *tertium genus*. O mesmo sucede quando questionamos se um contrato é real ou consensual, unilateral ou bilateral.[303]

A seu turno, a qualificação também é um juízo atributivo contratual, porém distinto, constituindo processo de correspondência do contrato a um tipo. A qualificação tem como objeto um contrato concretamente celebrado e como conteúdo a correspondência deste contrato a um ou mais tipos, bem como o grau e o modo de ser dessa correspondência. O contrato é qualificado através do reconhecimento nele

---

qualquer intenção de constituir família, não os envolvendo a *affectio maritalis* e não havendo entre eles qualquer compromisso, celebrem um contrato escrito, para ressalva de direitos e para tornar a situação bem clara, definida e segura, prevenindo pretensões incabíveis, em que declaram, expressamente, que o relacionamento deles esgota-se em si próprio, representando um simples namoro, e não se acham ligados por qualquer outro objetivo, especialmente o de constituir uma família, obrigando-se a nada reclamar, a qualquer título que seja, um do outro, se o namoro vier a se extinguir (*Código civil comentado*, op. cit., p. 153).

302. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 564.

303. ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*, op. cit., p. 40.

de uma qualidade que corresponde a este ou àquele tipo, a este ou àquele modelo típico. A qualificação legal traz consigo, assim, sempre um processo de relacionamento entre a regulação contratual subjetiva estipulada entre as partes e o ordenamento legal objetivo, onde se encontra o catálogo dos tipos legais.[304]

Vivencia-se hoje a funcionalização do processo de qualificação contratual. A qualificação não é mais um simples procedimento mecânico de verificação da presença de determinados elementos contratuais e a subsequente subsunção a um tipo para a aplicação de normas. O que qualifica um negócio jurídico é a função que realiza dentro do concreto jogo de interesses à luz dos princípios do ordenamento. Nessa ordem de ideias, Maria Celina Bodin ressalta que "a função concreta diz respeito ao efetivo regulamento de interesses criados pelas partes e não se pode, *a priori*, estabelecer que efeitos são essenciais e quais não o são naquele particular negócio. Para a qualificação do concreto negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador daquele contrato".[305]

Destarte, o estudo dos contratos típicos e atípicos, mistos e coligados, requer não apenas a aferição de seus elementos essenciais, naturais e acidentais, mas, principalmente, a individuação dos interesses que as partes visam realizar. Isto será determinante para a fixação da normativa aplicável a um contrato.

3.2 Contratos típicos e atípicos

Ensina Álvaro Villaça que "os contratos são típicos, quando possuem regulamentação específica na lei, e atípicos, quando não a possuem".[306]

Contratos típicos são os contratos são típicos, quando possuem regulamentação específica na lei, e atípicos, quando não a possuem modelos contratuais consagrados na lei e aí regulamentados de modo tendencialmente completo ou pelo menos suficiente. Em nosso Código Civil, no Título VI do Livro do Direito das Obrigações, há um catálogo de 23 contratos. Ademais, em outros setores do Código Civil, se encontram modelos regulativos de tipos, como os contratos de hipoteca, penhor e anticrese, sem se olvidar da qualificação de certos contratos em leis especiais.

304. "O conteúdo e o sentido do contrato, tal como pré-interpretado, tem de ser comparado e 'posto de acordo' com o modelo regulativo de um tipo contratual e com o sentido que lhe é imanente. Este 'pôr de acordo' entre o caso e o tipo suscita duas questões. A primeira é a da escolha do tipo candidato à qualificação e a segunda a do modo de ser da ligação entre o caso e o tipo selecionado" (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit., p. 165-171).

305. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa dos contratos*, op. cit., p. 104.

306. Explica o romanista que "a palavra típico advém do termo latino *typus*, que significa tipo, modelo, molde, original, retrato, forma, exemplar, imagem, classe, símbolo, cunho, representação, que serve de tipo, de característico, e *typus* vem do grego *typos* (o que foi forjado, batido)" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, op. cit., p. 131).

Na metodologia tradicional, a recondução de um contrato a um tipo contratual implica a sua qualificação como contrato deste tipo. Esta qualificação, por sua vez, possibilita a subsunção deste contrato, como fato jurídico, ao tipo legal, emergindo então a disciplina completa. Portanto, a qualificação significa a correspondência do contrato a um tipo. Cuida-se de juízo predicativo que tem como objeto um contrato concretamente celebrado e que possui como conteúdo a correspondência deste contrato a um ou mais tipos, bem como o grau e o modo de ser desta correspondência.[307]

Os contratos atípicos são aqueles que não contêm na lei um modelo típico de disciplina própria, mesmo que difundidos no tráfego jurídico. Pode ocorrer de um contrato estar consagrado na prática social, versado em doutrina e jurisprudência, mas ser legalmente atípico. Basta cogitarmos das figuras do *factoring*, da concessão de *know-how* e da utilização de cartões de crédito, legalmente atípicos, apesar de socialmente típicos.[308]

A expressão *contrato inominado* é atualmente irrelevante e não cabe como variação para o contrato atípico. Na etimologia adequada, a nominação é referida aos casos de contratos que possuem *nomen iuris* na lei, e a tipicidade, aos casos em que tem nela uma regulamentação própria. O negócio fiduciário é contrato inominado e atípico. Todavia, há contratos que têm um nome e não encontram um modelo jurídico fixado em lei. Exemplificando, o contrato de franquia é nominado e atípico. Enfim, todo contrato típico é nominado, mas a recíproca não é válida. Aliás, não se justifica a exclusão, no novo Código Civil, de contratos como franquia, arrendamento

307. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit., p. 165-166.

308. STJ. Informativo nº 0483. Período: 12 a 23 de setembro de 2011. Terceira Turma: "CONTRATO. DISTRIBUIÇÃO. FORMA VERBAL. ADMISSIBILIDADE. Trata-se, na origem, de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por sociedade empresária em razão de rescisão unilateral de contrato verbal de distribuição. A Turma, entre outras questões, entendeu que, conforme os arts. 124 do Código Comercial e 129 do CC/1916 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/2002), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito. Assim, quanto ao contrato de distribuição, pelo menos até a entrada em vigor do CC/2002, cuidava-se de contrato atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, tendo sua formalização na regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene. Consequentemente a existência do contrato de distribuição pode ser provada por qualquer meio previsto em lei. Logo o art. 122 do Código Comercial, vigente à época dos fatos, admitia expressamente a utilização de correspondência, livros comerciais e testemunhas, entre outras. As alegações que amparam o recurso sustentam que a complexidade da relação de distribuição tornaria impraticável o emprego da forma verbal, na medida em que inúmeras condições hão de integrar o conteúdo do contrato, tais como especificação dos produtos, demarcação de área e o quanto mensal da compra. Contudo, tais assertivas levam a concluir ser extremamente difícil, não impossível, a celebração verbal de um contrato de distribuição, dada a complexidade da relação. Porém, sendo possível extrair todas as condições essenciais do negócio, não haveria empecilho à admissão de um contrato não escrito. No caso, o tribunal a quo, com base no conjunto fático-probatório, extraiu todos os elementos necessários à análise da relação comercial entre as partes e, para apreciar as alegações do recorrente, seria necessário revolver as provas, o que é vedado pelo Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Assim, o tribunal a quo fundamentou o dever de indenizar da recorrente no estratagema por ela arquitetado para assumir a carteira de clientes da recorrida, conduta desleal e abusiva, violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual. Quanto ao valor da indenização a título de dano moral e ao valor dos honorários advocatícios, somente poderão ser revisados na via do recurso especial quando se mostrarem exagerados ou irrisórios. Daí, a Turma negou provimento ao recurso" (REsp 1.255.315-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 13.9.2011).

mercantil e contratos bancários (desconto, abertura de crédito). Cuida-se de modelos largamente utilizados, que, tranquilamente, poderiam integrar um código que tenha pretensão à estabilidade.

Para que um contrato seja tido como legalmente típico, explica Pedro Pais de Vasconcelos, é necessário que se encontre na lei o modelo completo da disciplina típica do contrato. Este modelo pode ser mais ou menos amplo e até mais ou menos completo, mas, para que se possa dizer que o contrato é legalmente típico, é necessário que a regulamentação legal corresponda, pelo menos aproximadamente, ao tipo social e seja suficientemente completa para dar às partes a disciplina básica do contrato.[309]

De acordo com o art. 425 do Código Civil, "é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código".[310] O Direito romano, excessivamente preocupado com o rigor formal, restringia os contratos aos tipos de negócios jurídicos taxativamente enumerados. Porém, o individualismo e o liberalismo econômico subjacentes aos códigos modernos permitiram que as partes pudessem concluir contratos que não fossem especialmente regulamentados pelo legislador. Isto demonstra que a gênese dos contratos se encontra na vontade, devendo as formas se colocar em a seu serviço.

Consistem os contratos atípicos justamente nesta maior amplitude de ação reservada aos particulares em sua autonomia privada e sua liberdade contratual. O dinamismo da atividade econômica requer a edificação de novos negócios jurídicos que, muitas vezes, não encontram apoio nos tipos inseridos na legislação. Como a celeridade dos fatos não encontra eco no ritmo dos códigos, naturalmente o espírito da iniciativa privada adapta antigos modelos jurídicos aos novos objetivos sociais. Assim, surgem instrumentos contratuais hábeis a alcançar as funções econômicas para as quais os institutos típicos tradicionais carecem de soluções práticas.

Ilustrativamente, é a locação de contrato típico. Todavia, pode-se elaborar uma cláusula em caráter *intuitu personae* da figura do locatário, convolando o negócio jurídico em atípico. Esta alteração é imprescindível na edificação *buit to suit* (por encomenda), em que a construção é especialmente encomendada para atender as necessidades do locatário. Trata-se de demanda recente no mercado imobiliário, decorrente da rejeição de empresários pela opção de imobilização de recursos destinados a atividade econômica. Se não houvesse a cláusula personalíssima, a Lei do Inquilinato seria aplicada em sua totalidade e o locador se submeteria a uma resilição unilateral

309. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit., p. 214.

310. Alvaro Vilaça Azevedo critica a redação final do art. 425 do Código Civil, ao restringir as normas do próprio código o critério de legitimidade de um contrato atípico. Entende com razão que teria sido mais clara e precisa a redação do art. 288 do Projeto de 1965, vazada nos seguintes termos: "Podem as partes, independentemente das normas especiais pertinentes às figuras típicas disciplinadas neste código, determinar o conteúdo do contrato, nos limites impostos pela lei e sem ofensa dos bons costumes e da ordem pública" (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, op. cit., p. 149).

antecipada pelo inquilino, sacrificando todo o investimento econômico realizado. Com a cláusula *intuitu personae*, torna-se possível a prefixação de ressarcimento relativo às despesas efetivadas com a edificação. Destarte, garante-se que o locatário observe na integralidade o prazo da locação ou que, ao menos, transcorra prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos (parágrafo único, art. 473, CC).

Em um mundo globalizado e informatizado, marcado pelo incessante tráfego econômico e jurídico, aflora a atipicidade na contratação. Atualmente, a *lex mercatoria* pretende conceber um direito universal que rompa com as limitações jurídicas produzidas pela peculiaridade dos regimes jurídicos de cada Estado. A finalidade negocial consiste na circulação rápida de créditos globalizados, através de modelos atípicos que correspondam aos interesses do mercado, com uniformização de condutas comerciais.[311]

Raramente os contratos atípicos serão completamente diferentes dos tipos legais (contratos atípicos puros), pois, na maior parte dos casos, importam modificações dos tipos legais e combinações de diferentes tipos legais (contratos atípicos mistos). O contrato misto é aquele que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não sistematizada em lei.[312]

Aliás, em sentido amplo, classificam-se os contratos atípicos em duas categorias: os *singulares* e os *mistos*. Os contratos atípicos singulares são figuras atípicas, consideradas individualmente. Os contratos atípicos mistos apresentam-se: (a) com contratos ou elementos somente típicos; (b) com contratos ou elementos somente atípicos; (c) com contratos ou elementos típicos e atípicos. Parece-nos correto o entendimento de que o somatório, em um, de dois ou mais contratos completos, em que circunstâncias sejam, não possibilita a consideração de cada avença como típica, afinal as prestações desses contratos mesclam-se em um todo, sem possibilidade de separação.[313]

---

311. STJ. Informativo nº 0535. Período: 12 de março de 2014. Terceira Turma: "A qualificação jurídica do resseguro como um contrato de seguro decorre do fato de o ressegurador obrigar-se, mediante o pagamento de um prêmio, a proteger o patrimônio da 'cedente' do risco consistente na responsabilidade desta perante seu segurado, presentes, portanto, as características principais da relação securitária: interesse, risco, importância segurada e prêmio. Embora a LC 126/2007 aparentemente confunda o contrato de resseguro com a figura da cessão disciplinada no CC, é evidente que, à diferença da cessão de posição jurídica, no contrato de resseguro a assim chamada 'cedente', ou seja, a sociedade seguradora ressegurada, em regra, não se retira, mas antes permanece na relação jurídica, não havendo sub-rogação pelo cessionário nas obrigações da cedente. Nesse sentido, a maior parte da doutrina sustenta que o contrato de resseguro insere-se, de modo geral, no tipo securitário. Desde o Decreto-lei 73/1966, o resseguro, o cosseguro e a retrocessão já eram partes integrantes da operação de seguro. É de se concluir que, apesar de formalmente acessório e autônomo, o resseguro é um verdadeiro contrato de seguro atípico" (REsp 1.170.057-MG, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, julgado em 17.12.2013).

312. "Ordenados a atender interesses não disciplinados especificamente na lei, os contratos atípicos caracterizam-se pela originalidade, constituindo-se, não raro, pela modificação de elemento característico de contrato típico, sob forma que o desfigura dando lugar a um tipo novo. Outras vezes, pela eliminação de elementos secundários de um contrato típico. Por fim, interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica, reclamam disciplina uniforme que as próprias partes estabelecem livremente, sem terem padrão para observar" (GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 120).

313. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, op. cit., p. 137-138.

De acordo com o Enunciado 582 do Conselho de Justiça Federal, "Com suporte na liberdade contratual e, portanto, em concretização da autonomia privada, as partes podem pactuar garantias contratuais atípicas". A inserção de uma garantia atípica poderá conduzir a um contrato atípico misto, pois haverá uma combinação entre um tipo legal (v.g. mútuo) e uma garantia que floresça da autonomia privada. Exemplificativamente, as partes podem adotar a *carta de conforto*, amplamente difundida no direito bancário estrangeiro, mas pouco conhecida em *terra brasilis*.[314]

Há uma polêmica quanto à qualificação do *leasing*: seria contrato típico ou atípico? Certo é que se caracteriza o arrendamento mercantil por sua complexidade, já que conjuga aspectos de vários contratos típicos. É contrato misto por conter elementos obrigacionais de origem diversa, mas harmonizados pela unidade de causa. Nele podemos observar a incidência de uma locação atrelada a um mútuo, com opção de compra e venda em sua fase derradeira. Os contratos que se formam de elementos de vários contratos típicos não são típicos, mas atípicos mistos. A Lei nº 6.099/74 disciplinou tão somente os aspectos fiscais do *leasing*, fez referência apenas ao *leasing* financeiro – sem tratar do *leasing* operacional.

Outro exemplo interessante: atualmente, a locação de bens pode vir acompanhada de prestação de serviços, o que acontece com os apart-hotéis e os *shoppings*, locação que também dá ensejo a serviços diversos, tais como limpeza, segurança, mensageiros, telefonia e ainda promoções coletivas, filiação a associações de lojistas etc. A "locação" de imóveis no contrato de *"shopping center"*, não é um típico contrato de locação. O contrato de *"shopping center"* é de natureza mista, envolvendo uma série de pactos adjetos – dentre eles a locação. Esse ajuste tem por propósito principal a relação associativa entre o empreendedor e os lojistas, que põem em prática um plano estratégico com objetivo comum, que é a venda de mercadorias e a prestação de serviços com vistas a um fim comum: rentabilidade pela venda de mercadorias da qual participam ambos. Nesse contrato atípico, falsamente chamado de locação, desponta a figura do aluguel percentual: em vez de pagar quantia fixa, o lojista entrega parte do valor do seu faturamento. O objetivo fundamental das partes é tirar proveito da organização do empreendimento, obtendo ganhos mediante participação de ambos no sucesso comercial. O faturamento do lojista é obtido em decorrência das atividades praticadas pelo empreendedor do *shopping*, em verdadeira simbiose de atividades.

314. Nada obstante a ausência de precisos contornos jurídicos, as *lettere di patronage*, como a conhecem os italianos, são empregadas cotidianamente em inúmeras negociações entre empresários e bancos ou instituições financeiras, visando a garantir contratos os mais diversos, cujo objeto relacione-se a compromissos financeiros. A carta de conforto, portanto, é utilizada previamente à celebração de negócios jurídicos de natureza contratual e, como o nome indica, *conforta* o receptor (*"confortado"*) acerca do cumprimento das obrigações assumidas pelo *"garantido"*, servindo as informações prestadas pela pessoa *"confortante"* como garantia ao adimplemento contratual. Neste sentir, aproxima-se a uma carta de intenções, dado o cunho (puramente) moral que, num primeiro momento, emana das *lettere*. MOREIRA ALVES, José Carlos. Notas sobre a carta de conforto. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Org.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 709-712.

A realidade econômica nos mostra que lateralmente aos contratos atípicos subsistem contratos em tese típicos, consubstanciados por cláusulas atípicas. Quando isso ocorre, o contrato se transmuda em atípico. É o que ocorre com uma compra e venda de terreno para fins de incorporação imobiliária quando vinculada à permuta por unidades habitacionais para o alienante no mesmo terreno ou à locação de casa para o empregado morar na constância da relação de emprego.

Ainda, é o que traduz o atual contrato *built to suit*, o qual corresponde a um negócio jurídico em que uma parte – locatária – contrata outra – locadora – para previamente adquirir, construir ou reformar substancialmente um imóvel então especificado pela pretendente à locação, a ponto de atender todas as suas peculiaridades, para, então, vir a locá-lo por prazo determinado e com condições diferenciadas de uma mera locação.

Antes da vigência da Lei nº 12.744/12, considerava-se unânime a classificação do contrato *built to suit* como modalidade *sui generis*, notadamente atípica, por ausência de qualquer tipo de regulação específica, sendo aceita tal modalidade contratual por força da previsão do art. 425, do Código Civil. Entretanto, a partir da edição da referida lei mostra-se preciso um pouco mais de cautela quanto ao enquadramento desse modelo de contrato, justamente porque agora ele é previsto (de forma precária) pela Lei do Inquilinato, acrescida do art. 54-A.

A inserção do art. 54-A na Lei nº 8.245/91 é fruto da necessidade de regulação de uma prática crescente no mercado brasileiro, que envolve uma complexa trama contratual, com cláusulas peculiares inerentes à particularidade do negócio jurídico conhecido como "locação por encomenda". Para evitar uma significativa imobilização de capital para aquisição, construção e instalação de um ambiente propício ao desenvolvimento de sua atividade, uma empresa contrata um empreendedor imobiliário, que, a partir da securitização do capital futuro a ser percebido como aluguéis diferenciados, lança no mercado financeiro, autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), títulos conhecidos como Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI), para que investidores possam auxiliar na formação do capital necessário à construção encomendada pela empresa. Finalizada a obra, a empresa, então, passa a locá-la por prazo determinado, pagando aluguéis diferenciados, que compreendem tanto a remuneração pelo uso e gozo da propriedade, como também a remuneração pelo investimento feito pelo empreendedor na aquisição, construção ou substancial reforma do imóvel.

Tem-se, ainda, inerente aos contratos *built to suit*, a previsão de cláusula penal equivalente à totalidade dos aluguéis convencionados e devidos até o fim da locação, caso a locatária resolva resilir o contrato antes do decurso do tempo, calculado justamente para recompor os dispêndios do locador. E mais, por se tratar de remuneração além da decorrente do uso e gozo da propriedade, ou seja, por englobar ainda a remuneração do locador pelos investimentos feitos para atender as necessidades do locatário, as tradicionais ações de revisão para equilibrar o valor do aluguel ao

praticado no mercado não conquista espaço nessa modalidade contratual, podendo as partes, inclusive, renunciar ao direito de revisão.

Tais singularidades do contrato *built to suit* levam-nos a compreender que não se trata de simples locação, embora seja a matéria timidamente regulada pela Lei do Inquilinato. Embora a locação seja a propulsão necessária para a celebração desse tipo contratual, esta por si só é diferenciada, peculiar, pois várias normas tidas como cogentes numa locação comum não se aplicam a essa modalidade (valor do aluguel, cláusula penal compensatória não limitada ao valor de três aluguéis, possibilidade de renúncia ao direito de revisão, entre outros). Além disso, a negociação *built to suit*, engloba a reunião de outras bases contratuais, como a empreitada e a compra e venda, que, por não subsistirem separadamente sem descaracterizar a operação, dão ensejo à criação de um novo instrumento, patentemente atípico por justamente conter contratos em tese típicos, consubstanciados por cláusulas atípicas, que resultam neste contrato atípico.

Prosseguindo, a liberdade contratual que permite a elaboração de contratos atípicos é objeto de controle pelos princípios da boa-fé objetiva, da função social e da justiça contratual. Ou seja, amplia-se a autonomia privada, mas não a ponto de ferir a ordem pública, como tal considerado o exposto no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil.[315]

Exemplificando: transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra pessoa (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou o direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário. Disso resulta que a transmissão da propriedade ou do direito não encerra um fim em si mesma, sendo, antes, um meio para se alcançar o objetivo desejado efetivamente pelas partes, que há de ser a constituição de uma garantia. O negócio fiduciário é realizado com o propósito de suprir uma lacuna no ordenamento. Porém, se o negócio fiduciário ocultar manobras fraudulentas, a ponto de se tornar um negócio simulado, não será válido, como seria inválido e sem qualquer efeito qualquer contrato típico.[316]

Há algum tempo, parte da manualística estrangeira iniciou a exposição da disciplina dos contratos, inspirando-se não mais na divisão de contratos típicos/

315. "O princípio da boa-fé objetiva assume papel de grande importância no âmbito dos contratos atípicos, pois a ausência de disciplina típica diretamente aplicável amplia o espaço para outras fontes de regulação. Tal papel será ainda maior quando inexistirem normas de tipos de referência aplicáveis por analogia. Os usos, por sua vez, assumem papel de grande relevo principalmente nos casos de contratos atípicos porém *sócio-jurisprudencialmente típicos*" (CRESCENZO MARINO, Francisco Paulo de. Classificação dos contratos. In: *Direito dos contratos*, op. cit., p. 28).

316. Melhim Namen Chalhub explica que "na simulação existe uma discrepância entre a natureza do contrato ostensivamente celebrado (simulado) e a natureza do contrato efetivamente estipulado e só oponível internamente entre as partes. Diferentemente, no negócio fiduciário não se tem uma aparência, mas uma realidade, porque exprime um efetivo e sério querer, a despeito de uma discrepância entre a finalidade a atingir e o meio jurídico empregado para alcançá-lo. A essência da distinção está no processo da formação de vontade, na medida em que é nele que se verifica se ocorreu ou não a intenção de enganar que caracteriza a simulação" (*Negócio fiduciário*, op. cit., p. 50-55).

atípicos, mas em sua classificação conforme a função, isto é, segundo os interesses perseguidos no caso concreto. Aduz Pietro Perlingieri que não se pode dar valor absoluto à afirmação segundo a qual o negócio concreto é típico se corresponde a uma *fattispecie* abstrata disciplinada pela lei, e é atípico se não for previsto em nenhuma norma. Em realidade, tal asserção deve ser considerada, a cada vez, dando sempre prevalência à concretude do contrato, e não a sua previsão abstrata. É preciso, portanto, raciocinar por problemas e não por conceitos. Trata-se de uma questão de redimensionamento do papel da estrutura negocial. A estrutura não concorre para a individuação do tipo, pois a mesma função pode ser realizada em várias estruturas. A variabilidade da estrutura induz a concluir que esta última não incide na individuação da função e prescinde da tipicidade ou da atipicidade do contrato.[317]

Essa crise na distinção entre contratos típicos e atípicos se deve ao fato de que não apenas estes devem ser submetidos a um controle de valor, tal como induz a leitura do art. 425 do Código Civil. Também os contratos típicos só serão merecedores de tutela se voltados à realização de interesses considerados legítimos pelo ordenamento, com inspiração no princípio da proporcionalidade. Não basta que o contrato típico seja lícito – posto adequado a um modelo abstrato descrito em lei –, mas que no contexto particular o seu conteúdo atenda às escolhas constitucionais, a fim de que os efeitos desejados pelas partes coincidam com os efeitos legais considerados razoavelmente coligados. Isto é, pouco importa se o contrato é típico ou atípico, pois a composição concreta de interesses exige uma disciplina que não se deduza da mera recondução ao tipo, mas da peculiaridade do caso.[318]

3.3 Contratos mistos e coligados

O estudo dos contratos mistos, coligados e das redes contratuais se insere em uma abordagem mais ampla da fenomenologia contratual contemporânea: trata-se da "relativização da relatividade" da eficácia contratual. Para os nostálgicos do princípio da relatividade dos contratos, cogitar da eficácia dos contratos para além das partes soaria como perjúrio. Contudo, não vivenciamos mais o tempo das abstrações jurídicas, pois a qualificação e a interpretação dos contratos leva em consideração as suas particularidades e as reais consequências emanadas da execução de seu conteúdo, bem como dos demais contratos que dele se avizinham.

317. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 371.

318. Com absoluta propriedade explica o doutrinador que "quando a liberdade contratual e negocial têm justificação não em si, mas em outros princípios e valores do sistema, quando o próprio sistema não é mais apenas Estado de Direito, mas Estado Social de Direito, caracterizado por princípios fortes como a solidariedade e o personalismo, a escolha não pode deixar de ser axiologicamente conforme o ordenamento. O ato negocial é válido não tanto porque desejado, mas se, e apenas se, destinado a realizar, segundo um ordenamento fundado no personalismo e no solidarismo, um interesse merecedor de tutela. De modo que a alternativa, reduzir o controle à falta de ilicitude, ou então, estendê-lo ao merecimento de tutela do conteúdo do contrato, típico ou atípico que seja, se revela fruto de uma polêmica de caráter metodológico e, ao mesmo tempo, axiológico" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 371).

Isso implica reavaliar a própria vinculação do contrato com o quadro de valores constitucionais. Nosso ordenamento concede protagonismo ao solidarismo, a igualdade substancial aos interesses metaindividuais e, no ápice desta cadeia, ao princípio da dignidade da pessoa humana. O mercado atual não executa mais o singelo processo de trocas individuais. As operações econômicas são complexas, dinâmicas e alcançam um número indeterminado de consumidores anônimos. Daí a necessidade da compreensão do modelo de contrato plural, em que vários contratos se relacionam, irradiando efeitos sobre pessoas que comumente a ele não se vincularam. A necessidade de tutelar indivíduos e grupos em contextos assimétricos requer uma abordagem dos contratos não mais sobre uma perspectiva atomística, mas, tendo-se em consideração o nexo funcional existente entre diversos negócios jurídicos. Esta é a forma mais consistente e honesta de se avaliar se atos de autonomia privada são merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico.

Dentro da vasta categoria dos contratos atípicos, é manifesta a importância dos contratos mistos. Com apoio na lição de Antunes Varela, diz-se misto o contrato no qual se reúnem elementos de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei. Em lugar de realizarem um ou mais dos tipos ou modelos de convenção contratual incluídos no catálogo da lei (contratos típicos), as partes, porque os seus interesses se impõem a cada passo, celebram por vezes contratos com prestações de natureza diversa ou com uma articulação de prestações diferente da prevista na lei, mas se encontrando ambas as prestações compreendidas em espécies típicas diretamente reguladas na lei.[319]

Exemplificando: (a) C, tio de D, vende um prédio ao sobrinho, mas, para compensá-lo pelas liberalidades feitas a outros sobrinhos, irmãos de D, convenciona um preço muito inferior ao valor real do prédio, no intuito de beneficiá-lo gratuitamente com o arranjo negocial entre eles concertado. Neste caso, misturam-se elementos da compra e venda com cláusulas de doação; (b) O turista inscreve-se num cruzeiro pelo Mediterrâneo, obrigando-se a empresa organizadora a dar-lhe transporte, alojamento em cabine e alimentação. Neste exemplo, se associam no mesmo contrato elementos de locação, contratos de transporte, compra e venda e prestação de serviços.[320]

Vê-se, portanto, que os contratos mistos possuem característica unitária, resultando da fusão de dois ou mais contratos ou de partes de contratos distintos, ou ainda da participação em um contrato de aspectos próprios de outros.

Os contratos mistos podem, na opinião de Galvão Telles, revestir as seguintes modalidades principais: (a) contratos múltiplos; (b) contratos geminados; (c) contratos cumulativos. Os contratos *múltiplos* desempenham uma multiplicidade de funções correspondentes a contratos distintos. Diversos tipos contratuais se unificam

319. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, I, op. cit., p. 279-280.

320. Exemplos retirados de Antunes Varela. *Das obrigações em geral*, I, op. cit., p. 280. O autor ainda traz a comum situação do banco que "aluga um cofre ao cliente, para que este nele deposite certos valores, realizando uma prestação que é simultaneamente de locador e de depositário".

em verdadeira fusão, tal como se verifica no contrato de hospedagem. Os contratos *geminados* resultam da justaposição de obrigações características de contratos diversos. Contrapõem-se prestações heterogêneas, próprias de contratos distintos. Sirva de exemplo o acordo celebrado entre o dono do prédio e o porteiro, pelo qual este presta serviços em troca da habitação que aquele lhe fornece. Por fim, os contratos *cumulativos* cumulam as funções características de dois contratos, através da estrutura própria exclusivamente de um deles. É o caso do já citado exemplo da venda por preço de favor, que envolve uma liberalidade do vendedor em benefício do comprador.[321]

Os contratos mistos se apartam da *união de contratos* e dos *contratos conexos ou coligados*. O conceito de contratos conexos é bastante abrangente e pode ser descrito pela utilização de uma pluralidade de negócios para a realização de uma mesma operação econômica.[322]

Trata-se de uma forma de conexão negocial pelo uso de vários negócios, cada um com uma função típica ou atípica, em que se persegue não a realização dos efeitos a eles individualmente relativos, mas um único escopo: um resultado final não realizável na ausência mesmo de um só dos contratos. O ato, portanto, não pode mais ser avaliado na sua individualidade, já que apenas assume uma função, em chave procedimental, na conexão com outros atos. O conjunto dos atos coligados representa o conteúdo de uma operação destinada a produzir um efeito unitário.[323]

Apesar de a operação ser destinada à produção de um certo efeito, na coligação de contratos há uma pluralidade de contratos, enquanto nos contratos mistos há uma unidade contratual. Se o relacionamento entre os tipos for tal que ambos possam subsistir e vigorar como contratos completos separados, não obstante o vínculo que os liga, a classificação é a de união de contratos.

Na união, ou coligação de contratos, os negócios jurídicos apenas se cumulam – atam-se por um certo nexo –, porém não se misturam ou confundem, pois cada qual preserva as suas peculiaridades. Há combinação de contratos completos. No contrato misto, pelo contrário, há a fusão, em um só negócio, de elementos contratuais distintos que, além de perderem a sua autonomia no esquema negocial unitário derivado, fazem simultaneamente parte do conteúdo deste.

Para que o conceito de união ou coligação de contratos seja bem apreendido, mister se faz diferenciá-lo da mera junção de contratos. Na junção, o vínculo que prende os contratos é puramente exterior ou acidental, como quando provém do simples fato de terem sido celebrados ao mesmo tempo ou de constarem no mesmo título. "A" compra um relógio e manda consertar um outro no mesmo relojoeiro. O dono de uma fábrica contrata um técnico para a realização de certa tarefa, comprando-lhe ao mesmo tempo o direito de utilizar certas patentes de sua invenção. Nessas hipóteses, os contratos

321. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, op. cit., p. 470-472.
322. KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, op. cit., p. 275.
323. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 382.

são não só distintos, mas autônomos, aplicando-se a cada um deles o regime que lhe compete. Porém, na união de contratos, embora mantendo a sua individualidade, os contratos estão ligados entre si por um nexo funcional que influi na respectiva disciplina. Já não se trata de um nexo exterior ou acidental, mas de vínculo substancial que pode alterar o regime normal de um dos contratos ou de ambos, em virtude da relação de interdependência que eventualmente se crie entre eles.[324]

Na coligação de contratos, as partes desejam a pluralidade de contratos no sentido de um conjunto econômico, criando entre eles uma dependência de caráter bilateral ou unilateral, conforme os contratos se subordinem reciprocamente, ou se apenas um ou alguns se vinculem aos demais.[325] Havendo a conexão bilateral, a validade e a eficácia de um contrato dependerão da validade e da eficácia do outro, pois cada um é a causa do outro. Havendo a dependência unilateral, apenas um deles submeterá a sua validade e a sua eficácia ao outro. A subordinação recíproca entre os contratos implica que as vicissitudes de um negócio se repercutam no outro. Na subordinação unilateral, apenas as vicissitudes de um contrato repercutem no seguinte.

A coligação dos contratos, explica Orlando Gomes, pode ser necessária ou voluntária. A coligação necessária é imposta por lei, como a que existe entre o contrato de transporte aéreo e o seguro de passageiro. Quando decorre da vontade dos interessados, como se verifica ordinariamente, diz-se voluntária. Além da união com dependência – bilateral ou unilateral –, o doutrinador faz menção à coligação por forma alternativa: "dois contratos são previstos para que subsista um ao outro, realizada determinada condição. Um exclui o outro quando a condição se verifica. Aplica-se o direito relativo ao contrato subsistente".[326]

Ademais, a coligação pode se apresentar como *genética* ou *funcional*. Na coligação genética um dos contratos produz efeitos na fase formativa do outro, mas esses efeitos não persistem na fase de execução (*v. g.*, contrato tipo). Contrariamente, na coligação funcional, o destino de ambos os contratos está ligado não só na sua formação, como também no desenvolvimento e no funcionamento das respectivas relações. Aliás, para haver a união de contratos, não é necessária a identidade de sujeitos, sendo bastante a existência de um sujeito comum aos dois negócios jurídicos, ou seja, parte em um e outro contrato. É o que ocorre na subcontratação ou contrato derivado.[327]

---

324. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, I, op. cit., p. 282.

325. "Os contratos coligados são aqueles que, apesar de sua autonomia, se reúnem por nexo econômico funcional, em que as vicissitudes de um podem influir no outro, dentro da malha contratual na qual estão inseridos. Nesse passo e em uma perspectiva funcional dos contratos, deve-se ter em conta que a invalidade da obrigação principal não apenas contamina o contrato acessório (CC, art. 184), estendendo-se, também, aos contratos coligados, intermediário entre os contratos principais e acessórios, pelos quais a resolução de um influenciará diretamente na existência do outro" (REsp 1141985/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., *DJe* 7.4.2014).

326. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 122.

327. MARTINEZ, Pedro Romano. *O subcontrato*, op. cit., p. 194.

Vejamos um exemplo de coligação de contratos: Silvio Roberto Da Silva, em estudo específico sobre os contratos de distribuição de combustíveis relaciona uma série de benefícios que as distribuidoras de combustíveis normalmente oferecem ao posto revendedor, em contraprestação à exclusividade que é exigida dos postos revendedores: cessão de uso da sua marca e do seu nome comercial; cessão dos equipamentos necessários à comercialização; concessão de financiamento em condições atraentes em relação ao mercado financeiro, para manutenção, reforma e adequação do ponto de vendas e muitas vezes até para auxiliar no capital de giro do revendedor; projeto arquitetônico para construção do estabelecimento de acordo com a combinação de cores e padronização visual da distribuidora; publicidade e propaganda institucional em grande escala para manter o posto de vendas sempre em evidência; dentre outros. Além disso, destaca o autor, que a causa principal de tais contratos (considerando como tal a finalidade pretendida) deve ser entendida, de um lado, como o fornecimento pela distribuidora da quantidade de combustíveis ajustada nas condições de qualidade, preço e pagamento fluentes; e de outro lado, a aquisição pelo revendedor de tal quantidade, observando as obrigações inerentes ao negócio, tais como o respeito à marca, à exclusividade e a utilização dos equipamentos segundo a destinação pactuada.[328]

Se a finalidade das partes ao celebrar o contrato de financiamento era, em última análise, fomentar a atividade principal de distribuição e revenda de combustíveis, mostra-se evidente a relação de interdependência entre os contratos. O posto recebe o financiamento como meio de auxílio da distribuidora para incrementar a comercialização dos produtos de sua marca. Sendo os contratos de distribuição e financiamento interdependentes, o condicionamento de um ao outro possibilita o exercício da exceção substancial da *exceptio non adimpleti contractus*.[329]

Por último, insta diferenciar a coligação contratual do *contrato relacional*. Vimos que o contrato relacional se opõe ao chamado *contrato descontínuo*, traduzindo um verdadeiro processo obrigacional duradouro, pautado na confiança e na solidariedade. Observa Carlos Nelson Konder que o contrato relacional e a coligação contratual são

328. SILVA, Silvio Roberto da. Os contratos de distribuição de combustíveis e as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Estudos e pareceres*: direito do petróleo e gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 274.

329. STJ, Informativo nº 0405. Período: 31 de agosto a 4 de setembro de 2009. Terceira Turma: "CONTRATOS COLIGADOS. O Tribunal de origem, com base no exame das cláusulas contratuais, consignou que o contrato de financiamento se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia de Petróleo, havendo sido firmado com o propósito de incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no posto de serviço, obrigando-se o posto revendedor a aplicar o financiamento recebido na movimentação do posto. O acórdão recorrido extraiu a conclusão de que as prestações assumidas pelas partes nos contratos de financiamento e de fornecimento de produtos são interdependentes, considerando evidenciada a conexão entre os contratos. Considerando que a finalidade das partes ao celebrar o contrato de financiamento, no caso concreto, era, em última análise, fomentar a atividade principal de distribuição e revenda de combustíveis, mostra-se evidente a relação de interdependência entre os contratos, a ensejar a possibilidade da arguição da exceção de contrato não cumprido, independentemente da existência de cláusula expressa. Efetivamente, é justamente a existência de obrigações recíprocas e interdependentes que dá azo à arguição da exceção de contrato não cumprido" (REsp 985.531-SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), j. em 1º.9.2009).

fenômenos interligados, mas buscam elucidar problemas distintos, afinal, enquanto no conceito de contrato relacional a renovação ocorre por meio da superação da tradicional concepção descontínua em nome de uma leitura estrutural sociologicamente mais profunda, na conexão contratual a superação é a da leitura singularizada do contrato, em nome de uma perspectiva mais abrangente.[330]

3.4 As redes contratuais

Nos ordenamentos italiano e português, a interligação econômica e funcional entre contratos estruturalmente diferenciados tem sido tratada sob a expressão *contratos coligados* – enquanto no direito espanhol é utilizada a locução *contratos conexos*. Já no direito argentino, prestigia-se a expressão *redes contratuais*. Nos contratos em colaboração em rede, o jurista portenho Ricardo Lorenzetti situa "uma pluralidade de vínculos típicos e atípicos, conexos entre si. O 'cimento' é a colaboração que pode baixar os custos, ou aumentar a eficiência, ou as vendas. O essencial neles é que se consegue um efeito de conjunto superior à soma das individualidades".[331]

Em comum a todas as expressões utilizadas no direito estrangeiro, a ideia contemporânea de que negócios jurídicos estruturalmente distintos se reúnem com base em um só nexo funcional, tornando-os interdependentes em razão da finalidade global que os informa. Cada contrato da rede contribui para a efetivação do desiderato comum, que é a operação econômica unificada. Pela via das redes contratuais, vários fornecedores conjugam esforços para, conjuntamente, com maior competitividade e menor margem de risco, oferecer produtos e serviços aos consumidores.

Há uma sutil distinção entre a locução *redes contratuais* e a *coligação negocial*. As redes possuem maior amplitude em virtude do elemento da sistematicidade. Em monografia especialmente dedicada ao tema, Rodrigo Xavier Leonardo explica que "preferimos a denominação redes contratuais, vez que esta ressalta não apenas a reunião de contratos voltados para uma determinada finalidade econômica, mas também um nexo sistemático entre esses diversos contratos que acaba por imantizar a atuação de diversos agentes econômicos para a consecução de determinada operação econômica".[332]

Com efeito, o diferencial nas redes contratuais é a existência conexa de contratos em torno de um interesse sistemático. Isto significa que todos os integrantes de

330. KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, op. cit., p. 161.

331. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, op. cit., p. 197.

332. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, op. cit., p. 132-133. Prossegue o doutrinador: "por esta razão, concluímos que a expressão 'redes contratuais' goza de destacada vantagem para explicar as relações negociais que estimularam nosso estudo. Não se procura apenas superar a análise do contrato sob a perspectiva estrutural, individualizante. Na teoria das redes contratuais sobressai, especialmente, o caráter sistemático da ligação entre os contratos, de maneira que os eventos ocorridos em um elemento do sistema (contrato isolado) vêm a se refletir, em maior ou menor proporção, em todo o sistema" (op. cit., p. 133).

uma rede contratual têm a obrigação de colaborar para o funcionamento do sistema, de modo que cada conduta individual sirva à sua manutenção. Assim, todos devem obrar de modo a que não seja destruído o sistema.[333]

Releva na rede contratual o âmbito da eficácia. Acresça-se aos efeitos normais de cada um dos contratos individualmente considerados os efeitos próprios à rede, considerada como sistema. A finalidade supracontratual da rede estende para além do âmbito formal de cada contrato os deveres anexos oriundos da boa-fé objetiva. O contratante A não somente terá de cooperar com o cocontratante B, mas estenderá o dever de proteção aos demais integrantes dos outros contratos, à luz da diretriz da eticidade, que domina o direito obrigacional.

À luz da teoria das redes contratuais há de se interpretar extensivamente o art. 184 do Código Civil. O fenômeno da *contagiação de invalidades* não se restringe às obrigações principal e acessória como quer crer uma leitura do referido dispositivo sob uma perspectiva meramente estrutural do contrato. É evidente que a invalidade de um contrato principal remete à invalidade do contrato acessório (*v. g.*, a nulidade da locação induz a nulidade da fiança, como contrato dependente). Contudo, em uma ótica contemporânea funcionalista, se um certo contrato apresenta uma cláusula inválida, inserido tal negócio jurídico em um grupo de contratos estruturalmente autônomos, porém reunidos por um nexo finalístico em torno de uma operação econômica, a aludida invalidade poderá ser transmitida aos outros instrumentos, independentemente de sua unidade ou pluralidade.[334]

Se os privados decidem potencializar a fruição econômica de suas atividades mediante a criação de redes de contratos, as expectativas contratuais que devem ser protegidas não são apenas as expectativas das partes contratantes mas também as expectativas de todos aqueles que interagem em rede, sobretudo os destinatários finais desta relação, presumivelmente vulneráveis ante a organização empresarial que os precede.[335]

No mercado habitacional a aplicação prática das redes contratuais recebeu notoriedade no direito brasileiro. A necessidade de tutela de consumidores ofendidos por

333. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, I, op. cit., p. 64. Em outra oportunidade o autor enfatizou com muita propriedade que "a noção de redes é mais coerente com o pensamento científico não jurídico, já que se utiliza amplamente da teoria comunicacional. É um conceito que permite apreender a noção de sistema, que é muito mais ampla do que uma simples relação de contratos. Deste modo se pode explicar as relações intrassistemáticas (entre os integrantes da rede) e extrassistemáticas (da rede com terceiro) com muito mais clareza") (*Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, op. cit., p. 303).

334. Humberto Theodoro Júnior admite que "as regras de redução se apliquem aos contratos coligados, ou seja, aos contratos celebrados separadamente mas que, genética ou funcionalmente, formam uma unidade jurídica. A nulidade de um deles nem sempre acarretará a dos outros, se se observar a sistemática do art. 184. Se o complexo negocial, porém, não funcionar sem a manutenção de todos os contratos coligados, não há como fugir da contaminação do todo pelo vício da parte. O importante é averiguar qual o papel que as partes atribuíram a cada contrato coligado dentro do complexo negocial" (*Comentários ao Código Civil*, III, t. I, op. cit., p. 637).

335. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, op. cit., p. 154.

contratos do quais não participaram, reclamou a intervenção de nossos tribunais no sentido da ineficácia da cláusula que outorga poderes para a incorporadora hipotecar o imóvel vendido ao consumidor.

A questão diz respeito a confrontos entre a promessa de compra e venda e o direito real de hipoteca sobre o mesmo imóvel. É comum na atividade de construção que a incorporadora obtenha financiamento para a edificação de bens, através de acesso a recursos provenientes de instituições financeiras. Como garantia de pagamento dos empréstimos, os terrenos são concedidos em hipoteca aos bancos. Com o início da incorporação, várias unidades habitacionais são objeto de contratos de promessa de compra e venda. Os promissários compradores pagam as suas prestações com a convicção de que a construtora repassará uma parte dos pagamentos ao credor hipotecário, a fim de amortizar o saldo devedor. Todavia, muitas vezes isto não acontece e, quando os compradores acabam de pagar, não podem obter escrituras definitivas, em razão dos gravames que recaem sobre o imóvel.

Não raramente, a instituição financeira promove ação de execução, penhorando o imóvel com base na garantia hipotecária registrada no ofício imobiliário. Em tese, não poderiam os adquirentes opor-se à medida constritiva, já que o registro da hipoteca é anterior ao registro das promessas de compra e venda das unidades.

Contudo, pelo princípio da função social do contrato, a matéria sofre novos reflexos. Toda relação contratual gera reflexos perante terceiros, em maior ou menor grau. Trata-se de equívoco acreditar que as relações obrigacionais alcançam apenas as partes, sendo indiferentes a terceiros que não participaram do negócio jurídico. O princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) e a cláusula geral da função social (art. 421, CC) atenuam o efeito relativo e concedem tutela externa ao crédito.

Nas relações contratuais entre as instituições financeiras e as construtoras de imóveis, os promissários compradores são terceiros. Todavia, as instituições financeiras devem atender aos deveres anexos de proteção, cooperação e informação em favor dos terceiros adquirentes, no sentido de colaborar para que estes possam alcançar o adimplemento de suas obrigações. Fernando Noronha, com habitual lucidez, adverte que "credor e agente financeiro sabem que são as prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a eficácia em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subsequentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador".[336]

Rodrigo Xavier Leonardo empreende saudável aproximação entre a perspectiva funcional e a teoria das redes contratuais: "isto porque, por meio dessa teoria,

336. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 146.

busca-se reconhecer que entre contratos aparentemente diversos (tal como seriam o compromisso de compra e venda e o contrato de financiamento) pode haver um determinado vínculo capaz de gerar consequências jurídicas autônomas em relação aos efeitos tradicionais desses contratos. Em outras palavras: reconhece-se que dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados (entre partes diferentes e com objeto diverso) podem estar unidos, formando um sistema destinado a cumprir uma função prático-social diversa daquela pertinente aos contratos singulares individualmente considerados".[337]

A venda direta das unidades aos adquirentes e o contrato de financiamento entre a construtora e o banco são, aparentemente, duas relações jurídicas distintas, porque a mesma construtora que vende o imóvel e recebe o preço (ou está recebendo as prestações) dá o empreendimento ou suas unidades autônomas em hipoteca ao banco. Este, por sua vez, sabe que os imóveis são destinados à venda, mas a operação de empréstimo ocorre como se os adquirentes não existissem e, não raro, repassa os recursos do Sistema Financeiro da Habitação sem verificar a viabilidade econômica do empreendimento ou a solvência das empresas incorporadoras. A função social do contrato repercute nesta rede contratual de negócios jurídicos coligados.

Em *leading case* pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o culto relator, Ministro Ruy Rosado, ratificou tal posicionamento, advertindo que "o princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador da edificação de unidades destinadas à venda aprecatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. Ninguém que tenha adquirido imóvel nesse País, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a da construtora perante o seu financiador".[338]

Trata-se, mais uma vez, de uma forma de aplicação da teoria da *supressio*, pela qual o exercício da pretensão do credor – instituição financeira – será suprimido, por considerar-se inadmissível o exercício abusivo de um direito subjetivo ao crédito, após um período de desídia hábil a induzir em outra pessoa a legítima expectativa da aquisição de um direito. Portanto, procedem eventuais embargos de terceiros apostos pelos promissários compradores contra a penhora efetivada em processo de execução hipotecária.

Comentando o tema em discussão, Luis Renato Ferreira da Silva percebe a extensão a terceiro que não era parte no contrato de mútuo e hipoteca do efeito da quitação total. Ao se alicerçar cientificamente na função social do contrato como

337. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, op. cit., p. 197.

338. Resp nº 187.940/SP. 135: "Embora cientificados, no contrato de promessa de compra e venda, sobre a cessão de crédito, a relação jurídica do Bradesco fez-se com a construtora. Esta, sim, é que celebrou contrato com o financiador, em relação ao empréstimo obtido, de modo que caberia ao banco credor exercer fiscalização adequada para obter, no curso da obra, o recebimento das parcelas do seu crédito, à medida que elas vinham sendo paulatinamente pagas pelos múltiplos adquirentes das unidades habitacionais. Não o fez, todavia, daí a sua omissão, negligência, que não pode nem deve ser suportada por quem não lhe deu causa" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 328362/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, 15.8.03).

garantia do promitente comprador, aduz o culto Autor Gaúcho que "mais do que uma questão de justiça abstratamente considerada, trata-se de reconhecer a continuidade de contratos e a sua inserção em uma cadeia. Isto impede o agente financeiro de vir executar a hipoteca como se ignorasse que houve a alienação e que os pagamentos foram feitos ao construtor".[339]

A tormentosa questão torna-se pacífica com a edição da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: "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."

Trouxemos ao exame do leitor tão somente um rico exemplo da derrogação da perspectiva clássica do exame singularizado do contrato. Da mesma maneira que a mutuante não pode ser considerada uma estranha em relação ao contrato consumerista para o qual os seus recursos são direcionados, também não poderá se furtar do dever de proteger futuros adquirentes em face de vícios redibitórios das edificações por ela financiadas.[340]Em sentido análogo, a empresa que aliena um bem não se eximirá da obrigação de indenizar por danos causados pela empresa terceirizada que realizou a sua instalação. Todos estes entendimentos só serão alcançados se o operador do direito perceber que na operação de qualificação dos contratos, releva o exame da coordenação funcional dos contratos em detrimento da estrutura autônoma de objeto e partes.[341]

ENUNCIADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O bem de família – Enunciados nºs 364 e 449 do STJ

Contratos de Direitos da Personalidade – Enunciado nº 403 do STJ

Controle do Conteúdo das Cláusulas Contratuais Gerais – Enunciado nº 381 do STJ

Contratos Principais e Acessórios – Enunciados nºs 214, 268 e 332 do STJ

339. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil. In: *O novo Código Civil e a Constituição*, p. 144.

340. O STJ já definiu que se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação (3ª Turma, AgRg no REsp 1093154/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, Data do Julgamento 16.12.2008, *DJ* de 20.2.2009).

341. Todavia, pelas suas próprias peculiaridades, as considerações aqui feitas sobre a "Rede de Contratos" não se aplicam no caso de venda de veículos usados, financiados diretamente na revendedora e gravados com alienação fiduciária, que venham apresentar vícios redibitórios. A título de exemplo, confira o seguinte julgado: "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – BEM VICIADO – SUSPENSÃO DAS PARCELAS – IMPOSSIBILIDADE. – Ainda que o mútuo tenha sido contraído para a compra e venda do bem, referidos contratos são independentes, de modo que os defeitos apresentados pelo veículo não têm o condão de viciar o respectivo financiamento. – Na alienação fiduciária o banco não tem obrigação de conhecer o estado do bem adquirido pelo devedor, uma vez que este, por sua conta e risco, escolhe livremente o que será alienado à instituição financeira para garantia do empréstimo" (TJMG, AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0287.10.003650-1/001, Rel. Des. Fábio Maia Viani, *DJ* 31.8.2010).

ENUNCIADOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL

Contratos Onerosos e Gratuitos

Enunciado nº 34 – Art. 591: no novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuo destinados a fins econômicos presumem-se onerosos (art. 591), ficando a taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual.

O Contrato de Consumo

Enunciado nº 42 – Art. 931: o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos.

Enunciado nº 43 – Art. 931: a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento.

Enunciado nº 190 – Art. 931: A regra do art. 931 do novo CC não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas no art. 12 do CDC, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado.

O Contrato de Adesão

Enunciado nº 171 – Art. 423: O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo.

Enunciado nº 364 – Arts. 424 e 828. No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão.

O Contrato Eletrônico

Enunciado nº 18 – Art. 319: a "quitação regular" referida no art. 319 do novo Código Civil engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de "comunicação a distância", assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou de seus representantes.

O Patrimônio Mínimo Existencial

Enunciado nº 39 – Art. 928: a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

O Bem de Família

Enunciado nº 325 – É impenhorável, nos termos da Lei nº 8.009/90, o direito real de aquisição do devedor fiduciante.

Contratos de Direitos da Personalidade

Enunciado nº 4 – Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

Enunciado nº 139 – Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Enunciado nº 274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Contrato de Cessão de Uso de Imagem

Enunciado nº 278 – Art. 18. A publicidade que venha a divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade.

Enunciado nº 279 – Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Faculdade 7 de Setembro
FA7
Fortaleza
Ceará

CAPÍTULO V

Da Interpretação do Contrato

Sumário • 1. Introdução – 2. Os elementos estruturais do negócio jurídico – 3. A posição adotada pelo Código Civil de 2002: 3.1 A função interpretativa do art. 113 do Código Civil; 3.2 O elemento consuetudinário na interpretação dos contratos; 3.3 Interpretação dos negócios gratuitos; 3.4 Interpretação da declaração tácita de vontade – 4. Interpretação dos contratos de massa.

"Você não está entendendo
Quase nada do que eu digo
Eu quero ir embora
Eu quero é dar o fora
E quero que você venha comigo"

(Caetano Veloso, Você não entende nada)

"Há o que eu penso, o modo como eu vou falar
E no que eu falo o modo como vão interpretar"

(Tianastácia, *Limitado*)

1. INTRODUÇÃO

A importância do momento interpretativo para a existência do contrato é atualmente um consenso. É pela interpretação que se determina o alcance, o sentido da atuação e a reconstrução do âmbito da regra que os particulares realizaram. É com base nos resultados interpretativos que se produzirão os efeitos do negócio jurídico. Aliás, a interpretação perscruta não apenas o conteúdo da declaração de vontade como também se esta declaração de vontade de fato existe, isto é, o próprio valor do comportamento como declaração negocial.

A interpretação contratual, na lição de Judith Martins-Costa,[1] corresponde a entrecruzar-se entre autonomia e heteronomia. As regras derivadas de uma ordem de autonomia privada – seja com base em declarações expressas ou comportamentos concludentes – entrarão em contato com uma ordem de heteronomia, uma e outra compondo o ordenamento jurídico. Este entrelaçamento se afirma no momento contemporâneo, fundamentalmente, através do reconhecimento pelo sistema jurídico de uma necessária conformação dos atos de liberdade dos particulares com políticas públicas que levem em consideração a concreta desigualdade entre as pessoas.

A interpretação é um momento invariavelmente necessário para a determinação do teor de um contrato, devendo, tal como anuncia Paulo Mota Pinto,[2] ser rejeitado o princípio *in claris non fit interpretatio*. Esta máxima, pela qual se afirma a desnecessidade de uma interpretação em caso de clareza do negócio jurídico, já encerra uma impossibilidade hermenêutica, pois a linguagem é irredutivelmente polissêmica, o valor semântico é sempre função de um contexto pragmático e a compreensão dos atos humanos implica constante atividade interpretativa.

Quer dizer, a "clareza" já tem de ser o resultado da tarefa hermenêutica, por mais fácil que esta seja, rejeitando-se, liminarmente, a ideia de que a interpretação apenas é necessária no caso de existirem dúvidas. Por isto, quando as declarações contratuais são claras, de modo a manifestar sem equivocidade o desígnio dos contraentes, prioriza-se a interpretação literal.

Para que possamos tratar devidamente da interpretação contratual, faz-se imprescindível o recurso a algumas noções situadas na teoria geral do direito civil, respeitante à categoria do negócio jurídico.

O negócio jurídico, como categoria autônoma, era solenemente ignorado pelo Código Bevilaqua. Diante da larga influência que, desde o século XIX, a doutrina francesa exerceu nos juristas brasileiros, trabalhava-se apenas com a ampla categoria do ato jurídico, abrangendo a generalidade dos atos voluntários e, especialmente

1. MARTINS-COSTA, Judith. *O método de concreção e a interpretação dos contratos*, op. cit., p. 132.
2. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, op. cit., p. 190. Conclui o autor no sentido de que "a pretensa 'clareza' só pode, portanto, resultar da consideração concreta do contexto em que declarante e declaratário se encontravam e isto pressupõe já uma interpretação" (op. cit., p. 191).

por mais relevante, o contrato. Apesar de se tratar de um dos mais sólidos conceitos produzidos pela ciência alemã, o negócio jurídico foi tardiamente recepcionado em nossa doutrina por influência da pandectística já na metade do século XX; contudo, apenas encontrou guarida legislativa no Código Civil de 2002.

Orlando Gomes, pioneiro no exame da teoria do negócio jurídico em território pátrio, comenta a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada: "a noção de autonomia privada incorporou-se à teoria do negócio jurídico como ponto de partida de sua reelaboração. Com a decadência do voluntarismo, tornou-se necessária a explicação da categoria dos negócios jurídicos fora do dogma da vontade".[3]

O Código Reale dedica 80 dispositivos (arts. 104-184) ao estudo do negócio jurídico. Ao adotarmos a teoria dualista, dividimos a categoria dos atos jurídicos em atos jurídicos *stricto sensu* ou não negociais (art. 185, CC)[4] e negócio jurídico.

Os atos jurídicos não negociais são aqueles em que a vontade humana produz efeitos previamente ordenados pelo legislador. A vontade não cria ou inova, pois o sistema já cuidou de antecipar as consequências jurídicas para determinada conduta. A citação, a adoção e a emancipação são exemplos de atos jurídicos em sentido estrito. Com efeito, qualquer citação provocará os efeitos material e processual do art. 240 do Código de Processo Civil de 2015, sem que possa a vontade intervir no sentido de traçar novos caminhos. Na célebre passagem de Carnelluti, equivale ao ato de acender um interruptor, pois qualquer um que o faça desencadeará o mesmo efeito, mas a vontade é o impulso inicial que moverá o interruptor.

Já o negócio jurídico é a principal manifestação do princípio da autonomia privada. Há um espaço de liberdade concedido aos particulares na ordenação de seus interesses. Tais limites objetivam conciliar o princípio da liberdade com outros princípios de igual peso, como a igualdade, a solidariedade e a justiça contratual. Comungamos com o raciocínio de Giovanni Ettore Nanni quando adverte que "a forma mais correta atualmente de expressar-se acerca da possibilidade de firmar negócios jurídicos é referir-se à autonomia privada, posto que a autonomia da vontade, há muito tempo, encontra-se superada como ranço do dogma da vontade que não mais reflete a atual feição do direito obrigacional".[5]

Há uma antiga dicotomia em matéria de conceituação do negócio jurídico: uns definindo-o como ato de vontade que visa à produção de efeitos jurídicos (corrente subjetivista); outros como Betti, encetam o negócio jurídico como preceito resultante de autorregramento de interesses privados (corrente objetivista). Há ainda aqueles que consideram a conservação do negócio jurídico no Código Civil um verdadeiro

3. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, op. cit., p. 42.
4. O Código Civil não foi feliz ao utilizar a expressão *atos jurídicos lícitos*. Há pleonasmo, pois por sua própria essência, todo ato jurídico é uma manifestação de vontade destinada a produção de efeitos conforme o ordenamento jurídico. Caso produzisse efeitos contrários ao sistema, teríamos o ato ilícito.
5. NANNI, Giovanni Ettore. *A evolução do direito civil obrigacional*, op. cit., p. 171.

retrocesso. Orlando Gomes acentua que "a categoria pandectística foi elaborada num contexto jurídico ultrapassado, e para atender às exigências de uma ordem econômica e social que deixou de existir".[6]

Porém, se tal discussão é acesa na doutrina italiana, exorbita os limites de nosso estudo, sem contar que nos países de língua portuguesa, que seguem à sistematização germânica, adota-se com vigor a categoria do negócio jurídico, com a importante função de valoração da autonomia privada. Fortes na lição de José Abreu Filho, percebemos que, pela autonomia privada, exercitada por meio do negócio jurídico, "a vontade dos particulares está autorizada pelo ordenamento a alcançar determinados resultados [...] o indivíduo cria normas de caráter negocial".[7]

Daí a razão pela qual o negócio jurídico é a mais importante fonte de relações jurídicas e a categoria reluzente no universo dos fatos jurídicos. Na manifestação de autonomia privada, o direito não recebe a conduta como mero pressuposto de efeitos preordenados, pois a vontade pode criar normas individuais e regular a amplitude dos efeitos da relação jurídica a ponto de modificar, ampliar ou restringir as consequências legais.

Certamente, defendemos a necessidade de uma revisão do conceito de negócio jurídico à luz de um direito civil-constitucional no qual a pessoa se coloca como protagonista do ordenamento jurídico, tendo a atividade econômica que se submeter ao princípio cardeal da dignidade humana e ao respeito às situações existenciais. Nas palavras de Pietro Perlingieri, "a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema de normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro".[8]

A par deste incansável processo de repaginação do negócio jurídico e da autonomia privada, como espaços de conciliação entre o livre exercício de atividades econômicas e os direitos fundamentais, é irrefutável a necessidade de a lei se preocupar em estabelecer um diligente regime jurídico no sentido de se garantir que a manifestação de vontade seja adequadamente exteriorizada. Ora, o negócio jurídico mantém a posição de repositório natural da vontade humana em suas relações sociais; da tensão entre os seus momentos interno e externo, surge a necessidade de sua correta interpretação.

O contrato é a principal modalidade de negócio jurídico. É um dado da experiência, do tráfego econômico e das relações sociais. Interpretar um certo contrato consiste em precisar o seu conteúdo. Por meio de um acordo de declarações negociais,

6. GOMES, Orlando. *Autonomia privada e negócio jurídico*, op. cit., p. 89.
7. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 43.
8. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 277.

os contratantes estipulam um regramento de interesses de natureza preceptiva. Ou seja, o teor do negócio jurídico bilateral é consubstanciado por um conjunto de regras vinculativas.

Mas o contrato não é apenas isto. Estatui o art. 421 do Código Civil que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". A norma é propositalmente inserida no início do Título V do Livro das Obrigações, pontificando o estudo dos contratos. O destaque é justificado, afinal, em poucas e bem colocadas palavras, demonstra-se a imprescindível conjugação entre os princípios da liberdade e da solidariedade.

Tal e qual qualquer direito subjetivo, atualmente as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função da circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre-iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana. 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 àquele, se projeta.

Tal como sugeriu Norberto Bobbio[9] ainda na década de 1970, a passagem da estrutura à função indica que a liberdade dos privados é circunscrita pelos valores constitucionais, a fim de que o negócio jurídico seja um espaço promocional de determinados fins reputados como valiosos pelo corpo social. O direito se desliga de seu compromisso meramente sancionatório e postula um papel de incentivo ao diálogo entre a ordem econômica e as finalidades programáticas do ordenamento.

Aqui surge em potência a função social do contrato. Não para coibir a *liberdade de contratar*, como induz a literalidade do art. 421, mas para legitimar a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar com o outro. Todavia, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional.

Atendendo ao que há muito já mencionava o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a função social do contrato deseja conciliar o bem comum dos contratantes e da sociedade. Ou, como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, "o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral".[10]

9. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*, op. cit., p. 70-74.
10. MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 21, op. cit., p. 100.

Censura-se o abuso da liberdade contratual como ato ilícito objetivo (art. 187, CC), partindo-se da premissa de que o contrato não é um átomo – um universo jurídico hermético e neutro –, mas um fato social que operacionaliza a realização de valores globais. Renan Lotufo evoca no abuso do direito "uma aspiração de atuação não funcional de direitos subjetivos no interno da sociedade".[11] É inconcebível crer que, no momento atual, possamos plagiar os oitocentistas, alegando que a relação contratual é *res inter alios acta*.

A função social do contrato representa mais uma das diversas facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e, especialmente, da funcionalização dos negócios jurídicos. O perfil estrutural e neutro do negócio jurídico restringia-se a questionar quem seriam os contratantes (identificação das partes) e o que postulavam com o contrato (identificação do objeto). O atendimento às regras de capacidade dos intervenientes de licitude e a possibilidade da prestação eram os únicos fatos justificadores da juridicidade da relação obrigacional. Não se questionavam as razões do negócio jurídico, o porquê ou o para quê. Enfim, a dogmática civil clássica é anticausalista.

À erosão da perspectiva estrutural de um contrato edificado pelo poder normativo da vontade, contrapõe-se a ascensão de um paradigma em que os modelos jurídicos assumem a feição de instrumentos concretizadores de determinadas finalidades eleitas pela coletividade. A compreensão da conduta dos contratantes deixa de ser visualizada pelo monopólio de suas vontades, posto submetida a padrões objetivos de controle social de legitimidade.

Nesta simbiose entre estrutura e função, interpretar o contrato significa, no conceito de Crescenzo Marino, "determinar o conjunto de regras ou preceitos dele emanados quer sejam expressos ou declarados, isto é, contidos na declaração negocial, quer sejam implícitos ou não declarados". A interpretação dos contratos é regida por normas jurídicas imperativas dirigidas ao magistrado e às partes, que determinam os meios e os critérios a serem utilizados pelo intérprete.[12]

2. OS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Os elementos fundamentais da estrutura do negócio jurídico são a vontade e a declaração: a vontade é o elemento psicológico interno e, portanto, subjetivo; a declaração, o elemento externo, de caráter objetivo.

Variadas são as teses doutrinárias concebidas sobre a relevância da vontade e da declaração na moldagem do negócio jurídico. Sempre que a declaração tenha para o declaratário um sentido diferente do que o declarante queria expressar, põe-se o problema de saber qual dos sentidos deve prevalecer.

11. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, v. 1, op. cit., p. 507.
12. CRESCENZO MARINO, Francisco Paulo de. Interpretação e integração dos contratos. In: *Direito dos contratos*, op. cit., p. 52-53.

Poderíamos afirmar que quatro são as principais teses: a teoria da vontade; a teoria da declaração; a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança. Observamos que as duas primeiras são concepções extremadas, enquanto as restantes aparentam um perfil conciliador, cujo objetivo é superar os termos radicais das teorias da vontade e da declaração.

A teoria da vontade é fruto das formulações de Savigny e Windscheid. Nasce de uma concepção que enaltece a vontade interna (psicológica) como o elemento essencial do negócio jurídico, sendo a declaração da vontade apenas um reflexo daquela intenção. Na discordância entre o querido e o declarado prevalece a intenção do declarante.

Essa teoria remete a efeitos indesejados, pois gera prejuízos claros ao declaratário e a terceiros. Basta pensar no negócio praticado sob o efeito da reserva mental: o célebre exemplo do noivo que contrai matrimônio com o fito de adquirir cidadania, sem que a noiva tenha conhecimento de seu real querer. Aplicada a teoria da vontade, o casamento seria invalidado, pois seria desprezada a declaração emitida. Em boa hora o Código Civil de 2002 (art. 110) repele esta solução.

A teoria da declaração se coloca na outra extremidade do arco. Para Bullow, Betti e outros adeptos, a vontade psicológica não pode ser constatada, por se encontrar na esfera íntima de cada um. Assim, a declaração se torna a única realidade objetiva posta na vida de relação, pois é passível de ser captada por todos os homens.

Também é flagrante a unilateralidade desta concepção. Não se pode esquecer que a raiz do negócio jurídico está na vontade humana e não em uma relação entre autômatos. Aplicada a teoria da declaração em sua pureza, como ficariam os vícios da vontade? O negócio jurídico seria um *"manequim sem vida"*. Aliás, mais uma vez tomando o exemplo da reserva mental, ela conduziria à validade do casamento mesmo que a noiva (declaratária) conhecesse o real intento do noivo (declarante). Vê-se que a parte final do art. 110 do Código Civil afasta tal entendimento, pois é contrário à boa-fé.

No cotejo entre as duas concepções, Emíllio Betti bem pondera que "a questão de saber se a 'vontade interior' (porque esta é a vontade 'verdadeira') deve prevalecer sobre a declaração, ou a declaração deve sobrepor-se à vontade interior, exprime uma alternativa inadmissível no terreno do direito; portanto está mal formulada".[13]

Objetivando ultrapassar os excessos da teoria da vontade, a teoria da responsabilidade – cunhada pelo tratadista italiano Vittorio Scialoja – parte da concepção voluntarista do negócio jurídico, porém em termos mitigados.

Na base da teoria da responsabilidade permanece a ideia da prevalência da intenção do declarante. Contudo, não se olvida da importância da declaração como momento em que há a objetivação da vontade perante o destinatário e terceiros.

13. BETTI, Emíllio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. II, op. cit., p. 255.

Isto impõe ao declarante a responsabilidade de não ser leviano ou desidioso na hora de emitir a vontade real, a ponto de a declaração não constituir expressão fiel desta vontade. A violação do dever de diligência pelo declarante acarretará a validade do ato, mesmo que a declaração não reflita o seu querer verdadeiro. Cuida-se de um ônus de adequada manifestação de vontade, sob pena de se imputar ao declarante um sentido diverso daquele que pretendia exteriorizar.

Por fim, a teoria da confiança não deixa de ser um refinamento da teoria da declaração. Aqui não se leva em consideração o comportamento do declarante, mas o comportamento e a expectativa de quem recebe a declaração. De fato, para os seus arautos, a declaração permanece como elemento decisivo no confronto com a vontade do declarante. Mas a novidade consiste no fato de a validade do negócio jurídico exigir a boa-fé do destinatário, que ignora a situação psicológica do declarante e confia na declaração pelo comportamento exteriorizado pelo declarante e pelo significado social de sua conduta.

De acordo com Santoro-Passarelli, se a declaração ensejou confiança, realizou-se concretamente segundo o seu exato teor, adquirindo relevo jurídico. Seria o "momento social do negócio", no qual preclui a indagação da vontade que está por trás da declaração.[14]

A justificação da teoria da confiança reside na garantia da legítima expectativa do destinatário, que, segundo a boa-fé, pode confiar no significado comum e no objetivo da declaração que chega ao seu conhecimento. Mas, se o declaratário conhecia ou poderia conhecer a divergência entre a declaração e a vontade, desaparece a boa-fé e prevalece a vontade real, causando a invalidade do negócio jurídico.

A teoria da confiança é decisivamente um grande avanço em cotejo com as teorias da vontade e da declaração. Se estas em princípio se mostram inconciliáveis, guardam, todavia, uma raiz comum: o individualismo. Tanto a teoria da vontade como a da declaração não afastam o primado da vontade, seja pela preferência pela intenção não declarada ou pela vontade declarada. Já a teoria da confiança investe no solidarismo e no equilíbrio contratual, pois o intérprete desloca o olhar do microcosmo da declaração para o ambiente social e jurídico em que o negócio jurídico foi celebrado.

Cabral de Moncada percebe que as teorias da confiança e da responsabilidade se apartam, pois enquanto a primeira "arvora o princípio de uma responsabilidade mais objetiva, a segunda arvora o de uma responsabilidade mais subjetiva, entendida à maneira clássica. Tanto a teoria da confiança como a da responsabilidade outra coisa não representam senão um esforço para, mediante a invocação de princípios em parte diversos mas afins, formular uma construção que se adapte a toda complexidade das situações jurídicas que as teorias extremas pelo seu exclusivismo eram incapazes de regular".[15]

14. SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 117.
15. MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de direito civil*, op. cit., p. 577.

3. A POSIÇÃO ADOTADA PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

De acordo com o art. 112 do Código Civil, "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

"A interpretação precede a impugnação". Essa clássica expressão nos ensina que, só depois de determinarmos o significado da declaração negocial, poderemos averiguar se ela diverge do significado que o declarante lhe atribuiu e, portanto, da sua vontade.

Uma leitura descuidada do referido art. 112 poderia levar a uma açodada conclusão no sentido da ratificação legislativa da fórmula do Código Civil de 1916, com a adoção da teoria da vontade. Com efeito, o art. 85 do Código Bevilaqua assinalava que "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

Note-se que há uma sutil, porém perceptível distinção de enunciados. Antes se dizia "atenderá mais à sua intenção"; doravante afirma-se "atenderá mais à intenção nelas consubstanciada". Ao explicar a Parte Geral do então Projeto de Código Civil, Moreira Alves narra: "[...] ao preceituar o Projeto, no art. 110, que 'nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem', visou ele a deixar bem explícito que a regra determina que se atenda à intenção consubstanciada na declaração, e não ao pensamento íntimo do declarante, consoante observa Eduardo Espínola, ao interpretar o art. 85 do Código vigente: 'São precisamente o respeito à boa-fé e à confiança dos interessados e a consequente responsabilidade do autor que, no caso de interpretação judicial do ato jurídico, mandam atender à intenção consubstanciada na declaração, ao invés de procurar o pensamento íntimo do declarante".[16]

A vontade a que se reporta o Código Civil é a *vontade objetiva do contrato*, a intenção comum que se materializou na declaração, jamais aquela intenção que se refere à vontade interna. Apenas se mostram vinculantes aqueles deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas uma compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração.[17]

Não há relevância nos motivos que determinaram a celebração, mas sim o intuito prático, o interesse em sentido objetivo. A vontade subjetiva cede diante da aferição pelo intérprete daquela que se traduziu no conteúdo do negócio jurídico. Como arremata Gustavo Tepedino, busca-se uma "vontade contratual consensualmente compreendida".[18]

16. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 108.
17. Invocando a lição de Francisco Amaral, afasta-se a solução do art. 112 do Código Civil para os negócios não patrimoniais, como os de personalidade, os de estado, os de capacidade e os de família, pois neles "deve-se dar mais ênfase ao elemento subjetivo do que ao objetivo, tendo-se em vista o caráter personalíssimo desses direitos, a sua íntima ligação com os respectivos titulares" (*Direito civil* – introdução, op. cit., p. 423).
18. TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e teoria da confiança*, op. cit., p. 248.

Na abalizada lição de Renan Lotufo, "numa declaração receptícia, o significado decisivo é o que deram coincidentemente o declarante e o destinatário, pois dessa forma há correspondência ótima do propósito de ambos". [19]

Com efeito, não se pode olvidar que o negócio jurídico possui dois elementos estruturais: um interno, que é a vontade, e outro externo, que é a declaração. Ambos se complementam em uma relação de causa e efeito, pois a declaração de vontade deve ser somada à vontade de declarar. O ato de interpretação é a reconstrução do significado da declaração e consiste em partir do "texto para o contexto". Nenhuma forma de hermenêutica pode dar lugar a uma brusca separação do preceito negocial do seu processo de formação, nem da totalidade espiritual em que ele se enquadra como manifestação de autonomia privada.

Natalino Irti explica que a razão para se ultrapassar o sentido literal das palavras é que os contratantes não se limitam a compartilhar o mesmo código linguístico de toda a comunidade; eles vão além, pois, no conteúdo do contrato, há um código próprio de significados que exige do intérprete uma avaliação de todo o contexto da situação. O negócio jurídico é um conjunto de múltiplos momentos unidos por uma finalidade comum que será interpretada em toda a sua complexidade.[20]

Repita-se: ao sair do texto da declaração para reconstituir o conteúdo e o sentido do negócio, o intérprete não se preocupará com a vontade inexprimida, mas com o conjunto de circunstâncias exteriormente reconhecíveis que se relacionam ao processo declaratório como um todo unitário, sem que se coloque a letra acima do espírito. Esse contexto situacional concerne às circunstâncias relevantes da declaração negocial. Aferem-se, dentre outras, as negociações preliminares e as manifestações pregressas do declarante e do destinatário. Como explica Caio Mário da Silva Pereira essa é a forma que permite ao intérprete desenhar o negócio jurídico da forma mais completa possível, contemplando simultaneamente o real conteúdo da vontade – tendo em vista os elementos econômicos e sociais que a informaram – e o seu sentido literal.[21]

Clássica é a ilustração de Pothier (*Traité des obligations*, nº 91): "F arrendava um quarto de minha casa, ocupando eu o resto da casa. O contrato do novo arrendamento está assim redigido – dei de aluguel a F minha casa por tantos anos e pelo preço do arrendamento antecedente. Não é possível que o locatário pretenda ter alugado toda a casa, porque, ainda que as palavras – a minha casa –, no sentido gramatical, signifiquem a casa inteira, não um quarto, é visível que o intuito foi renovar o arrendamento do quarto e esta intenção deva prevalecer às palavras do escrito".[22]

Parece-nos, portanto, que o art. 112 do Código Civil adota a teoria da confiança, referindo-se à vontade consubstanciada nas declarações, relegando a segundo

19. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, v. 1, op. cit., p. 308.
20. IRTI, Natalino. *Texto e contesto*, op. cit., p. 2.
21. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. 1, op. cit., p. 502.
22. Apud LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, v. 1, op. cit., p. 309.

liano a literalidade do texto, mesmo que este reflita a verdadeira intenção do declarante.[23-24]

Carlos Maximiliano há muito ressaltava que a vontade a ser interpretada não se traduz naquilo que uma pessoa quis, e deixou fora do alcance da percepção do destinatário, mas apenas naquilo que aparece como aceito por uma das partes e proposto pela outra, pois "pode-se alimentar, em silêncio, um desejo; daí não abrolham deveres para o indivíduo, nem direitos para terceiros. Não se castigam intenções".[25]

No mais, os critérios interpretativos legais para a compreensão das declarações negociais são suscetíveis de derrogação ou limitação por convenção. Neste sentido, o Projeto do Código Europeu de Contratos dispõe no nº 2, do art. 39, que "Prevalecerá sobre o significado comum dos termos utilizados, aquele que os contratantes tiverem expressamente declarado atribuir-lhes." As cláusulas disciplinadoras do procedimento hermenêutico são frequentes em contratos internacionais e derivam da própria autonomia negocial dos sujeitos, tal como, aliás, é facultado às partes modificar livremente o conteúdo do contrato, tudo evidentemente dentro do princípio da legalidade.[26]

3.1 A função interpretativa do art. 113 do Código Civil

Dispõe o art. 113 do Código Civil que "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".[27]

Como já salientamos em outra obra, "a partir da necessária perspectiva civil-constitucional, até porque não há outro modo de entender o Direito Civil da pós-modernidade, impende vislumbrar uma regra fundamental de interpretação de toda e qualquer atividade negocial: a boa-fé objetiva".[28]

---

23. A par da regra geral do art. 112 do Código Civil, cada categoria de negócio jurídico merece um critério interpretativo diferenciado, capaz de se ajustar a sua estrutura. Assim, nos negócios jurídicos *causa mortis* há um problema essencialmente diferente da interpretação dos negócios *inter vivos*, especialmente dos contratos. Nas manifestações de vontade receptícias, há uma composição dos interesses de declarante e declaratário. Contudo, no testamento não há conflito de interesses entre testador e sucessores, tratando-se de manifestação de vontade não receptícia. O aspecto da proteção da confiança só se manifesta no primeiro caso, pois o hermeneuta terá de considerar não apenas a vontade do declarante, mas o contexto do receptor.
24. STJ – "O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Dessa sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio" (AgRg no REsp 838127/DF Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, *DJ* 30.3.2009).
25. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, op. cit., p. 275.
26. PINTO, Paulo Mota. *Declaração rácita*, op. cit., p. 202.
27. O antecedente deste dispositivo no sistema legislativo foi o Código Comercial de 1850, que, em seu artigo 131, dispunha que "A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras".
28. FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil* – teoria geral, p. 398.

Os três grandes paradigmas do novo Código Civil são a eticidade, a socialidade e a operabilidade. A boa-fé é a maior demonstração de eticidade da obra conduzida por Miguel Reale. A ética é uma ciência que racionalmente objetiva conduzir o comportamento do homem à realização do bem comum, sua finalidade maior.

O neologismo *eticidade* se relaciona de forma mais próxima com uma noção de moralidade, que pode ser conceituada como uma forma de comportamento suportável, aceitável em determinado tempo e lugar. Destarte, a boa-fé servirá como um parâmetro objetivo para orientar o julgador na eleição das condutas que guardem adequação com o acordado pelas partes, com correlação objetiva entre meios e fins. O juiz terá que se portar como um "homem de seu meio e tempo" para buscar o agir de uma pessoa de bem como forma de valoração das relações sociais.[29]

Note-se que a boa-fé sempre será concretizada em consonância com os dados fáticos que se revelarem na situação jurídica. A eficácia da boa-fé em cada contexto deverá variar conforme a maior ou menor igualdade das partes e o contexto espaço temporal; enfim, a intensidade da aplicação do princípio será aferida nas circunstâncias, conforme a "ética da situação".

A boa-fé é multifuncional. Para fins didáticos, é interessante delimitar as três áreas de operatividade da boa-fé no novo Código Civil: desempenha papel de paradigma *interpretativo* na teoria dos negócios jurídicos (art. 113); assume caráter de *controle*, impedindo o abuso do direito subjetivo, qualificando-o como ato ilícito (art. 187); e, finalmente, desempenha atribuição *integrativa*, pois dela emanam deveres que serão catalogados pela reiteração de precedentes jurisprudenciais (art. 422 do CC).

No plano da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento do ordenamento jurídico, o art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. O magistrado não apelará a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente às convenções sociais, ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida. A interpretação das

29. STJ – Informativo nº 0469. Período: 11 a 15 de abril de 2011. Segunda Seção: "SEGURO. VIDA. SUICÍDIO. Trata-se, no caso, de saber se, nos contratos de seguro de vida, o suicídio do segurado de forma objetiva, isto é, premeditado ou não, desobriga as seguradoras do pagamento da indenização securitária contratada diante do que dispõe o art. 798 do CC/2002. A Seção, por maioria, entendeu que o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não exime a companhia seguradora do dever de indenizar. Para que ela não seja responsável por tal indenização, é necessário que comprove inequivocamente a premeditação do segurado. Consignou-se que o art. 798 do CC/2002 não vai de encontro às Súmulas ns. 105-STF e 61-STJ, mas as complementa, fixando um período de carência no qual, em caso de premeditação, a cláusula de não indenizar é válida. Registrou-se, contudo, que, segundo os princípios norteadores do novo Código Civil, o que se presume é a boa-fé, devendo a má-fé ser sempre comprovada. Assim, o referido art. 798 da lei subjetiva civil vigente deve ser interpretado em conjunto com os arts. 113 e 422 do mesmo diploma legal, ou seja, se alguém contrata um seguro de vida e, depois, comete suicídio, não se revela razoável, dentro de uma interpretação lógico-sistemática do diploma civil, que a lei estabeleça uma presunção absoluta para beneficiar as seguradoras. Ressaltou-se, por fim, que o próprio tribunal a quo, expressamente, assentou que os elementos de convicção dos autos evidenciam que, na hipótese, o suicídio não foi premeditado" (AgRg no Ag 1.244.022-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

cláusulas privilegiará o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes.

Ou seja: afasta-se a teoria da vontade (em que predominava a vontade interna das partes sobre a declaração) e a teoria da declaração (pela qual prevalecia o texto do contrato, ignorando-se o aspecto psíquico das partes). A interpretação pela boa-fé reforça o dispositivo que a antecede (art. 112) e prestigia a teoria da confiança, que é de certa forma um ecletismo entre as duas teorias que a precederam. O magistrado verificará a vontade objetiva do contrato, ou seja, a vontade aparente do negócio jurídico, de acordo com o que pessoas honestas e leais – do mesmo meio cultural dos contratantes – entenderiam a respeito do significado das cláusulas postas em divergência.[30]

Em sua exposição sobre a Parte Geral do Código Civil, o Ministro Moreira Alves,[31] em nota de rodapé, sintetiza que o projeto "não adotou a concepção objetiva do negócio jurídico [...] preferiu a concepção subjetiva, por considerá-la mais consentânea com a realidade, mas se afastou as mais das vezes, dos exageros a que chega o dogma da vontade, recorrendo aos temperamentos da adoção dos princípios da responsabilidade do declarante e da confiança da parte a que se dirige a declaração de vontade".

Como síntese entre as teorias da confiança e da responsabilidade, aduz Renan Lotufo: "O destinatário não pode ater-se simplesmente ao sentido literal da declaração, porque lhe incumbe também o dever de diligência na precisão do conteúdo volitivo do negócio, conforme a boa-fé. Se o destinatário cumpre esse requisito, merece proteção sua fé, sua confiança, em que a declaração é válida com o significado que extraiu". [32]

Para um exato dimensionamento do tema, convém apreciar a advertência de Clóvis do Couto e Silva[33] quanto à necessidade de "determinar, com firmeza, o que é

30. A opção do legislador de privilegiar a teoria da confiança em detrimento da teoria da vontade gerou alterações na própria aferição dos vícios do consentimento, haja vista que, em certos casos, a invalidação dos negócios jurídicos e a sua desconstituição pela anulabilidade (art. 171, II, CC) passa doravante a depender não apenas da incidência da vontade defeituosa mas, principalmente, da possibilidade de o destinatário da declaração reconhecer o vício em face das circunstâncias do negócio jurídico. Este fenômeno é perceptível nos defeitos do erro (art. 138, CC), do dolo (art. 148, CC) e da coação (art. 155, CC). Porém, ao contrário do dolo e da coação, nos quais a teoria da confiança ingressa em hipóteses específicas e periféricas, no erro há uma verdadeira quebra de paradigma, pelo forte contato de sua nova roupagem com a inovação do art. 113 do Código Civil. A teor do art. 138 do Código Civil de 2002, "são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio". Assim, na sistemática vigente, passamos da escusabilidade à cognoscibilidade. Vale dizer, não há mais a exigência do requisito da escusabilidade para a caracterização do erro como defeito do negócio jurídico. É que se adotou o princípio da confiança, pelo qual basta que, ao receber a declaração, o seu destinatário, em face das circunstâncias, não possa reconhecer o erro do declarante, tendo agido conforme a boa-fé objetiva. Esta orientação refletiu-se na elaboração do Enunciado 12 do CJF: "Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

31. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 102.

32. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, v. 1, op. cit., p. 308.

33. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 33.

resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora", pois ambas podem ampliar o conteúdo do negócio jurídico.

Com efeito, a distinção avulta, pois a interpretação concerne ao conteúdo da declaração da vontade, enquanto a integração refere-se aos respectivos efeitos que não foram objeto de qualquer previsão no corpo da declaração. É o processo pelo qual se preenchem as lacunas existentes no negócio jurídico através de uma solução justa e equilibrada. Ou seja, quando os intérpretes (juiz, partes, terceiros interessados) não encontram no negócio jurídico a norma adequada à solução da controvérsia, configura-se a lacuna. Daí, proceder à integração do negócio jurídico com a aplicação de fontes externas, heterônomas, que solucionarão aquelas consequências de um negócio jurídico já interpretado.

Em limite intermediário entre a interpretação e a integração, temos a interpretação integrativa. Trata-se de um *tertium genus* em que a fase de interpretação será complementada com o auxílio de normas externas ao negócio jurídico, hábeis ao esclarecimento de dúvidas que não sejam solucionadas com o simples exame da declaração de vontade instrumentalizada nas cláusulas negociais.

A boa-fé objetiva participará apenas das hipóteses de interpretação integrativa e de integração do negócio jurídico. O Código Civil de 2002 não especifica as duas hipóteses, mas idêntica conclusão alcança Francisco Amaral ao afiançar que "no caso do art. 113 do Código Civil, tem-se uma boa-fé objetiva imprópria, no sentido de que, sendo um princípio normativo que se realiza por meio da integração, é, neste caso, invocado como critério orientador no processo de fixação do conteúdo e sentido da declaração de vontade. Seria, a meu ver, um princípio com função interpretativa-integrativa".[34]

A integração do negócio jurídico será o resultado daquilo que as partes teriam negocialmente construído se houvessem previsto o ponto omisso. Não se pretende investigar a vontade negocial que cada uma das partes, isoladamente considerada, teria tido se houvesse previsto a questão, mas antes a vontade que todas as partes no negócio teriam consensualmente. Trata-se da reconstrução de um consenso negocial hipotético, com apelo à boa-fé, encarando as partes como pessoas sérias e honestas de seu meio sociocultural.

Nesse mesmo sentido, Karl Larenz[35] opera a distinção entre o contrato em si e a relação contratual que é posta em vigor por meio do contrato. Enquanto a interpretação do contrato se prende à vontade das partes – fundamento do negócio jurídico –, a regulamentação contratual será examinada em um sentido que ultrapassará a subjetividade dos contratantes, devendo se compatibilizar com os princípios dados pelo ordenamento jurídico, a fim de que o contrato receba uma interpretação unitária. Isto só poderá ser dar pela concreção mediante a boa-fé objetiva.

34. AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, op. cit., p. 426.
35. LARENZ, Karl. *Derecho civil* – parte general, op. cit., p. 742-744.

Por fim, e na mesma linha, Massimo Bianca[36] é enfático ao distinguir entre o conteúdo substancial do contrato e os seus efeitos. Aquele é dado pela autorregulamentação das partes, consubstanciadas nas disposições dos contratos; em contrapartida, os efeitos jurídicos representam a modificação da situação de direito que se obtêm mediante o contrato, abrangendo a boa-fé e a equidade.

Quando penetramos na boa-fé objetiva, nosso olhar ultrapassa a composição voluntária de interesses que germinou o contrato e alcança a amplitude da relação obrigacional, que escapa de todas as previsões iniciais dos contraentes e gera consequências jurídico-econômicas que não foram ou não poderiam ser previstas ao tempo da estipulação do negócio jurídico. A vontade é "criador e criatura",[37] pois se presta como mote causal do negócio em um primeiro momento e, posteriormente, destaca-se e passa a ter existência autônoma.

O recurso interpretativo ao princípio da boa-fé será a forma pela qual o operador do direito preservará a finalidade econômico-social do negócio jurídico e determinará o sentido do contrato em toda a sua trajetória, preservando a relação cooperativa, mesmo que a operação hermenêutica contrarie a vontade contratual. Adverte Teresa Negreiros[38] que "contraria a boa-fé permitir que, em nome da intangibilidade da vontade negocial, uma dada conjuntura que leve a distorções no que se refere a finalidade econômico-social do contrato ou de dada cláusula contratual deixe de ser considerada pelo julgador".

A cláusula geral da boa-fé é cogente e sua abertura e sua mobilidade remetem o magistrado a um espectro amplo, pelo qual poderá se restringir a conceder o vetor hermenêutico ao caso, como também lhe será facultado estender a operação a ponto de integrar o negócio jurídico por deveres anexos (art. 422, CC) ou limitar o exercício de direitos subjetivos (art. 187, CC).

Este sentido de "totalidade" da relação obrigacional somente será alcançado pelo recurso à boa-fé – não isoladamente, mas em comunhão com os demais princípios contratuais – como concretização do princípio constitucional da solidariedade e, em última instância, da tutela da igual dignidade dos contratantes. O direito captará a realidade por inteiro, quando tratar a relação contratual como um complexo normativo em vigor, resultante da soma entre o estabelecido pelo ordenamento e o encontro da vontade dos contratantes.

Como ensina Gustavo Tepedino, "A leitura da cláusula geral da boa-fé objetiva, a partir dos princípios constitucionais informadores da atividade econômica privada, permite desvendar o verdadeiro sentido transformador do preceito na interpretação dos negócios jurídicos", deixando antever a importância da cláusula como fonte precípua de interpretação negocial.[39]

36. BIANCA, Massimo. *Il contrato*, op. cit., p. 312.
37. Expressão utilizada pelo Professor Renan Lotufo.
38. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, p. 136.
39. TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, op. cit., p. XXXI.

Portanto, há uma clara distinção entre os "momentos" participativos dos arts. 112 e 113 do Código Civil. Aquele pretende aclarar as cláusulas contratuais, conforme o sentido a elas concedido pelas partes ao tempo da gênese do negócio jurídico. Para tanto, o intérprete identificará o sentido real do contrato, atendendo à intenção comum materializada na declaração. Já a boa-fé objetiva, do art. 113, manifesta-se de forma nítida nos contratos de trato sucessivo ou execução diferida, nos quais, ao projeto elaborado pelos contratantes, serão acrescidas outras disposições, que passam a integrar a relação obrigacional complexa ao longo de sua passagem, sem olvidar as circunstâncias concretas que inflectem nesse conjunto.

Todavia, nada impede ainda que o princípio da boa-fé possa atuar de forma subsidiária para o dispositivo do art. 112 do Código Civil naqueles casos em que não foi possível ao intérprete alcançar a intenção das partes (interpretação integrativa). A boa-fé seria aqui um segundo critério objetivo à procura do desígnio comum dos contratantes, mediante o preenchimento de declarações imprecisas ou lacunosas, momento no qual o intérprete definiria uma normativa de comportamento leal conforme a diligência ordinária para aquele tipo de contrato e o padrão social das partes envolvidas. Federico de Castro y Bravo explica que o recurso à boa-fé não é um instrumento para buscar a verdadeira vontade (interpretação em sentido estrito), mas a mais importante manifestação de responsabilidade objetiva por condutas negociais. Obriga tal como se a conduta observada fosse verdadeiramente querida.[40]

Aliás, Antônio Junqueira[41] considera que a forma mais adequada para solucionar a interpretação do negócio jurídico no direito brasileiro consiste em alargar o primeiro momento da operação interpretativa, entendendo-se por declaração "não apenas o 'texto' do negócio, mas tudo aquilo que, pelas suas circunstâncias (pelo 'contexto'), surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude principalmente da boa-fé e dos usos e costumes". Inicia-se a interpretação objetivamente, com base em critério abstrato de exame do documento, para depois partir para o subjetivo, a vontade real dos declarantes. Ainda com apoio no mesmo doutrinador, com relação às questões que as partes não previram, "deve-se utilizar, para completar o processo interpretativo, da vontade presumida, já, então, atendendo ao que em concreto se passou entre as partes e, principalmente, ao que razoavelmente se poderia supor que entre elas se passaria (interpretação integrativa)".

Em outras palavras, no exame da gênese do contrato urge pesquisar a vontade objetiva dos reais contraentes, sendo temerário substituí-la por um hipotético "homem médio", instalado pelo intérprete no lugar dos seres humanos que compõem a relação. A boa-fé objetiva não é capaz de alterar a substância da obrigação, reinventando o próprio comportamento que deu origem ao negócio jurídico. Na dicção de Franco Caresi,[42] o espírito do contrato é consequente a um comportamento da

40. BRAVO, Frederico de Castro y. *El negocio jurídico*, op. cit, p. 90.
41. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 102.
42. CARESI, Franco. *Il contrato*, op. cit., p. 503.

Fls: 853
Fortaleza Ceará

partes, de um ato humano, e a interpretação propiciará a reconstrução do significado jurídico relevante do conteúdo contratual. O magistrado manipularia o contrato se sobrepujasse a intenção das partes e o interpretasse com o sentido que entendesse justo terem as partes estipulado.

Isso significa que não devemos olhar apenas para quem declara a vontade, mas para o sentido social por ela suscitado e pelas expectativas despertadas pela confiança no comportamento alheio. É mais uma prova do intuito do legislador de se afastar da posição individualista do direito civil tradicional em prol de uma diretriz de eticidade, na qual o direito se aproxima da ideia de linguagem, pois a essência do negócio jurídico se transfere de sua declaração para a sua compreensão. Todo agir é comunicativo, pois a comunicação sempre se dirige ao outro de forma cooperativa.

3.2 O elemento consuetudinário na interpretação dos contratos

Intensos debates são travados no tocante à extensão dos efeitos da boa-fé no processo interpretativo dos negócios jurídicos. Todavia, poucos se aperceberam da parte final do art. 113 do Código Civil: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

O elemento consuetudinário não é uma alavanca útil apenas na interpretação de textos legislativos. A autonomia privada é fonte normativa (modelo do direito), e o hermeneuta poderá se servir dos usos e costumes para realizar a interpretação integrativa do negócio jurídico. Aliás, o revogado art. 130 do Código Comercial de 1850 ditava que "As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar".

O simples recurso à boa-fé objetiva já denota o intento do legislador de remeter as partes do texto (declaração) ao contexto. Porém, ao se referir aos usos, a norma avançou ainda mais, pois especificou que o contexto é o local, no qual se insere a vida em movimento.[43]

Sabemos que o verdadeiro sentido do negócio jurídico requer não apenas o exame das manifestações da vontade e das condutas mas também da aferição das circunstâncias que o cercam. Visto o negócio jurídico como uma totalidade, permite-se a incidência dos dados contextuais dos usos do tráfego jurídico para que sejam supridas as lacunas entre a vontade e a declaração. Os usos e costumes propiciam legítimas expectativas de atuação, presumindo-se que os contratantes adotarão comportamentos que se conformam ao modelo usual.

No direito comercial, o costume é uma diretriz crucial de funcionamento do mercado e dos contratos empresariais. Eles brotam espontaneamente da prática

43. No mesmo sentido, a norma do art. 111 do Código Civil: "O silêncio importa anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa."

mercantil, sofrendo certa "seleção natural": as práticas mais adequadas ao tráfego jurídico sobrepõem-se àquelas menos aptas à resolução de problemas; ao longo do processo de evolução, prevalecem os padrões de conduta mais bem adaptados ao funcionamento do mercado. Forma-se, assim, um repertório de experiências bem-sucedidas que permitem maior grau de previsibilidade de comportamentos, de maneira que cada agente econômico será capaz de planejar sua jogada (estratégia de atuação no mercado) com maior margem de segurança.[44]

Ensina Pontes De Miranda que o elemento consuetudinário não penetrará aqui como norma, porém exercerá um papel hermenêutico, pois os usos do tráfego influenciam o suporte fático do negócio jurídico como fatores de modelagem do elemento volitivo das partes, de forma que o intérprete poderá encontrar uma equivalência entre as manifestações de vontade das partes e o sentido sugerido pelos usos.[45]

Somente podemos tomar em consideração os usos do tráfego que estejam em conformidade com a boa-fé objetiva e se insiram organicamente no ordenamento jurídico.[46] Os "maus costumes" não podem obter a aprovação do direito. Aliás, com arrimo em Pietro Perlingieri, a praxe, no significado de uso, apenas se apresenta como fonte integradora legitimada pelo sistema quando *secundum legem*, não se concebendo uma fonte consuetudinária que não seja legitimada pelo próprio ordenamento.[47]

Em trabalho dedicado aos usos e costumes, Marcos De Campos Ludwig adu que "quando falamos em elemento consuetudinário, o sentido da expressão não se restringe ao costume vigente numa certa região geográfica ou no seio de uma dada comunidade: cada cidade, cada bairro, cada prédio, cada agrupamento social, enfim

44. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*, op. cit., p. 114-118.

45. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 38, § 4202, 4.

46. Esta necessária coincidência entre os usos do tráfego e a boa-fé objetiva, serviu, dentre outros, como fundamento para o Superior Tribunal de Justiça recusar a existência de um dever anexo de informação por parte da indústria do tabaco quanto aos riscos do fumo antes da CF/1988. Informativo nº 0432. Período: 26 a 30 de abril de 2010. Quarta Turma – REsp 1.113.804-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27.4.2010. "A boa-fé não possui um conteúdo per se, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos, para se chegar à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento. No voto do Ministro Relator, destaco: Portanto, em mira esses fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira tão fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais, como dito, preexistiam de séculos, para se chegar então à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma jurídica, quer advinda de lei, quer advinda de princípios gerais de direito, quer advinda dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento. Em síntese, antes da Constituição Federal de 1988 – raiz normativa das limitações impostas às propagandas do tabaco –, sobretudo antes da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.294/96, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas pretéritas."

47. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 114.

possui um espaço normativo que lhe é próprio, que nasce da reiteração espontânea de um determinado comportamento e que, de um modo ou outro, acaba por influenciar e até mesmo vincular as condutas de cada uma das pessoas envolvidas no meio em questão".[48]

O doutrinador gaúcho cita interessante caso de arrendamento rural no qual os usos agrários exerceram papel determinante. No ajuste verbal firmado no Município de Alegrete, em imóvel destinado à produção de arroz, as partes divergiram quanto à extensão do prazo do contrato. Enquanto o arrendatário propugnava pelo prazo de um ano, o proprietário afirmava ser o prazo mais longo. Na falta de qualquer instrumento contratual, os julgadores se reportaram aos usos e costumes da região, que estabeleciam prazo de um ano em hipóteses similares. Caberia ao proprietário afastar a presunção consuetudinária, mas na ausência de um modelo contratual prevaleceu o modelo consuetudinário.[49]

Portanto, os usos dominantes do tráfego jurídico são circunstâncias da maior importância para a interpretação contratual, cabendo a sua aplicação, mesmo que o declarante e o destinatário pessoalmente aleguem desconhecê-los. De qualquer forma, não sendo o costume aceito pelos tribunais, simplesmente perderá a sua eficácia social. Esta negativa de merecimento por parte do Poder Judiciário culminará por desautorizar a própria reiteração da prática negocial por outros atores, o que paulatinamente determinará a erradicação do costume, mesmo se considerando a sua eficiência sob o ponto de vista econômico.

Explica Werner Flume que somente se poderá cogitar com segurança de um uso quando em torno dele se formem concepções unitárias em todos os círculos participantes no correspondente ramo da vida econômica. Assim, para a interpretação de um contrato de arrendamento, é importante que a apreciação social de determinada prática seja compartilhada por proprietários e arrendatários. Porém, se os partícipes de um contrato pertencem a diferentes âmbitos profissionais e para cada um destes grupos há diferentes usos do tráfego – ou apenas existem usos para um destes grupos –, será problemática a sua aplicação como fator interpretativo.[50]

Ilustrativamente, colham-se os contratos bancários de mútuo, em que são estipuladas taxas de juros consideradas elevadas, em comparação com aquilo que se pratica na média do mercado financeiro. No caso concreto, a cláusula contratual rezava que: "Sobre o saldo devedor do crédito concedido incidirão encargos financeiros, praticados pelo BANCO e que se mostrarem vigentes em cada oportunidade deste débito, assegurando ao CLIENTE o acesso e conhecimento dos mesmos, em quaisquer das agencias do BANCO." Segundo o correto raciocínio da Ministra Nancy Andrighi, manifesta a nulidade da cláusula em comento, seja por abusividade (art. 51, inc. X,

48. CAMPOS LUDWIG, Marcos de. *Usos e costumes no processo obrigacional*, op. cit., p. 165.
49. TARS, AC 193222155, Rel. Salvador Vizzotto, j. 19.1.1994.
50. FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, op. cit., p. 376.

do CDC), seja por ser protestativa (art. 122, do CC/02; 115 do CC/16), restariam duas possibilidades: (i) a primeira, é a de simplesmente extirpar a disposição do contrato considerando não pactuados os juros remuneratórios (arts. 168, parágrafo *único* e 169, do CC/02); (ii) a segunda, seria a de buscar a intenção das partes para ajustar a disposição nula, nos termos do art. 170 do CC/02. Esta segunda hipótese, por sua vez, subdivide-se em duas outras: (ii.1) a de estipular que a vontade das partes, ao firmar o contrato, seria a de fixar os juros remuneratórios *à* média de mercado; (ii.2) a de estabelecer que a vontade das partes seria no sentido dos juros serem fixados no limite legal. A primeira hipótese, de se considerar não pactuados os juros, deve ser descartada de plano, porque, quando não previstos no contrato, a incidência dos juros se presume nos empréstimos destinados a fins econômicos, nos exatos termos do art. 591 do CC/02, aplicável aos contratos firmados no período anterior no que diz respeito à regência dos respectivos efeitos, conforme art. 2.035 do CC/02). E mesmo que tal disposição não seja aplicável, a conclusão não se altera: os juros foram indubitavelmente pactuados em contrato. Portanto, é necessário proceder nos termos da segunda hipótese aventada, ou seja, deve-se preencher a lacuna do contrato mediante a interpretação de qual seria a vontade das partes em relação aos juros que foram previstos na disposição reputada nula. Restam, assim, duas possibilidades: fixar os juros no patamar legal, ou limitá-los *à* média de mercado. Não há como limitar os juros ao patamar legal. Em primeiro lugar, porque esse limite não é oponível *às* instituições financeiras, consoante a jurisprudência pacífica desta Corte. Em segundo lugar, porque, nos termos do art. 112 do CC/02, é necessário interpretar os negócios jurídicos tendo em vista a intenção das partes ao firmá-los. Essa intenção, nos termos do art. 113, deve ter em conta a boa-fé, os usos e os costumes do local da celebração do contrato. Ora, a melhor forma de adequar a contratação aos usos e costumes do local é limitando a taxa de juros, não ao percentual fixado na Lei de Usura, mas à média cobrada pelas instituições financeiras em operações da espécie. Ou seja, a média de mercado. Esses são os usos e costumes, e é essa a solução que recomenda a boa-fé".[51]

Por conseguinte, como explana Judith Martins-Costa,[52] deverá o intérprete, com base nas regras comuns de experiência ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual foi desenvolvida e concluída a relação contratual.

---

51. Informativo nº 0282. Período: 20 a 28 de abril de 2006. – REsp 715.894-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26.4.2006: "Explica a Min. Nancy Andrighi, Relatora, que, para ser válida a cláusula de vinculação à taxa de mercado, deveria constar de maneira expressa no contrato bancário. Observou, ainda, que, nos termos dos arts. 112 e 113 do CC/2002, é necessário interpretar os negócios jurídicos tendo em vista a intenção das partes ao firmá-los e essa intenção deve levar em conta a boa-fé, os usos e os costumes do local da celebração do contrato. Assim, já que, de acordo com a jurisprudência firmada, não há como limitar os juros ao patamar legal, a melhor forma de adequar a contratação aos usos e costumes do local é limitar a taxa de juros não ao percentual fixado na lei de usura, mas à média cobrada pelas instituições financeiras em operações da espécie, ou seja, a média de mercado."

52. MARTINS-COSTA, Judith. *O método da concreção e a interpretação dos contratos*, op. cit., p. 146-147.

5.3 Interpretação dos negócios gratuitos

O art. 114 do Código Civil de 2002 cuida de uma regra já referida no Código Civil de 1916: "Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente". De qualquer forma, aperfeiçoou-se a dicção da norma, uma vez que é substituído o vocábulo "contratos" por "negócios jurídicos", isto é, vai-se da espécie ao gênero.

O negócio jurídico gratuito será unilateral (*v. g.* testamento) ou bilateral (contrato). Restringiremos o enfoque à interpretação restritiva dos contratos gratuitos. Os contratos são gratuitos ou onerosos, consoante originem, de acordo com a intenção das partes, vantagens para uma só delas ou para as duas. A distinção se refere a respectiva atribuição patrimonial, compreendida como a vantagem avaliável em dinheiro. Se esta vantagem tem como contrapartida um sacrifício patrimonial suportado pelo beneficiário, o contrato será oneroso; do contrário, será gratuito.

Se o peso do negócio jurídico recai apenas sobre uma das partes, natural que sua hermenêutica se limite ao exato sentido da vontade daquele que realizou o ato benéfico, ou seja, adotando-se o sentido menos gravoso para o disponente. É o que, exemplificativamente, ocorre no contrato de fiança, no qual em regra o fiador não é remunerado para assumir um risco.[53] Mas se o contrato for oneroso, o entendimento da declaração negocial privilegiará o maior equilíbrio possível das prestações.[54]

A seu turno, consiste a renúncia em modo extintivo de direitos em decorrência da própria vontade do seu titular, sem qualquer transferência. Excepcionam-se alguns direitos de caráter irrenunciável, como aqueles referentes aos bens da personalidade. Apesar de pairar certa controvérsia no tocante a sua natureza (negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*), o dispositivo em comento tratou de equiparar a interpretação do ato abdicativo à hermenêutica de qualquer negócio gratuito, ou seja, restritiva.

53. STJ. **Informativo nº 0565 Período: 1º de julho a 7 de agosto de 2015. Segunda Seção PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DE FIANÇA EM CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO. É lícita cláusula em contrato de mútuo bancário que preveja expressamente que a fiança prestada se prorroga automaticamente com a prorrogação do contrato principal.** No caso, a avença principal não envolvia relação contratual de consumo, pois cuidava-se de mútuo mediante o qual se obteve capital de giro para o exercício de atividade empresarial. Além disso, não se admite, na fiança, **interpretação** extensiva de suas **cláusulas,** a fim de utilizar analogia para ampliar as obrigações do fiador ou a duração do contrato acessório, não o sendo a observância àquilo que foi expressamente pactuado, sendo certo que as causas específicas legais de extinção da fiança são taxativas. Esclareça-se que não admitir **interpretação** extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança. Nesse contexto, não há ilegalidade na previsão contratual expressa de que a fiança prorroga-se automaticamente com a prorrogação do contrato principal. Com efeito, como a fiança tem o propósito de transferir para o fiador o risco do inadimplemento, cumprindo dessa forma sua função de garantia, tendo o pacto previsto, em caso de prorrogação da avença principal, a sua prorrogação automática – sem que tenha havido notificação resilitória, novação, transação ou concessão de moratória -, não há falar em extinção da garantia pessoal. **(REsp 1.253.411-CE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).**

54. De acordo com o art. 41 do Projeto do Código Europeu de Contratos, no que tange às expressões obscuras, o contrato "deve ser interpretado, quando for a título gratuito, no sentido menos gravoso ao obrigado, e quando for a título oneroso, no sentido que melhor realize uma justa composição de interesse entre as partes".

Em razão do inerente caráter restritivo, a renúncia não se presume, mas pode resultar de manifestações tácitas de vontade que sejam unívocas. Aliás, esta é única forma de se conceder operabilidade ao art. 330 do Código Civil, quando possibilita a arguição da *supressio* pelo devedor que realiza pagamentos reiterados em local diverso ao estipulado inicialmente. De fato, o abuso do direito subjetivo (art. 187, CC) pode gerar as consequências de uma renúncia ao direito para o seu titular quando, em razão de reiterada desídia em seu exercício, nasce para a outra parte a legítima expectativa de confiança quanto à permanência da situação que se consolidou ao longo do tempo.

Não é outro o entendimento de Paulo Mota Pinto ao asseverar que "a perda do direito deve ocorrer porque o titular do direito se comportou de modo que a contraparte tivesse de inferir daí uma renúncia. Isto nada mais é do que uma desistência jurídico-negocial do direito através de comportamento concludente".[55]

A essência do art. 114 reside na interpretação estrita dos atos de liberalidade (*v. g.*, doação, comodato, depósito). Em outros termos, sendo certo que o negócio jurídico gratuito onera apenas uma das partes e beneficia a outra, caberá ao intérprete apenas acatar aquilo que efetivamente foi disposto pelo instituidor do benefício no exato sentido do teor da declaração.[56]

O disposto no art. 114 pode ainda repercutir em sede de direitos sucessórios, pois a cessão de direitos hereditários, feita indistintamente a todos os herdeiros, assume o caráter de renúncia, sendo assim interpretada restritivamente (art. 1.805, § 2°, CC). A outro giro, a chamada "renúncia translativa" não passa de uma forma de transferência gratuita de direitos em benefício de alguns herdeiros e em detrimento de outros. Como não é possível renunciar em favor de A, B ou C, será tratada, para fins civis e tributários, como cessão de direitos hereditários. Mesmo assim, prevalece a interpretação restritiva, pois não perde a característica de negócio jurídico gratuito.

3.4 Interpretação da declaração tácita de vontade

A autonomia privada, na acepção de Judith Martins-Costa, implica o dar-se normas, que designa o poder jurídico de autodeterminação na ordem econômica. No campo negocial a autonomia é expressa por atos de comunicação social, "fatos sociais" objetivamente apreensíveis, como as declarações negociais e os comportamentos concludentes.[57]

Já tratamos das declarações negociais receptícias como substrato do contrato, mas não do designado *comportamento concludente.* Ele se relaciona à declaração tácita

55. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, op. cit., p. 128.

56. Neste sentido restritivo se coloca a Súmula n° 145 do Superior Tribunal de Justiça: "no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave".

57. MARTINS-COSTA, Judith. *O método da concreção e a interpretação dos contratos*, op. cit., p. 131.

de vontade, abrangendo a conduta na qual não se emprega a linguagem como meio de manifestação de vontade, pressupondo uma inferência a partir de circunstâncias. O comportamento concludente permite a ilação da existência de um significado, constituindo uma impressão no destinatário no sentido desta declaração tácita. O conteúdo das declarações tácitas se determina pela via interpretativa.[58]

Segundo o nº 1 do art. 217 do Código Civil de Portugal, "A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação de vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam".

A doutrina das relações contratuais de fato foi inicialmente formulada por Günter Haupt em 1941 ao perceber que no comércio jurídico moderno, certas relações negociais se formam sem que haja um acordo de vontades pela forma tradicional (proposta e aceitação), mas por meio de situações objetivas ou acontecimentos factuais aos quais deveria ser atribuído um regime jurídico semelhante.[59]

Na sociedade de massas, a declaração tácita pelo comportamento concludente é mesmo um dado banal; aquisições de bens e serviços pela *web*, contrato de transporte público, saques em conta-corrente por máquinas e uma gama de negócios jurídicos traduzem o dinamismo dos tempos atuais. Em comum, atos materiais que demonstram a vontade de contratar, mas afastados do clássico modelo do ajuste mútuo, pois ausente a declaração de aceitação por parte de quem se utiliza do produto ou serviço. Esse apenas praticou um fato material que se ajusta a um comportamento típico de quem pratica determinado modelo de negócio jurídico.

No Código Civil de 2002 não há norma que mencione a declaração negocial tácita – que corresponde aos comportamentos que Karl Larenz qualifica e autonomiza como *socialmente típicos*. O tema, aliás, é pouquíssimo enfrentado pela doutrina, a ponto de obscurecer o tratamento da categoria.[60] A vantagem da norma do Código de Portugal é a de trazer uma orientação geral quanto ao critério distintivo entre declarações expressas e tácitas, além de demonstrar que todos os meios de comunicação do pensamento são admitidos como forma de manifestação do consentimento e podem ser livremente escolhidos no tráfego jurídico.

Especialista na temática, Paulo Mota Pinto conclui que a distinção da declaração expressa para a tácita se verifica pela contraposição "entre manifestação por símbolos (logo, através de uma linguagem escrita, verbal ou gestual, ou consagrada pelos usos) e por sinais". O símbolo tem uma dimensão semântica constante, uma identidade objetiva, uma significação completa e unívoca. Todavia, a capacidade significativa do

58. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente*, op. cit., p. 750-752.

59. Hoje, a maior parte da doutrina rejeita a expressão *relações contratuais de fato*, apontando, desde logo, a contradição na sua designação, pois pela linguagem comum, as relações contratuais só derivam de contratos e não de outras.

60. O tema também não é descrito nos códigos francês, espanhol e italiano.

sinal dependerá das circunstâncias ambientais em que se insere. Enfim, a declaração tácita depende da moldura de circunstâncias a considerar. O elemento objetivo que põe acento à declaração tácita é o comportamento concludente, entendido como aquele em que não se emprega a linguagem como meio de manifestação de vontade.

Como exemplos de declaração tácita contratual no Código Civil, teríamos a recusa do credor em anuir com a assunção de dívida (parágrafo único, art. 299); o consentimento para assunção de dívida garantida por hipoteca (art. 303) e a declaração tácita de aceitação da doação pura (art. 539).

O problema de avaliação do comportamento concludente se enquadra no âmbito da teoria geral da interpretação dos negócios jurídicos. Em outras palavras, a verificação da existência e do conteúdo de uma declaração tácita requer a investigação hermenêutica do comportamento concludente. O intérprete observará se o conjunto de fatos e circunstâncias causou uma impressão afirmativa no destinatário no sentido da existência de um significado negocial na declaração tácita.

Inclui-se hoje no conceito de declarações negociais todas as formas de comportamento do homem (palavra, escrita ou outro meio) que exteriorizam uma vontade. Nele cabem, por conseguinte, a mera colocação de cabines telefônicas ou de máquinas automáticas de jogo à disposição do público, mediante acionamento mecânico, e outras formas análogas de proposta contratual. Nenhuma razão há para considerar o comportamento concludente incompatível com a noção de contrato, a ponto de exigir a instituição de uma nova figura negocial. Por isso, essas formas de comportamento social típico serão interpretadas em harmonia com o sentido que elas se revestem aos olhos do grande público e da contraparte.[62]

Em suma, o critério interpretativo a ser utilizado é o mesmo para as interpretações de uma forma geral, qual seja a perspectiva do destinatário. Avulta o significado negocial do comportamento concludente, que dependerá certamente de circunstâncias concretas.

4. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE MASSA

"É uma experiência eterna de que todos os homens com poder são tentados a abusar."

(Barão de Montesquieu)

Comentando acerca da crise da massificação das relações negociais, Cláudia Lima Marques[63] assevera que o fenômeno da *despersonalização dos contratos* se exteriorizou pela primeira vez, com o vulto adquirido pelas cláusulas contratuais gerais e pela

61. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente*, op. cit., p. 457.
62. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit., p. 224.
63. MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 64.

contratação por adesão. Hoje, vivenciamos uma segunda crise da despersonalização extrema, consubstanciada no "comércio eletrônico", realizado por intermédio de contratações a distância, por meios eletrônicos, por internet ou por meios de telecomunicação de massa, onde há realmente uma certa "desumanização do contrato", pois a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos.

Daí, já é possível perceber que, em sede de contratos massificados, a interpretação das declarações negociais se socorre de ferramentas diferenciadas a dos contratos paritários. Enfatiza-se menos a liberdade dos contraentes e mais a preservação da justiça contratual, afinal, a iniciativa econômica privada é submetida a controles de legitimidade em uma ordem constitucional na qual a autonomia negocial não é um valor em si, sendo apenas merecedora de tutela quando desejada em princípios como o da solidariedade, igualdade substancial e o da proteção à dignidade da pessoa humana.

À medida que a autonomia negocial se ajusta às escolhas de fundo do ordenamento jurídico, forja-se uma concepção de contrato que não exaure a sua relevância na autorregulamentação de interesses, mas sim em seu valor ético. Isso impede o abuso do poder econômico pela parte dominante e permite o distanciamento do dogma voluntarista do *pacta sunt servanda*. Com ênfase, proclama Pietro Perlingieri que o princípio da proporcionalidade estende sua atuação à matéria contratual, sendo destinado a exercer relevante papel na interpretação contratual, preenchendo-a de conteúdo segundo a equidade, seja no delicado controle de valor das cláusulas contratuais e da inteira composição negocial, seja no mais amplo processo de individuação da normativa a aplicar no caso concreto.[64]

Nos negócios jurídicos de massa, a declaração e a confiança assumem excessivo relevo em detrimento da vontade. É forçoso reconhecer que tratar de contratos de adesão na orbita privada não implica automático reconhecimento de abusividade de suas cláusulas, da mesma maneira que não seja tão improvável a presença de uma cláusula abusiva em um contrato completamente negociado entre as partes, detentoras de igualdade jurídica. Elas podem surgir em qualquer formato de contratação. Quer dizer, apesar do desequilíbrio de forças entre estipulante e aderente, um contrato de adesão civil ou empresarial pode ser equânime e não consubstanciar disposições iniquas. Várias cláusulas são unilateralmente predeterminadas apenas por fatores de racionalidade empresarial, sem desconsideração do interesse do parceiro contratual. Todavia, não se pode negar que a própria técnica unilateral de construção do contrato de adesão propicia a incidência frequente de cláusulas excessivamente desfavoráveis aos aderentes.

Sendo o regramento contratual basicamente elaborado por um dos contratantes, restando ao outro apenas a liberdade de aquiescer ou não com a contratação – no adágio *c'est à prendre ou à laisser* –, certamente não poderia o legislador ignorar a desigualdade material entre os contraentes. Este controle não se prende apenas ao

64. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 405-409.

combate ao abuso do direito (art. 187, CC) mas também à atividade hermenêutica, estatuindo o art. 423: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente". A norma cuida das modalidades de controle da formação do contrato de adesão. Sempre que o aderente compreenda a declaração em um sentido distinto daquele atribuído pelo declarante (predisponente), impõe-se a determinação do sentido prevalecente.

Nessa ordem de ideias, as cláusulas dúbias ou vacilantes serão interpretadas contra quem redigiu o contrato. A cláusula não será objeto de interpretação isoladamente, porém no contexto do contrato aferido como um todo. Outrossim, o dispositivo vai além do simples enunciado da interpretação desfavorável ao predisponente. Como bem se infere da redação do texto legislativo, não se trata de uma interpretação favorável ao aderente, mas da interpretação "mais favorável".[65]

Segundo Tepedino, Barboza e Moraes, enquanto a ambiguidade pressupõe duas interpretações possíveis no âmbito de uma mesma cláusula, a contrariedade é suscitada pela multiplicidade de interpretações decorrentes do conflito de cláusulas distintas. Qualquer obscuridade como as acima descritas volta-se contra o seu criador.[66]

Ao consagrar o princípio *in dubio contra proferentem* ou *contra stipulatorem*, o art. 423 do Código Civil culmina por imputar o risco da ambiguidade da cláusula ao respectivo predisponente, nos casos em que aquela não seja suscetível de fixação de um sentido unívoco por um aderente de comum diligência. Impende àquele que redige a cláusula um ônus de clareza.[67]

---

65. STJ – Informativo nº 0450 – Período: 4 a 8 de outubro de 2010. Terceira Turma: "SEGURO. VIDA. POLICIAL CIVIL. ACIDENTE IN ITINERE. Trata-se de REsp em que a questão consiste em saber se é cabível a indenização securitária de policial que vem a falecer no trajeto trabalho/residência. A seguradora recorrente sustenta, em síntese, que a referida indenização decorreria de eventual sinistro quando o policial civil estivesse exclusivamente em serviço. Contudo, no julgamento do especial, ressaltou o Min. Relator que o agente policial civil, militar ou federal, pela natureza de suas atividades, está obrigado, a todo tempo e momento, a servir à sociedade e aos cidadãos, não podendo omitir-se diante da prática de um delito, como na espécie, mesmo que se encontre fora de seu horário regular de trabalho ou mesmo no trajeto residência/trabalho, desde que, evidentemente, esteja no exercício de suas obrigações legais. Em outras palavras, cuida-se de dever funcional de agir, independentemente de seu horário ou local de trabalho, ao contrário dos demais cidadãos, realizando-se seu mister ainda que fora da escala de serviço ou mesmo em trânsito, como ocorreu na hipótese, visto que o policial, filho da recorrida, faleceu, vítima de disparo de arma de fogo, quando se dirigia à sua residência para alimentar-se e, posteriormente, retornar ao seu local de trabalho para cumprir o restante de sua jornada. Assim, estando coberto pelo seguro, obriga-se a seguradora, ora recorrente, a indenizar. Observou ser certo que o seguro de vida, notadamente aquele realizado em grupo, tem suas limitações. Todavia, elas devem constar de forma expressa, clara e objetiva a fim de evitar qualquer dúvida em sua aplicação, sob pena de inversão em sua interpretação a favor do aderente, da forma que determina o art. 423 do CC/2002, decorrentes da boa-fé objetiva e da função social do contrato. No caso, como consta do próprio acórdão recorrido, a ora recorrente não demonstrou, efetivamente, a existência de cláusula contratual apta a excluir eventuais acidentes denominados in itinere. Diante dessas considerações, entre outras, a Turma conheceu parcialmente do recurso, mas lhe negou provimento" (REsp 1.192.609-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 7.10.2010).

66. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 28.

67. PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 304.

Aceita-se o desequilíbrio prévio das partes, de sorte que se deve interpretar a favor de quem só pode aderir como forma de reequilibrá-las. Fica evidente que se deve buscar manter o contrato, mas na forma menos prejudicial ou agressiva ao que não teve alternativa senão aderir, portanto numa situação que a lei toma como de inferioridade. Busca-se o reequilíbrio, a equitatividade, pois, no âmbito contratual, deve existir paridade de sacrifícios, nunca a submissão de uma parte à outra, para que seja viável o cumprimento da prestação e ocorra a liberação de quem deve prestá-la.[68]

Porém, deve o dispositivo em estudo ser sempre aferido em conjugação com a norma geral de interpretação da boa-fé. No plano da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento do ordenamento jurídico, o art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. Isso amplia o conteúdo do contrato a interpretar, que não se restringirá às cláusulas predispostas por uma das partes, alcançando ainda a conjuntura da oferta contratual, tal como as informações prestadas ao aderente. O magistrado não apelará a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente às convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida. Deverá aferir a celeuma conforme os costumes e o tráfego jurídico do local em que se estabeleceu o contrato.

No âmbito das relações consumeristas, acentua-se a exigência de justiça comutativa e a tutela necessária à parte débil. A assimetria negocial entre fornecedores e consumidores afasta a regra geral do Código Civil e remete o intérprete às normas especiais do Código de Defesa do Consumidor, em razão de específica previsão inserida no rol de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, CF). O déficit de informações do consumidor no mercado impõe que a lógica interpretativa de contratos padronizados e de adesão seja diferenciada. Se a incidência de cláusulas abusivas é algo possível nas relações de direito privado (direito comum e empresarial), o fenômeno se multiplica em larga escala nas relações em que impera a manifesta desigualdade negocial.[69]

68. MELO, Diogo Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 230. O autor exemplifica a aplicação do art. 423, com cláusulas que "fazem previsão de cobertura de todos os riscos, mas, no final do mesmo formulário, fazem remissão a uma Convenção Internacional que limita a indenização e cobertura para mercadorias extraviadas (p. ex: Convenção de Varsóvia), deve se prestigiar aquela cláusula que beneficie o aderente, devendo o predisponente arcar com os prejuízos da estipulação contraditória de cláusulas" (op. cit., p. 230).

69. STJ. "1. Cuida-se de ação de cobrança proposta por consumidora contra empresa sob alegação de ter sido vítima de propaganda enganosa em relação a sorteio de título de capitalização denominado 'Tele Sena Dia das Mães 1999'. 2. Enganosa é a mensagem falsa ou que tenha aptidão a induzir a erro o consumidor, que não conseguiria distinguir natureza, características, quantidade, qualidade, preço, origem e dados do produto ou serviço contratado. 3. No caso concreto, extrai-se dos autos que dados essenciais do produto ou serviço adquirido foram omitidos, gerando confusão para qualquer consumidor médio, facilmente induzido a erro. 4. As regras contratuais devem ser postas de modo a evitar falsas expectativas, tais como aquelas dissociadas da realidade, em especial quanto ao consumidor desprovido de conhecimentos técnicos. 5. O CDC, norma principiológica por natureza, proíbe e limita os contratos impressos com letras minúsculas que dificultem, desestimulem ou impeçam a leitura e compreensão pelo consumidor, visando permitir o controle de cláusulas contratuais gerais e a realização da liberdade contratual. 6. À luz do princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), princípio norteador das relações de consumo, as cláusulas contratuais são interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). 7. A transparência e a boa-fé

Esse "afastamento" das regras do Código Civil – que destaquei no parágrafo acima – não deve ser entendido como absoluto, obrigatório, pois, acaso haja norma no Código Civil ou em qualquer outra lei que seja mais favorável ao consumidor, ela será aplicável conforme o art. 7º do próprio CDC. A título de exemplo, relembro que, nos casos envolvendo contrato de transporte de pessoas, o sistema de responsabilidade objetiva do Código Civil é mais favorável ao consumidor que aquele previsto no próprio CDC, posto que, no CC, nem mesmo o fato de terceiro exclui essa responsabilidade (art. 735), o que não se dá no CDC (art. 12, § 3º, III e art. 14, § 3º).[70]

Em matéria de relações consumeristas, a tendência contemporânea é examinar a "qualidade" da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, e não a manifestação em si, pois somente a vontade informada e educada é livre e legítima. Pelo ângulo do fornecedor, toda informação ou publicidade participa da oferta e o vincula (art. 30, Lei nº 8.078/90) a ponto de o consumidor exigir o cumprimento forçado da oferta em caráter de tutela específica (art. 35, I, CDC). As propostas ao público são denominadas de ofertas, como alerta o CDC. A oferta é um negócio jurídico unilateral – elemento inicial do contrato – que apenas carece da aceitação de consumidores em número indeterminado. No sistema consumerista a declaração de vontade da oferta é irrevogável e não desaparecerá por vontade unilateral do fornecedor.

Nada obstante, diversamente ao consignado no art. 423 do Código Civil, seguindo o princípio da isonomia (art. 5º, CF), o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor não estabelece qualquer distinção entre cláusulas claras ou ambíguas. Preceitua a norma que "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Mesmo naquelas bem redigidas, havendo dois sentidos igualmente possíveis, a interpretação sempre será mais favorável ao consumidor, protegendo a expectativa que a cláusula lhe incutiu e reequilibrando juridicamente a relação que nasceu sob o jugo da desigualdade material. Esta forma interpretativa do art. 47 não se resume às cláusulas escritas mas também às presentes em publicidade (art. 30, 31, CDC), recibos e pré-contratos (art. 48, CDC). O art. 47 da Lei nº 8.078/90 representa uma evolução em relação ao art. 423 do Código Civil, pois beneficiará todos os consumidores, em todos os contratos, de adesão ou individualmente negociados

---

permeiam a contratação na fase pré-contratual" (REsp 1344967/SP Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3 – T, *DJe* 15.9.2014).

70. "CONSUMIDOR E CIVIL. ART. 7º DO CDC. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL. DIÁLOGO DE FONTES. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. Assim, e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 27 do CDC à hipótese dos autos, devendo incidir a prescrição vintenária do art. 177 do CC/16, por ser mais favorável ao consumidor. Recente decisão da 2ª Seção, porém, pacificou o entendimento quanto à incidência na espécie do prazo prescricional de 05 anos previsto no art. 27 do CDC, que deve prevalecer, com a ressalva do entendimento pessoal da Relatora. Recursos especiais providos" (STJ, REsp 1009591/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, publicado em 23.8.2010).

em todas as cláusulas, mesmo as claras e não contraditórias.[71] É da interpretação ativa do magistrado a favor do consumidor que virá a "clareza" da cláusula e que será estabelecido se ela, interpretada a favor do consumidor, é ou não contraditória com outras cláusulas do contrato.[72]

Abra-se parênteses para os contratos incidentes sobre *bens essenciais*, cuja interpretação será mais sensível a um regime intervencionista, mesmo em se tratando de contratos intercivis. Na esteira das ideias de Teresa Negreiros, a essencialidade do bem e a finalidade existencial da relação jurídica serão consideradas como fatores determinantes de vulnerabilidade da parte que contrata sua utilização ou aquisição. Nas relações contratuais que estiverem à margem do sistema de proteção do consumidor, estender-se-ão analogicamente os princípios do CDC para beneficiar o contratante que carece do bem essencial e, portanto, padece do mesmo tipo de desequilíbrio pressuposto na relação entre consumidor e fornecedor. Em sentido oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma.[73]

A nosso viso, este dado especificamente objetivo da aferição da destinação conferida ao bem em cada contrato propiciará uma atividade hermenêutica de caráter tutelar, voltada ao art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, nada obstante ser o contrato em tese celebrado em relação interprivada, seja de modo paritário ou pela forma da adesão.

Relativamente ao modelo jurídico das *cláusulas contratuais gerais*, já as distinguimos do contrato de adesão. Este é negócio jurídico contratual concreto que adere às condições gerais. O contrato de adesão só existe a partir do acordo que unifica a oferta ao público e a aceitação pelo aderente. O aderente não adere ao contrato de adesão, pois antes da adesão ainda não há contrato. Portanto, a sua validade

71. STJ. **Informativo nº 0564 Período: 15 a 30 de junho de 2015. Terceira Turma. COBERTURA DE HOME CARE POR PLANO DE SAÚDE. No caso em que o serviço de *home care* (tratamento domiciliar) não constar expressamente do rol de coberturas previsto no contrato de plano de saúde, a operadora ainda assim é obrigada a custeá-lo em substituição à internação hospitalar contratualmente prevista, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera a despesa diária em hospital.** Isso porque o serviço de *home care* constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto, serviço este que, a propósito, não pode sequer ser limitado pela operadora do plano de saúde, conforme a Súmula 302 do STJ ("É abusiva a **cláusula** contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado"). Além do mais, nota-se que os contratos de planos de saúde, além de constituírem negócios jurídicos de consumo, estabelecem a sua regulamentação mediante **cláusulas** contratuais gerais, ocorrendo a sua aceitação por simples adesão pelo segurado. Por consequência, a **interpretação** dessas **cláusulas** contratuais segue as regras especiais de **interpretação** dos contratos de adesão ou dos negócios jurídicos estandardizados. Nesse sentido, ainda que o serviço de *home care* não conste expressamente no rol de coberturas previstas no contrato do plano de saúde, havendo dúvida acerca das estipulações contratuais, deve preponderar a **interpretação** mais favorável ao consumidor, como aderente de um contrato de adesão, conforme, aliás, determinam o art. 47 do CDC ("As **cláusulas** contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor"). **(REsp 1.378.707-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).**

72. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 578.

73. NEGREIROS, Teresa., *Teoria do contrato*, op. cit., p. 488-489.

e a sua eficácia são regidas pelas regras comuns do negócio jurídico aplicáveis aos contratos paritários, com as necessárias intervenções do ordenamento jurídico para compensar o desequilíbrio de poder negocial.

Em outro passo, as cláusulas contratuais gerais são concebidas para regular o contrato de adesão e, por isso, antecedem a oferta ao público, possuindo função distinta. As cláusulas gerais já são válidas e eficazes antes quando integradas aos contratos *in abstracto*, independente de sua aceitação ou recusa em bloco pelo aderente A ou B. Por isto, consideramos relevante a distinção empreendida por Diogo Machado de Melo em duas fases do processo de interpretação das cláusulas contratuais gerais: "a da elaboração das cláusulas, que antecede e abstrai dos contratos que se venham futuramente a celebrar; e a da celebração de cada contrato singular, isto é, a fase em que se celebra efetivamente o contrato com alguém, em que constitui a relação contratual, em que se conclui o contrato dito de adesão e que integra aquelas cláusulas".[74]

Na primeira fase, as cláusulas contratuais gerais já foram predispostas, não obstante inexistirem contratos singulares. Aplicam-se as regras de interpretação típica, respeitando-se em sua inteireza a abstração, a generalidade, a uniformidade e a rigidez das cláusulas contratuais gerais, sendo que o intérprete deverá ter em conta o aderente típico, o contratante indeterminado normal, para que se avalie a repercussão e a danosidade daquelas cláusulas para a sociedade como um todo.[75] Com Almeida Costa, atendendo ao escopo de um controle preventivo, a solução que uma hermenêutica correta postularia "será a de não negligenciar o resultado mais desfavorável aos possíveis aderentes". [76]

Em um segundo momento, as cláusulas contratuais gerais passam a disciplinar uma série indeterminada de contratos individuais. A declaração negocial do estipulante é direcionada ao público em geral, com paulatina adesão pelos eventuais parceiros contratuais, aleatoriamente colhidos no seio da coletividade. Aqui estamos no terreno de um contrato singular, como algo de único e irrepetível, com traços individualizadores, pois predisponente e aderente imersos em suas circunstâncias, não obstante a participação deste mesmo contrato em uma padronização negocial pela inserção de cláusulas contratuais gerais. Eventualmente, pelas circunstâncias do caso, a vontade particular do aderente colidirá com a vontade geral subjacente à predisposição de cláusulas.[77]

Neste especial contexto, ensina Ubaldino Miranda que o sentido a ser atribuído a tais cláusulas deve ser constante para todos os aderentes das categorias social e profissional contempladas. Na interpretação da vontade expressada na declaração do estipulante deve atender-se ao tipo de atividade econômica por ele exercida, devendo o juiz optar por uma interpretação que atenda tanto à vontade expressa numa

74. MELO, Diogo Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 220.
75. MELO, Diogo Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*, op. cit., p. 221.
76. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 242.
77. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 203.

declaração de caráter genérico do estipulante como aos interesses de um aderente médio participante de um determinado círculo social.[78]

Porém, não entendemos isto suficiente. Além do figurino padronizado dos interesses típicos do círculo de contratantes normalmente atuantes naquele setor econômico, deve a hermenêutica se mostrar compatível com a estrutura das expectativas geradas no contexto relacional entre as duas partes concretamente participantes do negócio. Afinal, não mais estamos diante de um controle abstrato e preventivo, mas, tal como reconhece Sousa Ribeiro, temos agora como ponto de referência o conteúdo de vinculações especificamente assumidas na relação singular, quer por meio de estipulações neste sentido, quer por força do significado objetivo da conduta comunicativa que nessa relação teve lugar. Quem, pelo seu comportamento negocial, deu concretamente azo a que o aderente confie numa certa conformação de interesses, não pode pretender que ela seja contrariada pela eficácia de cláusulas contratuais gerais colidentes.[79]

Isso implica afirmar que, em contratos com cláusulas contratuais gerais, em que o aderente objetiva o acesso a bens essenciais de natureza existencial, haverá a necessidade de o intérprete particularizar as circunstâncias do caso, envolvendo a situação pessoal e patrimonial do contratante, para fins de controle do conteúdo do negócio jurídico. Com base nessa premissa, o Superior Tribunal de Justiça considera que o corte do fornecimento de serviços essenciais é ilegítimo quando: (a) a inadimplência do consumidor decorrer de débitos pretéritos; (b) o débito originar-se de suposta fraude no medidor de consumo de energia, apurada unilateralmente pela concessionária; e (c) não houver aviso prévio ao consumidor inadimplente. Respeitados tais parâmetros objetivos, será legítima a interrupção do fornecimento de energia elétrica tendo em vista que a continuidade dos serviços públicos essenciais assegurada pelo CDC é limitada pelas disposições contidas na Lei nº 8.987/95.[80]

Finalizando, tal qual exaustivamente se comentou no tocante à interpretação dos contratos paritários, aplica-se o princípio da boa-fé objetiva na hermenêutica das cláusulas contratuais gerais. Dispõe o art. 113 do Código Civil que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Todavia, há uma distinção qualitativa quanto ao emprego do princípio da boa-fé nos contratos negociados em contraposição à contratação por adesão. No primeiro caso, a tarefa do intérprete será a de perquirir o interesse comum perseguido pelos contratantes com supedâneo na lealdade, na honestidade e no respeito às legítimas expectativas de confiança suscitadas em ambos os contraentes pelo negócio jurídico.

78. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*, op. cit., p. 236.

79. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos*, op. cit., p. 203. Complementa o doutrinador: "ora, as cláusulas inegociáveis preformuladas para uma única utilização não levantam, por definição, estes problemas de relacionamento entre o individual do contrato singular e o geral da disciplina instituída pelas cláusulas contratuais gerais. Toda a conformação se encerra no quadro da relação que pretende moldar, não tendo qualquer existência ou significado fora dela" (op. cit., p. 205).

80. STJ. AgRg no AREsp 412849/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2-T, *DJe* 10.12.2013.

Procede-se à valoração de modelos objetivos de comportamento aos quais a conduta concreta das partes deve se ajustar. Estes *standards* também determinam os deveres anexos que integrarão a concreta relação contratual (art. 422, CC) e a eventual limitação ao exercício de situações jurídicas em função do abuso do direito (art. 187, CC).[81]

Porém, nos contratos de conteúdo unilateralmente predeterminado, como afiança Menezes Cordeiro, é diferenciada a concretização da boa-fé: "coloca-se a bitola de um certo equilíbrio material entre as vantagens auferidas, graças ao contrato, pelas partes: não se admitem prejuízos desproporcionados".[82] Se o predisponente coloca à aceitação de uma generalidade de pessoas uma série de cláusulas contratuais, certamente deverá agir com moderação e prudência. Enfim, tratar-se-ia de faceta diferenciada da atividade interpretativa derivada da boa-fé, agora situada na necessidade imediata e objetiva de equilíbrio do conteúdo das prestações e apenas mediata de tutela da confiança.

Disto afastamos nosso entendimento, pois a referência à boa-fé neste quadrante é uma perspectiva equivocada desta cláusula geral. Não se pode negar a coerência do argumento de Oliveira Ascensão[83] no sentido de que a remissão ao princípio da boa-fé em matéria de controle de conteúdo de cláusulas gerais, é meramente um recurso retórico, "dá apenas a aparência dum critério. É uma etiqueta em branco". Através da boa-fé se criam regras de conduta ou se delimita o exercício de um determinado direito, tido como abusivo. Da mesma forma, não há como se socorrer do princípio da confiança, pois pode o destinatário da declaração (aderente) não depositar a menor confiança no declarante (predisponente) e todavia, celebrar o contrato, por não ter na prática outro remédio. Enfim, aqui o que está em jogo é a própria interpretação e validação de cláusulas contratuais gerais em tese consideradas *abusivas*, independentemente de qualquer exercício por parte do predisponente. Se o que está em causa é a correção de um desequilíbrio significativo em detrimento do aderente, a boa-fé está deslocada – distorcendo a perspectiva do tema –, pois é o conteúdo em si do negócio jurídico que se julga, à luz da desproporção criada.

A interpretação de cláusulas contratuais gerais visa identificar, em última instância, aquilo que predispõe o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor: a

81. STJ. Informativo nº 0529. Período: 6 de novembro de 2013. Terceira Turma: "DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO DE SEGURO. No contrato de seguro de vida e acidentes pessoais, o segurado não tem direito à indenização caso, agindo de má-fé, silencie a respeito de doença preexistente que venha a ocasionar o sinistro, ainda que a seguradora não exija exames médicos no momento da contratação. Isso porque, quando da contratação de um seguro de vida, ao segurado cabe o dever de fazer declarações verídicas sobre seu real estado de saúde, cujo conteúdo é determinante para a aceitação da proposta, bem como para a fixação do prêmio. Ademais, o CC destaca a necessidade de boa-fé para as relações securitárias (art. 765), além de estar presente como cláusula geral de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113) e como diretriz de observância obrigatória na execução e conclusão de qualquer contrato (art. 422). Sendo assim, a seguradora só pode se eximir do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames clínicos, caso fique comprovada sua má-fé" (AgRg no REsp 1.286.741-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 15.8.2013).

82. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 658.

83. ASCENSÃO, J. Oliveira. *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*, op. cit., p. 110-111.

nulidade de cláusulas que estabeleçam "obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Aqui se juntam o desequilíbrio significativo e o desrespeito à exigência da boa-fé. Insistimos, a alusão à boa-fé nada acrescenta, pois se trata de uma questão de reposição de equilíbrio contratual. *"Est modus in rebus"*, escreveu Horácio: "Há uma medida nas coisas!"

ENUNCIADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Da interpretação do Contrato – Enunciado nº 161 do STF

ENUNCIADOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL

Enunciado nº 17 – Art. 317: A interpretação da expressão "motivos imprevisíveis", constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.

Enunciado nº 363 – Art. 422. Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.

Enunciado nº 369 – Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este.

Enunciado nº 370 – Nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e como o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal.

Enunciado nº 378 – Aplica-se o art. 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo.

CAPÍTULO VI

Cessão do Contrato

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Requisitos – 3. Efeitos – 4. Distinções com outros modelos jurídicos – 5. O subcontrato: 5.1 Noções gerais; 5.2 Distinção entre o subcontrato e a cessão contratual.

"Eu quero ver você
Ficar no meu lugar
Eu quero ser você
Ficar no seu lugar"

(Kid Abelha, *No seu lugar*,
de Paula Toller, George Israel e Lui Farias)

1. NOÇÕES GERAIS

Matéria de grande atualidade e relevância é a cessão do contrato. Intensamente adotada no tráfego jurídico, não recebeu respaldo do Código Civil de 2002. A cessão de contrato ou, mais exatamente, a cessão da posição contratual só aparece na doutrina civil mais recente. Ela consiste em uma terceira forma de transmissão das obrigações, ao lado da cessão de crédito e da assunção da dívida.

Podemos conceituar a cessão da posição contratual como "o ajuste de vontades, por intermédio do qual um dos integrantes de certo contrato é substituído inteiramente por outro, na posição contratual que até então ocupava. Isto significa que outra pessoa, distinta da que contratou originariamente, passa a ocupar a condição de contratante e a se sujeitar a todos os ônus daí decorrentes, obtendo, em contrapartida, os direitos derivados do contrato".[1]

Doutrinariamente, portanto, é possível distinguir a cessão de crédito e a assunção da dívida da cessão de contrato. Na cessão de crédito verifica-se uma substituição no polo ativo da relação obrigacional, remanescendo inalterada a posição do devedor, que doravante terá de oferecer o pagamento ao novo credor. Na assunção da dívida, o que se transfere ao terceiro é a posição passiva da relação obrigacional, que não sofre qualquer alteração em seu conteúdo.

Já a cessão do contrato é mais complexa e rica, pois implica a transferência da unidade orgânica da situação ocupada pelo cedente. Afinal, os créditos e as dívidas não constituem situações jurídicas absolutamente independentes, mas antes se enquadram em uma situação jurídica mais vasta, correspondente ao conjunto de direitos e deveres, faculdades, poderes, ônus e sujeições que resultam para uma parte da celebração de determinado contrato. Essa situação jurídica mais vasta é designada por *posição contratual*, sendo a sua transmissão denominada de *cessão da posição contratual*.[2]

A cessão da posição contratual é modelo jurídico autônomo que não se resume a mera soma das duas formas de transmissão descritas no Código Civil. Melhor explicando: não se trata a cessão de uma atomística sucessão em créditos e débitos; possui ela natureza jurídica unitária, importando na faculdade concedida a qualquer dos contratantes de transmitir a sua própria posição contratual, envolvendo a cessão de um complexo unitário de poderes próprios do titular da obrigação, inserindo-se também os direitos e as obrigações, ou seja, créditos e débitos. A substituição de uma das partes contratantes por um terceiro, estranho ao ajuste original, implica o fato do cessionário recebe uma relação jurídica, com toda a sua amplitude. A autonomia privada de um dos contratantes determinará a passagem da posição contratual de A para B, tornando-se A estranho ao contrato, assumindo B os respectivos direitos e obrigações, como um todo, nos aspectos ativo e passivo.[3]

1. BIDINE JR., Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*, op. cit., p. 76 e 125.
2. LEITÃO, Luis Manoel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. II, op. cit., p. 73.
3. Paulo Nader ensina que "atualmente prevalece a tese da teoria unitária, segundo a qual, ao se firmar o contrato, as partes não estariam celebrando vários negócios, mas apenas um: a cessão da posição contratual.

De qualquer forma, para suprir a lacuna legislativa, receberá a cessão do contrato, analogicamente, as regras pertinentes à cessão de crédito e à assunção de dívida, além de outras extraídas do sistema jurídico privado.

Bem ressalta Carlos Roberto Gonçalves que o contrato possui valor material e integra o patrimônio dos contratantes. "Este valor não se limita ao bem da vida sobre o qual incide a manifestação de vontade das partes, mas abrange um conjunto de atividades representadas por estudos preliminares, tratativas, expectativas, viagens, consultas a especialistas, desgaste psicológico, despesas etc., que não pode ser desconsiderado. Esse complexo, que inclui os direitos e obrigações, os créditos e os débitos emergentes da avença, denomina-se posição contratual, de valor econômico autônomo, passível, portanto, de circular como qualquer outro bem econômico".[4]

Na cessão de contrato, o *cessionário* assume a posição que originariamente pertencia ao *cedente*, com o consentimento do *cedido*, permanecendo inalterado o conteúdo jurídico do pacto. A cessão da posição contratual permite que o contrato possa circular, preservando-se, contudo, o seu conteúdo objetivo. De acordo com Carnelutti, a cessão revela três personagens: "quem tem o bem e o deve dar, quem não o tem e deve tê-lo, quem não o deve ter mas quer havê-lo, ou então, não o deve dar e consente em dá-lo. Explica: enquanto, na estrutura da compra e venda, figuram como elementos subjetivos o vendedor e o comprador, na cessão desponta, além do cedente e do cessionário, o cedido".[5]

O negócio jurídico de cessão do contrato se verifica quando o contrato-base é transferido, com a anuência do cedido, transpassando-se para o cessionário todos os direitos e obrigações dele resultantes. Esta transferência de posição contratual, envolvendo a totalidade de direitos e deveres da relação jurídica precedente, é prestigiada à luz da operabilidade, evitando uma multiplicação de contratos que seriam necessários para a concretização de uma operação econômica, aqui realizada mediante a singela substituição das partes.[6]

A assunção de créditos e de dívidas, bem como a de outros efeitos contratuais, como as condições, termos, exceções, seria um desdobramento do negócio jurídico. A cessão de contrato não englobaria tão somente a transmissão de créditos e de dívidas, mas uma posição mais ampla, compreensiva da globalidade de situações atinentes ao cedente" (*Curso de direito civil*, v. II, Obrigações, op. cit., p. 270).

4. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. II, op. cit., p. 223.

5. Apud GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, op. cit., p. 131.

6. STJ. Informativo nº 0535, Período: 12 de março de 2014. Terceira Turma: "A qualificação jurídica do resseguro como um contrato de seguro decorre do fato de o ressegurador obrigar-se, mediante o pagamento de um prêmio, a proteger o patrimônio da 'cedente' do risco consistente na responsabilidade desta perante seu segurado, presentes, portanto, as características principais da relação securitária: interesse, risco, importância segurada e prêmio. Embora a LC 126/2007 aparentemente confunda o contrato de resseguro com a figura da cessão disciplinada no CC, é evidente que, à diferença da cessão de posição jurídica, no contrato de resseguro a assim chamada 'cedente', ou seja, a sociedade seguradora ressegurada, em regra, não se retira, mas antes permanece na relação jurídica, não havendo sub-rogação pelo cessionário nas obrigações da cedente. Nesse sentido, a maior parte da doutrina sustenta que o contrato de resseguro insere-se, de modo geral, no tipo securitário. É de se concluir que, apesar de formalmente acessório e autônomo, o resseguro é um verdadeiro contrato de seguro atípico" (REsp 1.170.057-MG, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, julgado em 17.12.2013).

A finalidade da cessão é excluir do contrato o cedente, cuja posição será, doravante, ocupada pelo cessionário. O contrato tanto pode ser cedido ao tempo de sua celebração, como durante a sua execução até ser exaurido no estado em que se encontra abrangendo aí as relações jurídicas que ainda serão cumpridas. De qualquer forma, a cessão do contrato evita a necessidade de realização de uma sucessão de contratos, pois o cessionário praticamente "herda" a situação jurídica do cedente. Este estímulo à circulação do contrato conecta diretamente a cessão da posição contratual ao princípio da função social do contrato (art. 421, CC).

Imaginemos um empresário que realizou um contrato para aquisição de determinados bens essenciais para o funcionamento de sua atividade. Caso decida vender o estabelecimento, o adquirente terá todo interesse de ser o cessionário do contrato de fornecimento de bens, assumindo todos os direitos e obrigações a ele inerentes. Nada impede que, tempos depois, promova o cessionário uma nova cessão da posição contratual. Não há nada de incomum neste exemplo. Pelo contrário, cuida-se de situação corriqueira que evita a proliferação de contratos à medida que novos personagens apareçam. Bem anota Silvio Rodrigues que a vantagem prática da cessão do contrato é evidente, pois "ao querer alguém transferir a outrem seus créditos e débitos oriundos de uma convenção, teria, em rigor, de desfazer com o seu cocontratante o primeiro negócio, e conseguir com que aquele o refizesse com o terceiro interessado".[7]

O contrato originário é preservado, mas os créditos e os débitos são cedidos. Imprescindível na cessão da posição do contrato, segundo Luiz Roldão de Freitas Gomes, é a simultaneidade e a correspectividade entre a cessão de crédito e a assunção de débito, uma na raiz da outra, como contrapartida, para que não se rompa o equilíbrio contratual, preservando-se o sinalagma entre direitos e obrigações transferidos, "de modo a formar um negócio maior, com fim próprio, qual seja, o de transferir, em globo, os efeitos ativos e passivos de uma posição contratual, na cessão do contrato".[8]

Mesmo diante da omissão do novo Código Civil, a cessão de contrato pertence ao amplo setor da autonomia privada, inserindo-se no campo dos contratos atípicos (art. 425 do CC), devendo observar as normas gerais relativas aos negócios jurídicos e aos contratos. Obtempera Maria Helena Diniz: "se a cessão de crédito e a de débito são permitidas, não há por que vedar a cessão contrato".[9]

Exemplificadamente, localizamos o fenômeno da cessão da posição contratual no compromisso de compra e venda. Aliás, o art. 1.418 do Código Civil se refere à possibilidade de o promitente comprador exigir do promitente vendedor "ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de

7. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil* – parte geral das obrigações, op. cit., p. 110.
8. GOMES, Luis Roldão de Freitas. *Contrato*, op. cit., p. 140-144.
9. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 2. v., op. cit., p. 453.

compra e venda". A outro turno, o cessionário do promitente comprador não pleiteará a adjudicação compulsória do cedente, mas do promitente vendedor.

Modalidade usual de cessão da posição contratual pode ser referida no substabelecimento (art. 667 do CC). Se a substituição do mandatário for consentida pelo mandante, o mandatário eximir-se-á de responsabilidade pela conduta desastrosa do substabelecido, pois este assume a completa posição contratual, incluindo-se o complexo de direitos e deveres perante o mandante. A substituição na execução do mandato, não obstante a recusa do mandante, acarretará a preservação da responsabilidade do mandatário pelos desvios praticados pelo substabelecido.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça assentou firme posicionamento quanto às pretensões no sentido de transferência da titularidade do contrato de financiamento habitacional celebrado entre a CEF e o mutuário originário, decorrente do contrato de cessão de posição contratual firmado entre os particulares ("contrato de gaveta") do imóvel mutuado pela instituição financeira.[10] Nestes negócios jurídicos, há a cessão do contrato habitacional, porém sem o consentimento do cedido, no caso a CEF. Aliás, houve o intuito do Legislador em regularizar a situação daquele que fez negócio com o mutuário sem a interveniência da instituição financeira, em claro reconhecimento da situação fática existente em nosso país e tentativa de sanar os problemas por que passam os cessionários. Com a publicação da Lei nº 10.050/2000 concedeu-se "status jurídico" à posição do cessionário. Enfim, nada obsta a alienação do imóvel hipotecado na pendência do financiamento; o que se discute é a repercussão jurídica da não interveniência do credor hipotecário.

Os adquirentes de imóveis se consideram partes legítimas para ajuizar ação em que objetivam a revisão de contrato de financiamento de imóvel adquirido sem o consentimento do agente financiador do contrato primitivo, bem como o depósito das respectivas prestações. Nesta questão de enorme impacto social, o referido tribunal deliberou pela legitimidade ou ilegitimidade do cessionário para pleitear a compulsória transferência do contrato de financiamento, avaliando a exigibilidade da anuência do agente financeiro na relação negocial firmada entre as partes, a conforme a qualificação do cessionário segundo os critérios que regem o SFH, que, a rigor, são exigidos do mutuário originário.[11]

10. O art. 20 da Lei nº 10.150/00 prevê que as transferências no âmbito do SFH, desde que celebradas entre mutuário e adquirente até 25.10.1996, sem a participação do agente financeiro, poderão ser regularizadas, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei nº 8.692/93, *in verbis*: "Art. 20. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei. Parágrafo único. A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas."

11. Informativo nº 0520. Período: 12 de junho de 2013. Corte Especial: "DIREITO CIVIL. LEGITIMIDADE DO CESSIONÁRIO PARA DISCUTIR EM JUÍZO QUESTÕES ENVOLVENDO MÚTUO HABITACIONAL COM COBERTURA DO FCVS CELEBRADO ATÉ 25.10.1996. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

2. REQUISITOS

Dois são os requisitos fundamentais do negócio jurídico de cessão de contrato:

A um, restringe-se a cessão da posição contratual aos *contratos bilaterais*, que acarretam direitos e obrigações recíprocas. Certo é que, nos contratos unilaterais, em que os contraentes apenas assumem direitos ou obrigações, só é possível cogitar-se de cessão de crédito no polo ativo e de assunção de dívida no polo passivo.

Mas nem toda relação contratual será suscetível de experimentar uma cessão de posição contratual. Assim, pela sua natural infungibilidade e impossibilidade de realização por terceiros, as obrigações *intuitu personae* são imunes à transmissão. Sendo a inalterabilidade da prestação um atributo essencial da cessão contratual, o fato de se ajustar que a prestação será realizada apenas por A, terminando por ser executada por B – com o assentimento do cedido – culminará em qualificarmos a operação como uma novação, haja vista se tratar de alteração do próprio conteúdo do contrato.

Na mesma linha, inviabiliza-se a cessão da posição contratual quando o cessionário não possui legitimação para participar do contrato-base. Ilustrativamente, um contrato de promessa de compra e venda entre um incapaz, devidamente representado por seu tutor, e uma pessoa plenamente capaz não poderá posteriormente ser por esta cedido ao tutor em razão da manifesta impossibilidade legal de este adquirir bens do incapaz (art. 1.749, I, CC). A cessão seria uma forma de simulação, suscetível de invalidação por nulidade à luz do art. 167 do Código Civil.

A dois, além da intervenção obrigatória do cedente e do cessionário, é indispensável o *consentimento do cedido* para que o cedente se libere, sendo substituído em sua posição no contrato pelo cessionário. Daí decorre que dois são os contratos aqui realizados: o primeiro, envolvendo o cedente e o cedido, cujo objeto é o complexo de direitos e obrigações; o segundo é o contrato entre cedente e cessionário mediante o qual se opera a cessão, que pode consistir, *v.g.*, em uma compra e venda ou doação.

Tratando-se de contrato de mútuo habitacional garantido pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, celebrado até 25.10.1996 e transferido sem a intervenção da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos. Isso porque, nos termos da legislação pertinente, é possível a regularização do referido contrato de cessão de direitos – conhecido como "contrato de gaveta" –, o que implica afirmar que, nesses casos, o cessionário é equiparado ao mutuário, possuindo, portanto, legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos. DIREITO CIVIL. ILEGITIMIDADE DO CESSIONÁRIO PARA DISCUTIR EM JUÍZO QUESTÕES ENVOLVENDO MÚTUO HABITACIONAL SEM COBERTURA DO FCVS CELEBRADO ATÉ 25.10.1996. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). Tratando-se de contrato de mútuo habitacional sem cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais, celebrado até 25.10.1996, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato. Isso porque, nos termos da legislação pertinente, não é possível a regularização do referido contrato de cessão de direitos – conhecido como "contrato de gaveta" –, o que implica afirmar que, nesses casos, o cessionário não pode ser equiparado ao mutuário e, portanto, não possui legitimidade para postular em juízo a revisão do respectivo contrato" (REsp 1.150.429-CE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 25.4.2013).

477 Ceará

Mário Júlio de Almeida Costa conjuga os dois requisitos: "o contrato básico, celebrado originariamente entre o cedente e o cedido, de onde resulta o complexo de direitos e deveres que constitui o objeto da cessão; e o contrato através do qual se opera a cessão (negócio causal), que pode consistir numa venda, doação, dação em cumprimento etc."[12]

Não obstante uma interpenetração nos efeitos, o objeto da cessão da posição contratual não se confunde com o do contrato de onde emana a posição cedida. Na cessão, o objeto cedido é a posição do cedente no pacto de origem, enquanto este contrato terá como conteúdo o modelo econômico-jurídico eleito pelas partes: *v.g.*, compra e venda, locação, mútuo. Afinal, o contrato-base traduz um valor econômico por si só, o que explica a possibilidade de transferência de seus direitos e deveres como objeto de outro contrato.

Porém, não é apenas o objeto de um negócio jurídico precedente que é transferido por ocasião da cessão do contrato. Transferem-se também os deveres anexos, laterais, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC). Incumbirá ao cessionário, de forma leal e cooperativa, agir no sentido de proteger, a contraparte, informá-la e colaborar com elas, com ênfase no adimplemento da relação obrigacional.

Sendo o contrato-base eventualmente sancionado pela invalidade, via de consequência será decretada a nulidade da cessão do contrato, com espeque na impossibilidade do objeto (art. 166, II, CC). Em contrapartida, a nulidade do instrumento de cessão não invalida o contrato-base, retornando o cedente a sua posição originária, sendo certa a obrigação de indenizar por parte daquele que deu causa à invalidade.

Percebemos, ainda, importante distinção entre a cessão do contrato e a cessão de crédito. Esta é válida, independentemente do consentimento do devedor, sendo a sua notificação necessária somente para fins de eficácia perante ele (art. 290 do CC). Nada obstante, na cessão da posição contratual, que resulta da vontade das partes, a aceitação da cessão pelo cocontratante é fundamental para a exoneração do cedente e a inclusão do cessionário. A cessão de contrato é um negócio plurilateral; já a cessão de crédito é negócio bilateral.[13]

12. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 9. ed., op. cit., p. 776.

13. Informativo nº 0465. Período: 28 de fevereiro a 4 de março de 2011. Terceira Turma: "LOCAÇÃO COMERCIAL. TRESPASSE. Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento cumulada com ação de cobrança dos aluguéis; o primitivo locador realizou a cessão do fundo de comércio a terceiros (trespasse), o que, a seu ver, exonerá-lo-ia da responsabilidade por ulteriores débitos locatícios em razão da inaplicabilidade do art. 13 da Lei n. 8.245/1991 aos contratos de locação comercial. Apesar da relevância do trespasse para o fomento e facilitação dos processos produtivos e como instrumento para a realização do jus abutendi (o poder de dispor do estabelecimento comercial), ele está adstrito a certos limites. O contrato locatício, por natureza, reveste-se de pessoalidade, pois são sopesadas as características individuais do futuro inquilino ou fiador (capacidade financeira e idoneidade moral), razão pela qual a alteração deles não pode dar-se sem o consentimento do proprietário do imóvel. Assim, não há como entender que o referido artigo da Lei do Inquilinato não possa ser aplicado às locações comerciais, visto que, ao prevalecer o entendimento contrário, tal qual pretendido pelo recorrido, o proprietário do imóvel estaria à mercê do inquilino, que, por sua conveniência, imporia ao locador honrar o contrato com pessoa diversa daquela constante do instrumento, que pode não ser apta a cumprir o avençado por não possuir as qualidades exigidas pelo

À luz de princípios contratuais como boa-fé objetiva e função social do contrato, será ilegítima a recusa do cedido ao assentimento, caso configure abuso do direito (art. 187, CC). Hamid Bdine Jr. considera situações em que a pessoalidade do cedente é indiferente ao credor, ostentando o cessionário idêntica capacidade econômica de cumprimento das obrigações: "tal situação pode ser identificada, por exemplo, no caso de um contrato de incorporação em que o incorporador discorda da cessão de direitos do promitente comprador a terceiros. Sua recusa será válida se o terceiro – cessionário da posição contratual – não for solvente. No entanto, se cessionário e cedente possuem, ambos, patrimônio equivalente, a recusa é abusiva, pois não levará em conta a função econômica e social do negócio recusado, infringindo, dessa forma, o disposto no artigo 187 do Código Civil".[14]

Para a validade do negócio jurídico da cessão de contrato não se exige formalidade especial, prevalecendo o princípio do consensualismo (art. 107, CC). Entretanto, para a cessão produzir efeitos contra terceiros, a solução ideal será a aplicação analógica do art. 288 do Código Civil – situada no capítulo da cessão de crédito – determinando a celebração por instrumento público ou particular. A não obediência a estas formas não resultará na invalidade da cessão, mas tornará o pacto inoponível relativamente a terceiros. Daí a relevância de realização do instrumento na forma do art. 654, § 1º, do Código Civil, sem se olvidar do seu registro no órgão competente (art. 221, CC) para presunção de conhecimento geral em caráter absoluto. Não por outra razão, Renan Lotufo leciona que "o que se extrai da necessária análise sistemática é que a cessão, em princípio, independe de forma, mas, quando se está diante de um Código que se pauta pela socialidade, não se pode olvidar que os negócios, e particularmente os contratos, produzem efeitos com relação a terceiros e devem ter função social".[15]

Certamente, não se insere o cedido dentro do conceito de *terceiros*. Ele é parte da relação jurídica e seu consentimento se insere no plano da validade do negócio jurídico. Portanto, para a produção de efeitos perante o cedido, a forma da cessão será livre, exceto se o contrato-base se serviu de determinada solenidade para a sua validade, o que demandará por parte do instrumento de cessão o respeito à mesma solenidade já adotada. Aplica-se o art. 472 do Código Civil – "o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato"–, dilatando-se a aplicação do dispositivo para abranger também a cessão da posição contratual.[16]

Não haverá cessão da posição contratual propriamente dita quando determinada norma impuser a transmissão de obrigações dispensando o consentimento dos

---

proprietário. Assim, a modificação, de per si, de um dos polos do contrato de aluguel motivada pela cessão do fundo do comércio fere o direito de propriedade do locador e a própria liberdade de contratar, quanto mais não sendo permitido o fomento econômico à custa do direito de propriedade alheio. Dessarte, o juiz deve reapreciar a inicial ao considerar aplicável o disposto no art. 13 da Lei n. 8.245/1991 ao contrato de locação comercial" (REsp 1.202.077-MS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)).

14. BDINE JR., Hamid. *Cessão da posição contratual*, op. cit., p. 42.
15. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, v. II, op. cit., p. 146.
16. BDINE JR., Hamid. *Cessão da posição contratual*, op. cit., p. 70-72.

partícipes. Exatamente pela desnecessidade de intervenção das partes originais, tal como sucede na alienação de um estabelecimento empresarial, em que o adquirente assumirá créditos e débitos e contratos celebrados pelo alienante (art. 1.146 do Código Civil), haverá cessão imprópria ou cessão legal de contrato.[17] O ingresso do terceiro não decorreu de um negócio jurídico entabulado com este específico desiderato, mas, reflexamente, como efeito decorrente de outro negócio jurídico. A forma imprópria não origina a cessão propriamente dita, mas uma figura jurídica que se lhe equipara em todos os efeitos. É aquela em que a substituição de um dos contratantes se dá por determinação da lei.[18]

3. EFEITOS

Da cessão contratual resultam efeitos variados, envolvendo três planos de relações.

a) *Relações entre cedente e cessionário* – Pela cessão toda a posição contratual do cedente é transferida ao cessionário, excluídos direitos e deveres de natureza *intuitu personae*. O cedente garante ao cessionário a existência e validade da posição contratual transferida, como esta se configura no momento da cessão. Sendo a cessão gratuita, aplicam-se analogamente as normas relativas à doação; se onerosa, utiliza-se o regime de compra e venda. Salvo expressa cláusula em contrário, o cedente não desempenhará função de garante da solvabilidade do cedido. O seu adimplemento é um problema exclusivo do cessionário.

b) *Relações entre o cedente e o cedido* – com a cessão da posição contratual, o cedente desvincula-se perante o cocontratante (cedido), pois a sua posição contratual é transmitida ao cessionário. Todavia, nada impede que convencionem as partes no sentido de o cedente manter-se vinculado ao cedido pelo cumprimento das obrigações contratuais. Neste caso, sua obrigação será subsidiária à do cessionário, na qualidade de fiador ou a outro título. Como a solidariedade não se presume, eventual cláusula neste sentido será de previsão explícita (art. 265 do CC).

c) *Relações entre o cessionário e o cedido* – o cessionário investe-se completamente na posição do cedente, passando agora a relacionar-se com o cedido. O cessionário não se vincula ao cedido apenas pelos créditos (cessão de crédito) ou pelos débitos (assunção de dívida), e sim pelo complexo unitário de direitos e obrigações que envolviam o cedido e o cedente antes da cessão. Isto implica a subsistência das garantias do contrato-base e na transmissão ao cessionário das faculdades do cedente (*v.g.*, direito de preferência; escolha nas obrigações alternativas). Poderá o cedido opor

17. Também se insere no rol da cessão imprópria a cessão da locação decorrente da aquisição do imóvel locado, consoante o art. 8º, e § 2º, da Lei nº 8.245/91.

18. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 166.

ao cessionário os meios de defesa provenientes do contrato, mas não os que provenham de relações com o cedente, a não ser que no contrato de cessão, cedente e cessionário expressamente tenham facultado tal poder ao cedido. No silêncio, estará preclusa a possibilidade de o cedido invocar ao cessionário as exceções pessoais que possuía contra o cedente como efeito natural de sua anuência à cessão da posição contratual.

4. DISTINÇÕES COM OUTROS MODELOS JURÍDICOS

Pelas marcantes afinidades, entendemos relevante a distinção entre a cessão da posição contratual e os modelos jurídicos do contrato com pessoa a declarar, o subcontrato e a novação.

1. A cessão do contrato guarda semelhanças com um modelo jurídico que ingressou no Código Civil de 2002: *o contrato com pessoa a declarar* (art. 467 do CC). No momento da conclusão do contrato, reserva-se um dos contratantes a faculdade de indicar a pessoa que irá adquirir os direitos e assumir as obrigações decorrentes.

Em comum com a cessão da posição contratual, o fato de que terceira pessoa assumirá um complexo de direitos e deveres no bojo de uma relação obrigacional.

Porém, devemos vislumbrar o momento em que cada instituto é funcionalizado. No contrato com pessoa a declarar, a pessoa indicada assume o lugar de parte que a nomeou, tal como se ela própria houvesse subscrito a avença. Portanto, face aos efeitos retroativos da nomeação, ingressa na gênese da relação jurídica, assumindo o contrato *ab initio*, a partir do momento em que este foi celebrado (art. 469 do CC), como se o contratante originário nunca tivesse existido. Dessume-se do exposto a desnecessidade de obtenção da anuência do outro contratante originário, pois a sua aquiescência já se deu ao tempo da realização do negócio jurídico.

Em contrapartida, a cessão do contrato é uma forma de transformação da relação obrigacional já constituída, entrando o cessionário no estágio em que o negócio obrigacional se encontra, promovendo circulação no tráfego jurídico. A sua técnica consiste em simples modificação subjetiva quanto ao contrato principal. Demandará, via de consequência, a autorização do cedido, como requisito de validade.

2. A cessão de contrato não se confunde com a novação subjetiva, porquanto nesta a relação jurídica originária sucumbe, mediante substituição por nova relação obrigacional, alterando a posição jurídica do cessionário. O inverso sucede na cessão do contrato, pois, objetivamente na mesma relação obrigacional, uma pessoa ocupará idêntica posição de outra. Decorre do exposto que, não havendo inequívoco ânimo de novar por parte dos contratantes, inexistirá novação, mas cessão da posição contratual.

5. O SUBCONTRATO

5.1 Noções gerais

O subcontrato, ou *contrato derivado*, é um negócio jurídico bilateral subordinado a um outro contrato, dito *base* ou *principal*, e celebrado por uma das partes nesta última convenção, com base nos direitos que desta lhe advém.[19]

É o contrato principal que qualifica e tipifica o subcontrato. Por tal razão, Menezes Leitão situa o subcontrato "sempre que alguém celebra determinado contrato com base na posição jurídica que lhe advém de outro contrato do mesmo tipo, já previamente celebrado com outrem".[20] Trata-se de um modelo negocial que deriva de estipulação na qual uma das partes de um vínculo preexistente estabelece um segundo contrato com terceira pessoa, estranha ao contrato principal, dentro dos poderes que este lhe concedera. O conteúdo do subcontrato coincide com o do contrato-base, mas eles não se unem em um só negócio, apesar da evidente relação de dependência e subordinação do contrato derivado para com o principal.

Não há regulamentação expressa sobre a subcontratação no Código Civil. Nada obstante, a autonomia privada a faculta como interessante meio de colaboração intersubjetiva diferenciada da contratação ordinária. A singularidade do subcontrato reside no fato de que a cooperação se dá entre pessoas que não estão diretamente relacionadas pela via do negócio jurídico. Uma das partes do contrato principal extrai benefícios da intervenção de um terceiro em um segundo contrato, transferindo-lhe vantagem patrimonial oriunda de sua posição jurídica no contrato-base.

É o que comumente ocorre na hipótese da sublocação de imóvel (arts. 14 a 16 da Lei nº 8.245/91) – hipótese paradigmática de contrato derivado – na qual o locatário transmite a posse da coisa a um terceiro, mediante retribuição, nos limites do contrato de locação. Convivem três centros de interesses: os dois contratantes iniciais – locador e locatário – e o contratante derivado, o sublocatário. Em razão deste contrato subordinado subsistem duas locações sobrepostas.

No subcontrato surge uma relação trilateral entre as partes nos dois contratos. Há uma sobreposição de negócios jurídicos hierarquicamente estruturados. É patente que o subcontratante será parte em dois negócios jurídicos distintos, em cada qual ocupando posição diversa. Mas não é só isto. Além do vínculo próprio de cada contrato (contraente A × contraente B e contraente B × subcontratado C), criam-se relações entre o primeiro contraente (A) e o subcontratado (C). Cumpre referir, nesse ponto, que o Superior Tribunal de Justiça[21] já pacificou o entendimento de que a distribuidora de petróleo, legalmente impedida de comercializar diretamente seus produtos, que subloca totalmente o imóvel ao revendedor varejista não possui

19. MARTINEZ, Pedro Romano. *O subcontrato*, op. cit., p. 20.
20. LEITÃO, Luís Manoel Teles Menezes. *Direito das obrigações*, v. II, op. cit., p. 74.
21. STJ. AgRg no AREsp 540563/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4 – T, *DJe* 8.10.2014.

legitimidade para propor ação renovatória da locação, diante do óbice do art. 51, § 1º, da Lei nº 8.245/91 e da circunstância de que cabe ao sublocatário buscar a proteção ao fundo de comércio, por estar na posse do bem. De acordo com o aludido dispositivo, em sua parte final: "no caso de sublocação total do imóvel, o direito à renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário". Da mesma forma, segundo o art. 16 da Lei nº 8.245/91, o sublocatário responde subsidiariamente ao locador pela importância que dever a este.

Ora, a admissibilidade de um relacionamento entre sujeitos que são partes em negócios jurídicos distintos – extremos da cadeia subcontratual – implica mesmo uma *relativização* ao princípio da relatividade dos contratos, pois, seguindo o espírito do *res inter alios acta*, em tese não caberia demanda do locador contra o sublocatário. Nada obstante, o subcontratado goza de vantagens que derivam do contrato-base. Nada mais natural do que haver uma amplificação e aproximação na relação entre contratantes a princípio distantes. Isto justifica a ação direta de um contra o outro, mesmo não sendo partes no mesmo contrato.

Partindo da premissa de que o subcontrato permite que sujeitos que são partes em relações jurídicas distintas possam colaborar mutuamente e retirar vantagens destes contratos, Pedro Romano Martinez invoca quatro razões econômicas e jurídicas para a prática da subcontratação: (a) desenvolvimento da especialização técnica – o contrato derivado permite que os componentes do produto final sejam elaborados por empresas especializadas (subcontraentes), com melhor preparo técnico, gerando ainda redução de custos; (b) utilização mais intensa dos bens – evita-se o subaproveitamento do bem, pois, se uma das partes do contrato-base não quer aproveitar as suas potencialidades, poderá subcontratar. É o que ocorre na sublocação; (c) especulação parasitária – o intermediário subcontrata, não para melhor execução técnica ou melhor aproveitamento do bem, mas para ganhar na diferença do preço. É o que ocorre quando o empreiteiro conclui contrato de subempreitada por preço inferior ao estabelecido com o dono da obra; (d) fraude à lei – utiliza-se o contrato derivado como procedimento fraudulento para se alcançar fim proibido em lei. Assim, a empresa que necessita de mão de obra e não quer arcar com encargos trabalhistas conclui um subcontrato com empresa de prestação de serviços.[22]

O novo contrato estipulado por um dos contratantes originários somente se enquadra na categoria do subcontrato se perseguir o conteúdo do contrato básico, o que não implica reproduzi-lo totalmente. Direitos e obrigações do contrato principal podem ser modificados quantitativamente, mas devem conservar a qualidade congênita. Enfim, avulta que o objeto do contrato derivado seja o do contrato pretérito, ainda que mitigado na extensão ou no prazo.[23]

A título ilustrativo, no substabelecimento com reserva de poderes haverá subcontratação. Através dele, o mandatário se substitui na execução do contrato de

22. MARTINEZ, Pedro Romano. *O subcontrato*, op. cit., p. 21-26.
23. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 170-171.

mandato, sem que isto implique perda do seu poder de representação. O procurador não perde os poderes que transfere, passando a cumular a possibilidade de seu exercício com o substabelecido. A extensão máxima do substabelecimento equivale à dos poderes conferidos na procuração. O subcontratante (mandatário) poderá transferir apenas alguns direitos reservando outros para si. É o caso da outorga de poderes gerais a mandatário que não é advogado. O substabelecimento para agir judicialmente será concedido em favor de um advogado, mas o mandatário manterá os demais poderes com exclusividade, sobretudo aqueles ligados à administração do patrimônio do mandante.

Em princípio, o subcontrato será negócio jurídico válido e eficaz, gerando novos direitos e obrigações, independente da autorização da contraparte do contrato principal. Afinal, a sua situação jurídica se mantém inalterada à medida que o subcontratante não se exonera(das) ou limita as suas obrigações originárias. O subcontratante de fato limitará o exercício de seus direitos perante o subcontratado (*v.g.*, o locatário cederá a posse do bem ao sublocatário), mas em nenhum momento se desligará do contrato-base. Na relação entre o contrato-base e o subcontrato há o fenômeno da *coligação* contratual unilateral e funcional. Essa coligação é *unilateral*: pois não há relação de interdependência, só o contrato derivado está subordinado ao contrato principal; *funcional*: o destino dos dois contratos está ligado, seja na fase de formação como no desenvolvimento das relações, polarizadas a uma finalidade econômica comum.

A outro lado, poderá do contrato principal constar cláusula de vedação de subcontratação. O contrato derivado é incompatível tanto com as obrigações *intuitu personae* por natureza (*v.g.*, encomenda de letra de música a certo compositor), como por convenção, tal e qual nos casos de proibição de substabelecimento pelo mandatário.

Em outras hipóteses, a parte integrante do contrato principal não proíbe a subcontratação, porém, mediante cláusula expressa, exige que o contrato derivado seja objeto de seu prévio conhecimento e aprovação. Isso é corrente nos contratos de locação. Quando não houver ciência e consentimento do locador quanto à sublocação efetivada pelo locatário, esta será imponível perante o locador. Exemplificativamente, o fiador do locatário não poderá se exonerar de sua responsabilidade como garante, haja vista que tal garantia visa justamente assegurar o cumprimento de todas as obrigações contratualmente assumidas pelo locatário afiançado, inclusive a de não sublocar o imóvel sem prévio consentimento do locador.[24]

Além da impossibilidade de subcontratação nos negócios jurídicos *intuitu personae*, inviável deles se cogitar nos contratos de execução instantânea. Se o que se

24. "STJ 1. A obrigação assumida pelo fiador não se limita ao pagamento dos aluguéis e demais encargos, estendendo-se a todas as obrigações contratualmente assumidas pelo locatário. 2. A sublocação, realizada sem o consentimento e o conhecimento do locador, em descumprimento de obrigação expressamente assumida no contrato de locação, não implica a exoneração automática da fiança" (REsp 1098238/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 15.3.2010).

deseja é a transferência das vantagens da situação jurídica do subcontratante para o subcontratado, somente se conceberá a fruição de utilidades por um terceiro em contratos de duração. É na fase de execução que se admite o ingresso do terceiro, sendo que o seu direito derivado só subsiste enquanto perdure o contrato-base. Os dois negócios coexistem.

No mesmo diapasão, impensável o recurso à contratação derivada nos negócios de garantia. O subcontrato é um contrato acessório, mas nem todo contrato acessório é uma subcontratação. Esclarece Pedro Martinez que nos contratos de garantia só se admitirá a cessão da posição contratual e, quando muito, uma sucessão subsidiária que não é subcontrato, porque lhe falta a sobreposição. Por exemplo, a subfiança não se enquadra no esquema do subcontrato, pois possui uma função diferente – aumentar a garantia do credor – sem possibilitar ao terceiro o gozo das utilidades de um contrato.[25]

O inciso II do § 1º, do art. 2.038 do Código Civil proíbe a constituição de subenfiteuse. Cuida-se de enfiteuse de 2º grau, permitindo ao enfiteuta se tornar senhorio de um terceiro, sem com isto se desligar do proprietário, que permanecia estranho a esse contrato derivado – nos moldes da sublocação. Destarte, a partir de 11 de janeiro de 2003 houve vedação legal a esta forma de subcontratação, obstaculizando-se a possibilidade de o foreiro transmitir a fruição direta do imóvel, ao manter apenas a obrigação de pagar o foro ao senhorio. Todavia, em respeito às situações jurídicas consolidadas na vigência do CC/1916, preservam-se as subenfiteuses registradas anteriormente.

5.2 Distinção entre o subcontrato e a cessão contratual

Segundo Antunes Varela, a diferença fundamental existente entre a cessão da posição contratual e o subcontrato está em que "na primeira, o cedente se demite da sua posição de contraente, entrando o cessionário para o lugar dele, ao passo que o constituinte do subcontrato mantém a sua posição contratual anterior e limita-se a constituir uma outra relação contratual, à custa daquela posição".[26]

Dessas linhas, já evidenciamos o critério distintivo. Na cessão do contrato, há uma mutação subjetiva: o cedente retira-se da relação, pois é substituído pelo cessionário. No subcontrato subsiste o vínculo primevo, pois aquele que efetuou o segundo contrato mantém-se na relação jurídica originária, adstrito às mesmas obrigações que contraiu pelo contrato-base; assim, ele tão somente concebe uma segunda obrigação. O terceiro adquire um direito novo enquanto o cessionário se

25. MARTINEZ, Pedro Romano. *O subcontrato*. Da mesma forma, o autor exclui a sub-hipoteca e o resseguro da condição de subcontratos. O primeiro é um acesso da garantia, já o resseguro, "não cria relações entre assegurado e ressegurador, isto é, ano se estabelecem entre os dois contratos as relações características do fenômeno subcontratual" (op. cit., p. 48).

26. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, II, op. cit., p. 391.

coloca na idêntica situação jurídica do cedente. A sucessão aqui é constitutiva, não translativa; inexiste substituição, mas sobreposição de sujeitos.

Outrossim, na cessão da posição contratual é indispensável o consentimento da contraparte (cedido) – mesmo que o cedente não se exonere de sua responsabilidade. Já no contrato derivado, conforme antes assinalado, a regra é a dispensa de consentimento da outra parte do contrato-base, haja vista a preservação de sua posição contratual perante o subcontratante, sem subtração de suas vantagens. Não se olvide, ainda, que o contrato derivado ostenta caráter temporário, enquanto a cessão é definitiva. Ademais, o cessionário pode opor ao cedido os meios de defesa do cedente, quando relacionados à relação contratual de origem. Contudo, de idêntica prerrogativa não goza o subcontratado, interditada a possibilidade de opor à parte do contrato-base os meios de defesa próprios do subcontratante.

Face ao exposto, aderimos ao ensinamento de Orlando Gomes: "na cessão, o vínculo contratual criado pelos contratantes originais modifica-se subjetivamente, visto que desaparece a figura do cedente, enquanto no subcontrato subsiste, criando-se outro vínculo com terceiro. Em suma, desde que se possa qualificar a operação, identificando-a ou como cessão de contrato ou como contrato derivado, não há dificuldade na determinação das respectivas consequências".[27]

ENUNCIADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cessão do Contrato – Enunciados nºs 177, 411 e 482 do STF.

27. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 170.

CAPÍTULO VII

Relatividade dos Contratos

Sumário • 1. Estipulação em favor de terceiro: 1.1 Noções gerais; 1.2 Regime jurídico; 1.3 O pacto sucessório e a estipulação em favor de terceiro – 2. Promessa de fato de terceiro – 3. Contrato com pessoa a declarar: 3.1 Noções gerais; 3.2 Regime jurídico.

"Não te esqueças que os estranhos são amigos que ainda não conheces."

(Abraham Lincoln)

1. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

1.1 Noções gerais

Na abalizada lição de Caio Mário da Silva Pereira, "dá-se o contrato em favor de terceiro quando uma pessoa (o estipulante) convenciona com outra (o promitente) uma obrigação em que a prestação será cumprida em favor de outra pessoa (o beneficiário)".[1]

A estipulação em favor de terceiro é contrato *sui generis*. Forma-se quando o estipulante (ou promissário) convenciona com o promitente a concessão de uma vantagem patrimonial em prol de um terceiro, que se constitui em beneficiário. Em outras palavras, duas pessoas celebram um negócio jurídico cujo desiderato é favorecer a situação jurídica patrimonial de um estranho ao ato de autonomia privada; este acaba por adquirir um direito próprio a esta vantagem, convertendo-se em credor do promitente.

Essa categoria contratual exige, por conseguinte, a presença de dois requisitos: a existência de um terceiro e a aquisição por este de um direito próprio a um benefício. Partes da estipulação em favor de terceiro são o promitente e o estipulante (ou promissário). Aquele se obriga a realizar a prestação. O estipulante/promissário, por sua vez, recebe a promessa e atribui, através do promitente, o direito ao terceiro. O beneficiário não é parte, pois não dá vida ao contrato nem suporta os seus efeitos. O direito do terceiro à prestação nasce imediatamente, no momento da conclusão do negócio jurídico, enquanto a sua anuência o consolida, tornando-o definitivo.

Essencial à configuração deste contrato, segundo Orlando Gomes, é a obtenção pelo beneficiário de um incremento patrimonial gratuito. A gratuidade do proveito é imprescindível, não havendo estipulação em favor de terceiro que imponha contraprestação ao beneficiário. Afinal, a estipulação não pode ser feita contra terceiro, mas em seu favor.[3]

Em monografia especialmente dedicada ao tema, Diogo Leite de Campos sugere um forte efeito centrífugo nos contratos a favor de terceiro, tão grande é a sua variedade, bem como a gama de interesses a que correspondem. Assim, o contrato a favor de terceiro implica duas ordens de relações jurídicas: a primeira envolverá direitos e obrigações para promitente e estipulante, alguns dos quais podem ser estranhos à estipulação a favor de terceiro. A segunda traduz-se num direito de crédito do beneficiário em relação ao promitente: "é a primeira que origina e modela o direito do terceiro, motivo por que se lhe dá o nome de relação de cobertura ou de provisão. Mas por detrás da relação de cobertura, justificando o direito atribuído ao terceiro, situa-se um certo interesse do promissário em outorgar a vantagem. Esta relação entre o promissário e o terceiro denomina-se relação de valuta".[4]

1. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 107.
2. CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a favor de terceiro*, op. cit., p. 7 e 8.
3. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 166.
4. CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a favor de terceiro*, op. cit., p. 21.

Não se pode negar que a estipulação em favor de terceiro é majoritariamente utilizada nos contratos de seguro, sobretudo nos seguros de vida e a favor de terceiro. No contrato de seguro de vida, a estipulação em favor de terceiro é bem evidenciada. O segurado e a seguradora convencionam o adimplemento de prêmios sucessivos que futuramente garantirão o pagamento de um valor a um beneficiário, quando da morte do segurado (art. 790, CC). A seguradora (promitente) promete pagar a terceiros indicados pelo estipulante. Neste sentido, quando dispõe o legislador que, ao tempo do sinistro, o capital estipulado não estará sujeito às dívidas do segurado nem será considerado herança (art. 794, CC), demonstra a essência da estipulação em favor do terceiro, porque o capital jamais integrou o patrimônio do *de cujus*, constituindo patrimônio afetado ao direito eventual do beneficiário.

Contudo, haveria uma subversão hermenêutica se estudássemos a matéria a partir da perspectiva monolítica do contrato de seguro. A estipulação em favor de terceiro, como visto, atua em benefício do enriquecimento de outros modelos contratuais, não apenas por servir aos ditames de justiça como por atender as mais variadas expectativas do tráfego jurídico. Ilustrativamente, A é credor de B e devedor de C da quantia de R$ 50.000,00. Se B entrega esta quantia a C, satisfaz o seu débito com A e o débito de A com C. Ou seja, mediante uma única operação jurídica, perfaz-se dupla atribuição patrimonial, tal e qual ocorreria na compensação de créditos.

Enfim, o objeto imediato do contrato pode receber diversa natureza jurídica e os mais distintos conteúdos econômicos, basta que a aquisição pelo terceiro seja de um benefício ou vantagem, que corresponda da sua parte a um interesse digno de tutela.[5] Pode ter por objeto a obtenção de um direito (real ou de crédito) ou a valorização de algo já pertencente ao beneficiário. Outrossim, pode servir à eliminação de interesses negativos, tais como a estipulação em favor de terceiro para a remissão de dívidas ou cessão de créditos. Ou seja, além de servir como modo de efetuar liberalidades, a estipulação pode visar a extinção de um débito.

Sendo certo que o beneficiário não é parte da estipulação, a sua eventual incapacidade de fato – absoluta ou relativa – não acarretará a sanção de invalidade do negócio jurídico entabulado entre promitente e estipulante. O terceiro não emite declaração de vontade no momento genético da celebração, mas apenas intervém no plano de eficácia do negócio como favorecido por direitos decorrentes da relação jurídica que lhe é externa. Aliás, nem mesmo a relativa indeterminação da pessoa do favorecido, quando da celebração do contrato, o invalida. Suficiente será a sua individualização ao tempo da aceitação e da execução da avença. Daí a viabilidade de se instituir como beneficiário uma pessoa jurídica ainda não constituída ou o próprio filho do estipulante que ainda não nasceu. Apenas a indeterminação absoluta do beneficiário invalidará o negócio jurídico.

5. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit., p. 409. Arremata o autor: "Devido ao circuito fechado que a sua estrutura descreve e às várias funções que preenche, o contrato a favor de terceiro adquire uma complexidade de efeitos, na teia própria do seu regime, que os outros contratos, por via de regra não possuem."

Se a ausência de capacidade do beneficiário é um dado a ser abstraído, o mesmo não se diga da falta de legitimação para a captação do proveito. Sendo a legitimação uma específica aptidão para a prática de determinados negócios jurídicos em razão da posição jurídica do sujeito em relação a determinada pessoa ou bem, pode-se afirmar que qualquer pessoa impedida de receber doação de A não poderá figurar como beneficiário se A ocupar a posição de estipulante. Se assim não fosse, escancaradas se encontrariam as portas para a prática de negócios fraudulentos.

A estipulação em favor de terceiro consiste em expressa derrogação do Código Civil ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais às partes e seus sucessores (quando não seja personalíssima).[6] Segundo Pontes de Miranda, "A eficácia da estipulação a favor de terceiro consiste em que o terceiro adquire o direito e a pretensão, que um dos figurantes prometeu, sem ser preciso que a prestação vá do promitente ao promissário e desse ao terceiro. A transferência é entre o patrimônio do promitente e o patrimônio do terceiro, sem qualquer intermediariedade [...]."[7]

Com efeito, o contrato em exame projeta efeitos na esfera jurídica de quem não participou de sua celebração, atribuindo um benefício a um estranho ao negócio jurídico. Essa despersonalização do vínculo é claramente percebida à medida que direitos são adquiridos pelo terceiro – com fonte no contrato –, destacando-se a pretensão própria para exigi-los, mesmo não figurando na condição de parte, algo incompatível com a parêmia *res inter alios acta*.

Assim, é acertada a localização da estipulação em favor de terceiro no estudo da teoria geral dos contratos. Não se cuida de mais um tipo contratual, tal qual a locação ou o mútuo, mas basicamente da execução de um contrato válido – nominado ou inominado –, do qual se extrai um proveito para o terceiro. Apesar de o Código Civil nomear o modelo jurídico como estipulação em favor de terceiro, o ideal seria tratá-lo como *contrato em favor de terceiro* em razão de sua natureza jurídica de contrato. Não um contrato como qualquer outro, mas diferenciado, executado de maneira peculiar, com a *solutio* em favor de um estranho à relação jurídica.[8]

O contrato a favor de terceiro não se confunde com a representação. O representante não titulariza direitos. Todos os efeitos próprios da realização do negócio jurídico representativo manifestam-se na esfera do representado, titular do negócio jurídico concluído. Nos contratos a favor de terceiro, como sabido, a produção de efeitos jurídicos recai na esfera jurídica de terceiro, não integrante da relação jurídica.

No mais, tanto na estipulação em favor de terceiro como no subcontrato se encontram vínculos que relacionam três pessoas. Porém, no subcontrato, há uma

6. Silvio Rodrigues, em esboço histórico, evidencia que "dentro do sistema romano, a estipulação em favor de terceiro é, por assim dizer, logicamente inconcebível. Com efeito, dado o caráter estritamente pessoal do vínculo obrigatório, capaz de produzir somente consequências entre as pessoas que participaram do ajuste, não é fácil imaginar a vinculação de um dos contratantes a terceiro, estranho ao negócio" (*Direito civil*, v. III, op. cit., p. 95).
7. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXVI, p. 254.
8. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 107.

dualidade de negócios jurídicos, enquanto no modelo jurídico ora estudado há apenas um contrato. Por outro lado, o beneficiário não é parte no contrato a favor de terceiro e só pode adquirir direitos; em contrapartida, o subcontraente é parte num negócio jurídico (o subcontrato) e não vê entrar na sua esfera jurídica direitos por simples efeito da vontade do promissário e do promitente; além disso, ele (subcontraente) poderá assumir obrigações.[9]

1.2 Regime jurídico

Prescreve o art. 436 do Código Civil que "o que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação". Não obstante ser a execução da prestação voltada à satisfação do interesse de um terceiro, poderá o próprio estipulante, de forma direta e imediata, exigir o seu cumprimento, afinal ele também ostenta um direito de crédito naquilo que se refere à prestação em benefício de terceiro. Não nos esqueçamos de que, antes da aquiescência do beneficiário, a prestação já era devida ao promissário. Não há razão para alijá-lo da posição de credor, com os respectivos direitos, mesmo porque o interesse que o levou a contratar só será satisfeito com a efetivação da prestação em prol do beneficiário. Pode-se mesmo afirmar que o interesse do estipulante em exigir a prestação decorre da própria causa do negócio jurídico, em sua acepção ampla, não apenas no momento genético da contratação mas em sua funcionalidade, acompanhando o negócio jurídico em toda a sua execução.[10]

---

9. MARTINEZ, Pedro Romano. *O subcontrato*. Prossegue o autor, *"é de assinalar, que* o direito derivado, diferentemente do que se passa quanto ao benefício atribuído ao terceiro, ano se adquire diretamente do contrato originário, mas sim por força de um segundo contrato (o subcontrato)" (Op. cit., p. 84).

10. STJ. **Informativo nº 0564 Período: 15 a 30 de junho de 2015. Terceira Turma. LEGITIMIDADE ATIVA DE USUÁRIO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO. O usuário de plano de saúde coletivo tem legitimidade ativa para ajuizar individualmente ação contra a operadora pretendendo discutir a validade de cláusulas contratuais, não sendo empecilho o fato de a contratação ter sido intermediada por caixa de assistência de categoria profissional.** Por seu turno, a legitimidade exigida para o exercício do direito de ação depende, em regra, da relação jurídica de direito material havida entre as partes; em outras palavras, a ação tem como condição a titularidade de um direito ou interesse juridicamente protegido. Desse modo, para se aferir a legitimidade ativa *ad causam* do **usuário** de plano de saúde **coletivo** para postular a revisão judicial das cláusulas contratuais, revela-se necessário verificar a natureza jurídica das relações estabelecidas entre os diversos atores nesse contrato: **usuários,** estipulante e operadora de plano de saúde. Para tanto, faz-se necessário buscar amparo nos institutos do seguro de vida **coletivo** (art. 801 do CC/2002). Apesar de serem contratos distintos, as relações existentes entre as diferentes figuras do plano de saúde **coletivo** são similares às havidas entre as personagens do seguro de vida em grupo. Com efeito, leciona a doutrina que a vinculação entre o segurador e o grupo segurado é da mesma natureza do seguro de vida individual, tratando-se, portanto, de estipulação em favor de terceiro. Depreende-se, assim, que o vínculo jurídico formado entre a operadora e o grupo de **usuários** caracteriza-se como uma estipulação em favor de terceiro. Por sua vez, a relação havida entre a operadora e o estipulante é similar a um contrato por conta de terceiro. Por fim, para os **usuários,** o estipulante é apenas um intermediário, um mandatário, não representando a operadora de plano de saúde. De acordo com o art. 436, parágrafo único, do CC/2002 (correspondente ao art. 1.098, parágrafo único, do CC/1916), na estipulação em favor de terceiro, tanto o estipulante (promissário) quanto o beneficiário podem exigir do promitente (ou prestador de serviço) o cumprimento da obrigação. Assim, na fase de execução contratual, o terceiro (beneficiário) passa a ser também credor do promitente. **REsp 1.510.697-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva,**

Complementando, o parágrafo único do art. 436 do Código Civil estende à referida legitimação ao "terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação". Em uma perspectiva histórica, de personalização contratual e mera eficácia *inter partes*, careceria a estipulação em favor de terceiro de viabilidade prática, pois o beneficiário da promessa não contaria com qualquer pretensão para exigir a prestação espontaneamente negada pelo promitente.

Porém, a visão hodierna da estipulação em favor de terceiro é outra. Mesmo não figurando como parte no contrato, o beneficiário se converte em titular de direito subjetivo, dotado de plena coercibilidade. O estipulante que contrata a favor de terceiro vincula o promitente, fazendo do beneficiário não apenas destinatário da prestação, posto lhe ter sido conferido o poder de constranger o promitente a efetuar a prestação.

Em reforço, se pensarmos que os princípios gerais contratuais tanto amparam estipulantes como o próprio beneficiário, se houver cláusula abusiva ou fato que onere excessivamente a situação jurídica desse ultimo, não lhe será obstaculizada pretensão revisional, com vistas a promover o equilíbrio econômico do contrato (discutir os valores e os reajustes de mensalidades), ou mesmo, de invalidação de vícios contratuais.

Nesse passo, nas estipulações em favor de terceiro, esse pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro. De fato, as relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina. Por conseguinte, na hipótese de danos decorrentes de acidente automobilístico, a vítima, na condição de terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor. Aquela será responsabilizada por força da apólice securitária e não por ter agido com culpa no acidente. Daí o significado do Enunciado nº 544, do CJF: "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."[11]

Impende advertir que da leitura conjunta do art. 436 e seu parágrafo único não se pode inferir que o estipulante e o beneficiário sejam credores solidários, a ponto de ambos poderem exigir do devedor a prestação por inteiro (art. 267, CC). Após

11. O referido enunciado corresponde a posição recente e já majoritária na doutrina de que a vítima de um acidente de trânsito pode acionar diretamente a seguradora do causador do acidente, sem necessidade de denunciação da lide, controvertendo-se tão somente sobre o litisconsórcio necessário passivo. Há, portanto, uma estipulação em favor de terceiro, que somente será determinada se ocorrer o sinistro, tendo em vista a álea presente nesse contrato.

a aquiescência do terceiro, o estipulante não será credor, em sentido técnico, mas ninguém poderá duvidar de seu direito funcionalizado ao atendimento da prestação em prol do terceiro.

A situação jurídica do beneficiário depende em grande parte das vicissitudes da relação jurídica entre promitente e estipulante. Via do exposto, não causa espécie cogitar da possibilidade de o promitente agitar exceções substanciais como defesas indiretas de mérito em face da pretensão de recebimento da prestação pelo beneficiário. Exemplificando, poderá o promitente alegar a *exceptio non adimpleti contractus* quando o estipulante não houver cumprido a sua prestação. Em sentido diverso, o próprio estipulante poderá alegar o descumprimento de encargo imposto ao beneficiário. Com efeito, a inserção deste elemento acidental no negócio jurídico não elimina a natureza gratuita do contrato. Por mais gravoso que seja, o encargo não se confunde com a contraprestação, típica dos contratos sinalagmáticos, pois não traduz um correspectivo da liberalidade.[12]

O art. 436 do Código Civil não se aprofunda no exame das especificidades que envolvem o cumprimento da prestação em favor do terceiro diante da recusa do cumprimento pelo promitente. Perfeitamente cabível seria a recepção do conteúdo do art. 449 do Código Civil de Portugal: "São oponíveis ao terceiro, por parte do promitente, todos os meios de defesa derivados do contrato, mas não aqueles que advenham de outra relação entre promitente e promissário". O dispositivo é autoexplicativo: o promitente é livre para excepcionar o pagamento por descumprimento de contraprestação pelo estipulante ou alegação de invalidade do negócio jurídico entre eles celebrado, mas não lhe é permitido recusar a prestação ao terceiro por titularizar crédito contra o estipulante decorrente de outra relação jurídica.

No mais, o parágrafo único do art. 436 bem estabelece a distinção entre o *schuld* (débito) e o *haftung* (responsabilidade). O beneficiário é credor de uma prestação e poderá constranger o devedor ao seu cumprimento. Nada obstante, indaga-se: será possível uma estipulação cujo conteúdo seja unicamente dotar o terceiro da titularidade de uma pretensão alheia à qualquer prestação a seu favor? Tepedino, Barboza e Moraes respondem positivamente, exemplificando por meio de "um acordo de acionista que disponha sobre voto. Neste caso, o terceiro não é propriamente o destinatário da prestação, mas, por força de uma estipulação em seu favor, passou a ter legitimidade para exigir o cumprimento de um acordo do qual não é parte. A situação é anômala, mas nem por isso parece ser incompatível com a disciplina da estipulação em favor de terceiro".[13]

12. Com Zeno Veloso, trata-se o encargo de "ônus imposto ao negócio jurídico gratuito, de uma moderação à liberalidade. Assim o encargo grava, onera, pesa, tempera, limita, quase sempre diminui e restringe o benefício. O beneficiário, no final das contas, recebe menos do que receberia se o negócio fosse puro e simples, mas lucra mais do que lucraria se o negócio fosse oneroso, com prestações recíprocas" (*Termo, condição e encargo*, op. cit., p. 105).

13. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 53.

Estatui o art. 437 do Código Civil que "Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor".

A norma consubstancia redação nebulosa. O que se perscruta é a possibilidade de o estipulante revogar o contrato em favor de terceiro. Ninguém duvida que antes da aceitação é livre a revogação da estipulação, afinal o possível beneficiário não sofrerá qualquer prejuízo com a resilição unilateral do pacto. Todavia, após a aceitação do terceiro, a regra geral será a da irrevogabilidade da estipulação em favor de terceiro. Ao estipulante será vedado o exercício do direito potestativo desconstitutivo da estipulação, tendo o terceiro legitimidade para exercer a pretensão ao crédito.

Contudo, o art. 437 é norma de natureza dispositiva. É lícito ao estipulante acrescer ao contrato cláusula de reserva de substituição do terceiro designado no contrato (art. 438, CC). Neste caso, torna-se a estipulação revogável. Ao aceitar a vantagem, o beneficiário a consolida em seu patrimônio na exata forma pela qual estipulante e promitente pactuaram. Não cabe aceitação parcial ou sob condição. Ora, se o contrato consagra a faculdade de substituição, o ato jurídico de ratificação pelo terceiro implica a aquiescência a todo o programa negocial, inclusive a possibilidade de ser exonerado de posição jurídica. O beneficiário adquiriu o direito subjetivo e a respectiva pretensão, mas se encontra em situação passiva de sujeição, haja vista a opção contratual do estipulante de unilateralmente submetê-lo à privação do direito.

Cumpre aqui efetuar uma distinção. Se o promitente se obriga perante o promissário a realizar uma prestação a um terceiro, sem que este possa exigir o seu cumprimento em nome próprio, já não mais cogitaremos de uma estipulação a favor de terceiro, mas de um *contrato a favor de terceiro impróprio*. Neste caso, o único credor será o estipulante, não o terceiro. Diante do descumprimento, apenas o estipulante será indenizado.[14]

É possível traçar um paralelo entre o art. 437 e o art. 553, ambos do Código Civil. A autonomia privada permite que alguém estipule uma doação com imposição de encargo ao donatário. Quando o beneficiário do encargo for um estranho ao contrato de doação, não se pode negar a estipulação em favor de terceiro. Imagine-se a doação de um imóvel em favor de uma pessoa, sendo a liberalidade constrita pelo encargo do donatário prestar alimentos mensais em prol do terceiro. Este não poderá revogar o ato em caso de descumprimento – pois não participou da doação –, mas nada impede que pleiteie a execução do encargo em caso de mora do devedor, seja a obrigação de dar ou de fazer, conforme o exposto na parte final do art. 562, do Código Civil.

Em conformidade com o parágrafo único do art. 438, prevendo o contrato a reserva de substituição, ao deliberar por fazê-la poderá o estipulante instrumentalizar

14. CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a favor de terceiro*, op. cit., p. 44.

a exclusão do beneficiário por ato *inter vivos* – aditivo contratual – ou *causa mortis* (testamento). Exercitará o direito potestativo de substituir o terceiro por outra pessoa, sem que tenha para tanto que efetuar qualquer justificativa.

Eventualmente a faculdade de o estipulante alterar o beneficiário será da própria essência do contrato, tornando-se a revogabilidade a regra geral. Aliás, para os seguros de vida, o art. 791 é explícito ao afirmar a licitude da substituição do beneficiário por exclusiva discricionariedade do estipulante, por ato *inter vivos* ou de última vontade, desde que não tenha o estipulante renunciado a esta faculdade ou o seguro não tenha como causa declarada a garantia de uma obrigação.

Interessante aplicação prática do dispositivo poderá ser vislumbrada em contratos de depósito. Este negócio jurídico em princípio serve apenas aos interesses de depositante e depositário, porém é viável que a coisa seja depositada no interesse de terceiro (art. 632, CC). Incidirá uma autêntica estipulação em favor de terceiro, pois o depositário efetuará a entrega do bem àquela pessoa designada pelo depositante. Nesta hipótese, o depositante poderá substituir a pessoa do terceiro, utilizando-se da norma em comento.

1.3 O pacto sucessório e a estipulação em favor de terceiro

Dispõe o art. 426 do Código Civil que "não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva". A única maneira de se operar a transmissão de todo um patrimônio é o negócio jurídico unilateral *mortis causa* do testamento. Em qualquer de suas modalidades ordinárias (1.632/1.649) ou especiais (1.656/1.663), requer o ato de vontade do testador e demais solenidades para afirmar a sua validade, sendo que a eficácia do negócio jurídico é condicionada ao evento morte. O direito pátrio veda qualquer espécie de contrato sucessório, sem exceções.

Por se tratar de negócio unilateral, o testamento poderá ser revogado a qualquer tempo, prevalecendo as derradeiras disposições do testador.

Todavia, é inválido o contrato de herança de pessoa viva, seja ele estipulado pela pessoa de cuja herança se trata, ou por duas pessoas alheias ao *de cujus*. Conhecido como *pacto sucessório*, é negócio jurídico bilateral, efetivado com a integração do consentimento dos herdeiros e/ou legatários. Assim, haveria dois fortes motivos para nulificar o pacto:

Primeiro: sobejaria desnaturada a revogabilidade das disposições de última vontade, pois ao contratante seria vedada a resilição unilateral do pacto, privando uma pessoa da natural liberdade de regular a sua própria sucessão.

Segundo: a vedação da sucessão contratual também é de ordem moral. A formalização de um contrato de tal natureza é conhecida como *"pacto corvina"*, pois gera clima de expectativa de óbito entre os herdeiros, que, como corvos, aguardam

por este momento. É flagrante a nulidade do ato pela ilicitude do objeto, pois a prestação atenta contra a ordem pública (art. 166, II, CC).

Contudo, o ordenamento jurídico permite a partilha em vida pelo ascendente, por ato entre vivos (art. 2.018, CC), desde que o doador estipule direito real de usufruto sobre renda suficiente para a sua subsistência (art. 548, CC). Aqui a hipótese é diversa. Há uma transferência antecipada de patrimônio que dispensa o futuro inventário. A divisão patrimonial produz efeitos imediatos sob a forma de escritura de doação, respeitando as legítimas dos herdeiros necessários.

A vedação ao pacto sucessório não impede que alguém realize liberalidades em vida com bens integrantes de seu patrimônio. Tratando-se de disposições em prol de descendentes e cônjuge, qualquer valor porventura doado será considerado como adiantamento de legítima, sujeito à colação ao tempo do óbito. A conferência é indispensável para a reposição da igualdade das legítimas (art. 544 c/c 2.003, CC). Caso a liberalidade seja efetuada em favor de outros beneficiários, haverá a redução das doações que se revelem inoficiosas (art. 549, CC).

Em face da proibição dos pactos sucessórios, seria válida a estipulação em favor de terceiro que admita a outorga de vantagem após a morte do estipulante, prevendo ainda que desde logo renuncie ele ao direito de revogar a estipulação? Essa atribuição será considerada uma disposição testamentária ou um contrato em que a morte aparece unicamente como um termo?

No entendimento de Diogo Leite de Campos, na estipulação a favor de terceiros *mortis causa*, pela própria natureza da atribuição, é insita a revogabilidade até o momento da morte do estipulante. Nesse caso, a situação do terceiro é de mera expectativa, tal qual a de quem foi designado como sucessor testamentário. Mas, se o promissário renunciar ao poder de revogação, consolida-se o benefício na esfera do terceiro, transformando-se em um direito eventual. Ou seja, o direito será adquirido pelo terceiro, independentemente de aceitação, embora o momento desta aquisição seja diferido no tempo. Contudo, não se pode excluir que o negócio jurídico se qualifique como *inter vivos* – com a prestação *post mortem* –, e a morte do estipulante seja vista como um termo a que se subordinam os efeitos de execução do negócio. Nesse caso, o direito ingressa desde logo no patrimônio do beneficiário, mas em estado potencial, o que implica reconhecer que a prestação será cumprida em favor dos herdeiros de terceiro, caso ele venha a falecer antes do estipulante.[15]

De acordo com o art. 791 do Código Civil, "se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade". Assim, enquanto não ocorre o sinistro, o beneficiário conta com simples expectativa de direito, podendo ser imotivadamente substituído a qualquer tempo – até a

15. CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a favor de terceiro*, op. cit., p. 134-136.

verificação do óbito do estipulante –, sem que o segurador (promitente) possa opor qualquer objeção. Todavia, o Código Civil reputa esta faculdade do estipulante como passível de renúncia. Com foco no mesmo dispositivo, outra hipótese de vedação de substituição se dá quando a instituição do beneficiário tem como causa a garantia de uma obrigação; basta cogitar na pessoa que realiza seguro de vida para privilegiar o credor, explicitando ser este o fundamento para a contratação. Como sequer se trata de liberalidade, inexiste razão para se outorgar ao promissário o direito potestativo de alterar a pessoa do beneficiário.[16]

2. PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO

Na lição de Maria Helena Diniz, "o contrato produzirá efeitos em relação a terceiro se uma pessoa se comprometer com outra a obter prestação de fato de um terceiro não participante dele, caso em que se configura o contrato por terceiro (promessa de fato de terceiro)".[17] O promitente assumirá uma obrigação perante o promissário consistente em obter a manifestação de vontade do terceiro, que prestará algo em seu favor.

No CC de 1916 a promessa de fato de terceiro se localizava no Título II do Livro das Obrigações, na parte dedicada ao estudo dos "efeitos das obrigações". A nova topografia – parte geral dos contratos – lhe é favorável.

Ao contrário da estipulação em favor de terceiro, a promessa de fato de terceiro não constitui exceção ao princípio da relatividade contratual entre as partes. Aqui, uma pessoa promete a outra que conseguirá o consentimento de um terceiro em realizar uma prestação em seu favor. O promitente é um garantidor do fato alheio, mas promete um fato próprio, qual seja uma obrigação de fazer consistente na obtenção da aquiescência do terceiro. Quer dizer, quem verdadeiramente se obriga é o promitente e não o terceiro. Este apenas se vinculará perante o promissário quando der o seu assentimento.

Não se trata de mutação subjetiva da obrigação. Vê-se aqui uma dualidade de obrigações sucessivas assumidas perante o promissário: (a) o promitente possui obrigação

16. STJ. "Ação de anulação de nomeação de beneficiário de contrato de seguro de vida fundada em descumprimento de acordo de separação homologado judicialmente em que o segurado se obrigou a indicar como beneficiários outras pessoas (filhos do primeiro casamento). No contrato de seguro de vida há uma espécie de estipulação em favor de terceiro, visto que a nomeação do beneficiário é, a princípio, livre, podendo o segurado promover a substituição a qualquer tempo, mesmo em ato de última vontade, até a ocorrência do sinistro, a menos que a indicação esteja atrelada à garantia de alguma obrigação (art. 791 do CC/2002). Se a indicação do beneficiário não for a título gratuito, deverá ele permanecer o mesmo durante toda a vigência do contrato de seguro de vida, pois não é detentor de mera expectativa de direito, mas, sim, possuidor do direito condicional de receber o capital contratado, que se concretizará sobrevindo a morte do segurado. Todavia, se a obrigação garantida for satisfeita antes de ocorrido o sinistro, esse direito desaparecerá, tornando insubsistente a indicação. É nula a alteração de beneficiário em contrato de seguro de vida feita por segurado que se obrigou, em acordo de separação homologado judicialmente, a indicar a prole do primeiro casamento, não tendo desaparecido a causa da garantia" (REsp 1197476/BA, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3-T, *DJe* 10.10.2014).

17. DINIZ, Maria Helena. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, op. cit., p. 118.

própria – atrair o consentimento de terceiro. Enquanto isto não sucede, o vínculo jurídico se circunscreve a promitente e promissário, podendo a relação obrigacional ser alterada ou desconstituída; (b) a obrigação eventualmente aceita pelo terceiro será de outra natureza. No momento em que empresta o consentimento, o terceiro inicia uma relação jurídica com o promissário. Nesse instante, o promitente se desligará da obrigação, pois obteve êxito em sua prestação: trazer a adesão do terceiro.

Exemplificando, A promete a B que granjeará o assentimento do artista C com vistas à realização de um show empresariado por B. Caso reste infrutífera a promessa, a reparação será prestada por A – que prometeu fato próprio –, porque o terceiro C não poderá ser constrangido a manifestar a sua vontade. Não é outra a letra do art. 439 do Código Civil: "Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos quando este o não executar."[18]

É objetiva a responsabilidade do promitente pelo insucesso na vinculação do terceiro à obrigação prometida ao promissário. Indiferente saber se usou de toda a diligência para obter o seu *"aval"*, tratando-se de obrigação de resultado. Quer dizer, se garante o próprio resultado de sua atividade, deverá indenizar quando o terceiro não anuir à assunção da obrigação. Certamente lhe socorrerá a demonstração do fortuito, qualificado como fato externo e inevitável, hábil a frustrar o resultado. Exemplificando, o terceiro falece antes de ser consultado sobre o fato. Esclarece Caio Mário da Silva Pereira que, se por um lado, o promitente se exonera quando a prestação do terceiro não se realiza por impossibilidade ou iliceidade, o mesmo não se diga em razão da incapacidade do terceiro, "pois nada impede que se obrigue pelo fato de um menor ou de um interdito, e até de pessoa futura, como é o caso, aliás frequente, de quem assume o compromisso de obter o acordo de uma sociedade em vias de constituição".[19]

Nada obstante, com base na autonomia privada, é factível a derrogação da presunção relativa de obrigação de resultado pela pactuação da obrigação de meios, pela qual o promitente se obrigará somente a envidar todos os esforços para a materialização da adesão do terceiro. Provando-se então a sua diligência e o emprego dos meios adequados para arregimentar a manifestação de vontade do terceiro, mesmo fracassando, inexistirá obrigação de indenizar.

Poder-se-ia indagar se, diante da recusa do consentimento pelo terceiro, viável seria a exoneração do promitente pelo cumprimento da prestação inicialmente destinada ao

18. STJ. "DIREITO CIVIL. SHOPPING CENTER. INSTALAÇÃO DE LOJA. PROPAGANDA DO EMPREENDIMENTO QUE INDICAVA A PRESENÇA DE TRÊS LOJAS-ÂNCORAS. DESCUMPRIMENTO DESSE COMPROMISSO. PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO. A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento" (REsp 1259210/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3-T, *DJe* 7.8.2012).

19. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 117.

terceiro. Cremos que a resposta é negativa quanto à substituição da tutela genérica pela tutela específica da obrigação. O objeto da promessa não é o fato que seria executado pelo terceiro, mas simplesmente a captação de sua adesão. Frustrada a obrigação de fazer, em razão de sua infungibilidade, sobejam as perdas e os danos.[20] Excepcionalmente, promitente e promissário são livres para estipular obrigação alternativa de fazer (art. 252, CC) consistente no adimplemento perante prestação própria ou de terceiro. Não se exclua, pois possível, uma obrigação facultativa, na qual o promitente terá a faculdade de substituir o cumprimento de terceiro pela prestação pessoal.

Contudo, há uma exceção à responsabilização do promitente. Explicita o inovador parágrafo único do art. 439, que, se o terceiro for o cônjuge do promitente, a recusa da outorga marital ou uxória do ato praticado (*v.g.*, contratos translativos de propriedade imobiliária em regime diverso da separação de bens) não poderá gerar indenização quando o ato recusado for daqueles que comprometam o patrimônio do casal. Ao se negar a eficácia desta promessa de fato de terceiro, objetivou o legislador acautelar um cônjuge frente aos arroubos de outro. Com efeito, se este raciocínio não fosse adotado, o outro cônjuge (terceiro) culminaria por responder pelo inadimplemento, mesmo que não tenha consentido com o negócio jurídico do cônjuge promitente.

Nunca se esqueça de que uma regra não possui o condão de tudo prever. Daí o apelo às cláusulas gerais. Especificamente, se o cônjuge de antemão tem a ciência de que o outro cônjuge jamais concederia a outorga daquele ato jurídico, mas insiste em prometer a sua aquiescência à contraparte, poderá ser responsabilizado pela quebra do dever anexo de cooperação, corolário lógico do princípio da boa-fé objetiva, extraído do art. 422 do Código Civil.

---

20. STJ – Informativo nº 444, **27**.8.2010: "A confederação que engloba os times de certa atividade desportiva firmou contrato com a empresa de televisão a cabo, pelo qual lhe cedia, com exclusividade, os direitos de transmissão ao vivo dos jogos em todo o território nacional, referentes a determinada temporada. Sucede que 16 times, em conjunto com a associação que formaram, e outra empresa de televisão também firmaram contratos com o mesmo objetivo. Daí a interposição dos recursos especiais. Pela análise do contexto, conclui-se que, apesar de figurar no primeiro contrato como cedente e detentora dos direitos em questão, a confederação firmou, em verdade, promessa de fato de terceiro: a prestação de fato a ser cumprido por outra pessoa (no caso, os times), cabendo ao devedor (confederação) obter a anuência dela quanto a isso, tratando-se, pois, de uma obrigação de resultado. Pela lei vigente à época (art. 24 da Lei n. 8.672/1993), somente os times detinham o direito de autorizar a transmissão de seus jogos. Assim, visto que a confederação não detém o direito de transmissão, cumpriria a ela obter a anuência dos times ao contrato que firmou, obrigação que constava de cláusula contratual expressa. O esvaziamento desse intento, tal como atesta notificação posta nos autos realizada pela própria confederação, de que não conseguiu a anuência dos clubes, enseja a resolução (extinção) desse contrato e sua responsabilização por perdas e danos (art 439 do CC/2002). Contudo, não se fala em nulidade ou ineficácia, pois, houve, sim, a inexecução (inadimplemento) de contrato válido, tal como concluiu o tribunal a quo. Tampouco há falar em responsabilidade solidária dos times porque, em relação ao contrato firmado pela confederação, são terceiros estranhos à relação jurídica, pois só se vincularam a ele se cumprida a aludida obrigação que incumbia ao promitente, o que, como dito, não se realizou. Já a associação, mesmo que tenha anuído a esse contrato, não pode ser responsabilizada juntamente com a confederação: não há previsão contratual nesse sentido e pesa o fato de que a obrigação de obter a aceitação incumbia apenas à confederação, quanto mais se a execução dependia unicamente dos times, que têm personalidades jurídicas distintas da associação que participam e são os verdadeiros titulares do direito. Com esse e outros fundamentos, a Turma negou provimento aos especiais" (REsp 249.008-RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)).

Preceitua o art. 440 do Código Civil que "nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de ter se obrigado, faltar à prestação". Em princípio, o terceiro é um estranho à relação obrigacional, pois a obtenção de seu assentimento é somente o objeto da prestação do promitente. Todavia, se o terceiro aquiescer ao cumprimento da obrigação, mediante o ato de ratificação, exonera o promitente de qualquer responsabilidade por eventual inadimplemento daquele. De fato, com a manifestação de vontade do terceiro, resta cumprida a obrigação de resultado do promitente.

Neste momento se clarifica a distinção entre *garantia do resultado* (promessa de fato de terceiro) e *obrigação de garantia* (fiança). O fiador contrata uma obrigação acessória à do devedor; o promitente assume a obrigação principal e se desliga com a anuência do terceiro. A obrigação de garantia possui idêntico conteúdo à obrigação principal (*v.g.*, o fiador na locação é responsável pelo aluguel), na promessa de fato de terceiro o promitente será responsabilizado pelo equivalente pecuniário ao assentimento negado pelo terceiro, mas não será constrangido a executar o fato que era destinado ao terceiro.

O único caso em que a vinculação do terceiro não elide a responsabilidade do promitente será aquele em que o terceiro assuma o contrato com cláusula de solidariedade – *v.g.*, tornando-se fiador do terceiro –, podendo assim o credor agir tanto em face do promitente como do terceiro. Nessas hipóteses, o compromisso assumido pelo promitente abrangerá também o cumprimento de terceiro, e o promitente só se terá por desobrigado quando aquele adimplir em favor do promissário.

De todo o exposto, é imperativo perceber que o promitente não age em nome e no interesse de terceiro. Abominaria ao ordenamento jurídico sujeitar contratualmente os terceiros a obrigações.[21] Lembre-se: o terceiro, em sentido técnico, é estranho ao contrato. Ninguém pode, portanto, vincular um terceiro a uma prestação. Mas qualquer um pode obrigar-se a si mesmo e não vincular o terceiro, ao prometer a prestação deste: obriga-se a obter o consentimento deste.[22]

Na promessa de fato de terceiro, alguém se compromete a conseguir que terceiro consinta em efetuar uma prestação ao outro contratante. No contrato a favor de terceiro, é o promitente que se obriga a realizar a prestação ou proporcionar vantagem a terceiro. Aqui se atribuem benefícios a um terceiro; lá sujeitam-no a obrigações. Em comum aos dois modelos jurídicos, o terceiro não se torna parte no contrato.

21. Silvio Rodrigues explica que "ninguém pode vincular terceiro a uma obrigação. A pessoa só se torna devedora de uma obrigação ou por manifestação de sua própria vontade, ou por força da lei, ou em decorrência de ato ilícito por ela praticado. Por conseguinte, se alguém promete ato de terceiro, este não se obriga, a menos que dê sua anuência à proposta" (*Direito civil*, v. III, op. cit., p. 101).

22. CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a favor de terceiro*, op. cit., p. 48.

3. CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR

3.1 Noções gerais

De acordo com Antunes Varela, o contrato com pessoa a declarar (ou nomear) é *aquele em que uma das partes se reserva a faculdade de designar uma outra pessoa que assuma a sua posição na relação contratual, como se o contrato fosse celebrado com esta última.*[23]

O Código Civil de 2002 cuidou da matéria de forma inovadora na legislação pátria, nos arts. 467 a 471. A Seção IX do Capítulo I da Teoria Geral dos Contratos inaugura o estudo deste modelo jurídico dispondo 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".

Pela cláusula *electio amici* ou *pro amico electo* (para pessoa a nomear) uma das partes originárias do negócio jurídico (estipulante) pactua a sua eventual substituição, reservando para si a futura indicação do nome, comprometendo-se a outra parte (promitente) a reconhecer o *amicus* (indicado) como parceiro contratual. Quando da celebração, o negócio jurídico válido já produzirá os seus normais efeitos entre estipulante e promitente. Caso ao tempo da escolha seja o estipulante substituído pelo terceiro, o eleito assumirá a posição de contratante em face do promitente, compreendendo as posições jurídicas ativa e passiva do estipulante, em caráter *ex tunc*, como se este jamais houvesse integrado a avença.

Assim, o núcleo do contrato com pessoa a declarar é a *electio*. Ato unilateral e receptício – posterior à reserva quanto à futura indicação do terceiro, com a aceitação do promitente e – dando azo ao ingresso do indicado, com eficácia retroativa e completo desaparecimento da pessoa do estipulante, que podemos compreender de forma abrangente este interessante modelo jurídico, pioneiramente delineado pela forma que aqui conhecemos no Código Civil Italiano de 1942.[24]

O objetivo do legislador, ao inovar no tratamento da matéria, consistiu justamente em mitigar o princípio da relatividade contratual, demonstrando que o tráfego jurídico contemporâneo requer a circulação das obrigações e a celeridade na conclusão de negócios jurídicos. Apesar de o contrato produzir inicialmente efeitos *inter partes*, o direito potestativo do contratante de nomear sucessivamente um terceiro ameniza o apego à personalização dos contratos face à inevitável necessidade de dinamismo na movimentação de créditos, sem, contudo, causar abalos à segurança jurídica no trânsito das situações creditícias.

De fato, há inequívoco interesse prático na realização do contrato com pessoa a declarar. A grande área de incidência desta figura contratual é a compra e venda,

23. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit. p. 429.

24. Busca-se na Idade Média a origem do instituto, sendo figura estranha ao personalista direito romano, infenso a todas as possibilidades de ampliação subjetiva das relações de crédito.

fundamentalmente por motivos que impelem um dos contratantes a manter reserva sobre sua identidade por certo período. Assim, o modelo jurídico poderá surgir quando alguém designa um intermediário, que contrata em seu próprio nome, reservando-se este a indicar aquele posteriormente, seja para evitar especulação sobre o valor do bem, ou por outras razões pessoais de caráter circunstancial. Igualmente, haverá vantagem para o promitente comprador que adquire o bem desejando rapidamente revendê-lo, pois poderá especular sobre o seu preço e encontrar um novo adquirente, assim como a agência de automóveis que deseja retransmitir o carro usado que adquiriu do particular.

Apesar da ênfase na compra e venda, o contrato com pessoa a declarar é uma figura contratual abstrata, aplicável a outros tipos negociais. Assim, sendo o contrato oneroso, despido de caráter *intuitu personae* e admitindo a representação convencional, não há razão para repudiar a incidência nele do esquema negocial do contrato para pessoa a declarar.[25]

Nesse sentido de maior amplitude, exemplifique-se com A, que possui mandato de uma ou várias pessoas para realizar certos negócios, mas não sabe se, ao mandante (ou a alguns deles), convirá o contrato que lhe é proposto e que ele, em último termo, está na disposição de tomar sobre si.[26]

Com efeito, nem todos os contratos admitem esta reserva. O contrato com pessoa a declarar é incompatível com as relações obrigacionais personalíssimas – por sua própria essência ou pela própria determinação das partes – por insubstituível a pessoa de um dos contratantes. Exemplificando, em um contrato de doação, a determinação do donatário é imediata, assim como, nos negócios jurídicos de direito de família, é patente a infungibilidade dos partícipes.

Após dissertar sobre as diversas teorias que tendem a justificar a natureza jurídica deste modelo negocial, Luiz Roldão de Freitas Gomes opta pela *teoria da condição*, "que vê no contrato entre o promitente e o estipulante uma subordinação àquela modalidade de negócio jurídico, de caráter resolutivo da aquisição do último mediante a *electio*, evento cuja verificação importa, ao mesmo tempo, na aquisição do *electus*, que se encontrava suspensa, na dependência de seu implemento".[27]

Também vislumbramos nesta teoria o melhor suporte para o contrato com pessoa a declarar. Como elemento acidental do negócio jurídico, a condição emana de um ato de autonomia privada em negócios jurídicos patrimoniais. Quando particularizada na figura do contrato com pessoa a declarar, amplia a sua abrangência, assumindo protagonismo nos momentos genético e funcional da relação jurídica por sua dupla face, resolutiva e suspensiva: *a condição resolutiva* bem explica a eficácia imediata da avença entre as partes originárias no período de pendência que antecede à indicação da pessoa designada no contrato (art. 127, CC). A seu turno, a conflagração da

25. FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. *Contrato com pessoa a declarar*, op. cit., p. 265.
26. Exemplo retirado da obra de ANTUNES VARELA, João Matos. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit. p. 428.
27. FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. *Contrato com pessoa a declarar*, op. cit., p. 267.

condição suspensiva evidencia a aquisição, pelo terceiro indicado, da situação jurídica patrimonial do estipulante em caráter retroativo, o que implica a resolução dos atos transmissivos por este praticados no período intermediário entre a contratação e a nomeação (art. 126, CC). Aliás, como a condição – elemento acidental do negócio jurídico – atua na esfera da eficácia e não na da validade, a recusa da aceitação pelo terceiro não comprometerá o negócio jurídico.

O contrato com pessoa a declarar tangencia a estipulação em favor de terceiro (arts. 436/438, CC), à medida que em ambos há uma relativização dos efeitos contratuais. Nada obstante, no contrato a favor de terceiro, o negócio jurídico bilateral é restrito às pessoas do estipulante e do promitente, mantendo-se o beneficiário alheio à convenção, mesmo depois de sua adesão. Ele apenas adquire direito a um crédito e a sua respectiva pretensão. Já no contrato com pessoa a declarar, a partir do momento de sua aceitação, a pessoa nomeada adquire retroativamente a posição contratual de parte, em substituição a um dos contraentes (direitos e obrigações), como se este nunca houvesse existido (art. 469, CC).[28]

O contrato com pessoa a declarar também não se confunde com a representação, pois nesta a eficácia do negócio jurídico representativo se manifesta direta e imediatamente na esfera do representado. Todavia, na contratação com pessoa a declarar, enquanto o titular não exercita a faculdade que lhe é reservada, repercutem os efeitos jurídicos em sua esfera pessoal. No caso de não se verificar a nomeação, o contrato considera-se feito em nome próprio.[29]

3.2 Regime jurídico

Preceitua o art. 468 do Código Civil que "Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado", sendo seu parágrafo único: "A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato."

Além da indispensável capacidade e da legitimação das partes ao tempo da contratação, a *electio amici* demanda certos requisitos de validade e eficácia: (a) a *electio* será pura e simples, sem possibilidade de submissão a termo ou a condição, de modo que o terceiro integre o contrato com igual situação jurídica à do contratante primitivo; (b) a reserva da faculdade de escolha deve constar expressamente de cláusula contratual, sob pena de o negócio jurídico ser comum e restrito às partes, o que só permitirá um futuro trespasse da posição contratual pelo instituto

28. Ou como evidencia Diogo Leite de Campos, "No contrato a favor de terceiro a obrigação assumida pelo promitente em benefício do terceiro radica-se sempre neste mesmo contrato entre estipulante e promitente. No contrato para pessoa a nomear a obrigação do promitente para com o nomeado tem a sua causa num negócio cujas partes (em sentido substancial) são o promitente e o 'electus'" (*Contrato a favor de terceiro*, op. cit., p. 68).

29. MAIA JR., Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*, op. cit., p. 58.

da cessão; (c) a escolha e a aceitação do terceiro serão efetivadas e comunicadas à outra parte no prazo estipulado no contrato ou, na ausência de termo convencional, no decurso de cinco dias.

O artigo em comento cuida da *electio* como o ato em que é designada a pessoa nomeada em conformidade com a reserva constante do contrato. O poder do contratante de eleger o terceiro é verdadeiro direito potestativo formativo, pois através de uma declaração de vontade, o estipulante unilateralmente produzirá uma modificação jurídica consistente na criação de uma nova relação jurídica – entre o terceiro e a contraparte – e na desconstituição da relação originária. Por isto que a cláusula que constará da relação jurídica inicial ostentará os seguintes dizeres: "para si ou pessoa a nomear".

Parece-nos impraticável uma escolha sucessiva, seja pelo contratante, como pelo próprio *electus*. A aceitação é pura e simples, o que torna uma segunda escolha incompatível com os objetivos do contrato. Em sentido diverso, é perfeitamente plausível a nomeação de várias pessoas em substituição ao estipulante, sendo o direito transmitido de natureza divisível. Hipoteticamente, a situação jurídica de A será fracionada entre B, C e D. Em sentido complementar, poderá o contrato prever que a escolha não será realizada pelo estipulante, mas sim por pessoa por ele já designada no contrato. Trata-se da *electio per relationem*. O estipulante A remete a escolha a B com aceitação do promitente C. De qualquer forma, haverá a reserva quanto à identidade do eleito, até que B realize a indicação.

O aspecto mais interessante da regra do art. 468 consiste no curtíssimo prazo de cinco dias para a nomeação do terceiro, contados da celebração do contrato. Cuida-se de prazo legal supletivo, passível de superação por convenção expressa das partes. A questão que se abre é a seguinte: qual seria o prazo máximo aceitável de estipulação convencional? Por certo haverá uma restrição no âmbito da autonomia privada das partes conforme as circunstâncias do caso, sob pena de se ensejar insegurança jurídica para o promitente e risco para a ordem jurídica pela indevida utilização do contrato, com pessoa a declarar como fraude à lei (art. 166, VI, CC), por lesão ao fisco decorrente da realização de uma dupla venda com apenas uma incidência tributária.

Realmente, nada impede que o contrato tenha estrutura lícita, mas seja ilícita a sua finalidade prática. Seria o caso de promessa de compra e venda entre A e B, no valor de R$ 500.000,00, com cláusula de reserva de indicação para 60 dias. Ao tempo da opção o imóvel é alienado por R$ 800.000,00. Como frisa abalizada doutrina, se o eleito se compromete a pagar ao estipulante valor substancialmente superior àquele pago por este ao promitente, é sustentável que, ao invés de um contrato com pessoa a declarar, se estará diante de uma dupla venda. Por isto, algumas legislações, como a francesa, visando fortalecer a posição do erário, determinam um termo fora do qual a nomeação do terceiro necessariamente passa a ser objeto de taxação.[30]

30. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 468.

O parágrafo único do dispositivo informa que a eficácia da aceitação é sujeita à observância da mesma forma adotada para o contrato inaugural. Assim, se o contrato com pessoa a declarar se realizou por instrumento público, a solenidade essencial será igualmente observada quando da *electio*. Com efeito, apesar de ostentar aparência de um ato posterior, complementar ao contrato, em verdade a aceitação integra a essência do negócio, formando um sentido de unidade que requer a identidade de formas. Porém, nada impede que a escolha seja realizada com solenidade mais rigorosa do que a dada para o contrato. Assim, A e B realizam compra e venda de bem móvel por instrumento particular, enquanto a aceitação de C é formalizada pela via ainda mais solene do instrumento público (o que se torna mesmo necessário quando o eleito é relativamente incapaz, assistido no ato).

O legislador andou bem ao se referir à eficácia da aceitação, pois diante da inobservância da forma, o contrato permanece válido entre as partes originárias, mas não produzirá efeitos para o *electus*.

Quando o art. 469 do Código Civil resume a eficácia da escolha à aquisição retroativa pelo *electus* dos direitos e obrigações decorrentes do contrato, dessume-se que a escolha e a aceitação do terceiro implicam duas ordens de efeitos: (a) cancela o negócio jurídico originário celebrado entre as partes; (b) constitui uma nova relação contratual – agora entre um dos contratantes e o *electus* –, substituindo completamente a primeira contratação, que desaparece como se nunca houvesse se aperfeiçoado. Destarte, a nomeação produz efeitos retroativos, pois o designante se retira sem deixar pistas.

É imperativo o registro do contrato no ofício imobiliário em nome do estipulante, com a cláusula de reserva quanto à indicação de um eleito, a fim de que terceiros que pretendam praticar negócios jurídicos com o estipulante tenham ciência de que a nomeação do *electus* (igualmente objeto de registro) acarretará a desconstituição dos atos de alienação ou oneração eventualmente praticados pelo estipulante. Os negócios jurídicos concluídos entre o estipulante e terceiros no período de pendência são válidos e eficazes. O estipulante é proprietário resolúvel até o momento da *electio* e da sua aceitação. Tecnicamente, após a aceitação haverá a ineficácia de tais atos perante o indicado. Esta é a construção desejável para a compreensão da parte final do art. 469 do Código Civil.[31]

No mais, todas essas particularidades indicam a fundamental distinção entre o contrato com pessoa a declarar e a cessão do contrato. Em comum a ambos, o nomeado adquire os direitos e obrigações decorrentes do contrato. Porém, no modelo em estudo, havendo a aceitação do terceiro, a circulação da obrigação se verifica ao tempo da gênese do contrato, como se desde o seu nascimento a relação já tivesse sido estabelecida entre

31. "Apesar de a tradição consistir no modo de transferência de titularidade de bens móveis, a extinção dos atos praticados pelo estipulante, antes da escolha e da aceitação, demanda a configuração da cláusula de aquisição para si ou pessoa a nomear e o registro no Cartório de Títulos e Documentos para surtir efeitos perante terceiros" (art. 129, nº 5, Lei nº 6.015/73).

o contratante e o *electus*, sem qualquer relação com o nomeante. Já a cessão do contrato é uma modalidade de transmissão da obrigação, produzida no momento intermediário entre o nascimento e a extinção da relação jurídica, ocorrendo a passagem da posição do cedente para o cessionário com efeitos *ex nunc*, como verdadeira sucessão a título particular. O cessionário recebe o contrato do cedente, já o *electus* nada recebe de quem o elege – pois não há transferência –, mas sim do contratante remanescente.

O que ocorrerá se no prazo convencionado – ou em sua ausência, no prazo legal de cinco dias – não houver a indicação em detrimento da reserva de nomeação, ou indicada, a pessoa se recuse a aceitar a indicação?

Os efeitos da *electio* se produzem quando a escolha é realizada no prazo, comunicada ao *electus* e por ele aceita. Contudo, se o terceiro não for declarado, ou se declarado, não aceitar o contrato, considerar-se-á o negócio jurídico terminantemente realizado com o próprio contratante originário. Consoante o art. 470 do Código Civil, "o contrato será eficaz somente entre os contratantes originários: I – se não houver indicação da pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la". Em suma, o contrato provisório se converte em definitivo, pois não haverá produção de efeitos para um novo contratante. Por certo, não foi feliz o legislador ao incluir no *caput* o advérbio *somente*, dando a impressão de que, sem o ingresso de um terceiro, a eficácia da relação jurídica entre estipulante e promitente seria *inter partes*, sem oponibilidade *erga omnes*. Em verdade, a eficácia é plena, não só entre os contraentes mas com oponibilidade geral, como decorrência da constituição de direito real e da publicidade traduzida pelo registro.[32]

Correta é a sanção da ineficácia da indicação e da escolha quando o terceiro nomeado era insolvente, e a outra pessoa desconhecia tal fato no momento da indicação (art. 470, II, CC). O legislador desejou evitar fraudes e abuso do direito potestativo de escolha pelo estipulante, acautelando o promitente, que não poderá ser compelido a contratar com alguém que objetivamente carece de condições econômicas para ocupar um dos polos da relação jurídica. Outrossim, a norma tutela a legítima expectativa de confiança da parte, respaldando deveres anexos de cooperação, informação e proteção, certamente frustrados pela ignorância do contratante quanto à situação de insolvência do *electus*. Some-se a isso o fato de que o dispositivo aventado realça a preocupação com o pilar da eticidade sobre o qual foi redigido o CC/2002, impedindo que o estipulante do contrato com pessoa a declarar rompa com a ética e a boa-fé contratual (art. 422, CC).

É viável, ainda, uma segunda escolha por parte do contratante quando, dentro do prazo de indicação avençado, o primeiro *electus* não consinta em integrar o

32. Caio Mário da Silva Pereira aduz que "segundo a dogmática italiana, que o código adotou por modelo, o contrato por pessoa a indicar é um negócio jurídico válido, dotado de obrigatoriedade. Se o nomeado aceita na forma e nas condições estabelecidas nos arts. 468 e 469, adquire os direitos e assume as obrigações. Substitui, portanto, quem o designou na titularidade das relações jurídicas. Se não aceita, nem por isto perde o contrato sua eficácia. Continua válido, subsistindo entre os contratantes originários" (*Instituições de direito civil*, v. III, Contratos, op. cit., p. 120).

contrato. Ora, sendo o terceiro uma pessoa determinável, haverá a alternativa para o contratante de buscar outra pessoa para uma segunda indicação.

Nada obstante, já nos parece censurável a inserção de cláusula dispondo sobre a extinção do negócio jurídico entre estipulante e promitente na impossibilidade de nomeação de um *electus*. Segundo Luiz Roldão de Freitas Gomes, os efeitos do contrato com pessoa a declarar promanam da *electio*, mesmo quando esta não seja efetuada, pois, nesta hipótese, consolidam-se no estipulante.[33] Daí, se o terceiro não é declarado, ou não aceita, o negócio jurídico se reputará celebrado pelo estipulante em nome próprio. A fórmula disjuntiva *para si ou pessoa a nomear* é da essência deste contrato. Isto posto, uma cláusula relativa de tal jaez seria considerada puramente potestativa e, portanto, inválida por privar de todo o efeito o negócio jurídico (art. 122, CC).

Elogiável é igualmente a ineficácia da indicação quando o terceiro nomeado é insolvente e a outra pessoa desconhece tal fato no momento da indicação (art. 470, II, CC). O legislador desejou evitar o abuso do direito potestativo de escolha, acautelando aquele que se obrigaria a contratar com o *electus*.

De acordo com o art. 471 do Código Civil, "se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá os seus efeitos entre os contratantes originários". Em princípio, poderia parecer que o legislador repetiu aqui o teor do artigo anterior (art. 470, II) ao tratar da insolvência do terceiro nomeado como causa de ineficácia relativa do contrato perante o *electus*, perpetuando-se a relação contratual entre as partes originárias.

Nada obstante, há uma distinção temporal. O preceito em comento concerne à verificação da insolvência, no momento da nomeação do terceiro, de sua individualização, enquanto o art. 470 se refere à constatação da insolvência ainda na celebração do contrato com cláusula de pessoa a nomear, em período anterior à determinação subjetiva do terceiro. Destarte, mesmo que a identificação ocorra tempos depois, a insolvência anterior e desconhecida pelo outro contratante é suficiente para afastar o nomeado da relação jurídica, mantendo os efeitos contratuais apenas entre o estipulante e o promitente.

Já no preceito do art. 471 do CC, a insolvência posterior é causa de ineficácia superveniente que se apresenta no momento em que o *electus* aceita a indicação, o que restringe os efeitos do contrato à pessoa do nomeante, assumindo ele o risco de insolvência do nomeado. Enquanto o art. 470, inciso II, exige o desconhecimento da outra parte (promitente) como pressuposto para a circunscrição dos efeitos aos contratantes originários, o art. 471 nada menciona, provavelmente por considerar dispensável a aferição de qualquer elemento subjetivo do outro contratante, presumindo-se absolutamente o dano consequente à substituição do parceiro originário por um insolvente.

33. FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. *Contrato com pessoa a declarar*, op. cit., p. 135.

A norma também faz referência à ineficácia do contrato perante o terceiro que era incapaz ao tempo da nomeação. Se esse foi o objetivo do art. 471, a norma se mostra supérflua. Como não há distinção entre incapacidade absoluta e relativa, seja qual for a sua medida, restringirá os efeitos do contrato aos contraentes primitivos. Apesar de a incapacidade ser causa de invalidade por nulidade (art. 166, II, CC) ou anulabilidade (art. 171, I, CC), na espécie restará afetado o plano de eficácia, pois a estrutura do contrato se mantém intacta, à medida que são respeitados os requisitos do art. 104 do Código Civil quando da sua elaboração.

Assim, acreditamos que o legislador teve o desiderato de se referir não à incapacidade, mas à ausência de legitimação do *electus* para substituir o estipulante no contrato. A legitimação difere da capacidade de fato, pois, como demonstra Francisco Amaral, "é a aptidão para a prática de determinado ato, ou para o exercício de certo direito, resultante, não da qualidade da pessoa, mas de sua posição jurídica em face de outras pessoas. Pode definir-se, sinteticamente, como a específica situação de um sujeito, do que lhe advém limitações ao poder de agir".[34] Podemos exemplificar a proibição de ingresso do *electus* quando ele exerça o *munus* de tutor ou curador, e o negócio jurídico concerne à aquisição de bens de propriedade do tutelado ou do curatelado (art. 1.749, I, CC). A resposta legislativa é a vedação da aquisição da posição contratual do estipulante pelo *electus*. Preservar-se-á a relação jurídica entre os contratantes originários.

ENUNCIADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Relatividade do Contrato

Enunciados nºs 442 e 489 do STF.

34. AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – Introdução, op. cit., p. 230.

FAT
Fortaleza
Ceará

CAPÍTULO VIII

Efeitos dos Contratos

Sumário • 1. Vícios redibitórios: 1.1 Noções conceituais; 1.2 Fundamentação jurídica dos vícios redibitórios; 1.3 Requisitos para a caracterização dos vícios redibitórios; 1.4 As ações edilícias; 1.5 Os vícios redibitórios no CDC; 1.6 A desmaterialização dos vícios redibitórios – 2. Evicção: 2.1 Noções conceituais; 2.2 Fundamentação jurídica da garantia; 2.3 Elementos da evicção; 2.4 Extensão da garantia; 2.5 A denunciação da lide.

"A água só é limpa nas cabeceiras...
o mal ou o bem estão em quem faz.
Não é no efeito em que dão.
O senhor ouvindo, me entende."

(Guimarães Rosa, *Grande sertão*)

"Muitos homens, como as crianças, querem
uma coisa, mas não as suas consequências."

(José Ortega y Gasset)

1. VÍCIOS REDIBITÓRIOS

"Se um equipamento tem um ano de garantia,
você já sabe que um ano é a sua vida útil."

(Corolário das Leis de Murphy)

1.1 Noções conceituais

O vício redibitório consiste no vício oculto que acomete a coisa transferida em contratos comutativos, tornando-a imprópria ao uso a que se destina ou lhe reduzindo o valor. Sendo inerente à essência do produto, o vício é capaz de torná-lo imprestável ao seu fim natural ou reduzir a capacidade do bem por ocasião de sua utilização.

Na Grécia Antiga e no Direito romano é concedida relevância jurídica aos vícios ocultos da coisa nos contratos de compra e venda, por intermédio das vendas de escravos e animais em mercados públicos. A escassa confiabilidade atribuída aos mercadores que intervinham nesses contratos conduziu a que se exigisse que o vendedor

declarasse todos os defeitos ocultos da coisa e se tornasse responsável pelos não declarados, ainda que os ignorasse no momento do contrato.[1]

Em caráter mais abrangente, em nosso ordenamento a disciplina é inserida na teoria geral dos contratos, não se prendendo a nenhum contrato em espécie. Seu campo de incidência são os contratos comutativos, em que há um conhecimento prévio das prestações recíprocas, com relativo equilíbrio entre prestação e contraprestação. A existência do sinalagma, e, portanto, da justiça contratual, requer uma equivalência entre as trocas contratuais. Haverá lesão a esse equilíbrio se o bem recebido por uma das partes for incapaz materialmente de atender às suas finalidades naturais.

Para além do âmbito do negócio jurídico de compra e venda, em qualquer outro modelo contratual que propicie transmissão de propriedade haverá aplicação da teoria do vício redibitório. Abrangem-se aí os contratos de permuta – por vício em uma das coisas trocadas –, de dação em pagamento – por defeito da coisa dada em pagamento –, ou mesmo os contratos de sociedade, por causa dos vícios no objeto que um dos sócios tenha incorporado ao capital social.

Há tutela do vício redibitório em vendas realizadas em hasta pública? O código civil é silente no particular, não obstante ter se posicionado afirmativamente no que tange à proteção do adquirente em face da evicção verificada após arrematação judicial em processo de execução (art. 447, CC). Parece-nos, contudo, que a mesma regra não se estende ao regime dos vícios redibitórios. A arrematação é ato de natureza processual, consubstanciando desapropriação forçada do direito do devedor sobre o bem expropriado. Não se confunde, pois, com o negócio jurídico de compra e venda, de índole manifestamente consensual. Na hasta pública não há consenso, trata-se de imposição estatal de cunho satisfativo. O ponto afim situa-se no fato de ambas as alienações (compra e venda e arrematação) operarem-se mediante pagamento de preço. Como consequência dessa distinção, temos a inaplicação da garantia dos vícios redibitórios aos bens adquiridos através da expropriação judicial. É que tal garantia é inerente aos contratos onerosos em função dos quais o alienante garante o comprador contra os defeitos que tornem a coisa imprestável. Entretanto, pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa, é lícito ao arrematante pleitear em juízo, através de ação autônoma própria contra o executado, o reembolso de tudo quanto pagou para adquirir a coisa, posto que este não poderia ter se desvencilhado da dívida com o bem portador de vício oculto.

Em sentido inverso, no leilão extrajudicial prevalece a feição contratual, tanto pela discricionariedade do alienante ao deliberar por esta forma de alienação, quanto pelo consenso gerado após a efetivação do melhor lance.

Estatui o parágrafo único do art. 441 do Código Civil a extensão da sistemática do vício redibitório aos contratos de doação onerosa. Em princípio, a doação pura é

1. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 61.

ato de liberalidade, pelo qual o doador experimenta um empobrecimento justificado. Cuida-se de contrato unilateral e gratuito, pois só o doador se obriga, sem que receba uma contraprestação ou se evidencie qualquer sacrifício por parte do donatário. Pelas peculiaridades deste negócio jurídico, não é possível que se lhe apliquem certas normas gerais da teoria contratual, tal como a incidência de vícios redibitórios, evicção e juros de mora, sob pena de um agravamento ainda maior de sua situação financeira (art. 552, CC). Nada obstante, nas doações onerosas há uma prestação a ser realizada pelo donatário, decorrente de um encargo que lhe é imposto, o que justifica a tutela da parte na eventualidade da impropriedade do objeto. Haverá uma redução do benefício do donatário com a constatação do vício oculto no objeto da doação, não mais justificando a preservação do encargo a ele imposto.

Porém, tratando-se de contratos aleatórios (art. 458, CC), há de se excluir a garantia do vício redibitório. Com efeito, a incerteza quanto à exigibilidade de uma das prestações, sua qualidade ou quantidade, ou mesmo a sua equivalência com relação a outra prestação, impede a discussão quanto aos defeitos da coisa. O art. 441 do Código Civil é explícito no particular: "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". Isto posto, nos contratos aleatórios não há necessidade de inserção de cláusula excludente de garantia, afinal a própria natureza do negócio jurídico o incompatibiliza com a tutela do vício redibitório.

Recentemente, o Conselho de Justiça Federal emitiu o Enunciado 583, aduzindo que "O art. 441 do Código Civil deve ser interpretado no sentido de abranger também os contratos aleatórios, desde que não inclua os elementos aleatórios do contrato". O enunciado se justifica, pois, o contrato aleatório não converte a integralidade da avença em um estado de incerteza, mas apenas a incidência de uma das prestações. Portanto, na parte do contrato pautada pela certeza quanto a obrigação, nada impedirá a eventual configuração de vícios redibitórios e o exercício das ações edilícias por parte do prejudicado.

Como regra geral, constatado o vício, poderá o adquirente rejeitar o bem, restituindo-o ao alienante, gerando a rescisão do contrato – *redibitio*. Trata-se da principal consequência deste vício, por tal razão nominado como *redibitório*. Contudo, veremos que a expressão *vício redibitório* não engloba toda a disciplina, pois eventualmente o adquirente poderá manter a coisa consigo, não obstante estar defeituosa. Neste caso, poderá se servir da ação estimatória ou *quanti minoris*.[2]

2. Ensina Álvaro Villaça Azevedo que "redibir provém do verbo latino *redhibeo, es, ui, itum, ere*, que significa retomar, reaver; daí, ação de recuperar o preço pago, restituindo-se ao dono o objeto defeituoso. E de que estimar descende de *aestimo, as, avi, atum, are*, que quer dizer avaliar, apreciar, derivado de *aes, aeris* (bronze, cobre, latão, dinheiro); daí ação para calcular o valor do desfalque sofrido pelo comprador, que, querendo ficar com a coisa desvalorizada, em razão de defeito oculto, tem direito a abatimento do preço de sua aquisição" (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, op. cit., p. 94).

1.2 Fundamentação jurídica dos vícios redibitórios

Para Caio Mário da Silva Pereira, o fundamento do vício redibitório seria o *princípio da garantia,* sem intromissão de fatores psicológicos de ordem moral ou psicológica. O adquirente, sujeito a uma contraprestação, tem direito à utilidade natural da coisa e, se ela lhe falta, precisa ser garantido contra o alienante na hipótese de lhe ser entregue coisa a que faltem qualidades essenciais de prestabilidade. Será portanto o alienante o garante de pleno direito dos vícios redibitórios, assegurando ao adquirente a posse útil da coisa móvel ou imóvel, se não por uma equivalência rigorosa, ao menos por uma relativa do preço recebido. Não se prestando a coisa à sua finalidade natural, ou não guardando paralelismo com o valor de aquisição, em função do vício oculto, aciona-se o princípio da garantia.[3]

O vício redibitório e a evicção são dois mecanismos próximos de tutela do contratante. O primeiro acautela-nos perante vícios materiais do objeto contratado. Já a evicção (art. 447, CC) possibilita proteger o adquirente diante da perda jurídica do bem. Em comum, o alienante não se libera de sua obrigação com a transmissão da coisa, devendo garantir a sua substância e a sua idoneidade jurídica.

A nosso viso, o princípio da garantia está consubstanciado em um princípio de tessitura ainda mais ampla: o do equilíbrio contratual. Em breves linhas, pode ser sintetizado pela preservação da equivalência material dos contratos, vale dizer, conservação do sinalagma em seus momentos genético e executivo.[4]

Os contratos comutativos possuem prestações pré-estimadas e correspondentes sob o prisma econômico. O vício redibitório, tal qual o estado de perigo e a lesão (arts. 156 e 157, CC) determina a quebra do sinalagma genético do negócio jurídico, pois, no momento da celebração do contrato, as prestações surgem objetivamente desequilibradas, pois aquilo que um dos contratantes deu não traduz efetivamente aquilo que recebeu. Por esta razão, a teoria dos vícios redibitórios compreende tão somente os contratos comutativos, franqueando ao adquirente as opções alternativas da rescisão do contrato e do abatimento da prestação.

Porém, atrevemo-nos a ir além, para associar ao equilíbrio contratual o princípio da boa-fé objetiva como fundamento jurídico da teoria dos vícios redibitórios.

Não se cuida aqui de perscrutar a boa-fé subjetiva ou a crença subjetiva do contratante de atuar conforme o direito, tal como se refere ao âmbito da posse (art.

3. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. III, op. cit., p. 123-124.

4. De acordo com Rodrigo Toscano, "o sentido de equivalência material é o de justa proporção, igualdade de valores ou, pelo menos, proporção justa entre as prestações contratuais. Do ponto de vista técnico, o princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual é aquele pelo qual se deve buscar e manter a justiça contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações. Por isso, pode-se dizer que o centro nervoso do princípio da equivalência material, seu objeto nuclear, é a necessidade de preservar o equilíbrio nas contratações" (*Equivalência material dos contratos*, op. cit., p. 188).

1.201, CC) ou do direito de família. Afinal, nada impede que alguém esteja de boa-fé subjetiva (psicológica), mas sem agir conforme a boa-fé objetiva. Trata-se esta de princípio e cláusula geral que atua como padrão de conduta, pelo qual a pessoa ajusta o seu comportamento a um modelo objetivo de comportamento leal e confiável.

A boa-fé objetiva converte o negócio jurídico em algo maior do que um ato de autonomia privada, agora espaço de cooperação e respeito. Cada partícipe mantém uma atuação refletida, refletindo no parceiro contratual, pois nas relações obrigacionais a conduta esperada será a conduta devida.

Em sua multifuncionalidade, a boa-fé objetiva exerce atividade interpretativa do negócio jurídico (art. 113, CC), corretiva – evitando o abuso do direito (art. 187, CC) e integrativa (art. 422, CC), por inserir lateralmente ao ato de autonomia negocial os chamados deveres instrumentais ou anexos – deveres de proteção, informação e cooperação – cuja finalidade é conduzir a relação obrigacional ao seu adimplemento de forma a preservar as legítimas expectativas de confiança dos contratantes quanto ao desenvolvimento do processo obrigacional.

Especificamente quanto ao dever de informação, cabe ao alienante comunicar ao adquirente todas as circunstâncias que permeiam o negócio jurídico, a fim de que este possa avaliar de forma esclarecida se contratará ou não e, em caso positivo, em que condições.

O alienante será responsabilizado, seja pela via da ação redibitória ou estimatória, pelo simples fato de o adquirente não ter sido informado sobre o vício oculto, independentemente de aquele ter ou não ciência de que transmitiu um bem sem idoneidade material (art. 443, CC). Em outras palavras, mesmo tendo agido com boa-fé subjetiva, será o transmitente obrigado a rescindir o contrato ou a abater a prestação em favor do outro contratante. Esta é a função pedagógica da boa-fé objetiva: incitar comportamentos diligentes e, assim, estabilizar expectativas de comportamento. A eventual má-fé do alienante apenas agravará a sua posição jurídica, pois surgirá para o contratante, que sabia do vício e não o revelou, a obrigação de indenizar o adquirente por perdas e danos.

A pertinência do modelo do vício redibitório aos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva evita a inadequada associação da temática com outros regramentos jurídicos ou institutos afins.

Vício redibitório não é responsabilidade civil. Esta detém caráter extranegocial e requer o dano como pressuposto necessário à obrigação de indenizar (art. 927, CC). O vício redibitório dispensa a aferição de lesão patrimonial ou extrapatrimonial da parte do adquirente, sendo suficiente a quebra da comutatividade contratual pela inutilidade da coisa adquirida. Se, além da constatação do vício oculto, padeça o adquirente de lesão de ordem econômica que extrapole o valor intrínseco do bem ou mesmo danos a direitos da personalidade, será desencadeado o mecanismo da responsabilidade civil como um *plus*, sem qualquer sobreposição entre os modelos

jurídicos. Exemplificando, o adquirente manuseia o liquidificador que lhe fora transmitido no mesmo dia e o aparelho explode, causando ferimentos em seus braços. Dispara-se a reparação de danos.

Outrossim, afasta-se a inserção do vício redibitório na teoria do erro. O erro é causa de anulação do negócio jurídico em razão da noção inexata do adquirente quanto às suas reais circunstâncias (art. 138, CC). Há uma certa aproximação entre os aludidos modelos jurídicos ao tratarmos do erro substancial quanto à qualidade do objeto (art. 139, I, CC). Todavia, a anulação do negócio por erro demanda uma pesquisa de motivação do adquirente quanto ao seu entendimento psíquico – e, portanto, endógeno – quanto ao bem adquirido, tratando-se de vício eminentemente subjetivo.

No vício redibitório o contrato é firmado tendo em vista um objeto com atributos que, de uma forma geral, todos confiam que ele contenha. Mas, contrariando a expectativa normal, a coisa apresenta um vício oculto a ela peculiar, uma característica defeituosa incomum às demais de sua espécie. Vale dizer, os vícios redibitórios não se relacionam com a percepção inicial do agente, mas com a presença de uma disfunção econômica ou de utilidade do objeto do negócio. Assim, quem compra relógio folheado a ouro, na falsa convicção de ser a coisa realmente de ouro, poderá invalidar o ato de autonomia, demonstrados os requisitos legais da essencialidade do erro e da cognoscibilidade pelo outro contratante. Porém, se compro relógio folheado a ouro, ciente de tal qualificação do objeto, mas este ostenta falha em seu mecanismo e não funciona, tratar-se-á de vício redibitório de caráter objetivo, consistente na quebra do princípio da garantia pela perda da comutatividade entre as prestações. Não se discute culpa ou má-fé do alienante, mas a perda da correspectividade, inerente à avença.

Por fim, há de se apartar o vício redibitório do inadimplemento obrigacional, seja ele relativo ou absoluto. 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.

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 jurídico. Contudo, seria a hipótese de vício redibitório caso, uma semana após a aquisição da motocicleta de ano 2009, revelasse ela grave falha no sistema de frenagem.

1.3 Requisitos para a caracterização dos vícios redibitórios

A exata aferição dos requisitos caracterizadores do vício redibitório demanda a depuração do art. 441 do Código Civil: "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".[5]

a) No regime do Código Civil, o contratante apenas obterá êxito na demonstração do vício redibitório se demonstrada a efetiva incapacitação do objeto adquirido, ou seja, a *gravidade* do vício. Exemplificando: um particular que compra uma geladeira usada poderá discutir o vício decorrente do motor que não funciona. Todavia, mesmo que o produto funcione normalmente, será fadada ao fracasso a alegação, pelo adquirente, da teoria do vício redibitório para fundamentar a rescisão de contrato de compra e venda de geladeira que apresenta falha por apresentar algum excesso no tempo de congelamento. Afinal, incapacitação não se confunde com pequena perda de eficiência do bem que não o impeça de desempenhar a função para a qual foi adquirido. Em hipóteses como esta, o adquirente que deseja desconstituir o negócio jurídico terá de recorrer ao princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC), demonstrando, exemplificativamente, a omissão do dever anexo de informação, pelo transmitente, quanto a determinado aspecto da qualidade do objeto adquirido.

Esclareça-se, por necessário, que a menção do citado dispositivo aos defeitos ocultos que a tornem imprópria ao *uso a que é destinada* implica tomar em consideração o ponto inerente às qualidades da coisa em suas relações com as suas funções, de acordo com as regras do contrato ou os princípios gerais do tráfego jurídico.[6] Assim, em princípio, prevalece a análise objetiva da destinação da coisa, mas haverá espaço para uma aferição subjetiva sob o prisma da destinação especificamente desejada pelo adquirente quando as partes tenham estipulado – expressa ou tacitamente – uma forma alternativa de utilização do bem que não se ajuste àquela para a qual é usualmente adquirido. Seria a hipótese de alguém adquirir um equipamento para fins de transformação em outro, não para funcionar de sua forma originária. Prevalecerá para fins de construção do conceito jurídico indeterminado, a interpretação da função econômica que se deu ao bem no caso concreto, à luz das diretrizes dos arts. 112 e 113 do Código Civil.

b) Pela dicção do referido art. 441 do Código Civil, percebe-se que o vício redibitório invariavelmente se refere a uma "coisa". Vale dizer, toda a teoria

5. O Código Comercial de 1850, em seu art. 210, tratava da matéria de forma ainda mais explícita que o CC de 2002: "O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos da coisa vendida que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam seu valor, que o comprador, se os conhecera, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço."

6. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – contratos, op. cit., p. 179.

dos vícios redibitórios foi edificada para as obrigações de dar coisa certa, em torno de uma garantia para o adquirente de bens móveis e imóveis em seu aspecto qualitativo. Restam, portanto, excluídas da disciplina do direito privado, as obrigações que ostentem vícios de quantidade, bem como as obrigações de fazer, estas últimas por sua conexão imediata com aquisição de serviços, e não de produtos, que serão relegadas ao campo do inadimplemento ou mora, nas relações intercivis e interempresariais (art. 389, CC). O mesmo se diga quanto aos vícios de quantidade, quer dizer, a questão será resolvida à luz da teoria do inadimplemento. Destarte, se A adquire 100 litros de combustível e recebe apenas 90, deverá pleitear perdas e danos em decorrência da inexecução obrigacional.

c) Outrossim, nas relações privadas, o vício redibitório será *oculto*, assim conceituado como aquele efetivamente desconhecido pelo adquirente ao tempo da contratação e que não poderia ser detectado pelo exame por ele efetivado, ou mesmo por uma pessoa de cautela ordinária na direção de seus negócios. Sendo, todavia, o vício de fácil constatação, ostensivo e aparente, presume-se que houve desídia do adquirente quando da contratação, ou mesmo, renunciou à garantia, mesmo tendo percebido a impropriedade do bem, pois ansiava por recebê-lo de qualquer maneira. Mesmo que o vício seja oculto, caso conhecido pelo adquirente, será a ação redibitória julgada improcedente.

Nas relações empresariais – e, portanto, disciplinadas pelo Código Civil –, Fran Martins identifica comumente o vício redibitório nas vendas em que as mercadorias são entregues de forma diversa do assinalado, tais como máquinas e mecanismos cuja perfeição só poderá ser constatada depois de entregues e montados ou, no caso da máquina, depois de instalada.[7]

O adquirente omisso que posteriormente invoca o vício incide em abuso do direito (art. 187 do CC), na modalidade do *venire contra factum proprium*, à medida e que o exercício da pretensão atual é incompatível com a sua conduta originária, sobretudo pelas expectativas legitimamente criadas no alienante. Assim, o particular que adquire fogão com acentuados riscos na pintura não terá êxito na alegação do vício redibitório, tratando-se de vício aparente, de fácil constatação.[8]

d) O quarto requisito para a instalação do vício redibitório é a sua *preexistência*. De acordo com o art. 444 do Código Civil, "a responsabilidade do alienante

7. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, op. cit., p. 155.

8. "Os vícios redibitórios, conforme previsto no art. 441 do CC, são defeitos ocultos existentes na coisa recebida em decorrência de contrato comutativo firmado entre as partes, que tornam a coisa adquirida imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuam o valor; o impedimento judicial não é um vício redibitório na medida em que consta expressamente do prontuário do veículo. A informação encontra-se disponível a todos, bastando a simples consulta ao site do DETRAN" (TJMG, AP. Cível nº 1.0024.09.514141-2/001. Rel. Wagner Wilson, j. 28.10.2009).

subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição". Ao estudarmos as obrigações de dar no Código Civil, aprendemos que, no momento da tradição da coisa, todos os riscos são transferidos do alienante para o adquirente (art. 492 do CC). É o brocardo *res perito domino* – a coisa perece para o seu dono.

Todavia, na hipótese de vício redibitório, remanesce a responsabilidade do alienante, justamente pelo fato de o vício ser preexistente à entrega da posse – apesar de sua constatação ocorrer em momento posterior. Certamente, incumbirá ao adquirente o ônus probatório da anterioridade do vício; se assim não o fizer, presumir-se-á que o vício decorreu do mau uso do bem após a sua tradição.

Em sentido diverso, arcará o adquirente com a perda da coisa decorrente do fortuito, de fato de terceiro ou fato exclusivo da vitima. Nas três excludentes do nexo causal será afastado o princípio da garantia. Aliás, mesmo se a coisa contiver vício oculto, mas sua perda derivar de força maior, será o art. 444 do Código Civil aplicado em sua íntegra para excluir a responsabilização do alienante, haja vista a elisão da relação de causalidade entre a inutilidade do bem e o seu vício oculto.

A nosso viso é impróprio se afirmar que a preexistência do vício se relacione com o momento da conclusão do negócio jurídico e não o da entrega do bem. Tal conclusão não só colidiria com a letra dos arts. 444 e 445 do Código Civil como também com a própria natureza das coisas, pois o vício do objeto só se constata com a sua entrega. Assim, havendo coincidência temporal entre celebração do contrato e tradição da coisa não teremos problemas interpretativos, porém, havendo hiato entre um e outro ato, prevalece a existência do vício ao tempo da entrega do bem como momento determinante de aferição de sua anterioridade. A discussão releva em termos práticos, sobretudo na contagem do prazo decadencial do exercício do direito potestativo redibitório.

Seria o caso de alguém que adquire um veículo em boas condições aparentes e, alguns dias após, surge um grave problema hidráulico, sendo detectada a sua anterioridade em relação ao momento da alienação.

No mais, mesmo constatados todos os requisitos que caracterizam o vício redibitório, as partes podem estabelecer a exclusão negocial da garantia legal. É sabido que o Código Civil regula relações jurídicas entre os chamados *quase-iguais*, o que afasta o caráter cogente das normas consumeristas, destinadas à tutela de situações jurídicas débeis. Neste contexto, as normas do Código Civil ostentam natureza dispositiva, a ponto de se permitir a ampliação (art. 446, CC) ou a eliminação da garantia. Não se olvide que a presença da cláusula supressiva em nada afastará a responsabilização do alienante quando, ciente do vício, intencionalmente não o tenha comunicado ao adquirente, induzindo-o, assim, a uma irreal expectativa de confiança quanto à qualidade do bem adquirido. A única particularidade consiste em que a anulação da cláusula será pleiteada a título de dolo por omissão (art. 147, CC), à

medida que o dolo é excluído do campo da irresponsabilidade. A invalidade apanha apenas a cláusula e não a integralidade do negócio jurídico. Aplica-se o brocardo *utile per inutile non vitiatur* (art. 184, CC).

Excepcionalmente, mesmo em sede de relações civis, será considerada nula a eliminação da garantia legal quanto aos vícios redibitórios em contratos de adesão interprivados (art. 424, CC). Afinal, uma cláusula que implique renúncia antecipada do aderente a uma situação jurídica que lhe é benéfica será lesiva ao dever anexo de proteção (art. 422, CC), que permeia qualquer relação obrigacional.

1.4 As ações edilícias

À luz do exposto no art. 442 do Código Civil, "em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço".

O adquirente da coisa viciada terá duas opções: redibir o negócio jurídico ou obter o abatimento no preço do bem mediante a ação estimatória. São as chamadas ações edilícias.

Na impossibilidade de solução amigável em termos de rescisão ou abatimento,[9] a opção por qualquer das vias edilícias se insere como faculdade de escolha de livre conveniência do adquirente. Se antes da escolha há o *jus variandi*, quando o adquirente delibera por uma ou outra medida judicial, a opção se realiza em caráter irrevogável. No aspecto conceitual, desaconselha-se a adoção da locução *obrigação alternativa* em face do transmitente para exprimir a pluralidade de opções do adquirente. De fato, no sentido técnico, a obrigação alternativa é aquela que se constitui em seu momento genético com a possibilidade de cumprimento envolvendo duas ou mais prestações, cuja concentração será de opção do credor ou do devedor, conforme o contrato. Na teoria dos vícios redibitórios, a opção não se dá entre duas prestações – só há uma prestação, viciada por sinal –, mas entre duas ações decorrentes do fato de a coisa conter vício oculto no momento em que é alienada.

Aliás, nas ações estimatórias, melhor será cogitarmos de *abatimento da prestação* ao invés de abatimento do preço. Sabemos que a garantia do adquirente não se restringe aos contratos de compra e venda, alcançando uma gama maior de contratos comutativos cujo objeto se aparta de valores em dinheiro.

A ação redibitória acarreta a devolução da coisa com restituição dos valores pagos ao alienante. Trata-se de hipótese de direito potestativo à rescisão contratual.

9. Dois artigos revogados do Código Comercial servem como subsídio para nortear o modelo de comportamento adequado ao adquirente antes da fase judicial. "**Art. 212**: reenviando o comprador a coisa ao vendedor, se este a aceitar ou se a coisa for entregue ao vendedor contra a sua vontade e esse não a tiver depositar judicialmente, por conta de quem pertencer, intimando o comprador desse depósito, presume-se que o vendedor consentiu na rescisão da venda; **Art. 213**: Em tal caso, se o vendedor já recebeu o preço, deverá não apenas fazer a sua restituição, como, igualmente, pagar as despesas que houver ocasionado, tudo acrescido dos juros da lei."

Com efeito, a rescisão se aplica às hipóteses em que a desconstituição da obrigação é fruto de um vício do objeto já existente ao tempo da contratação (*v.g.*, evicção), não se podendo cogitar um inadimplemento ou inexecução – o que caracterizaria a resolução contratual, por força do art. 475 do CC. José Fernando Simão aduz que realmente a redibição ocorre em decorrência de causas anteriores à formação do contrato, ou seja, por um vício no objeto, não significando uma inexecução da obrigação e que, exatamente por essa razão, o alienante não está obrigado a pagar, em regra, perdas e danos ao adquirente.[10]

Por outro ângulo, a ação estimatória, ou *quanti minoris*, provoca a conservação do negócio jurídico à custa da mitigação da prestação ou da contraprestação ou com devolução de parte dos valores pelo alienante.

Apesar do silêncio do legislador, acreditamos que a melhor maneira de calcular a restituição pelo alienante será pela obtenção de uma proporcionalidade entre o que foi pago e a perda de valor da coisa em decorrência do vício, alcançando-se assim a quantia a ser restituída. Nada impede a nomeação de um perito para a execução de tal atividade.

Há que se alertar que não existe necessariamente uma relação entre a extensão do vício e a opção do credor. Ele terá o direito potestativo à redibição, mesmo que o vício não seja apto a inutilizar completamente a coisa, bem como poderá exercitar a pretensão de abatimento, mesmo nos casos em que o vício torne a coisa absolutamente imprópria para o seu uso.

É possível ainda cogitar uma redibição parcial nos negócios jurídicos envolvendo pluralidade de prestações autônomas. Caberá a redibição do bem viciado e a conservação do contrato quanto às demais prestações. Assim, se alguém adquire uma geladeira e um armário, padecendo apenas aquela de vício redibitório, poderá a rescisão apenas abarcar o eletrodoméstico, aplicando-se o princípio da conservação do negócio jurídico quanto à prestação restante.

Aliás, esta é a dicção do art. 503 do Código Civil, específica para o contrato de compra e venda: *nas coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de todas.* Contudo, o dispositivo citado somente se aplica às vendas singulares, em que não há relação de pertinência entre os objetos alienados (tal e qual no exemplo anterior). Mas, na hipótese de venda coletiva, em que a causa do negócio jurídico está ligada ao conjunto de bens, e não individualmente a cada um dos bens que compõem o acervo, poderá o adquirente exigir a redibição total, sob pena de a finalidade do negócio ser desvirtuada.[11]

10. SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 98. Para o autor, "o Código Civil de 2002, no art. 445, deixa de utilizar o vocábulo rescindir e apenas utiliza a expressão direito de obter a redibição. De certa maneira, o Código Civil simplifica a linguagem e acaba afastando-se da discussão semântica a respeito dos vocábulos".

11. "No caso de ação anulatória cumulada com danos morais referente a contrato de compra e venda de produtos (lote de 105 calçados) para revenda, em que seis pares apresentaram defeitos após a venda (quebra

Ressalta o art. 443 do Código Civil: "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 por vícios redibitórios não decorre de culpa ou má-fé do alienante. Mesmo o alienante que ignore o vício da coisa que transmitiu será submetido às ações edilícias, afinal esta é uma condição para a preservação da confiança no tráfego jurídico. Esta conclusão está implícita no art. 443. Mas, não sendo equânime um tratamento paritário entre o alienante leal e o desleal, a norma em referência agrava a condição do transmitente que tinha ciência do vício oculto da coisa ao tempo da entrega efetiva da posse. Encontrando-se o vendedor de boa-fé, a restituição se limita ao preço e às despesas do contrato. Todavia, constatada a má-fé daquele que encobre o vício, deixando de dar conhecimento ao adquirente, acrescentar-se-á o valor das perdas e danos.[12]

Não obstante o Código faça referência apenas à ação redibitória, parece-nos que, mesmo na ação estimatória, será factível a incidência cumulativa do ressarcimento em favor do adquirente.

A responsabilidade contratual segue as regras relativas ao inadimplemento das obrigações (art. 389 do CC). Portanto, as perdas e danos incidirão cumulativamente aos juros, à atualização monetária e aos honorários advocatícios. É interessante que as partes estipulem a cláusula penal compensatória (arts. 408 e 410 do CC) como forma de prefixação de perdas e danos, evitando-se a árdua demonstração de danos emergentes e lucros cessantes.

A outro giro, enquanto os prazos de reclamação dos vícios seguem a sistemática exígua do art. 445 do Código Civil, a pretensão indenizatória poderá ser exercitada em três anos (a contar da transferência da posse), *ex vi* do art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

No tocante à legitimação passiva, vale realçar que, no Código Civil, o adquirente apenas poderá rescindir o contrato, obter abatimento e, eventualmente, auferir perdas

---

de saltos), é cabível a anulação por vício redibitório, mesmo que o defeito não se tenha verificado no lote todo. Com efeito, mesmo que o vício redibitório diferencie-se do vício de consentimento, considerando a existência de defeito nos atos negociais, ambos possibilitam o desfazimento do negócio (arts. 138 e 441 do CC/2002). Desse modo, o art. 1.138 do CC/1916, integralmente mantido pelo art. 503 do CC/2002, não se aplica ao caso, já que deve ser interpretado com moderação, tendo em vista a necessidade de se verificar o reflexo que o defeito em uma ou mais coisas singulares tem no negócio envolvendo a venda de coisas compostas, coletivas ou de universalidades de fato" (Informativo 418 do STJ – 4.12.2009 – Terceira Turma – REsp 991.317-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 3.12.2009).

12. "A ignorância do alienante a respeito do vício oculto, não o exime da responsabilidade de suportar a garantia redibitória, eis que esta não decorre de culpa ou má-fé e sim da própria natureza do contrato comutativo. *In casu*, a parte demandante se desincumbiu de provar a ocorrência dos vícios ocultos no imóvel, que ocasionaram os alagamentos, impedindo o uso normal do bem; 2 – O dever de ressarcir as perdas e danos ao adquirente exsurge com a comprovação da ciência pelo alienante da existência dos vícios redibitórios, *ex vi* do art. 443 do CC" (TJRS, AP. Cível nº 70.030.417.497, Rel. Ângela Maria Silveira, j. 7.10.2009).

danos perante a pessoa do alienante imediato com quem celebrou o negócio jurídico. A garantia legal quanto aos vícios do objeto não alcança a cadeia anterior de circulação do produto, mesmo que o vício preexista à aquisição pelo próprio alienante.

Apesar de expressamente não ter o legislador acolhido a solidariedade passiva nas relações privadas, acreditamos que, pela aplicação das cláusulas gerais da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e da função social do contrato (art. 421 do CC), em um sistema móvel será viável a responsabilização direta dos alienantes mediatos. Apesar de o adquirente não ser parte nos contratos que antecederam a aquisição do bem, aqueles negócios jurídicos produzem consequências objetivas nas relações posteriores, sendo necessário preservar a tutela externa do crédito e a confiança do adquirente. Acreditamos que a solidariedade não pode mais se restringir à lei ou à vontade das partes (art. 265 do CC), sendo justificada nas hipóteses de vulneração à própria principiologia do sistema.

A questão mais delicada no que respeita às ações edilícias concerne aos prazos decadenciais para reclamação dos vícios ocultos. Na dicção do art. 445 do Código Civil, "o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade".

No Código Civil de 1916, os prazos decadenciais para invocação de vício redibitório eram excessivamente econômicos. Contavam-se 15 dias para o exercício do direito potestativo de redibição ou abatimento do preço na aquisição de coisas móveis e seis meses para as imóveis, considerando-se os prazos a partir do momento da tradição.

Em contrapartida, o art. 445 amplia os ditos prazos decadenciais para trinta dias, tratando-se de coisas móveis, e para um ano se for bem imóvel. O Código Civil corretamente afasta o termo inicial como o da tradição – somente aplicável aos bens móveis –, substituindo-o pelo momento da entrega efetiva da coisa, seja o bem móvel, seja imóvel. Afinal, é neste momento que se poderá visualizar os vícios.

Não se olvide da ressalva final do caput do art. 445 do Código Civil: "se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade". Vale dizer, nas hipóteses em que a posse precede à transmissão da propriedade, será decotado pela metade – 15 dias para móveis e 06 meses para imóveis –, mas com termo *a quo* na data da alienação. Nesta situação especialíssima se enquadrará aquele que se investiu na posse de um apartamento pela tradição real, sem que ainda tenha efetuado o registro desde e se convertido em proprietário (art. 1.245 do CC).

Em caráter inovador, o § 1º do art. 445 estabelece uma contagem de prazo decadencial distinta daquela sugerida pelo *caput*, § 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".

O legislador adota um conceito jurídico indeterminado – "vício que por sua natureza só puder ser reconhecido mais tarde" – para estender o termo inicial para o momento em que o adquirente conheceu o vício, portanto em época posterior à entrega efetiva do bem.

Como qualquer conceito jurídico indeterminado, os contornos objetivos da cognoscibilidade desses vícios serão delineados pela jurisprudência, na concretude do caso, diante das peculiaridades da situação e, é claro, da relação entre o momento da constatação do vício pelo adquirente e o tráfego jurídico habitual relativo àquele produto.

Destarte, no momento do conhecimento do vício se inicia a contagem do prazo para o exercício das ações edilícias, sendo de seis meses para coisas móveis e um ano para imóveis. De certa forma, provar o momento da detecção do vício é uma tarefa árdua para o adquirente. Todavia, a norma propicia maior garantia a ele, porque muitas vezes os vícios só se manifestam em circunstâncias e épocas específicas. Por outro ângulo, a imposição de um limite temporal para a detecção dos vícios reforça o princípio da segurança jurídica, evitando demandas lastreadas em vícios ocultos supostamente descobertos "anos" após a tradição da coisa móvel ou imóvel.

Basta supor a situação daquele que adquire um imóvel de um particular (relação privada) no inverno e apenas observa as infiltrações no verão, quando as chuvas evidenciam os vícios ocultos. O vício foi reconhecido em prazo inferior a um ano e assim, conjugando-se o *caput* do art. 445 com o seu § 1º, terá mais um ano – a contar da constatação do vício – para propor uma das ações edilícias. Inovando no exemplo, caso o adquirente apenas percebesse os vazamentos 15 meses após a ocupação do imóvel, já teria transcorrido o prazo decadencial, para ajuizar as referidas demandas.[13]

Enfim, cremos que o Código Civil concebeu dois modelos de vícios redibitórios que deverão coexistir dentro das peculiaridades referidas. Concluindo: será de 180 dias (móveis) e um ano (imóveis) o prazo para exteriorização do vício. A partir de então se inicia a contagem do prazo decadencial situado no *caput* do art. 445 (30 dias para móveis e um ano para imóveis). Nesta senda também caminha o Enunciado 174 do Conselho de Justiça Federal, art. 445: "Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do art. 445 para obter redibição ou abatimento".

13. STJ. **Informativo nº 0554 Período: 25 de fevereiro de 2015. Quarta Turma. VÍCIO REDIBITÓRIO E PRAZO DECADENCIAL. Quando o vício oculto, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde (art. 445, § 1º, CC), o adquirente de bem móvel terá o prazo de trinta dias (art. 445, *caput*, do CC), a partir da ciência desse defeito, para exercer o direito de obter a redibição ou abatimento no preço, desde que o conhecimento do vício ocorra dentro do prazo de cento e oitenta dias da aquisição do bem.** O prazo decadencial para exercício do direito de obter a redibição ou abatimento no preço de bem móvel é o previsto no *caput* do art. 445 do CC, isto é, trinta dias. O § 1º do art. 445 do CC apenas delimita que, se o **vício** somente se revelar mais tarde, em razão de sua natureza, o prazo de 30 dias fluirá a partir do conhecimento desse defeito, desde que revelado até o prazo máximo de 180 dias, com relação aos bens móveis. Desse modo, no caso de **vício oculto** em coisa móvel, o adquirente tem o prazo máximo de cento e oitenta dias para perceber o **vício** e, se o notar neste período, tem o prazo de decadência de trinta dias, a partir da verificação do **vício**, para ajuizar a ação redibitória. **(REsp 1.095.882-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti)**

de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no parágrafo primeiro, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito."

Há ainda uma regra especial para os vícios decorrentes de negócio jurídico de venda de animais. Conforme o § 2º do mesmo art. 445, "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."

O aludido § 2º determina que incumbirá ao legislador subalterno definir os prazos decadenciais para a reclamação dos vícios em tais relações. Enquanto a lei especial não for editada, o parâmetro do magistrado será o costume na região em que se efetivou o contrato. Cuida-se de emanação da cláusula geral do art. 113 do Código Civil, reforçando o direito consuetudinário em uma nação de grande extensão territorial e, obviamente, portadora de enormes abismos culturais. O legislador confia nos usos locais das grandes praças de venda de animais, posto que um dos paradigmas do Código Civil é a concretude, sendo necessário alcançar a pessoa em seu meio e seu tempo, a fim de que a decisão possa ser verdadeiramente justa. Mas, caso não se identifique um padrão de prazos na região em que houve o contrato nem tampouco tenha sido editada a lei especial, o Código determina a adoção da regra do § 1º do mesmo artigo, ou seja, a adoção de prazos que se iniciam pela ciência do vício – e não pela entrega da coisa – cabendo a reclamação no prazo decadencial de 180 dias.

Outra inovadora regra restrita às relações privadas se encontra no art. 446 do Código Civil: "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".

O dispositivo nos lembra que cláusulas de garantia não se restringem ao universo das relações de consumo. Pelo contrário, nas relações interempresariais, comumente os vendedores de certos gêneros de mercadorias, notadamente máquinas, concedem um prazo dilatado de garantia, às vezes atingindo mesmo cinco ou dez anos. Essa garantia em geral é dada sobre o perfeito funcionamento da máquina durante esse período. Não exclui ela, contudo, os vícios ocultos, antes os engloba com outros defeitos que podem ocorrer em ditas mercadorias pelo seu uso prolongado ou por quaisquer demais motivos, em regra especificados nos contratos.[14]

A estipulação de ato de autonomia negocial, em reforço à garantia legal, imprime efeito impeditivo ao início do prazo decadencial. Não se trata de suspensão ou interrupção, pois a contagem do prazo decadencial sequer se inicia. Na fluência de cláusula de garantia convencional sobejarão paralisados os prazos decadenciais de 30 dias (móveis) e um ano (imóveis). O *dies a quo* da contagem para o exercício dos prazos referidos no art. 445 será somente aquele em que cessar a garantia contratual.

14. MARTINS, Fran. Cf. *Contratos e obrigações comerciais*, op. cit., p. 155.

Portanto, se A vende uma geladeira a B e lhe concede garantia por dois anos, a partir desse instante fluirá o prazo de trinta dias para o exercício das ações edilícias.

Duas observações avultam. A primeira é que, apesar de em princípio soar inusitado o óbice legal, o próprio art. 207 do Código Civil permite que uma norma estabeleça impedimento ou suspensão durante o curso da decadência – aliás, assim já era o tom do art. 26, § 2°, do Código de Defesa do Consumidor. A segunda diz respeito à valorização da garantia contratual nas relações interprivadas e interempresariais, a ponto de converter os prazos do Código Civil de 2002 em regras meramente subsidiárias e complementares. Contudo, jamais poderá o adquirente renunciar ao prazo decadencial fixado em lei (art. 209 do CC).

Mas a regra do art. 446 também revela a preocupação do legislador com a boa-fé objetiva como modelo de comportamento em sede de vícios redibitórios. Caso o adquirente descubra o vício redibitório dentro do prazo de garantia, terá trinta dias, a contar da descoberta, para denunciá-lo ao alienante, sob pena de decadência ao exercício do direito potestativo de desconstituir a relação ou abater a prestação.

Pela teoria da responsabilidade, será justificável a invocação do vício pelo declarante somente quando não tiver agido de má-fé ou culposamente. Na espécie, se o adquirente sabe da existência do vício, há um dever anexo de informação imediata perante o alienante, a fim de que este possa se posicionar sobre a questão. A negligência do referido esclarecimento, pelo indevido aguardo do término da garantia contratual, importa a violação à confiança do alienante e o abuso no exercício do direito subjetivo. Daí a elogiável opção do Código Civil pelo prazo decadencial do trintídio.

1.5 Os vícios redibitórios no CDC

O regime de vícios redibitórios do CC de 2002 é subsidiário em relação ao estabelecido no CDC. A especialização dos contratos de consumo, marcada pela assimetria entre as partes, demanda regime protetivo mais amplo e objetivo, o que forjou os chamados vícios por inadequação de produtos e serviços, situados nos arts. 18 a 26 da Lei n° 8.078/90.

Vimos que o fundamento para a proteção dos particulares perante vícios redibitórios se encontra na invocação aos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva. Todavia, saindo das relações intercivis e interempresariais e ingressando nas relações consumeristas, à luz de uma interpretação do art. 2° do CDC pelo viés de uma teoria finalista mitigada,[15] novo fundamento justificará a tutela do consumidor perante fornecedores que inserem no mercado produtos ou serviços inadequados: trata-se da *teoria da qualidade*.

15. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade" (AgRg no REsp 1413889/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3-T, *DJe* 2.5.2014).

Como explica Herman Benjamim, há um dever anexo que se imputa objetivamente aos fornecedores, traduzido em um dever de qualidade dos produtos que colocam no mercado, hábeis à satisfação da legítima expectativa de confiança do consumidor. A teoria da qualidade não elimina a teoria dos vícios redibitórios. Trata-se de uma releitura das garantias tradicionais sob o prisma da produção, da comercialização e do consumo em massa, cujo objetivo é conceder unidade de fundamento à responsabilidade dos fornecedores perante os consumidores. Afastam-se as discussões anódinas sobre a base contratual ou extracontratual da responsabilidade, pois tudo se torna decorrência de um dever de qualidade.[16]

Vejamos então as emanações normativas da maior abrangência concedida ao tratamento dos vícios nas relações de consumo em cotejo com as relações civis paritárias de direito comum.

1) O art. 441 do Código Civil caracteriza o vício como aquele que torna a coisa "imprópria ao uso a que é destinada". Cuida-se de uma incapacidade material do bem de atender às suas finalidades naturais por não corresponder a um critério de qualidade média. Em contrapartida, o art. 18 do CDC vai além, pois se refere a vícios "que os tornem impróprios ou inadequados". A inadequação se revela com a frustração da legítima expectativa de confiança do consumidor, mesmo que em tese o produto não seja considerado impróprio. Um veículo que consome 6 km/litro de gasolina não pode ser considerado impróprio, mas será inadequado se a informação colhida pelo consumidor indicava que poderia alcançar um consumo bem mais econômico.

De fato, o conceito de inadequação no Código de Defesa do Consumidor é amplo a ponto de abranger as disparidades entre as informações recebidas pelo consumidor e as reais qualidades do produto. Assim, ao adquirir uma máquina copiadora com base em publicidade que propaga ser o produto capaz de reproduzir duas vezes mais rápido que os concorrentes, é possível utilizar os mecanismos disponibilizados pela legislação consumerista, caso a expectativa não se verifique efetivamente.

2) A teoria dos vícios redibitórios se restringe à tutela de adquirente de "coisa recebida em virtude de contrato comutativo" (art. 441, CC). Os vícios de quantidade e os vícios em obrigações de fazer não são contemplados por garantias legais de adequação (serviços), sendo alijados para a vala comum do inadimplemento obrigacional (art. 389, CC). A seu turno, nas relações de consumo, os vícios de inadequação alcançam qualquer serviço prestado.

16. BENJAMIM, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 286-287. Advertem os autores que: "Neste sentido é uma teoria típica do novo direito do consumidor, não devendo ser utilizada no direito comercial ou no direito civil comum, pois trata-se de uma responsabilidade legal, dependente dos parâmetros impostos nas previsões legais. Em outras palavras, a Ação do fornecedor, a sua prestação e a qualidade de sua prestação, só interessa enquanto relacionada com a reação do consumidor ou alguém a ele equiparado" (op. cit., p. 288).

Vale dizer, enquanto o direito privado tradicional se concentra na ação do fornecedor de serviço, no seu fazer, exigindo tão somente diligência e cuidados ordinários, o sistema do CDC, baseado na função social do contrato, concentra-se no efeito do contrato da obrigação de fazer, seja de meio ou resultado. Este efeito, este serviço prestado, é que será adequado aos fins que dele razoavelmente se esperam (art. 20, CDC). Assim, o transporte de passageiros, a pintura da parede da casa, a intervenção cirúrgica ou a guarda do automóvel, devem possuir a adequação e a prestabilidade normal. O CDC presume que o fazer foi falho, viciado, se o serviço dele resultante não é adequado ou não possui a prestabilidade regular.[17]

Esta ampliação conceitual quanto à garantia legal de adequação culmina por alcançar quaisquer contratos – não apenas os comutativos (art. 441, CC) –, inclusive os contratos aleatórios, como os de seguro e de plano de saúde, nos quais se cobrem riscos de eventos cuja ocorrência futura é incerta, sem que as prestações das partes sejam previamente conhecidas e determinadas.

No tocante ao vício da quantidade do produto (art. 19, CDC), esta é considerada algo concedido a menor ao consumidor em qualquer tipo de medida adquirida.[18] Não apenas no simples aspecto numérico como também no que diz respeito à metragem,

17. BENJAMIM, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 308.

18. STJ. Informativo nº 0524. Período: 28 de agosto de 2013. Segunda Turma: "DIREITO DO CONSUMIDOR. VÍCIO DE QUANTIDADE DE PRODUTO NO CASO DE REDUÇÃO DO VOLUME DE MERCADORIA. Ainda que haja abatimento no preço do produto, o fornecedor responderá por vício de quantidade na hipótese em que reduzir o volume da mercadoria para quantidade diversa da que habitualmente fornecia no mercado, sem informar na embalagem, de forma clara, precisa e ostensiva, a diminuição do conteúdo. É direito básico do consumidor a 'informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem' (art. 6º, III, do CDC). Assim, o direito à informação confere 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 legal somente será efetivamente cumprido quando a informação for prestada de maneira adequada, assim entendida aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, no último caso, a diluição da comunicação relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia. Além do mais, o dever de informar é considerado um modo de cooperação, uma necessidade social que se tornou um autêntico ônus pró-ativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (*caveat emptor*). Além disso, o art. 31 do CDC, que cuida da oferta publicitária, tem sua origem no princípio da transparência (art. 4º, *caput*) e é decorrência do princípio da boa-fé objetiva. Não obstante o amparo legal à informação e à prevenção de danos ao consumidor, as infrações à relação de consumo são constantes, porque, para o fornecedor, o lucro gerado pelo dano poderá ser maior do que o custo com a reparação do prejuízo causado ao consumidor. Assim, observe-se que o dever de informar não é tratado como mera obrigação anexa, e sim como dever básico, essencial e intrínseco às relações de consumo, não podendo afastar a índole enganosa da informação que seja parcialmente falsa ou omissa a ponto de induzir o consumidor a erro, uma vez que não é válida a "meia informação" ou a "informação incompleta". Com efeito, é do vício que advém a responsabilidade objetiva do fornecedor. Ademais, informação e confiança entrelaçam-se, pois o consumidor possui conhecimento escasso dos produtos e serviços oferecidos no mercado. Ainda, ressalte-se que as leis imperativas protegem a confiança que o consumidor depositou na prestação contratual, na adequação ao fim que razoavelmente dela se espera e na confiança depositada na segurança do produto ou do serviço colocado no mercado" (REsp 1.364.915-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14.5.2013).

ao peso e à proporção de produtos e serviços, além do desencontro quantitativo entre o bem oferecido e a mensagem publicitária divulgada.

3) Vício redibitório no Código Civil é o *vício oculto* (art. 441, CC). Se o adquirente recebeu a coisa com vício aparente sem a isto se opor, presume-se que desejou receber o bem viciado. Já no CDC, a teoria da qualidade requer a satisfação da expectativa objetiva do consumidor, seja o vício oculto ou aparente. O consumidor será protegido mesmo diante de vício de fácil constatação (art. 26 do CDC), pois a sua vulnerabilidade determina uma intervenção mais drástica e corretiva do ordenamento jurídico sobre tais relações.

4) No Código Civil, a constatação do vício redibitório dá ensejo à redibição do contrato ou ao abatimento no preço (art. 442, CC). Todavia, no sistema de vícios do produto do Código de Defesa do Consumidor, a tutela ao vulnerável é mais densa. O art. 18, § 1º, I, da Lei nº 8.078/90, além de deferir ao consumidor as tradicionais alternativas da redibição e da *quanti minoris*, acresce ao rol a opção pela substituição do produto por outro da mesma espécie.[19] Trata-se de abertura do CDC para a tutela específica das obrigações de dar coisa certa, mecanismo de maior efetividade que a tutela genérica ressarcitória. Busca-se a maior satisfação dos interesses do consumidor ao se constranger o fornecer a cumprir a prestação de forma perfeita. No mesmo passo, para os vícios do serviço, sempre haverá a possibilidade de sua reexecução, sem custo adicional (art. 20, I), e, para os vícios de quantidade, a complementação do peso ou da medida (art. 19, II).

Tratando-se de vício do produto, ao consumidor só será facultada a adoção das três alternativas citadas, se antes não obteve êxito na medida primária de sanação do vício no prazo de trinta dias (art. 18, § 1º). A substituição das partes viciadas

19. STJ – Informativo nº 0485. Período: 10 a 21 de outubro de 2011. Quarta Turma: "CONSUMIDOR. DEFEITO. VEÍCULO. TROCA. Trata-se, na origem, de ação cominatória cumulada com reparação por danos morais contra revendedora de veículo e montadora de automóvel na qual o autor alega que o veículo adquirido apresentou defeito de pintura, além de pontos de ferrugem e que não obteve sucesso para a solução dos problemas, razão pela qual pretende a troca por outro veículo similar, zero quilômetro e em perfeitas condições de uso. O art. 18, § 1º do CDC confere ao consumidor a opção de substituição do produto caso os vícios de qualidade descritos no caput do dispositivo não sejam sanados no prazo de 30 dias, dentre eles o que diminui o valor do bem, não exigindo que o vício apresentado impeça o uso do produto. Assim, caso o consumidor opte, deve ser realizada a troca do veículo. Porém, quando da prolação da sentença, não havia veículo semelhante ao do autor nos estoques das recorridas, devendo incidir o disposto no art. 18, § 4º do Estatuto Consumerista. Daí, no caso, deve-se ter por base o valor pago pelo consumidor no momento da compra e sobre ele incidir correção monetária até a data da efetiva entrega do bem, descontando-se daquela quantia o valor médio de mercado do veículo que deveria ser devolvido para substituição, resultando dessa operação o crédito que o autor-recorrente tem perante os recorridos, que pode ser trocado por outro bem ou recebido diretamente em pecúnia, de acordo com a parte final do art. 18 do CDC (sem prejuízo do disposto nos incisos I e II, § 1º deste artigo). Destaca-se que não incidem juros, haja vista o consumidor ter usufruído do bem durante o período anterior à troca" (REsp 1.016.519-PR, Rel. Min. Raul Araújo).

do produto não é uma opção propriamente dita, pois, oferecendo-se o fornecedor a tanto, não terá outra alternativa o consumidor a não ser aceitar a sanação dos vícios. Anote-se que o Código Civil não submete o adquirente a nenhuma medida condicionante ao exercício das ações edilícias. Excepciona-se o pré-requisito nas situações em que, em razão da extensão dos vícios, for impraticável a tentativa de remediá-los (art. 18, § 3º)[20] e ainda nos casos de vícios de quantidade, em que o consumidor poderá diretamente eleger uma dentre as quatro opções do art. 19 do CDC.[21]

Há de ser recebido com reservas o dispositivo do art. 18, § 2º, que permite a extensão contratual da sanação do vício para até 180 dias, em substituição ao prazo legal de 30 dias. A tentativa de reequilíbrio contratual é seriamente afetada por uma convenção subscrita por um consumidor débil, culminando por atrasar o acesso ao judiciário por seis meses, no aguardo da sanação do vício.

---

20. STJ. Informativo nº 0544, Período: 27 de agosto de 2014. Terceira Turma: "O consumidor pode exigir a restituição do valor pago em veículo projetado para uso off-road adquirido no mercado nacional na hipótese em que for obrigado a retornar à concessionária, recorrentemente por mais de 30 dias, para sanar panes decorrentes da incompatibilidade, não informada no momento da compra, entre a qualidade do combustível necessário ao adequado funcionamento do veículo e a do combustível disponibilizado nos postos nacionais, persistindo a obrigação de restituir ainda que o consumidor tenha abastecido o veículo com combustível de baixa qualidade recomendado para a utilização em meio rural. Assim, se o veículo funciona com determinado combustível e é vendido no Brasil, deve-se considerar como uso normal o seu abastecimento com quaisquer das variedades desse combustível comercializadas em território nacional. Se apenas uma dessas variedades se mostrasse compatível com o funcionamento adequado do motor, ainda seria possível cogitar na não configuração de vício do produto, se o consumidor houvesse sido adequadamente informado, no momento da compra, de que o automóvel apenas poderia ser abastecido com a variedade específica em questão. Acrescente-se que, se apenas determinado combustível vendido fora do País, pela sua qualidade superior, é compatível com as especificações do fabricante do automóvel, é de se concluir que a utilização de quaisquer das variantes de combustível ofertadas no Brasil mostram-se igualmente contrarrecomendadas. Ademais, há de se ressaltar que, na situação em análise, o comportamento do consumidor foi absolutamente desinfluente. Isso porque a causalidade concorrente não afasta a responsabilidade civil do fornecedor diante da inegável existência de vício do produto. Posto isso, salienta-se que o art. 18, § 1º, do CDC dispõe que, 'Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir [...] a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.' O vício do produto ocorre quando o produto não se mostra adequado ao fim a que se destina, incompatível com o uso a que se propõe. Nessa conjuntura, não é possível afirmar que o veículo, após visitar a oficina pela primeira vez, tenha retornado sem vício, pois reincidiu nas panes e sempre pelo mesmo motivo. Dessa forma, ainda que o veículo tenha retornado da oficina funcionando e que cada ordem de serviço tenha sido cumprida em menos de 30 dias, o vício não estava expurgado. A propósito, há de se ressaltar que o veículo em questão foi projetado para uso *off-road*. Portanto, é de se admitir que houvesse uma razoável expectativa do consumidor em utilizar, senão habitualmente, ao menos eventualmente, a variedade de combustível disponível em meio rural. Isso corresponde, afinal, ao uso normal que se pode fazer do produto adquirido, dada a sua natureza e finalidade. Assim, é de admitir que o consumidor deveria ter sido, pelo menos, informado de forma adequada, no momento da compra, que o veículo não poderia ser abastecido com combustível recomendado para a utilização em meio rural. Essa era uma informação que poderia interferir decisivamente na opção de compra do bem e não poderia, por isso, ser omitida, sob pena de ofensa ao dever de ampla informação" (REsp 1.443.268-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 3.6.2014).

21. Leonardo Roscoe Bessa bem considera que, "na hipótese sempre excepcional de incidência do prazo de 30 dias, o fornecedor terá uma única possibilidade de sanação do defeito. Afronta o princípio da proteção integral do consumidor entender que se o mesmo vício ressurgir, após o conserto, terá o fornecedor a possibilidade de invocar novamente o prazo de 30 dias ou até mesmo os dias eventualmente restantes" (*Vícios dos produtos*: paralelo entre o CDC e o Código Civil, op. cit., p. 292).

5) Nas relações privadas os contratantes poderão estipular cláusula de exclusão de responsabilidade por vícios redibitórios. As normas dispositivas do Código Civil sofrerão mitigação apenas em contratos de adesão interprivados, passíveis de controle de conteúdo como forma de proteção do aderente não consumidor. Será sancionada pela nulidade a cláusula que estipule renúncia antecipada do aderente à garantia pelo vício redibitório, como direito resultante da própria natureza do negócio jurídico.

Adentrando nas relações de consumo, vislumbramos a norma do art. 25 do CDC, "É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores". De forma ainda mais palpável, o art. 24 assim dispõe: "A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor". No fundo nem haveria necessidade de tamanha explicitação, pois o próprio art. 1º da Lei nº 8.078/90 define o CDC como norma de ordem pública e o art. 51, I, da mesma lei, sanciona com nulidade as cláusulas contratuais que exoneram a responsabilidade do fornecedor. Aliás, é na parte final deste mesmo inciso I, "... nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada em situações justificáveis", que encontramos o único abrandamento do caráter cogente das citadas normas imperativas. Mesmo assim, permite ela a limitação da indenização e não a exoneração da responsabilidade.

6) No Código Civil, as ações edilícias serão direcionadas em face do alienante, que é seu cocontratante (art. 444, CC). Os proprietários primitivos estão imunizados; o mesmo não se diga do direito do consumidor à medida que a garantia de adequação não ostenta caráter pessoal a ponto de se vincular a um fornecedor específico. Em verdade, a garantia é natural do produto ou serviço e a eles aderem em todo o processo produtivo. A legítima expectativa de confiança do consumidor se volta solidariamente a todos que se propuseram a alimentá-la, inclusive em redes contratuais. [22] Cuida-se de um ônus da cadeia de produção, bem referido no art. 18 do CDC: "Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis

22. STJ. **Informativo nº 0556 Período: 23 de fevereiro a 4 de março de 2015. Terceira Turma . Havendo vícios de construção que tornem precárias as condições de habitabilidade de imóvel incluído no Programa de Arrendamento Residencial (PAR), não configura enriquecimento sem causa a condenação da CEF a devolver aos arrendatários que optaram pela resolução do contrato o valor pago a título de taxa de arrendamento.** O PAR objetiva, nos termos do art. 10 da Lei 10.188/2001, o atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de **arrendamento** residencial com opção de compra. Assim, compete à CEF a responsabilidade pela entrega aos arrendatários de bens imóveis aptos à moradia, respondendo por eventuais vícios de construção. Assim, pela total incúria com o bem que entrega ao **arrendamento,** a CEF inviabiliza a opção pela aquisição do imóvel. Aliás, essas alternativas conferidas aos adquirentes desses imóveis estão previstas no art. 18 do CDC, quando regula os efeitos dos vícios de qualidade do produto. Desse modo, inexiste enriquecimento sem causa (arts. 884 e 885 do CC), pois há motivo para a devolução aos arrendatários dos valores por eles despendidos para residir em imóvel que apresentou assomados problemas decorrentes de vícios de construção. **REsp 1.352.227-RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino,**

respondem solidariamente...". Vê-se que o consumidor poderá litigar, seja individualmente ou pela via do litisconsórcio passivo, contra o fornecedor imediato (comerciante), o fornecedor aparente (importador) e o fornecedor real (construtor, fabricante ou produtor), sem se olvidar daqueles que não se ajustam perfeitamente a nenhuma das três figuras acima citadas, mas integram o mesmo grupo econômico do alienante[23], participam da organização econômica do serviço,[24] ou associam o seu nome a suposta idoneidade dos bens comercializados[25]

---

23. STJ. **Informativo nº 0554 Período: 25 de fevereiro de 2015. Terceira Turma. Na hipótese de rescisão de contrato de compra e venda de automóvel firmado entre consumidor e concessionária em razão de vício de qualidade do produto, deverá ser também rescindido o contrato de arrendamento mercantil do veículo defeituoso firmado com instituição financeira pertencente ao mesmo grupo econômico da montadora do veículo (banco de montadora).** Inicialmente, esclareça-se que o microssistema normativo do CDC conferiu ao consumidor o direito de demandar contra quaisquer dos integrantes da cadeia produtiva com o objetivo de alcançar a plena reparação de prejuízos sofridos no curso da relação de consumo. Ademais, a regra do art. 18 do CDC, ao regular a responsabilidade por vício do produto, deixa expressa a responsabilidade solidária entre todos os fornecedores integrantes da cadeia de consumo. Amplia-se, assim, o nexo de imputação para abranger pessoas que, no sistema tradicional do Código Civil, não seriam atingidas, como é o caso da instituição financeira integrante do mesmo grupo econômico da montadora. Na hipótese ora em análise, não se trata de instituição financeira que atua como "banco de varejo" – apenas concedendo financiamento ao consumidor para aquisição de um veículo novo ou usado sem vinculação direta com o fabricante –, mas sim de instituição financeira que atua como "banco de montadora", isto é, que integra o mesmo grupo econômico da montadora que se beneficia com a venda de seus automóveis, inclusive estipulando juros mais baixos que a média do mercado para esse segmento para atrair o público consumidor para os veículos da sua marca. É evidente, assim, que o banco da montadora faz parte da mesma cadeia de consumo, sendo também responsável pelos vícios ou defeitos do veículo objeto da negociação. **REsp 1.379.839-SP, Rel. para Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino,**

24. STJ. **Informativo nº 0569 Período: 17 a 30 de setembro de 2015. Terceira TurmaA franqueadora pode ser solidariamente responsabilizada por eventuais danos causados a consumidor por franqueada.** No **contrato** de franquia empresarial, estabelece-se um vínculo associativo entre sociedades empresárias distintas, o qual, conforme a doutrina, caracteriza-se pelo "uso necessário de bens intelectuais do franqueador (*franchisor*) e a participação no aviamento do franqueado (*franchise*)". Dessa forma, verifica-se, novamente com base na doutrina, que o **contrato** de franquia tem relevância apenas na estrita esfera das empresas contratantes, traduzindo uma clássica obrigação contratual *inter partes*. Aos olhos do consumidor, entretanto, trata-se de mera intermediação ou revenda de bens ou serviços do franqueador, que é fornecedor no mercado de consumo, ainda que de bens imateriais. Aliás, essa arquitetura comercial – na qual o consumidor tem acesso a produtos vinculados a uma empresa terceira, estranha à relação contratual diretamente estabelecida entre consumidor e vendedor – não é novidade no cenário consumerista e, além disso, não ocorre apenas nos **contratos** de franquia. Desse modo, extraindo-se dos arts. 14 e 18 do CDC a responsabilização solidária por eventuais defeitos ou vícios de todos que participem da introdução do produto ou serviço no mercado – inclusive daqueles que organizem a cadeia de fornecimento –, as franqueadoras atraem para si responsabilidade solidária pelos danos decorrentes da inadequação dos serviços prestados em razão da franquia, tendo em vista que cabe a elas a organização da cadeia de franqueados do serviço. **REsp 1.426.578-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.**

25. STJ. **Informativo nº 0562 Período: 18 a 28 de maio de 2015. Quarta Turma. Responde solidariamente por vício de qualidade do automóvel adquirido o fabricante de veículos automotores que participa de propaganda publicitária garantindo com sua marca a excelência dos produtos ofertados por revendedor de veículos usados.** O princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na **publicidade** e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30 do CDC. Realmente, é inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a **publicidade** venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca. Trata-se de materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação,

Faculdade 7 de Setembro Fortaleza Ceará

7) Determina o art. 443 do Código Civil que o conhecimento prévio do vício pelo alienante agrava a sua condição perante o adquirente, pois, além de redibir o negócio ou abater a prestação, suportará perdas e danos. Esta é a consequência da aferição de sua má-fé. Teremos assim duas ações alternativas submetidas a prazos decadenciais do art. 445 do Código Civil (redibitória e estimatória) e uma pretensão indenizatória sujeita a prazo prescricional de três anos (art. 205, § 3º, III). Se não comprovado pelo adquirente tal estado subjetivo, limitar-se-á ele ao exercício das ações edilícias. Enfim, a ignorância do alienante quanto aos vícios exclui a sua responsabilidade, mas não o exime de suportar a rescisão do contrato, se assim o desejar o adquirente.

Em outro rumo, dispõe o art. 23 da Lei nº 8.078/90: "A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade." Veja-se que, para o Código de Defesa do Consumidor, é irrelevante o debate quanto à boa ou má-fé do fornecedor, pois ele tem a obrigação de colocar em circulação produtos e serviços isentos de vícios. Não o fazendo, ou seja, colocando produtos impróprios ou inadequados em circulação, nasce a responsabilidade do fornecedor, independentemente de sua má-fé ou negligência. Toda vez que o vício cause danos, afasta-se o prazo decadencial e vale o prescricional de três anos do art. 27 do CDC.[26]

8) Incumbe ao adquirente a demonstração dos requisitos de configuração do vício redibitório, sobretudo a sua preexistência à alienação (art. 444, CC). Só assim terá êxito em demanda redibitória ou estimatória. Se falhar, entender-se-á que o defeito decorreu do mau uso da coisa, prevalecendo o brocardo *res perito domino*.

Nas relações de consumo, é factível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), com facilitação da defesa do consumidor diante dos vícios do produto e do serviço, condicionada à manifestação do magistrado sobre os requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor.

---

proteção e informação, sob pena de responsabilidade. O próprio art. 30 do CDC enfatiza expressamente que a informação transmitida "obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar", atraindo a responsabilidade solidária daqueles que participem, notadamente quando expõe diretamente a sua marca no informativo publicitário. A propósito, a jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que venham a se beneficiar da cadeia de fornecimento, seja pela utilização da marca, seja por fazer parte da **publicidade.** Trata-se, cabe ressaltar, de caso de responsabilização objetiva. Nesse contexto, dentro do seu poder de livremente avalizar e oferecer diversos tipos de produtos e serviços, ao agregar o seu "carimbo" de excelência aos veículos usados anunciados, a fabricante acaba por atrair a solidariedade pela oferta do produto/serviço e o ônus de fornecer a **qualidade** legitimamente esperada pelo consumidor. Na verdade, a utilização de marca de renome – utilização essa consentida, até por força legal (art. 3º, III, da Lei 6.729/1979) – gera no consumidor legítima expectativa de que o negócio é garantido pela montadora, razão pela qual deve esta responder por eventuais desvios próprios dos negócios jurídicos celebrados nessa seara (**REsp 1.365.609-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).**

26. SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 132.

Pensamos que a hipossuficiência será um dado constante nas ações fundamentadas em vícios de inadequação, pela flagrante impossibilidade técnica de o consumidor leigo demonstrar o nexo causal entre o vício e a sua anterioridade. Isto será preponderante para propiciar a inversão do ônus da prova, em detrimento do fornecedor. É evidente a condição de hipossuficiência do comprador, que não tem condições de conhecer a concepção, o desenvolvimento e a tecnologia utilizados na fabricação. Exigir do profissional leigo que aponte e demonstre o defeito é criar desequilíbrio inaceitável para o devido processo legal. A prova pericial é o instrumento adequado para eliminar a desigualdade material entre as partes, cabendo ao perito com a sua suficiência técnica detectar o defeito e a sua autoria. Aliás, quando além da hipossuficiência técnica, adiciona-se a econômica, pelo inegável alto custo da prova pericial, esse abismo processual permanece, causando, na prática, a frustrante jurisdição prestada com base na falta de prova.[27]

Ressaltamos que com a positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC/15), mesmo nas relações puramente intercivis, esse ônus poderá ser atribuído pelo magistrado ao réu da demanda – caso se encontre em melhores condições de provar -, de maneira dinâmica, a partir das especificidades do caso concreto, a fim de atender a paridade de armas entre os litigantes e as especificidades do direito material afirmado em juízo, com vistas a tutela jurisdicional adequada e efetiva.[28]

9) O CDC apresenta regulamentação sensivelmente superior à do Código Civil em sede de prazos decadenciais. A título comparativo, no Código de Defesa do Consumidor, os prazos de reclamação para vícios aparentes são de 30 dias para os produtos não duráveis e 90 dias para os duráveis, contados da entrega efetiva.[29] Tratando-se de vícios ocultos, os prazos são idênticos,

27. STJ. "A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas" (REsp 802832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, S2-Segunda Seção, *DJe* 21.9.2011).

28. Ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que "Assim, cumprirá o órgão judicial com o seu dever de auxílio, inerente a colaboração. Providencia desse corte visa superar a probatio diabólica, possibilitando um efeitvo acesso a justiça. Nesse sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração, deve o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes". Código de Processo Civil Comentado, p. 396.

29. STJ. Informativo nº 0533, Período: 12 de fevereiro de 2014. Terceira Turma. "DIREITO DO CONSUMIDOR. PRAZO PARA RECLAMAR DE VÍCIOS APARENTES OU DE FÁCIL CONSTATAÇÃO PRESENTES EM VESTIDO DE NOIVA. Decai em noventa dias, a contar do dia da entrega do produto, o direito do consumidor de

> mas a contagem se processa a partir da descoberta do vício (art. 26, § 3º). Enquanto o Código Civil limita temporalmente a 180 dias (móveis) e 1 ano (imóveis) a constatação de vício, "que, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde" (art. 445, § 1º), no CDC não há qualquer óbice para que o consumidor identifique o vício de inadequação muito tempo depois da aquisição do bem. O critério para a delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o da vida útil do bem, o que, além de conferir ampla flexibilidade ao julgador, releva a importância da análise do caso concreto.[30]

Exemplificativamente, se o consumidor constata o vício de qualidade em sua torradeira 14 meses após a sua aquisição, contará a partir daí com um prazo de 90 dias para desencadear o instrumental protetivo do CDC. Em se tratando de torradeira, certamente a descoberta do vício em tal prazo ainda faz presumir se encontrar a máquina em seu ciclo de vida útil. Se o vício fosse identificado aos três anos de uso, possivelmente entenderia o magistrado não se tratar de um vício de inadequação, mas sim do ingresso em sua fase agônica, decorrente do próprio exaurimento do bem face ao seu uso prolongado.

Ademais, ao contrário do Código Civil, os prazos decadenciais de 30 ou 90 dias podem ser obstados nas hipóteses elencadas no § 2º do art. 26 do CDC. A paralisação de prazos decadenciais é excepcional, mas perfeitamente coerente para a tutela privilegiada de sujeitos especiais no ordenamento. Daí a própria advertência do art. 207,

---

reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação presentes em vestido de noiva. Os critérios legais para a fixação do prazo decadencial para reclamação de vícios aparentes ou de fácil constatação leva em consideração a durabilidade ou não do produto ou serviço. Assim, se o produto for durável, o prazo será de 90 dias, caso contrário, se não durável, o prazo será de 30 dias (art. 26 do CDC). Ressalte-se que vício aparente ou de fácil constatação é aquele que não exige do consumidor médio nenhum conhecimento especializado ou apreciação técnica (perícia), por decorrer de análise superficial do produto (simples visualização ou uso), cuja constatação é verificável de plano, a partir de um simples exame do bem ou serviço, por mera experimentação ou por 'saltar aos olhos' ostensivamente sua inadequação. Ademais, entende-se por produto durável aquele que, como o próprio nome consigna, não se extingue pelo uso, levando certo tempo para se desgastar, que variará conforme a qualidade da mercadoria, os cuidados que lhe são emprestados pelo usuário, o grau de utilização e o meio ambiente no qual está inserido. Portanto, natural que um terno, um eletrodoméstico, um automóvel ou até mesmo um livro, à evidência exemplos de produtos duráveis, se desgastem com o tempo, já que a finitude é, de certo modo, inerente a todo bem. Por outro lado, os produtos não duráveis, tais como alimentos, os remédios e combustíveis, em regra in natura, findam com o mero uso, extinguindo-se em um único ato de consumo. Assim, por consequência, nos produtos não duráveis o desgaste é imediato. Diante disso, o vestido de noiva deve ser classificado como um bem durável, pois não se extingue pelo mero uso, sendo notório que, por seu valor sentimental, há quem o guarde para a posteridade, muitas vezes com a finalidade de vê-lo reutilizado em cerimônias de casamento por familiares (filhas, netas e bisnetas) de uma mesma estirpe. Há pessoas, inclusive, que mantêm o vestido de noiva como lembrança da escolha de vida e da emoção vivenciada no momento do enlace amoroso, enquanto há aquelas que o guardam para uma possível reforma, seja por meio do aproveitamento do material (normalmente valioso), do tingimento da roupa (cujo tecido, em regra, é de alta qualidade) ou, ainda, para extrair lucro econômico, por meio de aluguel (negócio rentável e comum atualmente). Assim, existindo vício aparente ou de fácil constatação em vestido de noiva, incide o prazo de 90 dias, aplicável aos bens duráveis (art. 26, II, do CDC)" (REsp 1.161.941-DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 5.11.2013).

30. BESSA, Leonardo Roscoe. *Vícios dos Produtos*: paralelo entre o CDC e o Código Civil, op. cit., p. 293.

do Código Civil: "salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição".

O fornecedor pode se servir da faculdade de conceder garantia contratual. Normalmente assim o faz para reforçar a competitividade de seus produtos. No CDC a garantia contratual será complementar à legal (art. 50). Assim, o transcurso do prazo de garantia legal de 90 dias só será disparado com o término do prazo contratual.[31] Contudo, o exaurimento da garantia contratual não significará o crepúsculo da tutela do consumidor. O termo final para o exercício das medidas protetivas do CDC coincidirá com a vida útil do bem jurídico, vale dizer, da durabilidade legitimamente esperada conforme padrões técnicos vigentes. Com efeito, não raramente o vício oculto e intrínseco do objeto somente se manifesta quando finda a garantia contratual, sem que se confunda com defeitos decorrentes do desgaste normal pelo uso corriqueiro do produto.

1.6 A desmaterialização dos vícios redibitórios

O advento de uma sociedade tecnológica demanda novas alternativas para diversos segmentos do direito privado: a redefinição dos contornos de diversos direitos da personalidade; a ampliação da responsabilidade civil pelo surgimento de diferentes danos reparáveis, a expansão dos diversos "direitos de propriedades imateriais" e, sobretudo, um profundo repensar do fenômeno da contratação, tão distante dos bucólicos tempos dos "acordos de cavalheiros" que dominavam a manualística tradicional.

O que há de peculiar e único no comércio eletrônico é a distância entre fornecedor e consumidor, a despersonalização da relação jurídica, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, a desterritorialização da contratação, efetivada em "território virtual", a desmaterialização da execução a distância e a objetividade ou "autonomia" das duas vontades exteriorizadas, perante qualquer meio virtual.

A desmaterialização do objeto do contrato é um dado que se imbrica diretamente com a teoria dos vícios redibitórios. O conceito de bens imateriais ocupou o centro do cenário econômico nos últimos anos, uma vez que concentram o maior volume de circulação econômica. No âmbito do comércio eletrônico, têm grande relevância, pois constituem considerável parte da atividade econômica digital. Os bens imateriais são uma ampla categoria, caracterizada negativamente pela ausência de "matéria" e, positivamente, por constituírem uma criação humana. São intangíveis e só alcançam um grau de materialidade quando editados, impressos ou representados. Assim, os

31. "STJ – A Turma reiterou a jurisprudência deste Superior Tribunal e entendeu que o termo *a quo* do prazo de decadência para as reclamações de vícios no produto (art. 26 do CDC), no caso, um veículo automotor, dá-se após a garantia contratual. Isso acontece em razão de que o adiamento do início do referido prazo, em tais casos, justifica-se pela possibilidade contratualmente estabelecida de que seja sanado o defeito apresentado durante a garantia" (REsp 547.794-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti).

bens imateriais relevantes são socorridos por direitos que, em definitivo, lhes dão status de entidade econômica e permitem a sua circulação.[32]

Vício redibitório não é apenas a desconformidade do bem material ou imaterial com o legitimamente esperado, com o prometido, com o informado, mas é também falha na forma da prestação esperada como um todo. Se os contratos devem ser executados conforme a boa-fé, a informação prestada por meio eletrônico ou pela publicidade sobre o serviço ou produto material ou imaterial (arts. 30 e 31, CDC) deve ser cumprida. Se a prestação não é aquela informada, não é conforme e há, portanto, vício. A dificuldade está em identificar esta desconformidade em um meio desmaterializado e sobre um objeto imaterial, ou um fazer tópico e fluido, tal e qual no comércio eletrônico.[33]

Ora, se no comércio eletrônico, "dados" e "informações" transformaram-se em produtos e serviços de consumo, Cláudia Lima Marques identifica dois tipos desmaterializados de vícios da informação: o vício da informação *stricto sensu* (aquele identificado pelo CDC, nos arts. 18 e 20), referente à disparidade entre a informação pré-contratual da oferta ou da publicidade e o produto ou serviço efetivamente prestado; e, naquilo que nos interessa, *o vício do produto informacional ou eletrônico,* um vício de qualidade ou de quantidade do produto ou serviço, que quebra a confiança do consumidor (por exemplo, rapidez do serviço de atualização das informações ou dados, segurança dos dados etc.), vício agora também desmaterializado, o que pode bem trazer muitos problemas de prova. Aliás, emergirá o "fato do produto ou produto" (arts. 12 a 17, CDC) se o uso destes dados e informações causarem violação da incolumidade psicofísica do consumidor.[34]

2. EVICÇÃO

2.1 Noções conceituais

Nas relações contratuais, não é suficiente que o transmitente entregue a coisa, cumprindo a obrigação principal, para haver a satisfação do outro contratante. As obrigações são complexas, exigindo-se do alienante que atue conforme a boa-fé, observando os deveres anexos de proteção, cooperação e informação, a fim de que o bem adquirido possa ser fruído da melhor forma possível pelo adquirente, tutelando-se as suas legítimas expectativas quanto ao negócio jurídico realizado.

Contudo, além da obrigação principal e dos deveres anexos ou instrumentais oriundos da boa-fé, o sistema jurídico concebe garantias quanto às tutelas física e jurídica do objeto adquirido. Vale dizer, o adquirente será protegido quanto à funcionalidade e a substância do bem, seja diante da existência de vícios ocultos que tornem a coisa imprópria para o uso (art. 441 do CC), bem como no tocante à garantia da legitimidade jurídica do direito que lhe é transferido.

32. LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*, op. cit., p. 174-176.
33. MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 86.
34. MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico*, op. cit., p. 87.

Na teoria geral do negócio jurídico, há uma importante classificação que se aplica indistintamente à evicção e ao vício redibitório: trata-se de *elementos categoriais naturais,* na feliz definição de Antônio Junqueira de Azevedo. Para além dos elementos gerais – indispensáveis a qualquer tipo de negócio jurídico –, postam-se os elementos categoriais, como aqueles que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio, não resultando da vontade das partes, mas da própria ordem jurídica. Estes se dividem em essenciais ou naturais, conforme a possibilidade de derrogação pela vontade das partes, sem que mude a figura do negócio jurídico ou se altere a sua essência. É exatamente o que ocorre com a responsabilidade pelos vícios redibitórios nos contratos comutativos e pela evicção nos contratos onerosos, em que ditas garantias podem ser repelidas por um ato de autonomia, não obstante o regime jurídico atribuído ao contrato permanecer o mesmo.[35]

Sobre os vícios redibitórios já efetuamos comentários. O ordenamento objetiva resguardar o adquirente quanto a defeitos materiais que inviabilizem a fruição do bem. Relativamente à evicção, cuida-se de garantia vinculada à incolumidade jurídica do bem. Maria Helena Diniz conceitua-a como "a perda da coisa, por força de decisão judicial, fundada em motivo anterior, que a confere a outrem, seu verdadeiro dono, com o reconhecimento em juízo da existência de ônus sobre a mesma coisa, não denunciado oportunamente no contrato".[36] De forma mais abrangente – conforme será explicado adiante –, consideramos a evicção como a perda da coisa em virtude de decisão judicial ou administrativa que conceda o direito – total ou parcial – sobre ela a um terceiro estranho à relação contratual em que se deu a aquisição.

De qualquer forma, fica claro que este modelo jurídico requer a perda da propriedade ou da posse de um bem em função do reconhecimento de este direito caber a outrem, por fato anterior à aquisição dele pelo evicto. O terceiro demonstrará a anterioridade de seu direito, por deter a condição de real proprietário ou possuidor do bem, através de titulação anterior ao negócio que concedeu o direito ao adquirente. Com a perda da coisa, este passa a se chamar evicto (excluído). De acordo com a 1ª parte do art. 447 do Código Civil: "nos contratos onerosos o alienante responderá pela evicção". Incumbirá ao evicto dirigir-se ao transmitente, pleiteando a indenização pelos prejuízos decorrentes da transferência de um direito que não lhe pertencia quando formalizado o contrato.

A origem histórica da evicção se situa no direito romano, vinculada ao contrato de compra e venda, que, até então, não transferia propriedade, mas apenas a posse. Ensina José Eduardo da Costa que o comprador poderia exigir que a posse fosse transmitida de maneira e com características que a tornassem insuscetível de privação. Para tanto era o vendedor obrigado a garantir que a posse transferida seria imunizada de perturbações. Os requisitos da evicção no Direito romano eram: a privação da

35. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico* – existência, validade e eficácia, op. cit., p. 34-36.
36. DINIZ, Maria Helena. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, op. cit., p. 135.

posse do adquirente por sentença que declarava que o direito de terceiro era melhor que o do alienante; a evicção deveria se originar de um vício imanente ao direito do vendedor; não se exigia conduta culposa ou dolosa do devedor, de forma que a responsabilidade do vendedor tinha caráter objetivo; enquanto não houvesse privação da posse, o adquirente não poderia agir contra o garante, exceto se este atuasse com dolo ou culpa; o adquirente não poderia ter contribuído para a vitória do terceiro, de forma que era seu dever notificar o garante no caso de demanda judicial do terceiro. Uma vez produzida a evicção, o garante deveria pagar ao adquirente o valor da coisa e, em alguns casos, também o valor dos frutos que o adquirente ressarciu ao terceiro. Aqui surge a garantia da evicção, que, paulatinamente, adquiriu contornos próprios.[37]

A evicção se impõe aos contratos onerosos em geral, não apenas na compra e venda, de onde o modelo se originou em Roma. Contratos onerosos são aqueles identificados pela *causa do enriquecimento*. As atribuições patrimoniais nos negócios jurídicos onerosos se vinculam inflexivelmente a uma relação de causalidade entre as prestações a que se vinculam as partes, em que ambas obtêm encargos e vantagens recíprocas.[38] Basta verificar a incidência da evicção na cessão onerosa de crédito (art. 295 do CC), na dação em pagamento (art. 359 do CC) e na transação (art. 845 do CC)[39].

Mesmo no direito empresarial, se cogita da responsabilidade do sócio que integraliza a sua cota adimplindo a obrigação de contribuir para a formação do capital social, mediante a transmissão de direitos em prol da pessoa jurídica. Havendo o perecimento ou perda da eficácia patrimonial destes direitos, dispõe a primeira parte do art. 1005 do Código Civil que "o sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela evicção".

Nos contratos gratuitos, como a doação, não se aplica a evicção, pois a eventual privação do bem pelo adquirente não representaria um prejuízo propriamente dito, mas apenas a perda de uma vantagem. Dispensa-se, por conseguinte, a recomposição do sinalagma. Sintetiza o art. 552 do Código Civil que "O doador não é obrigado a pagar juros moratórios, nem é sujeito às consequências da evicção ou do vício redibitório". Contudo, nada impede que, no contexto de autonomia do autor da liberalidade, o transmitente consinta em assumir os riscos pela perda da coisa.

Não se olvide ainda da possibilidade de o doador suportar a evicção quando dolosamente transfere a propriedade do bem, sabendo ser ela portadora de vício jurídico. Cuida-se do "presente de grego". A especificidade da hipótese reside no fundamento diferenciado da demanda: não será o alienante responsabilizado pela evicção, por ser

37. COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*, op. cit., p. 7-8.

38. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 92.

39. Cláudio Luiz Bueno de Godoy evidencia o acerto do legislador de 2002 ao alterar a topografia da transação do capítulo dos efeitos das obrigações para os contratos em espécie, afirmando a sua natureza contratual, "em que as partes acordam sobre dado objeto, alterando o *status* jurídico antecedente, para o fim de eliminar uma incerteza obrigacional, inclusive eventualmente transmitindo direitos, até mesmo reais" (*Código Civil comentado*, op. cit., p. 856).

ela estranha aos contratos gratuitos, mas por eventuais perdas e danos decorrentes do ato ilícito. Seria simplório generalizar a tese de que o donatário nunca sofre perdas, mas apenas privação de ganhos. Ilustrativamente, seria a situação daquele donatário que, ato contínuo, locou imóvel cuja origem ilegítima era previamente conhecida pelo doador. Terá este de arcar com os lucros cessantes relativos aos ganhos frustrados da locação, rompida em razão da evicção. Não é outra a letra do art. 392 do Código Civil: "Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça."

Se a parte inicial do art. 552 do Código Civil desconecta, como regra, a evicção dos contratos gratuitos, a sua parte final sinaliza a exceção: "nas doações para casamento com certa e determinada pessoa, o doador ficará sujeito à evicção, salvo convenção em contrário". Aqui se faz referência à doação condicional do art. 546 do código Civil, na qual o legislador presume dolo do cônjuge que oferece bem ao outro, considerando que a liberalidade se deu como forma de atrair o interesse do outro nubente para o matrimônio.

Excepcionalmente, caberá a evicção na doação com encargo ou modal (impropriamente denominada pelo CC como *doação onerosa*). A inserção do encargo na doação produz uma restrição na eficácia da liberalidade, pela criação de uma obrigação para o donatário de dar, fazer ou não fazer. O encargo não se qualifica como uma contraprestação – mantendo a doação a sua essencial gratuidade –, porém o contrato se torna bilateral, justificando a incidência da evicção até o limite da prestação imposta ao donatário.

Ainda no âmbito do contrato de doação, o art. 540 do Código Civil faz referência à doação remuneratória ou gravada. A doação remuneratória é motivada por um préstimo anterior do donatário para com o doador: reflete, pois, uma mostra de gratidão, sendo feita não puramente por liberalidade, mas também para atender a uma necessidade moral do doador de compensar o que antes recebeu do donatário. O efeito da doação remuneratória será de doação pura quanto ao excedente do valor dos serviços remunerados, respondendo o doador pelos riscos da evicção até o limite dos referidos serviços. Por isso a doutrina classifica a doação remuneratória como imprópria.[40]

Aliás, diferentemente dos vícios redibitórios, expressamente vocacionados aos contratos comutativos (art. 441 do CC), na evicção o art. 447 do Código Civil somente demanda a onerosidade do contrato, o que carreia a indagação sobre a plausibilidade da extensão da evicção aos contratos de cunho aleatório (art. 458 do CC). Não obstante a incerteza quanto à eficácia da prestação de uma das partes, são eles contratos onerosos, pois existe a garantia de adimplemento da eventual contraprestação. Fatalmente a evicção será afastada quando a álea se referir à própria titularidade do direito transferido.

40. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 220.

2.2 Fundamentação jurídica da garantia

A compreensão do fundamento da evicção pressupõe a exata apreensão do sentido do termo *sinalagma*. Trata-se do nexo de reciprocidade entre as prestações contratuais, da sua interdependência – uma como causa da outra por ocasião da formação do contrato –, no sentido de que as obrigações são proporcionais e representam um justo intercâmbio. O sinalagma genético representa esta correspectividade contratual ao tempo do nascimento do negócio jurídico. Em complemento, o sinalagma funcional evidencia a preservação deste *status quo* ao longo da execução do contrato, com a preservação da razão de ser da relação obrigacional.

O sinalagma genético – assim como o funcional – é elemento categorial essencial do negócio jurídico oneroso. Como define a sua própria essência, não pode ser derrogado pelas partes, pois se derrogado, já não teremos mais aquele negócio.[41]

Portanto, acompanhando o escólio de José Eduardo da Costa, cremos que a função prático-social da garantia da evicção nos contratos onerosos é a de recompor o equilíbrio contratual, abalado pelo rompimento da correspectividade das prestações. Com a privação do bem, experimenta o evicto uma mitigação patrimonial que rompe o sinalagma genético, pois o seu sacrifício financeiro já não mais será compensado por qualquer vantagem econômica. Esta potencialidade de o dano, este risco de um terceiro – verdadeiro titular do interesse –, interferir na economia contratual, frustrar o cerne da onerosidade contratual e atingir a situação jurídica patrimonial do adquirente é o fundamento que conduz à instituição da garantia da evicção. Nas palavras do doutrinador, "a garantia de evicção consiste numa regulamentação de direitos, deveres, ônus e obrigações decorrentes do rompimento da sinalagmaticidade das prestações".[42]

Portanto, indevida será a associação entre a evicção e o inadimplemento, uma vez que este se localiza no plano da eficácia do negócio jurídico, mais especificamente na frustração do sinalagma funcional, pelo descumprimento de uma obrigação na fase de execução do contrato. Tratando-se de uma crise da obrigação em etapa sucessiva à gênese do negócio jurídico, o inadimplemento não se amolda aos contornos do modelo jurídico da evicção. Por mais que a perda do direito se concretize tempos depois da contratação, a sua causa se prende indissoluvelmente àquele tempo. Com efeito, a consumação da evicção evidencia que o bem, de cuja propriedade ou posse o evicto foi privado, já não se encontrava sob a esfera patrimonial do transmitente quando da contratação. Por sinal, o Código Civil reserva o termo *resolução* (art. 475) para se referir à desconstituição do contrato como efeito do inadimplemento. Todavia, conceitua como rescisão (art. 455) o desfazimento do contrato em função da evicção, vício anterior à celebração da avença. A rescisão, como explica Araken

41. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico* – existência, validade e eficácia, op. cit., p. 36.
42. COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*, op. cit., p. 63.

de Assis, constitui modalidade de abertura do negócio jurídico em razão de defeito anterior à contratação, como deflui do chamado vício oculto ou de seu próprio objeto.[43]

Sendo a garantia da evicção um sistema autônomo ao do inadimplemento, não deseja o ordenamento sancionar o alienante por falhar no resguardo do adquirente, mas tão somente efetivar o ressarcimento pela privação do direito, em decorrência de obrigação de cumprimento de cláusula legal de garantia. Por isto, ao contrário do inadimplemento (art. 392, CC), não se exige a constatação de culpa do alienante, sendo suficiente o fato objetivo da privação da propriedade ou da posse do bem jurídico.

2.3 Elementos da evicção

Os elementos da evicção podem ser classificados em: (1) privação do direito do adquirente; (2) preexistência do direito do terceiro; (3) privação judicial ou extrajudicial. Para alguns autores, a onerosidade do contrato também seria elemento da evicção,[44] porém optamos por associar a onerosidade à própria condição de pressuposto para a existência da garantia, sendo, portanto, delineada na introdução ao estudo deste modelo jurídico.

2.3.1 Privação do direito do adquirente

É o elemento nevrálgico do fato jurídico da evicção. Comumente se lê a referência à "privação da coisa". Não se trata de uma expressão adequada, pois, quando se fala em disposição de uma coisa, na verdade se entende a disposição sobre a propriedade ou outro direito que incide nesta coisa. Ora, quando um proprietário concede a terceiro um imóvel em usufruto, faz disposição sobre direito de propriedade e não sobre a coisa propriamente dita. A mutação subjetiva na titularidade não incide sobre o objeto material, mas sobre o direito.

Situada a evicção na categoria dos contratos onerosos, consistem estes em negócios jurídicos meramente constitutivos de obrigações (*v. g.*, compra e venda, art. 481, CC), servindo apenas como título para posterior registro de propriedade e outros direitos reais que transmitam propriedade (arts. 1.227 e 1.245, CC), ou outras parcelas dominiais (uso e fruição do bem). Em nossa legislação, os contratos não ostentam eficácia translativa, situando-se como causa de um sucessivo ato transmissivo.

Podemos ilustrar a situação da seguinte forma: A vende um imóvel a B. Antes da efetivação do registro por B, A aliena o mesmo imóvel a C, que providencia o registro, tornando-se proprietário em detrimento da situação jurídica de B. Aqui não se pode cogitar de evicção a favor de B. Esta demanda a eficácia real do acordo. O registro em favor de C, após o acordo de transmissão a B, acarreta tão somente a

43. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 86.

44. Nesse sentido, Maria Helena Diniz. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, op. cit., p. 137.

resolução do contrato por inadimplemento de A. Não existe a evicção, pois faltou a prestação de dar coisa certa por parte de A em proveito de B. A propósito, dispõe Pontes de Miranda que a obrigação do outorgante em negócios onerosos não é de apenas concluir o título transmissivo, "mas sim, também, o de tornar titular do direito, pretensão, ação ou exceção o outorgado. Portanto, o adimplemento é com a eficacização do acordo de transmissão, sem o que a obrigação não foi cumprida".[45]

Pelo exposto, dessume-se ainda que a privação do direito não se confunde com o desapossamento da coisa. Em outras palavras, pode haver evicção mesmo que o evicto não tenha a posse direta ou indireta da coisa. Exemplificando, A adquire a propriedade de B sem contudo receber a posse. Tempos depois C ajuíza ação reivindicatória, julgada a sua pretensão procedente. A será considerado evicto sem que tenha sido desapossado materialmente do bem. Aliás, sequer exerceu sobre ele posse imediata ou mediata. Contudo, a privação da propriedade gerou a evicção.

Por conseguinte, a evicção sempre se referirá a uma questão de direito que paira não apenas sobre a propriedade como igualmente sobre o direito à posse. Vale dizer, A adquire propriedade de B e passa a residir no imóvel. Meses depois C ingressa com ação de reintegração de posse – em função de esbulho e invocando direito anterior à aquisição da titularidade –, obtendo êxito na demanda, com o desapossamento de A. Apesar de A ainda ser o proprietário do bem, haverá a evicção, pois foi privado da posse do bem, alijado das faculdades dominiais de fruição e uso, que possuem inegável valor econômico.

Aliás, ainda em sede de evicção decorrente de perda da posse, o art. 568 do Código Civil bem explicita a questão em termos de contrato de locação: "O locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação". Assim, se A aluga um imóvel a B e no transcurso da locação, surge C reivindicando a condição de proprietário, por fundamento anterior à locação, terá B – agora alijado da condição de possuidor direto –, a faculdade de promover uma demanda contra A, em função da evicção, pela perda do objeto do contrato locatício. Vê-se pelo exemplo não se tratar de evicção decorrente de privação de direito de propriedade, mas sim de direito à posse, porquanto a locação era fundada no uso e na fruição da coisa, agora impossibilitados pela perda da propriedade em favor do verdadeiro titular. Contudo, se a insurgência do terceiro disser respeito a aspectos fáticos, o alienante nada indenizará, pois apenas garante a indenidade jurídica da coisa. Ou seja, tratando-se de agressão à posse, o próprio locatário deverá se resguardar pela via do desforço imediato ou das ações possessórias.

A privação do direito poderá ser total ou parcial, conforme a evicção tenha alcançado a totalidade da situação jurídica adquirida ou apenas alguns de seus elementos. Preceitua o art. 455: "Se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto

[45] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, XXXVIII, op. cit., p. 218.

optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização.

Não raramente, o evicto perde uma parcela do direito sobre a coisa móvel ou imóvel, mantendo a propriedade ou a posse sobre o restante. Seria a hipótese de alguém que adquire um lote de vinte automóveis, sendo dez procedentes de documentação falsa. Ou, ainda, a aquisição de um prédio de apartamentos, em que 70% das unidades não pertenciam ao alienante.

Aliás, pode mesmo a evicção parcial se traduzir na exclusão de um ônus real que poderia beneficiar economicamente o evicto. Ilustrativamente, A adquire fazenda com servidão de passagem sobre imóvel vizinho; tempos depois, este direito real é suprimido pela preexistência de direito de terceiro. Haverá ainda privação parcial na inclusão de um gravame capaz de reduzir a serventia do bem. Exemplificando: A adquire propriedade plena de apartamento e, posteriormente, vizinho ajuíza ação confessória de servidão.

Veremos adiante que, em se tratando de privação parcial, a tutela jurisdicional do evicto se ampliará, pois, além do natural recurso à rescisão do contrato, poderá deliberar por permanecer com o direito sobre a coisa – apesar de mutilado –, restituindo-se parte do preço correspondente ao desfalque sofrido.

2.3.2 Preexistência do direito do terceiro

A privação é causada por um terceiro em razão de um vício do direito transmitido ao evicto, que antes supunha ter este direito integrado ao seu patrimônio. A titularidade real do direito é do terceiro e não do alienante, pois aquele ostenta um direito superior ao do adquirente. É fundamental a constatação da anterioridade do direito do terceiro, sob pena de o adquirente assumir em sua esfera patrimonial todos os prejuízos consequentes à perda da coisa cujo fato gerador seja posterior à sua aquisição. A privação do direito será inexoravelmente justificada por uma causa anterior ao contrato que serviu como título da aquisição do direito pelo evicto.[46]

Será imprescindível para a justa solução do caso concreto a aferição do momento exato da aquisição do direito pelo terceiro, se anterior ou posterior à transmissão. Só assim saberemos se o alienante se vinculará ou não ao dever de garantia.

Neste passo, nem sempre a formação do direito de terceiro se dá por um ato isolado e perfeitamente atomizado no tempo. Basta lembrarmos da usucapião cuja

46. STJ: "I – Evicção é a perda da coisa, determinada em regra por sentença judicial, que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato aquisitivo. Gera, contra o alienante, responsabilidade civil que se funda no mesmo princípio de garantia que o vincula em face dos vícios redibitórios. II – A responsabilidade pela evicção ocorre apenas quando a causa da constrição operada sobre a coisa é anterior à relação jurídica entabulada entre o alienante e o evicto. O que importa não é o momento da constrição, esta será, necessariamente, posterior à alienação, o que importa saber é o momento em que nasceu o direito (de terceiro) que deu origem à constrição" (Terceira Turma, Resp nº 873165/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 18.5.2010).

fluência iniciou antes da transmissão da propriedade. Portanto, se após adquirir o imóvel de A, o comprador B se vê na posição de réu de ação de usucapião manejada por C, a possibilidade de B arguir a evicção em face de A variará conforme se tenha completado o prazo da usucapião, antes ou depois da transmissão do direito de propriedade. Se o prazo apto à aquisição pela usucapião já estava em curso antes da alienação do bem e foi completado após a aquisição, tinha o adquirente todas as condições para interromper a fluência do prazo. A alienação do bem funcionou como uma espécie de exclusão do nexo causal quanto à responsabilidade do alienante por fato superveniente que estabeleceu novo desdobramento ao fato. Ressalve-se, contudo, conforme lição de Caio Mário da Silva Pereira, "A responsabilidade do alienante se o prazo prescricional se completa tão próximo do ato de aquisição que não haja tempo para que o adquirente conheça a situação e o interrompa".[47] Em complemento, entendemos que a demonstração da boa-fé do adquirente será crucial em circunstâncias tênues como a ora ressaltada.

Em caráter excepcional, evicção também haverá na desapropriação, quando o decreto expropriatório tiver antecedido o negócio jurídico, mas não for informado o fato ao adquirente. Certo é que se tivesse conhecimento anterior da titularidade alheia do bem adquirido, não poderia posteriormente agir contra o alienante, figurando o abuso do direito (art. 187 do CC).[48]

No mais, a preexistência do direito de terceiro se revelará frequentemente nas aquisições *a non domino*. O alienante, aparente titular da propriedade, pratica negócio jurídico translativo existente, válido e eficaz. Porém, o adquirente culmina por ser privado do direito pelo real titular da propriedade, vencedor de pretensão reivindicatória. A declaração de vontade do alienante será considerada para fins de lhe atribuir responsabilidade pela aparência de titularidade. A aquisição a *non domino* em sentido técnico, segundo Francisco Landim, é a aquisição da propriedade, feita pelo terceiro adquirente de boa-fé, do titular aparente, provido de aparência de legitimação para dispor. Há eficácia translativa e o título é registrado em nome do adquirente, produzindo eficácia *erga omnes* enquanto não cancelado. Ao perder a coisa por força de decisão judicial, o adquirente a *non domino* demandará contra o falso titular do direito pela evicção.[49]

Lembre-se ainda de interessante fenômeno conhecido no direito italiano como *evicção invertida*. Trata-se de situação em que o adquirente não obteve o direito

47. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. III, op. cit., p. 137.

48. A respeito do tema, Carlos Roberto Gonçalves comenta: "O alienante só responde pela perda decorrente de causa já existente ao tempo da alienação. Se lhe é posterior, nenhuma responsabilidade lhe cabe. É o caso da desapropriação efetuada pelo Poder Público. A causa da perda surgiu após a transmissão do direito. No entanto, se já havia sido expedido decreto de desapropriação antes da realização do negócio, responde o alienante pela evicção, ainda que a expropriação se tenha efetivado posteriormente, porque a causa da perda é anterior ao contrato e o adquirente não tinha meios de evitá-la" (*Direito civil brasileiro*, v. III, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123).

49. LANDIM, Francisco. *A propriedade imóvel na teoria da aparência*, op. cit., p. 160-168.

eficazmente, mas acaba por adquirir o direito por outro título, mas sem a cooperação do devedor. Seria a hipótese em que A transmite a propriedade a B, sendo que C é o real titular do direito. Todavia, C falece e justamente B se torna o seu herdeiro. Poderia B demandar a evicção contra A? A resposta é afirmativa. Seguindo o raciocínio de José Eduardo da Costa, ainda que o desfazimento da antiga relação jurídica ocorra simultaneamente à constituição da nova propriedade, houve a privação do direito de propriedade oriundo da compra e venda. Pagou-se o preço, mas a contraprestação foi desfeita, precipitando o desequilíbrio contratual. Poder-se-ia estranhar a ausência da intromissão de direito de terceiro no contrato entre o evicto e o seu garante, porém, para a caracterização da evicção, basta que uma nova relação jurídica se oponha à relação original, provocando a supressão ou a restrição do direito do evicto. Ninguém pode negar que isto ocorreu à medida que o adquirente se tornou proprietário em decorrência de novo título (sucessão *causa mortis*), determinando a invalidade da compra e venda e a extinção do direito de propriedade garantido pelo alienante.[50]

Por último, a preexistência do direito de terceiro pode gerar grande inquietude no que tange à indicação do responsável pela garantia da evicção. De fato, com a inovação legislativa introduzida pelo art. 447 do Código Civil, subsiste a garantia da evicção ainda que a aquisição de bem imóvel se tenha realizado em hasta pública.

Prefacialmente, insta acentuar que a arrematação não possui natureza contratual. Cuida-se de uma expropriação forçada, na qual o bem penhorado é extraído do patrimônio do executado sem o concurso de sua vontade, ou mesmo contra ela. Portanto, acompanhando a doutrina processual pátria, exclui-se qualquer equivocada menção à expressão "venda judicial". Tem-se, em verdade, uma alienação coativa da propriedade do bem pela via de órgão jurisdicional. Do exposto, é razoável concluir que a arrematação em hasta pública não se insere na primeira parte do art. 447 do Código Civil: "Nos contratos onerosos o alienante responde pela evicção."[51]

Justamente pela ausência de contratualidade, não seria um despropósito pensar que a aquisição imobiliária por hasta pública, pelo terceiro de boa-fé, estaria imunizada de qualquer questionamento no tocante à titularidade do direito. De fato, este raciocínio possui amparo no que tange à aquisição de bens móveis em leilões. Afinal, dispõe o art. 1.268 do Código Civil que "feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono". Porém, relativamente à propriedade imobiliária, melhor sorte não socorre o adquirente de boa-fé, pois, como preceitua o parágrafo único do art. 1.247 do Código Civil: "cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente".

50. COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*, op. cit., p. 25.
51. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Evicção do bem arrematado em hasta pública*, op. cit., p. 7.

Destarte, haverá proteção em prol daquele que arrematou judicialmente em processo de execução em virtude do reconhecimento da existência de direito alheio, preexistente à arrematação. Ora, houve um pagamento sem causa por parte do arrematante. Merece ele, portanto, a tutela do ordenamento jurídico. Neste momento, surge a grande indagação: quem irá indenizá-lo pelo direito evencido? A doutrina oferece três opções: (a) investir contra o executado, pois o seu patrimônio é a garantia comum de todos os credores. Afinal, seria injusto, caso o bem arrematado não lhe pertencesse, fosse o arrematante obrigado a suportar todo o peso da execução. Haveria enriquecimento indevido do executado ao se exonerar de débitos prevalecendo-se de titularidades alheias. Pelo fato de o executado comumente ser insolvente, incidirá responsabilidade subsidiária do credor exequente, beneficiado por um enriquecimento injustificado, à custa de algo que não era devido;[52] (b) investir solidariamente contra o Estado, exequente e executado. O Estado ingressaria no polo passivo da demanda ao sub-rogar a vontade do executado e, posteriormente, decidir a propriedade em favor de terceiro. Assume destarte, o risco de entregar com uma mão o que em seguida retirará com outra;[53] (c) exigir judicialmente a garantia dos credores exequentes, pois foram eles que levaram o bem à hasta pública e, assim, acabaram por assumir objetivamente o risco por eventual evicção do direito.[54] É uma tarefa árdua, diante de seu estado econômico precário, a não ser que tenha percebido o saldo remanescente pela alienação. A outro turno, postular contra os credores da execução gera maiores chances de sucesso, haja vista que eles levaram o bem à hasta e embolsaram o seu valor.[55]

Associamos nosso entendimento ao de Alexandre Freitas Câmara; não há propriamente garantia contra a evicção na arrematação em hasta pública, pois a referida garantia só se aplica a atos de autonomia privada, preferencialmente negócios jurídicos onerosos. Nada obstante a ausência de garantia contra a evicção, não se pode negar que houve o *fato da evicção*, com a necessidade de se tutelar adequadamente a situação patrimonial do arrematante. Primeiramente, direcionará ele a demanda em face do executado, seja por ostentar a condição de primitivo titular do direito, como por ter sido diretamente beneficiado pelo desfecho da execução,

52. Citando Liebman, este é o ponto de vista de Humberto Theodoro Jr. *Curso de direito processual civil*, v. II, op. cit., p. 216.

53. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, op. cit., p. 742.

54. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*, v. III, op. cit., p. 60.

55. Transcrevemos a única decisão do STJ posterior à edição do CC/2002 respeitante ao tema: "A natureza da arrematação, assentada pela doutrina e pela jurisprudência, afasta a natureza negocial da compra e venda, por isso que o adquirente de bem em hasta pública não tem a garantia dos vícios redibitórios nem da evicção. O arrematante lesado pode desfazer a arrematação, investir contra o devedor que liberou-se com alienação juridicamente interditada ou voltar-se mesmo contra o credor que se pagou de modo indevido, mas jamais sub-rogar-se em crédito do processo de expropriação cuja própria execução ultimou-se com o pagamento do precatório. Ao arrematante reserva-se o acesso à justiça amplo à evitar o locupletamento sem causa, podendo constringir o crédito do expropriado, em medida acautelatória que lhe garanta o pagamento a posteriori. Deveras, outra alternativa não se lhe reserva" (Primeira Turma, Rel. Min. Luis Fux, Resp. nº 625.322/SP. *DJ* 11. 5.2004).

pela extinção de sua obrigação. Subsidiariamente, será viável a responsabilização do exequente. Tecnicamente, ele não seria legitimado para a demanda, pois nunca titularizou o direito sobre o bem arrematado. Porém, sua responsabilidade decorre do princípio geral do enriquecimento sem causa, à medida que obteve a satisfação de um crédito à custa da arrematação de um bem que não poderia ter sido adquirido pelo arrematante.[56] Por último, e agora com argumentos exclusivos de nossa lavra, pensamos que na impossibilidade de êxito da pretensão perante credor e devedor, caberá a responsabilização do Estado. Tenhamos como fundamento o abuso do direito estatal (art. 187, CC) pela violação do princípio da boa-fé objetiva, na modalidade do *venire contra factum proprium*, senão vejamos: a primeira conduta estatal consistiu na atração da confiança do arrematante através de ato regular de sub-rogação do consentimento do executado, com o corolário lógico da expropriação do direito de propriedade e a destinação do pagamento aos credores; a segunda conduta estatal, a seu turno, traduziu-se em acolher a pretensão do terceiro, real titular do direito, em detrimento da legítima expectativa de confiança antes inculcada na pessoa do evicto no tocante à segurança jurídica do direito adquirido em hasta pública. Com efeito, é evidente o comportamento contraditório e incoerente do Estado, a atrair a sua responsabilidade subsidiária, à medida que a solidariedade não se presume (art. 265, CC), demandando a existência de lei ou cláusula contratual permissiva.

2.3.3 Privação judicial ou extrajudicial

É sabido que a privação de um direito, pela sua preexistência à transmissão na titularidade de um terceiro, implicará o fato da evicção. Cumpre agora aferir se o crivo do judiciário, mediante decisão que define a perda do direito do adquirente, é pressuposto essencial para a privação, ou se esta independe de decisão emanada do Poder Judiciário.

Classicamente a evicção era produto exclusivo de uma decisão judicial favorável a terceiro, proferida em ação que reconhecesse a ele direito de propriedade ou de posse sobre a coisa alienada. Representando a doutrina majoritária do tempo do Código Civil de 1916, adverte Silvio Rodrigues que o direito do reivindicante à carência do direito do vendedor só pode ser apurado com sentença com trânsito em julgado que "proclame o bom e o mau direito de um e de outro".[57]

O Código Civil de 2002 não exige em nenhuma passagem que a caracterização da evicção demande decisão judicial, não obstante insinuar o artigo 456 a notificação do litígio do adquirente ao alienante imediato. A nosso viso, a insistência

56. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Evicção do bem arrematado em hasta pública*, op. cit., p. 10.

57. RODRIGUES, Silvio. Concluí o doutrinador: "aliás, uma decorrência desse princípio se encontra na regra do inciso I do artigo 1.117 do Código Civil de 1916, que recusa Ação ao adquirente se ele foi privado da coisa não por meios judiciais, mas por fortuito, força maior, roubo ou furto. Se a responsabilidade por evicção só deriva de sentença judicial, é lógico que a perda da coisa resultante de outro fato não configura o dever de indenizar. O novo código escusou-se de repetir a regra, por evidente" (*Direito civil*, v. 3, op. cit., p. 116).

no monopólio da sentença transitada em julgado como pressuposto para a privação do direito culmina por prejudicar a abordagem de determinadas situações que não se amoldam a este inflexível sistema. Seriam eles casos equiparados à evicção, tais como: (a) o abandono da coisa pelo adquirente, por reputar ele flagrante o direito de terceiro, a ponto de considerar o litígio um desperdício de tempo e recursos financeiros. Certamente deverá consentir o alienante com o abandono; (b) o reconhecimento extrajudicial do direito do terceiro. É possível mesmo cogitar a possibilidade de o proprietário abandonar o bem móvel (art. 1.263 do CC) ou imóvel (art. 1.276 do CC) para ingressar diretamente com o pedido indenizatório decorrente da evicção, em vez de aguardar passivamente pela iniciativa do terceiro; (c) a perda do direito pelo implemento de condição resolutiva. Neste caso, a precedente aquisição do vendedor se desfaz por estar subordinada a uma condição resolutiva. A evicção existirá independentemente da sentença; (d) a apreensão policial da coisa por furto ou roubo verificado antes da aquisição; (e) a privação da coisa em razão de ato inequívoco de qualquer autoridade; (f) a remissão hipotecária do art. 1.481 do Código Civil, em que não há perda do direito em razão do pagamento do débito garantido pelo adquirente. Quer dizer, ante a alternativa de sofrer a excussão da hipoteca ou adimplir a dívida, opta por redimir a coisa adquirida, tendo assim a faculdade de proceder contra o alienante como se fosse o evicto.[58]

Os tribunais admitem com tranquilidade a responsabilidade pela evicção emanada de ato de apreensão por autoridade administrativa ou policial, independente de sentença, desde que haja privação do titular do direito de propriedade ou da posse da coisa. Com efeito, para fins de tráfego jurídico em uma época de extremo dinamismo nas relações econômicas, não há acentuada diferença entre a perda de um direito por força de uma sentença e a sua privação por uma inegável prova quanto à titularidade da coisa pelo terceiro. Basta cogitar as hipóteses de apreensão, por autoridade administrativa, de veículos furtados alicerçados em documentação falsificada.[59]

58. COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*, op. cit., p. 44. Refere-se ainda o autor à sentença arbitral que determina a privação do direito do adquirente, cujo título é um contrato oneroso, e exemplifica com "uma demanda a respeito de propriedade industrial, em que o árbitro decide que o direito de uso de marca pertence a terceiro, e não ao cedente de direito de uso, privando assim a empresa adquirente do direito de utilização, razão pela qual a sentença arbitral poderá determinar o fato da evicção. Havendo vício anterior à transmissão, incide a responsabilidade do garante" (Op. cit., p. 59).

59. STJ. Informativo nº 0519. Período: 28 de maio de 2013. Quarta Turma. "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EVICÇÃO 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 atribua 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 vício 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

2.3.4 A evicção e o princípio da concentração na matrícula imobiliária

O sistema em vigor da evicção é tributário da difundida noção de que a segurança jurídica resulta da diligência do adquirente no sentido de se acautelar pela constatação da inexistência de demandas em andamento contra o alienante. Assim, esvaziaria a surpresa e o risco da privação do direito que adquiriu.

Todavia, essa segurança é historicamente débil, afinal, ressentíamos da falta de um cadastro nacional único de ações em curso. Os distribuidores se fracionam em múltiplas circunscrições territoriais. O costume culmina por remeter o adquirente ao *standard* informacional básico de coletar apenas as certidões de processos ajuizados no domicílio do titular e do local em que se situa o bem de raiz. Todavia, se pende processo contra o alienante qualquer em outro local (dentre os 5.570 municípios brasileiros) ou, se houver alterado o domicílio, infelizmente as certidões obtidas serão frágeis, incapazes de prevenir adequadamente o adquirente quanto aos riscos da evicção, a não ser que esse dedique seu tempo e energia à insana peregrinação em todos os locais em que o alienante esteve ou negociou, na busca por certidões negativas.

Os riscos que inibem os negócios jurídicos imobiliários se fracionam em duas espécies: de um lado, os riscos atinentes ao imóvel, de outro, os concernentes às pessoas dos atuais e antigos titulares. Os riscos imobiliários se referem à totalidade da cadeia dominial (origem e o encadeamento de transmissões proprietárias), bem como as obrigações *propter rem* (v.g. contribuições condominiais e IPTU), além dos ônus socioambientais (v.g. unidades de conservação, reservas legais, obrigações urbanísticas), sem se olvidar da plêiade de gravames urbanísticos, cadastrais e de licenciamento, das limitações convencionais e administrativas e, os corriqueiros ônus reais (penhor, hipoteca, alienação fiduciária). No tocante aos riscos pessoais, prevalecem os modelos jurídicos da fraude a execução e da fraude contra credores, acarretando a declaração de ineficácia ou a anulação do negócio jurídico como consequência de débitos relacionados aos alienantes do imóvel.

Basta imaginar um imóvel situado em Belo Horizonte, tendo o alienante residência em Curitiba. Se o adquirente diligencia nesses locais, poderá posteriormente ser cientificado de que havia uma ação de improbidade administrativa contra o vendedor em Rio Branco (AC).

---

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" (REsp 1.332.112-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 21.3.2013).

Ocasionalmente, a demanda sequer terá sido proposta ao tempo da aquisição do bem, mas o fato jurídico que lhe dá fundamento já é uma realidade. Em tal caso, todo o cuidado do adquirente terá sido frustrado, pois a evicção prevalecerá, não obstante prove o comprador que se cercou de todas as cautelas documentais que seriam viáveis diante das condições.

Não fossem apenas os entraves jurídicos, também contribui para esse estado de coisas a baixa operabilidade cartorária, fragmentada pela concorrência entre diversos órgãos de distribuição. Cumulam-se certidões de ações ajuizadas na Justiça Estadual Cível, da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho. Nas maiores unidades da federação esse número naturalmente se amplifica. E tudo isso ainda é pouco..., pois o adquirente poderá ser surpreendido por uma evicção que teve como fato gerador uma decisão criminal ou fazendária, não coberta pelas certidões costumeiramente obtidas.

Essa reduzida segurança, acrescida dos altos custos com obtenção de certidões, produz um cenário de ineficiência de alocação de recursos, com proliferação dos indesejáveis "contratos de gaveta" e, evidentemente, redução da confiança nos agentes econômicos para a prática de atos relacionados à mutação de titularidades. Um primeiro passo no sentido da tutela do adquirente de boa-fé se deu com a edição súmula 375 do STJ: "O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". Vale dizer, descaracterização da boa-fé, para que o negócio imobiliário possa ser atingido por dívidas do vendedor, passou a depender do prévio registro imobiliário da penhora.

Importantes mudanças no regime da evicção resultam da positivação da Lei n. 13.097/15 – assim convertida a partir da MP 656/14, de 7/10/2014 –, que concebe uma espécie de *concentração de dados nas matrículas imobiliárias*, pela qual em um único instrumento serão conjugadas todas as informações respeitantes ao bem de raiz. A partir de agora, o terceiro de boa-fé que adquire propriedade – ou outros direitos reais imobiliários – será imunizado da privação do direito, se posteriormente alguém postular a referida titularidade por atos jurídicos precedentes que não tenham sido registrados ou averbados na matrícula do imóvel. Assim, se A adquire o direito real de B e este, por sua vez, obteve-o de C, caso surja D pretendendo afirmar a propriedade em face de A, sob o fundamento de evicção decorrente de vício na transmissão de C para B, A poderá prosseguir com a propriedade do bem quando a causa da privação do direito se tratar de uma situação jurídica não constante da matrícula no RGI. Ou seja, minimiza-se a possibilidade do adquirente de boa-fé sofrer uma ação pauliana ou reivindicatória, pois aquilo que não conste na matrícula do imóvel não o atingirá. Essa é a conclusão que se extrai da combinação do art. 54 e seu parágrafo único, do aludido diploma legal.[60]

60. *Art. 54, Lei n. 13.097/15: Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do*

Doravante o adquirente de um imóvel se desobriga de coletar um sem número de certidões referentes ao alienante, em vários locais do país. Dá-se maior elastério a citada Súmula 375 do STJ, pois para além da fraude à execução, outros riscos imobiliários serão elididos pela exigência de prévia publicidade. Atos de constrição judicial, administrativa e que reduzam o titular do bem à condição de insolvência serão concentrados na matrícula, transferindo-se aos credores e interessados o ônus de remeter às informações oriundas das justiças estaduais, federal, civil e trabalhista. Todavia, se os dados restritivos constarem da matrícula ao tempo da aquisição do imóvel, sequer poderá o adquirente demandar pela evicção, posto inequivocamente ciente da origem litigiosa do bem, tendo assim assumido o risco de sua privação, em uma espécie de contrato aleatório (art. 457, CC).

Os registros e averbações relativos aos atos jurídicos que importem em modificação de direitos sobre imóveis deverão ser anotados na matrícula do imóvel. O prazo para a plena eficácia da anotação de atos jurídicos que importem em modificação de direitos sobre imóveis anteriores à nova lei é de até 2 (dois) anos, a contar do início da vigência da Lei 13.097/15. Enquanto isso não ocorre, adquirente ainda terá de se submeter ao ônus burocrático de fazer um exaustivo estudo sobre a condição patrimonial do adquirente e o estado do bem.

Evidentemente, nem tudo são flores. O tempo jogará contra o credor e o seu direito fundamental à efetivação do crédito. Basta cogitarmos da alienação do bem imóvel no curso do processo, sem que a certidão de distribuição não tenha sido remetida à matrícula imobiliária. A rápida venda do bem frustrará os resultados práticos da execução da sentença, sem que o credor possa contar com os mecanismos da evicção, a não ser que se desincumba eficazmente da prova quanto à má-fé do adquirente. Isto é, que apesar da omissão do ônus de concentração informacional pelo credor, das circunstâncias objetivas do caso era possível perceber que o comprador tinha ciência do fato obstativo à aquisição do bem.

Outra crucial alteração, por força do art. 55 da Lei n. 13.097/15,[61] concerne a uma qualificação da tutela de adquirentes de unidades integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio de lotes urbanos, sempre quando

---

ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e IV – averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil. 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 adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto no art. 129 e art. 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

61. *Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio de lotes de terreno urbano, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, 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*

registrados. Esses consumidores mereceram reforço quanto à segurança jurídica, eis que não sofrerão os efeitos da evicção, ou decretação de ineficácia do negócio, em razão de dívidas contraídas pelo empreendedor ou incorporador. Restará apenas aos credores do alienante a sub-rogação nos valores que os fornecedores teriam a receber, além de eventual indenização contra eles direcionada por força dos danos injustos consequentes ao inadimplemento.

Essa medida chega em boa hora diante dos resultados práticos tímidos do acréscimo legislativo pretendido com o patrimônio de afetação (art. 1º, Lei no 10.931/04). Em razão da pífia adesão pelos agentes econômicos do ramo imobiliário (pois a constituição da afetação é facultativa), o legislador blindou o consumidor de uma forma incisiva. Aliás, a prática demonstra que as maiores empresas desse setor atuam nacionalmente e, não obstante solventes, são devedoras em múltiplas e sucessivas demandas cíveis, fiscais e trabalhistas. Evita-se o risco do adquirente em ter o seu patrimônio exposto e, consequentemente, o acesso à propriedade, sem que pudesse reagir, pela gritante assimetria informativa, que agora passa por uma elogiável reformulação.

Com a nova postura legislativa, robustece-se o Registro Imobiliário Brasileiro, aproximando-se, de certa forma, do sistema alemão de abstração da causa. Porém, o maior mérito da lei em comento é o reforço da garantia fundamental do direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF), pela atribuição de um arcabouço infraconstitucional que defere maior segurança às trocas, valorizando a eficiência e a redução de custos. Tudo isto em prol de um sistema de reconhecimento de titularidades que compatibilize a liberdade do alienante, com a segurança do adquirente e a confiança da sociedade em geral. Vale uma última observação: a Lei n. 13.097/15 não contempla os imóveis da União, Estados, Distrito Federal, Município, autarquias e fundações e tampouco tutela o adquirente de bens particulares em face da integralidade dos riscos, pois a regra da publicidade cadastral concentrada na matrícula não alcança as obrigações *propter rem*, ônus socioambientais e eventuais restrições urbanísticas que possam recair sobre o imóvel. Todo cuidado é pouco...

2.4 Extensão da garantia

Por determinação da ordem jurídica, a garantia da evicção é um elemento natural dos contratos onerosos. Todavia, não lhes caracteriza a essência, sendo assim suscetível de derrogação pela vontade das partes, sem que o contrato se desnature, se assim se verificar. Caso os contratantes não se manifestem no sentido de reforçar ou suprimir a garantia legal, a sua extensão será aquela assinalada pelo art. 450 do Código Civil: "Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: I – à indenização dos frutos

de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

que tiver sido obrigado a restituir; II – à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; III – *às custas* judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído. Parágrafo único. O 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."

Pretendeu a norma oferecer ao adquirente a restituição cabal por todos os valores perdidos com a evicção. Primeiramente, será indenizado pelos frutos que teve de restituir ao terceiro evicto. Note-se tratar dos frutos percebidos quando a posse se qualificou pela má-fé, pois, enquanto a boa-fé se conserva, o alienante mantém os frutos percebidos (art. 1.214 do CC). Ou seja, normalmente o conhecimento da evicção é contemporâneo à citação para a demanda ajuizada pelo terceiro (art. 1.202 do CC).

Prosseguindo, será o adquirente reintegrado nas despesas contratuais, envolvendo valores despendidos ao tempo da aquisição com cartórios, registros e impostos de transmissão, além de prejuízos diretamente resultantes da evicção, compreendidos aqui como lucros cessantes – resultantes daquilo que razoavelmente o alienante poderia auferir com a coisa caso não experimentasse a perda jurídica do direito (art. 402 do CC) –, porque a alusão aos danos emergentes está subsumida no conceito do *caput* de "restituição integral do preço" e nos incisos do art. 450. Basta supor a hipótese em que A adquire o imóvel de B e o aluga para C. Como consequência direta da evicção, ficará A privado dos frutos civis que percebia mensalmente de C. Será lícito reclamar tais valores de B a título de lucros cessantes. Acresça-se, ainda, a teor do art. 404 do Código Civil, os juros incidentes sobre a quantia a ser restituída pelo alienante.

Ademais, inovando em relação ao Código de 1916, o inc. III acresce ao rol a restituição das custas judiciais e dos honorários advocatícios. Ao invés de "custas judiciais", devemos considerar a assunção de todas as "despesas judiciais". Isto permite responsabilizar o alienante, ilustrativamente, pelos honorários periciais. No tocante aos honorários do advogado, além daqueles referentes ao patrono do adquirente na demanda geradora da evicção, incluam-se também honorários extrajudiciais, nas hipóteses em que a privação do direito não demanda sentença.

O parágrafo único do citado art. 450 soluciona polêmica bizantina. Seria o valor da evicção aquele do tempo da aquisição ou do tempo da perda do direito? Resposta: invariavelmente, o valor do bem ao tempo da privação do direito. O alienante responde pela *mais-valia* adquirida pela coisa, isto é, pela diferença a maior entre o preço da aquisição e o seu valor ao tempo em que se evenceu. Se, contudo, naquele tempo, estiver depreciada em comparação ao preço da aquisição, a nova realidade do mercado também será levada em consideração. Esta ordem de pesos e contrapesos prestigia o princípio da reparação integral a que alude o *caput* do art. 450.[62]

62. STJ. "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

Subsiste para o alienante a obrigação de restituir integralmente o preço, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente. O art. 451 do Código Civil tanto se preocupa com a concessão de indenização integral ao adquirente pela evicção, que não a privou mesmo nos casos em que a coisa perdida esteja deteriorada. Porém, há de se perscrutar se o adquirente agiu ou não dolosamente, a ponto de intencionalmente causar a deterioração. 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.

Em complemento, estatui o art. 452 que "se o adquirente tiver auferido vantagens das deteriorações, e não tiver sido condenado a indenizá-las, o valor das vantagens será deduzido da quantia que lhe houver de dar o alienante". O dispositivo é singelo e não oferece dificuldades interpretativas. A sua motivação é frear o enriquecimento ilícito do evicto, que acresceu ao seu patrimônio valores correspondentes a vantagens decorrentes da deterioração do bem. O único caso em que as deteriorações não dolosas afetarão o dimensionamento do direito à evicção será aquele em que o adquirente houver auferido vantagens (*v.g.*, deterioração da coisa por venda de material lenhoso resultante da supressão dos espécimes nativos situados no imóvel). Segundo Caio Mário da Silva Pereira, "se a lei não quer que o adquirente sofra prejuízo com a evicção, não a erige, entretanto, em fonte de enriquecimento".[63] Do total da indenização apurada, o alienante deverá deduzir os valores obtidos das vantagens do evicto, evitando o locupletamento indevido.

---

jurídico anterior ao contrato de aquisição. 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. 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. 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. 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). Será devida, ainda, indenização pelos prejuízos que diretamente tenham sido resultados 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" (REsp 1133597/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4-T, *DJe* 28.2.2014).

63. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. III, op. cit., p. 141.

Relativamente às benfeitorias, o alcance da restituição será regido pelas normas que disciplinam os efeitos da posse (arts. 1.219 a 1.222 do Código Civil). Isto transparece no art. 453 do Código Civil: "As benfeitorias necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão pagas pelo alienante." As benfeitorias são obras ou despesas efetuadas para fins de conservação, melhoramento ou embelezamento do bem. Enquanto as benfeitorias necessárias objetivam preservar a essência da coisa, evitando a sua deterioração, as úteis aumentam ou facilitam o uso do bem, dotando-o de comodidade maior (art. 96 do CC).

Quando o terceiro ajuíza a demanda que precipita a evicção (*v.g.*, reivindicatória ou possessória), cumprirá ao adquirente, na contestação, deduzir a pretensão contraposta de indenização das benfeitorias necessárias e das úteis realizadas de boa-fé. Sendo abonado pelo verdadeiro titular do direito, nada poderá reclamar do alienante sob pena de enriquecimento sem causa. Certamente, enquanto não houver o pagamento, haverá direito de retenção em favor do evicto (art. 1.219 do CC), desde que, na qualidade de possuidor de boa-fé, invoque a exceção substancial para constranger o retomante a indenizá-lo pelas referidas benfeitorias necessárias e úteis.

Todavia, se o adquirente do bem que se evenceu não for abonado (reembolsado) pelo evictor, poderá subsidiariamente se dirigir ao alienante para acrescentar o valor das obras e das despesas ao montante da indenização da evicção. Nada impede que o alienante, posteriormente, ajuíze ação regressiva contra o terceiro. Quanto às benfeitorias voluptuárias – de mero deleite ou recreio –, poderá o evicto levantá-las, se isso não causar danos à coisa.

A fim de propiciar ao evicto a *restitutio in integro*, impende considerar como certa a obrigação do evictor de também abonar as acessões – construções e plantações – efetuadas no imóvel com evidência de boa-fé subjetiva, pela ignorância do vício jurídico que afetava a coisa (art. 1.255, CC). O insucesso na percepção da indenização de acessões perante o terceiro desencadeia a mesma pretensão do evictor em face de seu alienante, tal e qual nas benfeitorias necessárias e úteis.

No sentido de conceber uma lógica de razoabilidade, o art. 454 do Código Civil estabelece que sendo as benfeitorias necessárias e úteis de paternidade do alienante, mas os respectivos valores forem pagos indevidamente pelo evictor ao evicto, cumprirá ao transmitente descontá-los do montante indenizatório. Com efeito, não será lícito beneficiar o adquirente por despesas e obras efetuadas ainda no tempo em que a coisa pertencia ao alienante. O que se deseja é que a evicção não represente para o evicto um manancial de locupletamento indevido.

No tocante à extensão da garantia da evicção, detém primazia o consubstanciado no art. 448 do Código Civil: "Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção."

Como elemento categorial derrogável dos contratos onerosos, a garantia da evicção se submete ao poder de autodeterminação dos contratantes. Poderão estes

inflectir a orientação legal a ponto de estender, restringir ou mesmo excluir a responsabilidade pela evicção. Mediante cláusula contratual, adquirente e alienante terão a faculdade de acrescentar valores àqueles devidos por prejuízos decorrentes da perda do direito (art. 450, *caput*, CC), reforçando a garantia por meio de cauções reais e pessoais ou acrescentando cláusulas penais, tais como a obrigação de restituição em dobro. Outrossim, factível é o ajuste de atenuação dos valores eventualmente pagos pela evicção, como a desoneração do adquirente da indenização pelos frutos que venha a restituir ou das despesas judiciais do evicto.

Contudo, na situação extrema de elisão convencional integral da garantia da evicção, referida cláusula contratual de exclusão não gozará, ao nascer, de eficácia plena. O exercício da autonomia privada já vem condicionado por restrições impostas pela lei.[64]

Com efeito, eventualmente poderá o evicto recobrar o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu (art. 449, CC). Isto é, a cláusula de *non praestanda evictione* (exclusão de garantia) apenas implicará exoneração completa da garantia se o adquirente declarar que a transmissão do direito se dá com ciência dos riscos e a sua total assunção. Caso contrário, ser-lhe-á restituído o valor correspondente ao preço pago, evitando-se o enriquecimento sem causa. Portanto, a cláusula que afasta a garantia é relativizada quando o adquirente não é advertido sobre o risco da coisa. O mesmo efeito de restituição do pagamento ocorre nos casos em que o adquirente é informado do risco da evicção, porém não o assume. Como não desconhece o vício, resta excluído o dolo do alienante, que apenas restituirá o que recebeu, inserindo o adquirente na situação primitiva, sem nenhum acréscimo de perdas e danos.

Portanto, dois cenários se descortinam: (a) se desconhece a origem litigiosa do bem e não foi subscrita cláusula de ciência do risco – não obstante excluída expressamente a garantia –; ocorrendo a evicção, receberá o adquirente o preço que pagou, como uma espécie de mínimo indenizatório, no qual não serão computados os acréscimos relacionados nos incisos do art. 450 do Código Civil; (b) se, além da subscrição da cláusula de *non praestanda evictione*, declara o adquirente que recebe o direito por sua conta e risco, não será o alienante sequer obrigado a restituir o preço, caso sobrevenha a evicção. Neste caso, o negócio jurídico oneroso perde a natureza comutativa, assumindo feição aleatória (art. 460, CC), tendo em vista que o resultado vantajoso esperado pelo adquirente poderá, em função de um evento imprevisível, tornar-se desproporcional ao sacrifício a que se sujeita.

O adquirente que tem conhecimento da situação duvidosa e litigiosa do direito do alienante e, mesmo assim, ciente e expressamente dispensa a garantia celebra um contrato aleatório (*emptio spei*), em que assume o risco no tocante à existência do direito, alforriando o alienante, sendo que nada receberá caso a evicção se pronuncie.

64. COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*, op. cit., p. 96.

A efetivação da cláusula de exclusão da garantia por evicção pode ocorrer antes, concomitante ou posteriormente à celebração do contrato. Nos dois primeiros casos, ensina Pontes de Miranda, incidirá pré-eliminação da responsabilidade, pois sequer chegará ela a vicejar. Todavia, tratando-se de cláusula de exclusão posterior ao contrato, haverá extinção da responsabilidade pela evicção, uma espécie de deseficacização da garantia, pois a responsabilidade já havia nascido.[65]

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).

Parece-nos, todavia, que o dispositivo descurou em sancionar com maior gravidade o alienante que sabia da existência da evicção e não informou o adquirente sobre os riscos. A omissão dolosa – pelo silêncio intencional da parte a respeito de qualidade da coisa que a outra parte ignorava – implicaria não só a necessidade de restituição dos valores pagos como ainda a imposição de indenização. Em suma, a responsabilidade do alienante é objetiva, pois independe da cogitação de culpa quanto ao conhecimento do fato. O seu fundamento é a garantia. Todavia, a ciência prévia à alienação quanto ao evento determinante da evicção propiciará agravamento da responsabilidade, à medida que afronta o direito à conduta de quem procura se beneficiar com a própria torpeza.

Ainda no que concerne à cláusula de exclusão de garantia, cabe explicar o conteúdo do art. 457, do Código Civil, vazado nos seguintes termos: "Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa".

Não se trata aqui de uma reiteração, *a contrario sensu*, daquilo que foi disciplinado no art. 449. Aquele preceito disciplina a extensão da cláusula de exclusão de garantia, conforme a assunção expressão ou não dos riscos da evicção. Já o preceito do art. 457 atua em outra frente, pois aplica uma espécie de pena privada ao contratante que adquire o direito mesmo ciente de sua origem litigiosa. É uma exclusão legal da garantia, que independe da subscrição da cláusula de *non praestanda evictione*. A partir do instante em que o adquirente tenha conhecimento dos riscos da evicção, suportará os prejuízos pela perda da coisa, por realizar verdadeiro contrato aleatório. Se o adquirente conhece o vício que penaliza o objeto que lhe é transmitido e exclui a responsabilidade de quem o aliena, adquire bem litigioso.

65. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, op. cit., p. 212.

Neste sentido, a ciência por parte do adquirente de que o bem era alheio ou litigioso equivaleria à assunção do risco da privação, dando ao contrato em questão a feição de um contrato aleatório, em que, por natureza, restam excluídas as garantias da evicção e dos vícios redibitórios.[66]

De fato, é corrente no tráfego jurídico a aquisição de bens que envolvem riscos futuros de privação em decorrência da anunciada litigiosidade do direito. Mesmo assim, a aquisição se completa, pois o negócio jurídico envolverá atraente compensação financeira, sobretudo a redução significativa do valor de compra, como contrapartida ao próprio risco envolvido na contratação. Se o adquirente assume o risco de ser privado do direito, risco este que se concretiza mais à frente, não poderá demandar a evicção.

Tratando-se da aquisição de bens imóveis, o registro emprestará a necessária publicidade no tocante à configuração de constrições ou demandas sobre o bem negociado, impedindo que o adquirente alegue o desconhecimento dos riscos da evicção. Nesse sentido está a letra do art. 659, § 4°, do Código de Processo Civil.

Finalizando o estudo da extensão da garantia, cumpre-nos dedicar algumas palavras ao modelo jurídico alternativo da *evicção parcial*.

A evicção parcial poderá consistir na perda da fração de um direito sobre o bem adquirido (*v. g.*, adquirente é privado da propriedade de 50% da área do imóvel); pode também representar a supressão de uma situação jurídica que acedeu ao negócio jurídico (*v. g.*, evicção quanto a uma servidão de passagem sobre imóvel vizinho), ou mesmo a submissão do direito a uma situação jurídica de terceiro (*v. g.* adquirente é derrotado em demanda que impõe ao seu prédio a condição de serviente perante outro prédio).

Esclarece o art. 455 do Código Civil que, sendo a evicção parcial, mas considerável, duas oportunidades se abrem ao evicto: poderá optar entre a rescisão do contrato e a restituição, pelo alienante, da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido.

A rescisão do contrato consiste na desconstituição do negócio jurídico por vício inerente ao próprio objeto da relação obrigacional, contemporâneo à sua formação, em relações jurídicas que portam em seu gérmen um vício material (vício redibitório) ou jurídico (evicção). Assim como a invalidade do negócio jurídico, a rescisão se localiza na gênese da relação obrigacional, sem que com aquela se confunda. Aparta-se a rescisão, ainda, dos fenômenos da resolução, da resilição e do distrato, que acometem uma relação contratual originariamente perfeita, pela perda de eficácia como produto de um acontecimento superveniente.[67] Justamente por não se traduzir em inadimplemento de obrigação, mas em defeito contemporâneo à formação do

66. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 88.

67. Ruy Rosado de Aguiar Júnior adverte que "a nulidade e a anulabilidade estão vinculadas a um vício originário, atingindo o plano da invalidade; a resolução é instituto da superveniência, pressupõe um contrato

negócio, o legislador excluiu o enfoque da rescisão quando do exame da extinção do contrato (arts. 472/480, CC).

Se o evicto delibera pela rescisão, a situação retorna ao ponto em que estava antes da elaboração do contrato. O alienante deverá restituir ao adquirente o montante da prestação – e não o valor da coisa ao tempo da privação do direito.[68]

Em sentido análogo ao que ocorre com os vícios redibitórios (art. 442 do CC), poderá o adquirente optar pelo abatimento no preço. Trata-se de direito potestativo do evicto, induzindo o alienante a uma posição de sujeição à opção por aquele adotada. Caso delibere pela *quanti minoris*, propugnando pela conservação do negócio jurídico com a restituição parcial do preço, o adquirente perceberá um valor proporcional ao desfalque sofrido, calculado na época em que o bem evenceu. Na forma do parágrafo único do art. 450 do Código Civil, enquanto na evicção total a restituição será sempre integral, na evicção parcial a indenização será proporcional ao desfalque sofrido pela privação do direito.

Todavia, a faculdade de eleição do adquirente entre a rescisão e o abatimento no preço pressupõe a qualificação da evicção como "considerável". Não sendo a evicção reputada *considerável*, sobejará ao adquirente a pretensão de indenização proporcional, com retenção do bem (art. 455, CC). Ou seja, caberá ao magistrado, de acordo com a diretriz da concretude e as circunstâncias do caso, definir o sentido do termo *considerável*. Não se trata de uma proporção meramente aritmética, baseada em percentuais, mas de um exame qualitativo sobre as consequências da evicção em relação à frustração da finalidade prática perseguida pelo adquirente sobre o bem. Urge visualizar até que ponto a privação parcial do direito elimina o equilíbrio econômico que determinou a contratação. Exemplificando: a privação de sentença de área correspondente a 10% de um bem imóvel não seria qualificada como *considerável* no plano quantitativo. Contudo, se na espécie aquela área se localizasse justamente na parte fértil ou produtiva do terreno, ou sobre aquela em que se localizava o manancial que alimentava o gado, certamente alcançaríamos conclusão diversa.[69]

Enfim, a novidade do art. 455 em relação à redação do antigo art. 1.114, do CC/1916 demonstra a preocupação do legislador com o princípio da conservação dos negócios jurídicos. A finalidade do ordenamento jurídico é evitar ao máximo que os contratos sejam desfeitos por motivos de somenos importância ou, mesmo que graves, por aqueles que possam ser remediados pelo sistema, a fim de que a relação obrigacional possa ser desenvolvida como um processo polarizado ao adimplemento. Daí a inserção de dispositivos como os arts. 170, 184, 157, § 2º, e a parte final do 167, todos no Código Civil.

---

válido e atua no âmbito da ineficácia em sentido estrito" (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 74).

68. COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*, op. cit., p. 102.

69. Para Caio Mário da Silva Pereira, a parte considerável da coisa evicta "é aquela perda que, em relação à finalidade da coisa, faça presumir que o contrato não se realizaria se o adquirente conhecesse a verdadeira situação" (*Instituições de direito civil*, v. III, op. cit., p. 145).

Aqui ainda é possível apreciar a teoria do inadimplemento mínimo (ou do adimplemento substancial) – aplicável a contratos bilaterais e comutativos –, pois, tendo o alienante cumprido substancialmente a sua obrigação, imperiosa se revela a manutenção do contrato, elidindo-se o direito formativo extintivo do credor à rescisão da relação obrigacional, com o fito de evitar o exercício abusivo do direito potestativo pelo evicto (art. 187, CC). Em suma, se o essencial da prestação foi cumprido pelo alienante, não seria considerado digno de tutela o interesse do adquirente em desconstituir o contrato, mas apenas o abatimento no preço, recompondo-se assim o sinalagma genético do contrato.

2.5 A denunciação da lide

Proclamava o art. 456 do Código Civil: "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".

Indubitavelmente, cuidava-se da mais expressiva inovação do Código Reale no que tange ao modelo da evicção. Todavia, esse dispositivo foi revogado pelo artigo 1072, II, do CPC/15, com fundamentos que serão discutidos adiante.

A evicção é umbilicalmente atrelada ao modelo processual da denunciação da lide, cuja natureza é de ação autônoma de natureza condenatória. Pelo fato de ter operado a transmissão de um direito, o alienante é garantidor da legitimidade da operação. O objetivo da denunciação da lide nos casos de evicção é o de permitir ao adquirente a convocação ao processo do alienante, em face do qual terá ação regressiva indenizatória, em caso de sucumbência na ação principal em que figura no polo passivo.[70] Trata-se, assim, de demanda regressiva condicional, que somente será julgada na eventualidade da superveniência do evento futuro e incerto do denunciante (seja ele o autor ou réu) ficar vencido na demanda principal. A sentença será formalmente una, porém materialmente dúplice, solucionando a lide principal e a derivada, na qual tenha ingressado o denunciado.

Pressuposto material da litisdenunciação é que não tenham as partes, na relação de direito material, expressamente excluído a responsabilidade pela evicção, a teor do exposto no art. 448 do Código Civil.

A denunciação da lide é uma modalidade forçada de intervenção de terceiros, caracterizada como verdadeira ação regressiva, secundária e dependente, pois é proposta no bojo de uma ação principal, da qual a denunciação é acessória. O exame meritório da denunciação é marcado pela eventualidade, tendo como pressuposta a derrota do denunciante. Daí o equívoco do art. 127 do CPC/15, ao caracterizar o denunciado como litisconsorte, pois ele não mantém relação processual com o

70. Atualmente a denunciação da lide não é permitida nos processos que tramitam perante os juizados especiais, em que é vedada qualquer modalidade de intervenção de terceiros.

adversário do denunciante, já que não integra a relação principal, e sim a relação secundária. Enfim, é mero assistente litisconsorcial para alguns,[71] ou simples para outros.[72] A sentença prolatada será formalmente una, porém materialmente dúplice, pois extinguirá duas relações materiais distintas.

Em boa hora o CPC/15 eliminou a censurável obrigatoriedade da denunciação da lide pelo adquirente ao alienante (art. 70, I, CPC/73), consagrando a sua facultatividade. Conforme o texto revogado, não se efetuando a denunciação na oportunidade processual da contestação, o adquirente perderia o direito material à indenização. Tratava-se do império dos dogmas processuais da economia e da celeridade processual, afinal, sem a denunciação, se faria necessária a utilização de duas lides sucessivas, consistente a segunda na via regressiva para o demandado evicto.

Todavia, tal entendimento era criticado por várias razões: (a) no processo civil constitucional, deverá o magistrado aplicar os direitos fundamentais imediatamente em suas decisões (art. 5º, § 1º, da CF). Isso implica receber os termos do art. 5º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Portanto, o direito de acesso à prestação jurisdicional não pode ser trancado apenas pela perda de uma oportunidade processual para o ajuizamento da denunciação da lide; (b) caso o adquirente não possa exercitar em ação autônoma a sua pretensão indenizatória contra o alienante, haverá uma espécie de enriquecimento sem causa, com evidente quebra do princípio da justiça contratual;[73] (c) o CPC/73 partia de uma concepção do processo civil como um sistema isolado de normas técnicas e harmônicas. O processo é um instrumental que objetiva conceder efetividade ao direito material que, substancialmente, brota das relações privadas e das normas do Código Civil. Trata-se de uma técnica que se coloca a serviço de uma ética. Princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato não são apenas cláusulas gerais que impõem deveres aos que ingressam em relações obrigacionais, pois precisam de concretização no corpo do processo, a fim de que a parte possa obter a prestação jurisdicional justa e efetiva.[74]

---

71. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, "em relação ao litígio com o adversário comum o terceiro assume portanto mera função coadjuvante e não passa de assistente – assistente litisconsorcial e não simples, diante da letra da lei (art. 74 c/c art. 54), mas jamais litisconsorte". *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 395.

72. Neste sentido, Luciano Vianna Araújo aduz inexistir "na demanda principal, qualquer pedido formulado pelo denunciado, nem contra o denunciado. Logo, parte ele não é. Não sendo parte, não pode ser litisconsorte do adquirente. Nem existe entre o denunciado e o adversário do denunciante qualquer relação jurídica" (Do chamamento à autoria à denunciação da lide: notas sobre a evicção. In: BUENO, Cássio Scarpinela (Coord.). *Impactos processuais do direito civil*, op. cit., p. 311).

73. Neste sentido, Cássio Scarpinella Bueno: "o que é correto afirmar é que a obrigatoriedade da denunciação da lide só é cogitável em casos em que se questiona a respeito da evicção. Mesmo assim, não há como olvidar, em nome de um princípio jurídico – o que veda o locupletamento ilícito – a rigidez que decorre do texto do art. 450 do código Civil vem sendo amenizada, tolerando-se que não obstante a falta de denunciação, possa o interessado recobrar o preço da coisa evicta" (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 246).

74. STJ. Informativo nº 0519. Período: 28 de maio de 2013. Quarta Turma: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DESNECESSIDADE DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO ALIENANTE NA AÇÃO EM QUE TERCEIRO REIVINDICA A COISA DO EVICTO. O exercício do direito oriundo da evicção independe da denunciação da lide ao alienante do bem na ação em que terceiro reivindique a coisa. O STJ entende que o direito do evicto de recobrar o

Não é outro o entendimento que ressai do Enunciado nº 434 do Conselho de Justiça Federal: "A ausência de denunciação da lide ao alienante, na evicção, não impede o exercício da pretensão reparatória por meio de via autônoma".

De acordo com o artigo 125, I, do CPC/15, "É admissível 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".

O avanço legislativo é inegável na comparação com o art. 70, I, do CPC/73. Primeiramente, a evicção não se restringe às hipóteses de ações reivindicatórias, mas será admitida em qualquer demanda que possa implicar a perda da coisa por direito anterior à alienação. No mais, a denunciação tanto poderá ser provocada por quem figura como autor (art. 127, CPC/15) como por aquele que figura como réu na lide (art. 128, CPC/15); portanto, na petição inicial ou na fase da contestação. FREDIE DIDIER JR[75] assevera que, no primeiro caso, instaura-se um litisconsórcio eventual inicial entre o réu da demanda principal e o denunciado (art. 126, CPC/15). Porém, se o réu se colocar na posição de titular da pretensão regressiva, oferecendo a denunciação, caso o denunciado conteste o pedido formulado pelo autor, denunciante e denunciado formarão um litisconsórcio unitário.

Outrossim, com a admissão legislativa do exercício de ação autônoma pelo evicto ao alienante, finalmente se reconhece a denunciação da lide como um ônus processual. Apesar da viabilidade de propositura de demanda autônoma pelo adquirente, é evidente que ao optar por não denunciar o alienante, culmina o evicto por prescindir dos elementos de fato e de direito que poderia veicular de forma a levar o adversário ao insucesso, além de ser privado da imediata obtenção do título executivo contra o obrigado regressivamente. Neste sentido, adverte Flavio Luiz Yarshell que "se o adquirente não ultimou a denunciação da lide, deve-se entender que assumiu o risco de vir a ser derrotado em pleito regressivo contra o alienante, se este demonstrar que havia razões para impedir a derrota do adquirente e que a alienação foi boa e regular. Nesta eventualidade, nem por isso a sentença anteriormente proferida restará abalada, devendo o adquirente suportar ambas as derrotas, não havendo fundamento jurídico para rescindir a sentença antes proferida em favor daquele terceiro".[76]

---

preço que pagou pela coisa evicta independe, para ser exercitado, de ele ter denunciado a lide ao alienante na ação em que terceiro reivindique a coisa. A falta da denunciação da lide apenas acarretará para o réu a perda da pretensão regressiva, privando-o da imediata obtenção do título executivo contra o obrigado regressivamente. Restará ao evicto, ainda, o direito de ajuizar ação autônoma" (REsp 1.332.112-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *j.* em 21.3.2013).

75. Explica Fred Didier Jr que o denunciado atuará na demanda principal como legitimado extraordinário do denunciante, pois defenderá os interesses deste contra o seu adversário. No mesmo processo o denunciado será réu do denunciante na demanda incidental. O denunciado assume, assim, duas posições processuais: litisconsorte do denunciante na demanda principal e réu dele na demanda incidental (In Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, p. 496, 2015).

76. YARSHEL, Flávio Luiz. Evicção e denunciação da lide no CC. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*, op. cit., p. 318.

A outro giro, o revogado art. 456 do Código Civil permitia a denunciação da lide "por saltos". Em outras palavras, ao invés de autorizar a convocação isolada do alienante imediato, facultou-se ao denunciante o chamamento de qualquer um dos transmitentes do bem imóvel, mediante citação em face de qualquer dos alienantes, desde a origem da cadeia causal viciada. O mencionado ditame aparentemente colidia com a regra do art. 73 do CPC/73 que delimitava a possibilidade de o adquirente proceder à intimação exclusiva do seu alienante, dentro de um encadeamento sucessivo de aquisições.

Poder-se-ia indagar: mas qual é a relação jurídica do adquirente com aquele proprietário primitivo que não lhe alienou o bem? A resposta se encontra na cláusula geral da função social do contrato (art. 421 do CC), à medida que a perda do direito se traduz em ofensa à situação jurídica patrimonial do adquirente, não exclusivamente causada pelo alienante imediato, mas por todos aqueles que o antecederam nas relações materiais das quais não fez parte. A garantia da evicção será concedida, portanto, pela totalidade de transmitentes, que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa não só em face de quem a adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos. Segundo José Francisco da Silva Neto, passou o legislador a aceitar a imediata admissão para a causa originária do alienante denunciado que efetivamente tenha, sob a óptica do alienatário denunciante, dado causa genuína à perda da coisa adquirida.[77]

Fato era que o Código Civil verdadeiramente havia expandido os horizontes hermenêuticos do art. 73 do CPC/73, tendo em vista não apenas a inovadora redação do art. 456 e o princípio da efetividade como também o mandamento contido no art. 447: "nos contratos onerosos, o alienante responderá pela evicção". A garantia material da evicção, nunca é por demais ressaltar, cuida de elemento natural dos negócios jurídicos onerosos, sendo condenável qualquer forma de restrição processual ao amplo acesso a qualquer dos alienantes que compõem a cadeia sucessiva transmissiva. Cite-se, em reforço, o posicionamento do Conselho de Justiça Federal, em seu Enunciado nº 29: "a interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denunciação direta de qualquer dos responsáveis pelo vício".[78]

Doravante, tudo será diferente. A teor do § 2º, do art. 125 do CPC/15, "admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu

77. SILVA NETO, José Francisco da. Denunciação da lide aos saltos no novo Código Civil. In: *Novo Código Civil – Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, op. cit., p. 122. Segundo o autor, "em lugar da formal sucessividade a que se sujeitam as demais hipóteses de denunciação da lide, reservou o legislador substantivo ao evicto a possibilidade de, em seu caso concreto, promover denunciação aos saltos, o que, também obviamente, consoa com a economia e a celeridade processual, tão caros ao Estado Democrático de Direito, que traz em seu bojo, por inconteste, a imperativa necessidade de observância à efetividade do processo" (op. cit., p. 122).

78. Em caráter ainda mais auspicioso, Luiz Guilherme Marinoni admitia a aplicação analógica e extensiva do artigo 456 a outras hipóteses de denunciação da lide e não apenas à evicção. Nesses casos, o denunciante também poderia indicar o denunciado na cadeia de responsabilidade, cabendo aos demais buscar o ressarcimento de seus direitos através de outra via. *Manual do processo do conhecimento*, op. cit., p. 188.

antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma". O preceito elimina a denunciação da lide *per saltum*, pois agora não se poderá denunciar alguém que não mantenha com o denunciante uma relação jurídica direta.

Quer dizer, o denunciante apenas denunciará a pessoa do seu alienante; este, por sua vez, só poderá denunciar sucessivamente o seu antecessor imediato – nos mesmos termos da primeira denunciação – e a ninguém mais. Destarte, o segundo denunciado poderá apenas se servir de ação autônoma caso ostente garantia oponível em face de um transmitente anterior. Em outras palavras, a partir do segundo litisdenunciado, todas as responsabilidades serão aferidas em processo próprio.

Além de estancar a denunciação *per saltum*, fatalmente o CPC/15 elimina o recurso a uma denunciação da lide coletiva, isto é, elide-se a possibilidade do denunciante, de uma só vez, convocar a lide todos os partícipes da cadeia dominial.

Se de fato resta abolida a denunciação *per saltum*, surge com o CPC/15 a execução *per saltum*. Assim dispõe o Parágrafo único do art. 128: "Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva". Aduz ALEXANDRE FREITAS CÂMARA[79] que esse dispositivo prevê a possibilidade do autor promover a execução diretamente contra o denunciado, nos casos de denunciação da lide feita pelo réu. A hipótese é a seguinte: julgado procedente o pedido formulado pelo autor em face do réu, passa o juízo a apreciar a demanda regressiva deduzida através da denunciação da lide feita pelo demandado. Caso esta seja também procedente, haverá duas condenações: a do réu em favor do autor e a do denunciado em favor do denunciante. Nesta hipótese, e dentro dos estritos limites da condenação do denunciado, poderá o autor promover uma execução *per saltum*, demandando o cumprimento diretamente em face dele, sozinho ou em litisconsórcio passivo com o réu.

Assim, se A ajuizar ação reivindicatória em face de B, sendo que este promove a denunciação contra o alienante do imóvel C, caso o denunciante B fique vencido na demanda principal e a demanda regressiva contra C também seja julgada procedente na mesma sentença, poderá A se beneficiar da condenação de C na demanda de garantia para promover a sua imediata execução – mesmo sem existir relação direta entre eles –, caso entenda que C terá maiores condições de solvabilidade do que o réu B.

79. Alexandre Freitas Câmara complementa, "frise-se que a execução direta promovida pelo autor deverá respeitar os estritos limites de sua condenação. Caso o autor tenha mais a receber, o excedente terá de ser exigido do réu, nos termos da condenação contida no julgamento da demanda principal". O Novo Processo Civil Brasileiro, p. 92, 2015.

ENUNCIADOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL

Vícios Redibitórios

Enunciado nº 174 – Art. 445: Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do *caput* do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no parágrafo primeiro, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito.

As Ações Edilícias

Enunciado nº 28 – Art. 445 (§§ 1º e 2º): o disposto no art. 445, §§ 1º e 2º, do Código Civil reflete a consagração da doutrina e da jurisprudência quanto à natureza decadencial das ações edilícias.

Evicção

Enunciado nº 29 – Art. 456: a interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denunciação direta de qualquer dos responsáveis pelo vício.

Enunciado nº 434 – Art. 456: A ausência de denunciação da lide ao alienante, na evicção, não impede o exercício da pretensão reparatória por meio de via autônoma.

CAPÍTULO IX

Extinção dos Contratos

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Extinção pelo regular cumprimento: 2.1 Extinção normal do contrato na perspectiva da obrigação simples; 2.2 Extinção normal do contrato na perspectiva da obrigação complexa – 3. Extinção pela inexistência e pela invalidade – 4. Extinção pela ineficácia: 4.1 A cláusula resolutiva; 4.2 A cláusula de arrependimento; 4.3 Resilição; 4.4 Rescisão; 4.5 Resolução; 4.6 A resolução por alteração superveniente das circunstâncias; 4.7 A resolução pela frustração do fim do contrato; 4.8 Extinção por morte de um dos contratantes – 5. A exceção de contrato não cumprido: 5.1 Noções gerais; 5.2 O risco de descumprimento; 5.3 A *exceptio* nos contratos administrativos.

"Aqui (neste local) deixei tudo!
Até o nosso áureo amor...
Considero-me até de luto,
Afetado por cruciante dor!
Minha iniciativa foi unilateral!
Pois estavas ausente...
Foi despedida sem funeral,
Isso a gente sente!
Quis fugir de sofrimento,
E distantes, foi o preciso momento,
Pra dar vazão ao meu desejo!
Sei... Amanhã minha vida será vazia!
Mas mais saudade não suportaria,
E já sofrendo aproveitei o ensejo!"

(Jairo Nunes Bezerra, *Quebra de contrato*)

"Aos pés da Santa Cruz
Você se ajoelhou
E em nome de Jesus
Um grande amor
Você jurou
Jurou mas não cumpriu
Fingiu e me enganou
Pra mim você mentiu
Pra Deus você pecou."

(Orlando Silva, *Aos pés da Cruz*, de Marino Pinto e Zé da Hilda)

1. NOÇÕES GERAIS

"O mais elementar dever de um homem ou senhora séria é pagar as suas dívidas."

(Lima Barreto)

Concluir um contrato significa realizar uma operação econômica reconhecida e tutelada pelo direito. E esta operação, explica Enzo Roppo, realiza-se efetivamente no plano legal quando o contrato produz determinados efeitos jurídicos. Os efeitos do contrato representam precisamente a expressão e a formalização jurídica daquelas transferências de riqueza que constituem a substância de qualquer operação contratual.[1]

A obrigação é um processo dirigido à realização de uma finalidade, consistente na satisfação dos interesses manifestados no contrato. É o contrato a principal fonte de relações jurídicas obrigacionais. No curso de sua trajetória, os contratantes assumirão condutas contratual e eticamente esperadas, afinal, o contrato já nasce com a previsão de seu término, polarizado para o adimplemento.[2]

Consequentemente, o que se espera pelo curso normal dos fatos é que o contrato alcance o seu término pela execução das obrigações nele consubstanciadas, assim como os deveres anexos emanados da boa-fé objetiva. Atingindo o objetivo para o qual foi concebido, alcançará o contrato o seu ocaso. A relação obrigacional é essencialmente transitória e desaparecerá logo que o devedor cumpra a sua prestação, sendo o contrato unilateral, ou quando ambas as partes cumprirem as suas obrigações no contrato bilateral. Contudo, em diversas hipóteses eclodirão fatos negativos que evidenciarão desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao jogo contratual. Em face destes eventos patológicos, o sistema reage mediante a efetivação de remédios aptos à correção dos desvios das regras. Infelizmente, nem sempre será viável a conservação do negócio jurídico; assim, caminhará o contrato para a sua extinção, seja por causas anteriores, concomitantes ou posteriores à sua celebração.

Objetivando uma sistematização mais clara e precisa de um tema certamente tortuoso, servimo-nos da lição de Orlando Gomes como critério de análise da extinção do contrato. Para este culto tratadista, o vocábulo *extinção* deve ser reservado para todos os atos nos quais o contrato deixa de existir. A extinção normal do contrato, por execução, não suscita qualquer problema em relação à forma e aos efeitos. Executado o contrato, estão extintos, por via de consequência, as obrigações e os direitos que dele se originaram. A extinção que não ocorre pelo modo normal obedece a várias causas que influenciam, decisivamente, suas formas e efeitos. As causas anteriores

1. ROPPO, Enzo. *O Contrato*, op. cit., p. 211.
2. A concepção da Obrigação como Processo é o ponto alto da doutrina de Clóvis do Couto e Silva, através da análise do nascimento e do desenvolvimento do vínculo obrigacional em todas as suas fases, sempre polarizado para um fim, que é o adimplemento e a satisfação do interesse do credor. (Cf. *A obrigação como processo*).

ou contemporâneas à formação do contrato determinam a sua extinção por anulação. Se a causa extintiva, entretanto, for posterior, tem-se a dissolução, que se verifica pelos seguintes modos: resolução, resilição e rescisão.[3]

Aliás, o CPC/15 capturou a larga abrangência dos três planos das relações obrigacionais, estipulando no art. 292 que o valor da causa será "II – na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida". Em um único preceito, congloba as lides sobre os elementos de existência, os requisitos de validade (seja por nulidade ou anulabilidade) e, naquilo que agora nos interessa, o plano de eficácia das obrigações, envolvendo o cumprimento (tutela específica do adimplemento), a modificação, e a extinção das obrigações, em suas três variáveis, resolução, resilição ou rescisão.

2. EXTINÇÃO PELO REGULAR CUMPRIMENTO

Quando o contrato atende ao plano de validade do negócio jurídico, será normalmente extinto por um fato superveniente que concretiza sua eficácia, de acordo com o programa pactuado. Trata-se do adimplemento.

Na perspectiva da relação obrigacional em sentido simples (estrito), o adimplemento toma em consideração o nexo estático entre o crédito e o débito, sendo visualizado como o mero cumprimento da prestação, tal e qual já se fazia no direito romano. Já na concepção de obrigação em sentido amplo, o adimplemento abrangerá a complexidade dos direitos subjetivo e potestativo, dos deveres, das sujeições, das ações, das exceções, das pretensões e das posições jurídicas que a concreta relação envolve. Aqui, o cumprimento do contrato levará em consideração não apenas a realização da prestação, mas a solução do conjunto de direitos e interesses decorrentes daquele vínculo específico, o que certamente não se limita à troca de bens ou à realização de serviços.

Como pontua Jorge Cesa Ferreira da Silva, o adimplemento não se trata de um ato isolado destinado à extinção de um vínculo, mas de um conjunto de atos (processo) que possuem um conteúdo finalístico, não voltado exclusivamente à satisfação de uma das partes nem vinculado exclusivamente aos interesses prestacionais.[4]

2.1 Extinção normal do contrato na perspectiva da obrigação simples

A extinção do contrato pelo pagamento, em uma perspectiva civil clássica e unitária, refere-se ao espontâneo "ato de prestar o devido, conforme o devido".

3. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 170-172.

4. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*, op. cit., p. 40. Ensina o civilista que "A prestação visa primordialmente a suprir a necessidade de alguém (credor) de obtenção de um bem ou de realização de um fato. Entre o bem ou o fato e a necessidade, encontra-se o interesse" (op. cit., p. 43).

Trata-se da execução voluntária da prestação pelo devedor mediante a satisfação dos interesses objetivos do credor. Os arts. 313 e 314 do Código Civil veiculam, sucessivamente, os princípios da *pontualidade* e da *integralidade*. Pelo primeiro deles, também conhecido como princípio da identidade (ou da correspondência), o contrato será cumprido com exatidão, "ponto por ponto", ajustando-se a conduta do devedor ao projeto. A seu turno, o princípio da integralidade (ou da indivisibilidade) concerne ao aspecto quantitativo da obrigação, impedindo o seu fracionamento se assim não se ajustou. Com o adimplemento, atendendo-se aos citados princípios, o credor se satisfaz, o devedor se liberta do vínculo e a obrigação é extinta.

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.

Mesmo na visão em sentido estrito do fenômeno obrigacional, o estudioso do direito deve se ater a uma não necessária correspondência entre os momentos e as causas da extinção da obrigação e da extinção do contrato. Se, por um lado, o pagamento direto é concomitantemente fator de eliminação de obrigações e apagamento de contrato, o mesmo não se diga de outros modelos jurídicos, disciplinados nos Capítulos II a IX do Título III do Livro das Obrigações, devotados ao *Adimplemento e A Extinção das Obrigações.*

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, na 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 permanecer, 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, mediatamente, 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".[5]

5. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 22-23.

Faculdade Farias Brito
FAC
569
Ceará

2.2 Extinção normal do contrato na perspectiva da obrigação complexa

Vimos que a obrigação deve ser aferida como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si –, que desde o início se encaminha para uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais prevalece o *status* formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor, existe o bem comum da relação obrigacional, voltada ao adimplemento da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade de credor e devedor.

No Código Civil de 2002, a diretriz da concretude remete à complexidade das relações obrigacionais. Estávamos acostumados a perceber a relação obrigacional por sua feição externa, ou seja, uma relação entre credor e devedor consubstanciada em uma prestação. Já é hora de atinar para a feição interna da relação e perceber que cada vínculo obrigacional guarda influxos distintos da boa-fé objetiva e dos deveres de conduta, merecendo um exame em sua concretude.

Em que momento podemos tangenciar com absoluta clareza a transposição do paradigma das obrigações simples para o das obrigações complexas em termos de exame da extinção contratual?

As relações obrigacionais possuem como elemento nuclear uma prestação positiva, que se revela como desenvolvimento de uma conduta. Ensina Judith Martins Costa que na prestação se divisam dois momentos: o momento objetivo, que se refere à utilidade que a prestação é chamada a trazer ao credor, em vista das concretas circunstâncias da relação; e o momento subjetivo, que se refere à conduta de cooperação imputada ao devedor. Assim, "a conjugação desses momentos subjetivo e objetivo conduz ao adimplemento, finalidade da relação, que tem, por sua própria natureza, caráter transitório, nascendo para extinguir-se. A utilidade, momento objetivo, diz respeito ao programa econômico contratual, isto é, a relação econômica de base que se apresenta como a causa objetiva do ajuste. Já a cooperação, momento subjetivo porque ligado à conduta dos sujeitos, não está reduzida ao cumprimento do dever principal, antes se espraiando pelos deveres anexos, colaterais ou instrumentais".[6]

Como consequência da adoção do conceito de totalidade obrigacional, como soma da utilidade contratual – derivada do ato de autonomia negocial – e da cooperação – pautada em deveres de conduta emanados da boa-fé –, vemos enriquecer a formulação dogmática do adimplemento e, como corolário lógico, a do inadimplemento das obrigações, intimamente relacionado ao descumprimento contratual.

6. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 24.

3. EXTINÇÃO PELA INEXISTÊNCIA E PELA INVALIDADE

Existir, valer e ser eficaz são situações distintas em que se pode encontrar o fato jurídico. Trata-se de planos diferenciados. O fato jurídico existe como resultado da incidência de uma norma sobre o seu suporte fático; o ser válido ou inválido já pressupõe a existência do fato jurídico. Da mesma forma, para que se possa falar de eficácia, é necessário que o fato jurídico exista. A recíproca, porém, em ambos os casos, não é verdadeira. O existir independe, completamente, de o fato jurídico ser válido ou eficaz. O ato jurídico inválido é fato jurídico como qualquer outro, só que deficiente. A deficiência de elemento do suporte fático o faz inválido. Assim também ocorre com a eficácia.[7]

O exame das vicissitudes dos contratos demanda este escalonamento dos planos jurídicos. Daí a necessidade da exata aferição dos *elementos* de existência; dos *requisitos* de validade; e dos fatores de *eficácia* do negócio jurídico. O existir constitui pressuposto essencial de sua validade e sua eficácia. Afinal, somente o que existe é passível de qualificação.

O negócio jurídico inexistente é aquele que sequer se forma, pois não atende ao plano do ser. O fato inexistente é o "nada jurídico". Ele carece de dois elementos indispensáveis à configuração de qualquer figura negocial: vontade e objeto. O negócio só se forma com o consentimento = *cum sentire* = "sentir vontade". Ou seja, se não há manifestação de vontade, tal como na coação física (*vis absoluta*) da pessoa cujo querer é eliminado, convertendo-se o agente em instrumento da vontade alheia.[8] O mesmo se diga da formulação de contrato sem um objeto.

Malgrado a natureza polêmica do conceito, cuja aceitação é foco de controvérsias, não apenas endossamos o plano de existência, admitindo a sua configuração para os referidos elementos gerais indispensáveis à constituição de qualquer negócio jurídico, como, respaldados em classificação de Antonio Junqueira de Azevedo, estendemos o seu raio de abrangência aos elementos gerais que não integram o negócio, mas também são indispensáveis à sua existência: agente, lugar e tempo. Ademais, na estrutura normativa de cada negócio jurídico, existem elementos essenciais específicos: cuida-se dos elementos categoriais, que não resultam da vontade das partes, mas de imposição da ordem jurídica. Exemplificando, o consenso sobre coisa e preço na compra e venda (art. 481, CC).[9]

Ferindo agora o tema da invalidade do contrato, define-se o negócio jurídico válido como aquele que ingressa no mundo jurídico de forma regular, sem ostentar

7. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico* – plano da validade, op. cit., p. 11.

8. Na coação moral (*vis compulsiva*), a vontade do agente é perturbada, mas este ainda pode optar entre sucumbir à grave e à iminente ameaça ou praticar o negócio jurídico não desejado. Daí a sanção da invalidade por anulabilidade (art. 171, II, CC).

9. Conforme AZEVEDO, Antônio Junqueira de: "Sem os citados elementos gerais, qualquer negócio torna-se impensável. Basta a falta de um deles para inexistir negócio jurídico. Aliás, precisando ainda mais: se faltarem os elementos tempo e lugar, não há sequer fato jurídico; sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico; e, finalmente, sem circunstâncias negociais, forma ou objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico" (*Negócio jurídico*, op. cit., p. 34).

obstáculas ou defeitos. A validade é a qualidade do negócio jurídico que está em conformidade com o ordenamento. A *contrario sensu*, a invalidade é uma sanção legal ao negócio jurídico contraído de modo deficiente, afrontando os requisitos expostos no art. 104 do Código Civil. Ele possui os pressupostos essenciais, mas há falha no processo formativo. O problema da invalidade reside na adjetivação (qualificação dos elementos), pois não basta que exista um agente, pois deve ele ser capaz; assim também, não é suficiente a configuração de um objeto, é necessária a sua possibilidade, a sua licitude e a sua determinabilidade. Por fim, além de a declaração (de vontade) ostentar uma forma, será adjetivada pela sua adequação à lei. Daí a advertência de Pontes de Miranda: "Enquanto o negócio jurídico inexistente não existe para a lei, o negócio jurídico inválido existe contra a lei".

Portanto, com José Abreu Filho, "será inválido o negócio desafinado ou destoante com as exigências legais, mercê da inobservância dos pressupostos, ou quando a vontade seja emitida defeituosamente ou, finalmente, quando violados princípios de proteção a certas pessoas".[10]

O Código Civil de 2002 adota o sistema binário do BGB. A invalidade é um gênero que comporta duas espécies: nulidade e anulabilidade. A gradação oscilará conforme a intensidade da infração à norma. A nulidade é uma invalidade mais grave, pois se trata de sanção a uma ofensa à norma cogente, de ordem pública. A seu turno, a anulabilidade é sanção do sistema jurídico a uma violação à norma dispositiva, afetando interesses particulares. Discricionariamente, o legislador disciplina o grau de reprovação da norma a um contrato imperfeito, o contrato antes sancionado como nulo, que poderá futuramente se tornar anulável, e vice-versa.[11] A classificação do contrato como nulo ou anulável repercutirá em termos concretos nos regimes jurídicos sancionatórios, sobretudo quanto à legitimidade e à forma para a arguição da invalidade.

A sanção da invalidade não se confunde com o vício que lhe deu causa. No 1º volume de nossa coleção – *Teoria Geral do Direito Civil* –, traçamos cuidadoso panorama dos vícios que dão ensejo à nulidade (art. 166, CC) e à anulabilidade (art. 171, CC).

Focando na extinção dos contratos, avulta precisar que o defeito invalidante é sempre anterior ou concomitante ao momento da contratação. Assim, a anulabilidade decorrente da coação é uma sanção decorrente de um vício anterior à celebração do ato jurídico. Já a nulidade de uma cláusula abusiva é consequente a uma ofensa à norma coeva à contratação. Em suma, inexiste invalidade superveniente, pois toda

10. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. Complementa o doutrinador: "o negócio inválido, portanto, é um negócio defeituoso e esta situação anômala se reflete, necessariamente, sobre a sua eficácia, que se torna passível de comprometimento, tudo a depender da maior ou menor gravidade da lesão e da adoção de medidas sanatórias que, em certos casos, poderão salvá-lo", op. cit., p. 356-357.

11. Assim se passa com a *simulação*. Causa de anulabilidade no CC/1916 e agora, de nulidade (art. 167, CC). Enquanto isso, a venda de bem de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais descendentes, era nula (art. 1.132). No CC/2002, é contrato anulável (art. 496, CC).

nulidade ou anulabilidade se instala na fase genética do negócio jurídico, por mais que apenas seja detectada ao tempo de sua execução.

Duas são as distinções básicas entre a invalidade e a ineficácia superveniente do contrato – que implicam sua dissolução –, tangenciada nos arts. 472 a 475 do Código Civil. Enquanto na invalidade há uma carência intrínseca do negócio, na ineficácia – seja por resolução e resilição – o contrato atende ao plano da validade, porém, ao longo de sua realização prática, culmina por sofrer impedimento de ordem extrínseca. Outrossim, a invalidade se dirige aos negócios jurídicos em geral; já o domínio de atuação dos mecanismos resolutivo e resilitivo se aplica a uma espécie de fato jurídico: o negócio jurídico bilateral.[12]

4. EXTINÇÃO PELA INEFICÁCIA

"Ele ganhou dinheiro
Ele assinou contratos
E comprou um terno
Trocou o carro
E desaprendeu
A caminhar no céu
E foi o princípio do fim."

(Paralamas do Sucesso, *Busca vida*)

Assim como se distingue a inexistência da invalidade, é necessário apartar estes dois planos do negócio jurídico com a ineficácia *stricto sensu*.[13] Para Emilio

12. STJ. Informativo nº 0543, Período: 13 de agosto de 2014. Terceira Turma. "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO CONTRATO E SEU EFEITO SOBRE AÇÃO ORDINÁRIA DE RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL LOCALIZADO EM LOTEAMENTO IRREGULAR. Deve ser extinto sem resolução de mérito o processo decorrente do ajuizamento, por loteador, de ação ordinária com o intuito de, em razão da suposta inadimplência dos adquirentes do lote, rescindir contrato de promessa de compra e venda de imóvel urbano loteado sem o devido registro do respectivo parcelamento do solo, nos termos da Lei 6.766/1979. De fato, o art. 37, *caput*, da Lei 6.766/1979 (que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano) determina que é 'vedado vender ou prometer vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado'. Além disso, verifica-se que o ordenamento jurídico exige do autor da ação de resolução do contrato de promessa de compra e venda a comprovação da regularidade do loteamento, parcelamento ou da incorporação, consoante prevê o art. 46 da Lei 6.766/1979: o 'loteador não poderá fundamentar qualquer ação ou defesa na presente Lei sem apresentação dos registros e contratos a que ela se refere'. Trata-se de exigência decorrente do princípio segundo o qual a validade dos atos jurídicos depende de objeto lícito, de modo que a venda irregular de imóvel situado em loteamento não regularizado constitui ato jurídico com objeto ilícito, conforme afirmam a doutrina e a jurisprudência. Dessa forma, constatada a ilicitude do objeto do contrato em análise (promessa de compra e venda de imóvel loteado sem o devido registro do respectivo parcelamento do solo urbano), deve-se concluir pela sua nulidade. Por conseguinte, caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC" (REsp 1.304.370-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 24.4.2014).

13. Não se confunda com a ineficácia em sentido amplo, "que abrange não somente o negócio inválido, como ainda, aquele que, dispondo de validade, deixa de produzir efeitos" (ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 358).

Betti, a invalidade "é aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo"; já a ineficácia é a característica de um ato "em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no, entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fato a ele extrínseca".[14] Em síntese, o negócio será eficaz sempre que for capaz de produzir os efeitos jurídicos desejados pelas partes. A ineficácia, por seu turno, decorre de negócio jurídico válido, cuja produção de efeitos dependa de determinadas circunstâncias.

A ineficácia se classifica em *simples, relativa e superveniente*. Nos negócios com ineficácia simples ou pendente, não há a pronta eficácia porque falta um dos requisitos de eficácia estabelecidos para o negócio jurídico. Satisfeito o requisito faltante, o negócio se torna eficaz. É o caso do negócio sob condição suspensiva (art. 125, CC) ou subordinado a um termo inicial (art. 131, CC). Já a *ineficácia relativa* significa que o negócio é tido como ineficaz em relação a uma ou mais pessoas, permanecendo eficaz diante de todas as outras. Geralmente, a lei emprega esta figura quando um sujeito fica proibido de dispor de um direito no interesse de alguém, para quem resta aberta a possibilidade de uma futura impugnação.[15] É o que ocorre na fraude contra credores; apesar de o Código Civil sancioná-la com a anulabilidade (art. 165, c/c art. 171, II, CC), o negócio dispositivo entre o devedor insolvente e o terceiro é válido, porém inoponível perante o credor.[16]

Diferentemente das demais espécies de ineficácia *stricto sensu* – objeto do estudo da teoria geral do direito civil –, a ineficácia superveniente se encontra vocacionada para a teoria geral dos contratos.

Fatos supervenientes à relação obrigacional podem conduzi-la à extinção, concedendo eficácia ou ineficácia ao negócio jurídico. O cumprimento do contrato é fator de eficácia. O pagamento se traduz em prestação satisfativa por parte do devedor em prol do credor. Outros modos de pagamento (*v. g.*, dação, consignação, compensação, novação, remissão e confusão) são igualmente eficazes para extinguir a obrigação, com ou sem a satisfação do credor.[17]

Todavia, há fatos surgidos após a celebração do contrato que o atingem, suprimindo-lhe a eficácia. Trata-se da ineficácia superveniente, destruindo a expectativa de plena realização do fim expresso no contrato.

14. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, v. III, op. cit., p. 208.
15. MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*, op. cit., p. 327.
16. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a impropriedade consiste em "arrolar todos os defeitos do negócio jurídico nos estreitos limites da anulabilidade. À impugnação da fraude, portanto, ter-se-ia de imputar o simples efeito de provocar o reconhecimento de sua ineficácia perante os credores prejudicados. Nada mais" (*Comentários ao novo Código Civil*, v. III, op. cit., p. 21).
17. Ao respeitar os requisitos legais, o pagamento não será válido, mas eficaz. O ato-fato do pagamento não se localiza no momento genético da obrigação, mas em seu plano funcional, por isto o nosso elogio à redação do art. 307 do Código Civil em detrimento da atecnia do art. 310.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior elabora minudente classificação, quanto à origem, dos fatos supervenientes que atuam sobre o contrato no plano da eficácia: (1) derivados do exercício da autonomia privada pelos contratantes: (a) com previsão contratual: (a1) condição resolutiva; (a2) cláusula resolutiva expressa; (a3) cláusula de arrependimento; (b) por manifestação posterior da vontade: (b1) distrato; (b2) denúncia; (b3) arrependimento (art. 49, CDC); (2) derivados da lei: (a) extinção *ipso iure*: (a1) impossibilidade de cumprimento por fato inimputável ao devedor; (a2) extinção optativa por fato não imputável ao devedor; (a3) extinção optativa por fato imputável ao devedor; (a4) resolução por incumprimento da prestação ainda possível, com ou sem culpa do devedor; (a5) prescrição, como encobrimento da pretensão pela passagem do tempo.[18]

De todos os modelos jurídicos suscitados enfrentaremos aqueles relacionados exclusivamente ao fenômeno contratual, alijados da teoria geral do direito civil. São eles: cláusula resolutiva; cláusula de arrependimento; distrato; resilição; resolução e rescisão contratual.

4.1 A cláusula resolutiva

De acordo com o art. 474 do Código Civil: "A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial".

O art. 474 alude a duas espécies de resolução contratual: a resolução convencional e a resolução legal. A cláusula resolutiva expressa, ou *pacto comissório*,[19] verifica-se de *pleno jure*, por via do exercício do direito potestativo da parte interessada à outra. Não tendo sido estipulada a cláusula resolutiva expressa, subentende-se a existência de cláusula resolutiva implícita (tácita) nos contratos bilaterais. Aqui, deverá o lesado inicialmente interpelar o devedor para que seja constituído em mora; posteriormente propugnará pela resolução contratual, eventualmente acrescida de perdas e danos. Em suma, o desfazimento do contrato decorrerá do trânsito em julgado da sentença.

A cláusula resolutiva expressa concerne a uma previsão contratual de imediata resolução em caso de inadimplemento da parte. Trata-se de direito negocial à resolução, contido na própria avença ou em documento posterior, que emana da inexecução de uma ou mais prestações.

A vantagem da inserção de tal cláusula reside na prévia estipulação do alcance da resolução quanto às prestações pretéritas, como no desfazimento automático do contrato diante do inadimplemento, sem que necessite o credor interpelar o devedor, pois, vencida a dívida, sobeja este constituído em mora. Conforme ressai do Enunciado nº 435 do Conselho de Justiça Federal: "A cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial".

18. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 24.

19. O pacto comissório não se confunde com a *cláusula comissória*, explicitamente vedada nos direitos reais de garantia. "É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento".

Para a eficácia do pacto, é preciso que as prestações estejam perfeitamente definidas e indicadas quais delas, e em que modalidades, são passíveis de resolução pelo descumprimento, não bastando a referência genérica às prestações contratuais e ao seu incumprimento. Se assim ocorrer, considerar-se-á que se trata apenas de uma cláusula de estilo, a reforçar o disposto no art. 475 do Código Civil, sendo caso de resolução legal. Na dúvida, a interpretação da cláusula será restritiva.[20]

Em princípio, a existência da cláusula resolutiva dispensa o exercício de pretensão, pela via judicial, ao desfazimento do contrato. A inserção da cláusula já presume a inutilidade da prestação caso superado o termo ajustado para o cumprimento das prestações. A essencialidade do termo decorre do contrato. Nada obstante, é comum que o credor tenha interesse em pleitear judicialmente a resolução para definir com segurança questões como a restituição das prestações, o direito à indenização ou mesmo cumular pedidos sucessivos, tais como a reintegração de posse. Julgada procedente a pretensão resolutória, terá a sentença natureza declaratória, liberando a parte lesada da necessidade de cumprir a sua prestação em caráter *ex tunc*.

Certamente, inserindo o credor pretensão restituitória, a resolução será desconstitutiva. Haverá ainda eficácia condenatória caso estabelecida a reparação pelo incumprimento, imputável ao devedor, ou a execução de cláusula penal compensatória (art. 410, CC), pois a demanda indenizatória surge de pretensão independente e acessória à resolução, sendo certo que muitas vezes o lesado não fará jus a ela – como nas hipóteses de fortuito em que o descumprimento não será imputável ao devedor.

Em regra, a resolução dissolve o contrato e retroage os contratantes ao estado pretérito, com efeitos *ex tunc*, como se o contrato jamais tivesse sido realizado. Mas nos casos de contratos de execução continuada ou periódica, seria desaconselhável a ampla retroatividade. Daí a advertência do art. 128 do Código Civil, no sentido da manutenção da eficácia dos atos anteriores à resolução, preservando-se as situações pregressas já consolidadas de forma eficiente para ambas as partes, a não ser que expressamente as partes tenham previsto a retroatividade dos efeitos.

Estas configuram as linhas gerais da resolução convencional do Código Civil. Ocorre que a legislação ordinária, a doutrina e jurisprudência estipulam tamanho condicionamento ao exercício do direito potestativo resolutório que se pode falar numa *revolta dos fatos*, com o abono dos juízes, contra a letra do código,[21] senão vejamos:

Primeiro: Mesmo que o contrato possua cláusula resolutiva expressa, normas de ordem pública inspiradas nos princípios da igualdade substancial e do equilíbrio contratual estipulam a necessidade de prévia interpelação do devedor como pressuposto para a extinção do contrato. Não se trata aqui de uma conversão legal da mora *ex re* na mora *ex persona*. A mora mantém o seu caráter automático desde o vencimento da obrigação (art. 397, CC), decorrente da inserção da cláusula resolutória. Porém, a

20. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 24.
21. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, op. cit., p. 55.

notificação assume a feição de pressuposto essencial para a eficácia da dissolução da avença.[22] Esta é a dicção da Súmula 369, de 2009, do Superior Tribunal de Justiça: "No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora."

Segundo: No curso da lide resolutória, o magistrado terá a oportunidade de avaliar não só a configuração dos requisitos convencionados pelas partes para a resolução, como aferir a validade da cláusula em cotejo com o ordenamento jurídico e, principalmente, a repercussão do vulto do inadimplemento diante do contrato. Isto implicará efetivo exame acerca do abuso do direito resolutório, seja pela preservação do seu interesse no contrato, como com base no adimplemento substancial (art. 187, CC) e no cumprimento de deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva (art. 422, CC). Estes aspectos serão abordados no item destinado ao estudo da resolução contratual.[23]

Terceiro: 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 intercivis, a cláusula resolutiva não poderá operar de pleno direito, sendo 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".

4.2 A cláusula de arrependimento

"A renúncia é a libertação. Não querer é poder."

(Fernando Pessoa)

Dispõe o art. 420 do Código Civil: "Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente

22. Assim o é nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis loteados, do Dec.-Lei nº 58/37 (art. 22) e Lei nº 6.766/79 (art. 32). Igualmente a Lei nº 10.188/01, que rege especificamente a matéria relativa ao arrendamento residencial.

23. STJ – Informativo nº 390, 17.4.2009 – "RECISÃO. COMPROMISSO. COMPRA E VENDA. ESBULHO. A questão está em saber se, diante de compromisso de compra e venda de bem imóvel com cláusula resolutória expressa, pode haver ação direta de reintegração de posse após notificação da mora, com deferimento de liminar, ou se há necessidade de prévia resolução judicial do pré-contrato. O Min. Relator destacou que este Superior Tribunal preconiza ser 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. Por conseguinte, não há falar em antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda, pois, somente após a resolução é que poderá haver posse injusta e será avaliado o alegado esbulho possessório. Diante disso, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento para afastar a concessão da tutela antecipada" (REsp 620.787-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 14.4.2009).

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".

O dispositivo alude às arras penitenciais. O valor prestado como sinal funciona como correspondente ao direito de arrependimento de qualquer das partes. Enquanto as arras confirmatórias desejam reforçar a execução da obrigação, as arras penitenciais pretendem justamente o contrário; isto é, concedem uma espécie de autoexecutoriedade para que a parte desistente possa praticar o recesso do contrato sem a necessidade de propositura de ação.

Aliás, as arras penitenciais tangenciam a figura da multa penitencial. Em comum, ambas facultam a qualquer das partes o poder de se libertar do negócio jurídico. Só que, na primeira, as partes constituem um sinal mediante certa importância; já na multa penitencial, os contratantes se limitam a estipular esse valor, a ser pago no futuro. Enquanto o montante não for pago, a outra parte ainda poderá exigir o cumprimento.

Exemplificando, preceitua o art. 465 do Código Civil que, "se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito e pedir perdas e danos". Duas convenções poderiam ser realizadas para afastar a pretensão às perdas e danos pelas regras comuns: o adiantamento de um valor a título de sinal ou uma cláusula fixando uma multa penitencial.

Por outro giro, é cristalina a distinção entre a cláusula penal e as arras penitenciais. A cláusula penal fortalece a posição do credor na relação obrigacional, pois constrange o devedor a cumprir, sem facultar ao credor uma livre desistência. Mesmo sendo o devedor inadimplente, o credor poderá insistir no cumprimento (art. 410, CC). Já as arras penitenciais concedem a qualquer dos contratantes o direito potestativo de resilir unilateralmente o contrato, sem necessidade de motivação. Em suma, enquanto as arras são qualificadas no quadro das obrigações facultativas com opção do devedor, a cláusula penal, também uma obrigação facultativa, é qualificada com faculdade de eleição exclusiva do credor.

A título ilustrativo, A adianta a B a quantia de R$ 5.000,00 como sinal e início de pagamento de promessa de compra e venda, com inserção de cláusula de retratação. Se o comprador A se arrepender, perderá para B as arras adiantadas. Mas, se partir a desistência do vendedor B, terá este de restituir o valor em dobro (R$ 10.000,00) para A. A título de preservação do sinalagma, o direito potestativo de recesso requer como condicionante a devolução do que se recebeu.

Nada obstante as distinções já enfatizadas, há uma evidente semelhança entre as arras penitenciais e a cláusula penal. A função prática das duas é análoga, pois, em ambas, é previamente determinada a soma devida a título de princípio de pagamento, seja em caso de recesso (arras) ou de inadimplemento (cláusula penal). De fato, ao contrário do que ocorre nas arras confirmatórias, na modalidade penitencial o sinal

entregue por uma das partes é o valor máximo de indenização, sem possibilidade de cumulação com perdas e danos ou indenização suplementar, mesmo que o prejuízo do contratante seja maior que o valor das arras. Qual seria a justificativa?

O valor das arras penitenciais não pode ser extrapolado em sequer um centavo, pois ele é tudo aquilo que as partes ajustaram para o caso de uma delas futuramente deliberar por não celebrar o contrato com a outra, reavendo sua liberdade. Enfim, o sinal é o preço adiantado para o contratante se exonerar de um vínculo, nada mais podendo dele ser exigido pela parte inocente.

Por outro lado, a perda do sinal ou a sua restituição acrescida do equivalente não constitui uma sanção a um inadimplemento – como nas arras confirmatórias ou na cláusula penal –, mas uma compensação econômica que a parte inocente recebe pela frustração de suas legítimas expectativas negociais em razão do exercício da faculdade de recesso utilizado pela contraparte. Explica Lia Palazzo Rodrigues[24] que o contratante que se retrata não comete ato ilícito ao fazê-lo. A perda do sinal ou a sua devolução em dobro significa, pois, uma compensação, uma satisfação previamente acordada que o contratante arrependido efetua em prol daquele que, atingido pelos efeitos do retrato, vê o acordo ser descumprido.

Tampouco poderá o contratante inocente exigir o cumprimento do negócio jurídico. Pelo contrário, deverá se contentar com o correspectivo financeiro pelo exercício do recesso.

Instala-se um paradoxo, pois nos parece contraditório que o Judiciário possa moderar o montante de uma importância equivalente à inexecução ilícita de uma obrigação (arras compensatórias) enquanto a ele é vedado o controle do preço pago pela liberdade. Isto é, não há qualquer evidência racional que justifique a intangibilidade de uma cláusula manifestamente excessiva, a ponto de ofender o princípio da justiça contratual. Mesmo que se cuide do exercício regular do direito de arrependimento, há uma vulneração do equilíbrio negocial que demanda correção. Como pontua Rodrigo Toscano de Brito, sendo certo que o sistema jurídico está voltado para a preservação do sinalagma, o que não foi diferente com o novo regramento sobre as arras, pode ocorrer a hipótese de os dispositivos específicos sobre a matéria não serem suficientes para a manutenção do equilíbrio nas prestações, gerando, portanto, a necessidade de interpretação conforme os princípios sociais do contrato.[25]

Daí o inegável acerto do Enunciado nº 165 da III 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". Isso implica afirmar que uma cláusula de arrependimento tida como abusiva pode sofrer sindicância pelo Poder Judiciário, sendo reduzida, e não simplesmente invalidada.

24. RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das arras*, op. cit., p. 56.

25. BRITO, Rodrigo Toscano de. *Função social dos contratos como princípio orientador*, op. cit., p. 379.

Vê-se que, independentemente da natureza que se conceder às arras, fundamental será a apuração de seu montante em cotejo com o total do contrato, para a aferição da aplicação do princípio do abuso do direito, aqui materializado na cláusula geral do art. 413 do Código Civil.

4.3 Resilição

"Me desculpe mas pra mim estás fingindo
E é muito tarde, eu já estou
Te demitindo...
Quem te contratou foi a mulher paixão
Que nem pediu referências
Tomada pela emoção
Mas você não cumpriu o que assinou
Com o meu coração
Quem está te demitindo
É a mulher razão."

(Bel Meireles, *Distrato de amor*)

A resilição contratual não se vincula ao inadimplemento de obrigações, mas, nas palavras de Orlando Gomes, cuida-se da extinção do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes.[26]

Este conceito conduz a uma bifurcação: a resilição bilateral, ou distrato, concerne a um acordo de vontades cujo desiderato é a extinção de um contrato em execução; a resilição unilateral, ou denúncia, é a faculdade do contratante de se desligar unilateralmente do vínculo.[27]

4.3.1 Distrato ou resilição bilateral

O art. 472 do Código Civil trata do distrato: "O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato".

Segue-se a antiga fórmula de Ulpiano: "Nada é tão natural quanto cada espécie de contrato anular-se pelo mesmo recurso com que foi contratado. Assim o contrato verbal se desfaz verbalmente."

O distrato possui natureza de negócio jurídico bilateral destinado à extinção contratual. Por mútuo consenso as partes deliberam pelo término das relações

26. GOMES, Orlando. *Contratos*. Acresce o autor que o distrato é "negócio extintivo. Os que criaram pela vontade comum, pela vontade comum destroem" (op. cit., p. 217).

27. Esta nomenclatura possui significado cambiante na doutrina. Para Araken de Assis, a resilição é espécie do gênero resolução, variando conforme "a dissolução produza efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*" (*Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 82).

obrigacionais.[28] Em qualquer tipo de contrato é viável o exercício da autonomia privada, para o retrato do acordo inicial, como forma de derrogação do *pacta sunt servanda*. O distrato opera efeitos *ex nunc*, sem a capacidade de desconstituir as situações jurídicas produzidas no curso do contrato em favor das partes e de terceiros, dispensando ao seu aperfeiçoamento a intervenção do judiciário.[29]

A resilição bilateral é um novo contrato, cujo teor é, simultaneamente, igual e oposto ao do contrato primitivo. De *per si* o contrato já porta o gérmen de sua extinção, mas com o distrato as partes manifestam o seu intuito de apressar este momento, recobrando a liberdade mutuamente cedida ao tempo da vinculação. Com isto as partes se libertam do vínculo obrigacional em andamento – ou sequer cumprido –, já que o distrato é inidôneo para a solução de contratos cujo termo já expirou ou cujos efeitos já se desvaneceram. Afinal de contas, o contrato que naturalmente se esvaiu dispensa o distrato, pois sucumbiu pela via normal do cumprimento de suas obrigações. Neste caso, incumbirá às partes a realização de um novo contrato, desvinculado do antigo.[30]

O realçado dispositivo preconiza a necessidade de o distrato atender a mesma forma que a lei exigiu para a celebração do contrato. Portanto, tendo sido ele celebrado por instrumento público, assim se realizará o distrato, sob pena de invalidade

28. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, o distrato é a "declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo. É o *contrarius consensus* dos romanos, gerando o contrato Liberatório. Algumas vezes é chamado de *mutuo dissenso*". *Instituições de Direito Civil*, III, op. cit., p. 151.

29. 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 coíbem 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 eivado 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" (REsp 1.132.943-PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 27.8.2013).

30. Aproxima-se do distrato a chamada cláusula *Phase Out*. Enquanto o distrato é um fato jurídico superveniente à contratação, o *Phase Out* é uma cláusula que define como a relação terminará. É comum em contratos de prestação de serviço, porque, quando a terceirização termina, a empresa já colocou muito da inteligência do seu negócio no parceiro, podendo ter ficado com grau baixo de conhecimento interno, e precisa de um mecanismo automático de resgate do *know-how*, para incorporá-lo à empresa ou repassá-lo para outro parceiro.

(art. 166, IV, do Código Civil). Outrossim, realizado pela forma escrita, não haverá distrato oral.

Porém, nada impede que, celebrado o contrato sem solenidade, queiram as partes inseri-la por ocasião do distrato. O legislador não priva as partes do cuidado excessivo. A outro tanto, subscrito o contrato pela forma pública, quando a lei apenas exigia instrumento particular (*v. g.*, promessa de compra e venda), poderá o distrato se efetivar pela forma particular. Atente-se para a dicção do dispositivo, ele não exige que o distrato siga a mesma forma que a do contrato, porém "a mesma forma exigida para o contrato".[31] Não se olvide que, diferentemente do distrato, a quitação sempre poderá ser eficazmente concedida por instrumento particular (art. 320, CC).

Nesse diapasão, cite-se o Enunciado 584 do Conselho de Justiça Federal: "Desde que não haja forma exigida para a substância do contrato, admite-se que o distrato seja pactuado por forma livre".

O fato de o Código Civil estabelecer que o distrato se faz pela mesma forma que o contrato não quer dizer que a posição dos contratantes na relação jurídica se mantenha a mesma. Na verdade, se na compra e venda o devedor é aquele que compra o bem, no distrato o devedor é aquele que se obriga a devolver o valor recebido. A forma diz qual a natureza do documento em que se fez a compra e venda, assim, se por escritura pública, por esta forma há de ser feito o distrato.

Certamente serão infensos ao controle judicial os motivos que conduziram as partes à resilição bilateral. Contudo, como em qualquer outro contrato, eventualmente um instrumento de distrato poderá ser eivado de vícios que afetem a vontade das partes ou evidenciem uma quebra do equilíbrio negocial. Estas interferências negativas são passíveis de revisão em juízo, sobretudo no campo das relações consumeristas, território propício à inserção de cláusulas abusivas.[32] Ressalte-se ser possível a

31. "O legislador limitou a incidência do princípio da simetria de formas, chancelando o entendimento de que o distrato, para ser válido, não necessita de se curvar às solenidades quando estas não forem exigidas por lei e configurarem somente uma opção dos contratantes" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 88).

32. 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 coíbem 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. 472 do CC, 'o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato', o que implica afirmar que o distrato

inserção de cláusula penal no distrato, com o objetivo de prevenir eventual infração às obrigações nele consubstanciadas.

4.3.2 Resilição unilateral

Estabelece o art. 473 do Código Civil que "A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte".

Consiste a resilição unilateral no direito potestativo de um dos contratantes impor a extinção do contrato, independente do inadimplemento da outra parte, sem que o outro possa a isto se opor, posto situado em posição de sujeição.[33]

Não obstante a existência de dissenso doutrinário, o legislador adotou o vocábulo *denúncia* como sinônimo de "resilição unilateral e procedimento pelo qual ela se comunica com a outra parte". A nomenclatura legal será o ponto de partida do aplicador do modelo jurídico.[34]

Adverte 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".[35]

Nada obstante, acreditamos que esta excepcionalidade do exercício do poder resilitório não se compraz com a tutela superior da preservação de liberdade da pessoa perante as amarras do contrato.

De fato, a resilição unilateral é modelo inerente aos contratos sem prazo. Neles se vislumbra a faculdade da parte de exercer o poder liberatório, extinguindo o contrato.

---

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 eivado 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" (REsp 1.132.943-PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27.8.2013).

33. STJ – Informativo nº 0475. Período: 30 de maio a 3 de junho de 2011. Terceira Turma: "AÇÃO. DESPEJO. LOCADOR. VENDA. DESISTÊNCIA. A Turma entendeu não ser possível discutir, em ação de despejo por denúncia vazia, questões relativas à conduta do locador que, após a aceitação pelo locatário da proposta de venda do imóvel locado (direito de preferência), desiste de realizar o negócio, resilindo unilateralmente o contrato. Segundo a Min. Relatora, o arrependimento do locador é irrelevante para a defesa do réu da ação de despejo e não inviabiliza a tutela do direito nela buscado, porquanto, nessas situações, a Lei nº 8.245/1991 não confere ao locatário o poder de forçar a realização da venda, mas apenas a possibilidade de ser ressarcido pelos danos sofridos. Na espécie, os locadores recorrentes ajuizaram, na origem, ação de despejo por denúncia vazia em desfavor do recorrido nos termos do art. 57 da referida lei" (REsp 1.193.992-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 2.6.2011).

34. Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, denúncia e resilição não se equivalem, pois esta só se aplica "se o pedido de extinção estiver fundado no incumprimento" (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 72).

35. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 152.

Em razão da natureza negocial da denúncia, é lícito às partes o ajuste da extensão da eficácia da denúncia. Em princípio, assume caráter *ex nunc*, acabando com a relação jurídica, mas sem desfazê-la, preservando os direitos e obrigações adquiridos pelas partes. Todavia, o ato de autonomia poderá imprimir feição retroativa à denúncia, ensejando o desfazimento de algumas ou de todas as situações jurídicas pretéritas.

O fundamento da denúncia é a vontade presumida do contratante, presumida no sentido de que não desejou se vincular de forma perene, reservando-se a faculdade de resilir o contrato a qualquer tempo, de forma imotivada, mediante simples declaração de vontade.[36]

Além da própria previsão negocial do exercício futuro da resilição por qualquer das partes, existem contratos cuja própria natureza admite a denúncia. Nesta senda, os contratos de mandato, depósito, comodato.

No comodato sem prazo, caso o comodatário seja interpelado e constituído em mora, a reintegração de posse poderá ser ajuizada, superado o prazo concedido pelo comodante, sem que aquele tenha se retirado do imóvel. Na prestação de serviços sem prazo estipulado, o art. 599 do Código Civil prevê que "qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato". Equivocou-se o legislador na pureza terminológica, utilizando inadequadamente o termo *resolver*, quando seria o caso de resilição unilateral na falta de prazo estipulado em tais convenções. A seu turno, nas relações trabalhistas a resilição unilateral é vislumbrada na concessão do aviso-prévio ao empregado.

A resilição unilateral recebe designações diversas, tais como *resgate, renúncia e revogação*, sem com isto alterar a sua natureza. Revogar implica retração da voz, alguém se desdiz e emite uma vontade oposta à primitiva.[37] A revogação é vislumbrada nos contratos de doação, comodato e depósito. Ilustrativamente, a denúncia é da essência da *potestade* do contrato de mandato, aferida no ato unilateral de revogação do mandato pelo mandante (art. 682, CC). Em situação inversa, poderá o mandatário *renunciar* ao mandato (art. 688, CC). Em comum, consistem em espécies de resilição unilateral, concretizadas por declaração de vontade receptícia, exigindo comunicação à outra parte, para então produzir os efeitos de extinção do contrato de mandato.

Flavio Tartuce acresce a este rol de variações da resilição unilateral a *exoneração por ato unilateral do fiador*, na fiança sem prazo, prevista no art. 835 do Código Civil, com eficácia plena depois de 60 dias da notificação do credor. De acordo com o doutrinador, "essa nova forma de resilição unilateral pretende proteger o fiador, sempre em posição desprivilegiada, havendo relação direta com o princípio da eficácia

36. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 185.
37. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 82.

interna da função social dos contratos. Por tal razão, o art. 835 é norma de ordem pública, não podendo a proteção nele prevista ser afastada por convenção das partes".[38]

Outrossim, a resilição unilateral, seja ela instantânea ou precedida de prazo no qual as partes cessam gradativamente as operações, é cláusula que pode conviver com contratos com prazo. Assim, as partes podem estimar um prazo de duração máxima da avença ao mesmo passo em que preveem mecanismo contratual para operar a finalização antecipada do negócio jurídico. A coexistência dessas possibilidades apenas reflete a capacidade que as partes têm de autorregular seus interesses privados, no exercício de sua autonomia privada.

Interessante repositório de normas alusivas à resilição unilateral é a lei de locações. Os arts. 6º, 7º e 8º da Lei nº 8.245/91 traduzem hipóteses de denúncia, seja por iniciativa do locatário, como também de terceiros estranhos inicialmente ao contrato. Concluído o prazo estipulado para a duração do contrato, o locador poderá efetuar a denúncia (vazia ou cheia) e a consequente ação de despejo nas hipóteses do art. 59 da Lei de Locações.[39]

O parágrafo único do art. 473 do Código Civil suspende a eficácia da resilição unilateral nas hipóteses em que uma das partes tenha efetuado investimentos consideráveis por acreditar na estabilidade da relação contratual.

Cuida a regra em apreço da *extensão compulsória da vigência do contrato*. Aqui, há uma perceptível aplicação da teoria do abuso do direito limitando o exercício ilegítimo de direitos potestativos (art. 187, CC). Uma das funções do princípio da boa-fé objetiva é a de frear o exercício de condutas formalmente lícitas, mas materialmente antijurídicas, quando ultrapassem os limites éticos do sistema. Se em princípio o contratante usa livremente o direito potestativo de resilição unilateral, o ordenamento jurídico não pode permitir que o exercício de tal faculdade lese a legítima expectativa de confiança da outra parte, que acreditou na consistência da relação jurídica a ponto de efetuar razoável dispêndio naquela atividade econômica, mormente em hipóteses em que há longa relação contratual entre as partes, cuja

38. TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, op. cit., p. 251.

39. STJ. Informativo nº 0515. Período: 3 de abril de 2013. Terceira Turma: "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 concordara 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, 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 a obrigação de respeitar a locação até o seu termo final, em consonância com o princípio da boa-fé" (REsp 1.269.476-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 5.2.2013).

abrupta diminuição da lucratividade provocará imediatas consequências sociais e econômicas.

O cerne da questão se radica na regra geral de que ninguém é obrigado a ficar perpetuamente vinculado a um contrato. Portanto, em um primeiro momento, o princípio da boa-fé não serve como fundamento para constranger um dos contratantes a permanecer no contrato, frustrando o seu direito potestativo de recesso.[40]

Como bem ponderou a Ministra Nancy Andrighi, "A regra deve ser tomada, por analogia, para solucionar litígios onde uma das partes do contrato afirma, com plausibilidade, ter feito grande investimento e o Poder Judiciário não constata, em cognição sumária, prova de sua culpa a justificar a resolução imediata do negócio jurídico. Assim, a solução que melhor se amolda ao presente litígio é permitir a continuidade do negócio durante prazo razoável, para que as partes organizem o término de sua relação negocial. O prazo dá às partes a possibilidade de ampliar sua base de clientes, de fornecedores e de realizar as rescisões trabalhistas eventualmente necessárias" (STJ – Resp. 972.436/BA, 12.6.2009).

Portanto, o mérito do dispositivo é o de converter a tutela genérica do ressarcimento de danos em uma tutela específica de conservação temporária do negócio jurídico, permitindo que a denúncia apenas surta efeitos a partir do momento em que seja ultrapassado o período mínimo para adequação da natureza do contrato ao importe dos investimentos. Exemplifiquemos com o comodato de um imóvel rural sem prazo, no qual o arrendatário se dedicará a plantar soja. Em tese, poderá o proprietário denunciar o contrato a qualquer tempo. Mas, convenhamos, seria abusivo o exercício da resilição ainda no primeiro ano do contrato – sem menção a qualquer

40. STJ – INFORMATIVO Nº 453, 29.10.10: "BOA-FÉ OBJETIVA. MANUTENÇÃO FORÇADA. CONTRATO. Trata-se, na origem, de ação cautelar proposta por concessionária de veículos, ora recorrida, contra a montadora de automóveis, ora recorrente, noticiando ser concessionária exclusiva da marca na região delineada nos autos, desde 1º/1/1973, em razão de contrato de concessão. Informou que a recorrente a notificou acerca da rescisão do contrato de concessão em 6/10/2006, impedindo-a de dar continuidade às suas atividades. Alegou que a rescisão do contrato é nula, configurando abuso do poder econômico e exercício arbitrário de posição dominante em face do que dispõem os arts. 21, 22 e 30, todos da Lei nº 6.729/1979 (Lei Ferrari). Pleiteou a concessão de liminar para imposição da continuidade do contrato nos seus exatos termos, até o final da demanda principal a ser proposta, abstendo-se a referida montadora de nomear outra concessionária para a região de exclusividade sob pena de multa, bem como para permitir à recorrida a utilização da integralidade do saldo depositado em sua conta no fundo de capitalização. No mérito, a celeuma travada nos autos diz respeito à possibilidade de o Judiciário determinar a manutenção forçada de contrato de concessão comercial de venda de veículos automotores celebrado por prazo indeterminado, malgrado tenha o concedente manifestado sua vontade de não mais prosseguir na avença. No exame da matéria, entendeu-se que, apesar dos fundamentos levantados pelo acórdão recorrido, insculpidos todos no princípio da boa-fé objetiva, afigura-se por demais elastecido o alcance atribuído pelo tribunal *a quo* ao mencionado princípio. Isso porque o princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão de conduta pautada na probidade, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, conforme dispõe o art. 422 do CC/2002. Nessa linha, embora o comportamento exigido dos contratantes deva pautar-se pela boa-fé contratual, tal diretriz não obriga as partes a se manterem vinculadas contratualmente *ad eternum*, mas indica que as controvérsias nas quais o direito ao rompimento contratual tenha sido exercido de forma desmotivada, imoderada ou anormal resolvem-se, se for o caso, em perdas e danos" (REsp 966.163-RS, Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

forma de inadimplemento –, sem que o arrendatário tenha um prazo mínimo para colher a safra e pagar as despesas de custeio e produção.

O art. 720 do Código Civil particularizou esta *denúncia ilegítima* nos contratos de agência e distribuição, sujeitando o exercício da faculdade de resilição unilateral em contratos sem prazo ao decurso de um tempo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente. Porém, em seu parágrafo único, a norma especial vai além da regra do art. 473, haja vista que transfere ao magistrado – quando houver divergência entre as partes – a determinação acerca da razoabilidade do prazo e do valor devido à outra parte pelas perdas financeiras.[41]

Colha-se, por oportuno, a advertência de Caio Mário da Silva Pereira quanto à impossibilidade de incidência da regra do parágrafo único do art. 473 em qualquer tipo de contrato, pois "certos contratos, como o de mandato, admitem por sua natureza a resilição unilateral incondicional, porque tem fundamento na relação de confiança entre as partes. Nessas hipóteses, deve restar ao prejudicado apenas obter indenização pelos danos sofridos, sem a possibilidade de extensão compulsória da vigência do contrato".[42]

Sem sombra de dúvidas, a advertência do Mestre faz todo o sentido, sobremaneira nas relações jurídicas em que há o interesse público primário envolvido e não apenas o interesse secundário da administração pública.[43]

---

41. STJ – Terceira Turma – AgRg nº 872.066/PI – Rel. Min. Paulo Furtado, j. 12.11.2009 – "*In casu*, há indícios veementes de que a Companhia de Bebidas apelante vem reiteradamente, e de forma unilateral, desrespeitando a boa fé contratual, pois passou a exigir, da apelada, assim como de outras distribuidoras existentes no território nacional, obrigações, nunca antes exigidas, que demandam investimentos elevados, objetivando viabilizar maior lucratividade. Além disso, a apelante permitiu a comercialização de produtos da marca Brahma por outra empresa na região exclusiva da apelada, sem, sequer, haver um ajuste expresso com a distribuidora apelada. Tais fatos, consequentemente, repercutiram diretamente nos resultados financeiros da apelada, imputando-lhe o ônus de extinguir, no ano de 1993, duas filiais. Resta evidente que a apelante desrespeitou, além do princípio da boa-fé, o da função social do contrato de distribuição, pois, em função de seu poderio econômico, agiu de maneira arbitrária e imoderada, desrespeitando a cláusula de exclusividade da área de atuação da apelada, requisito intrínseco da relação contratual, bem como exigindo a implementação de obrigações nunca antes estipuladas. 5. Cuidando-se o caso em debate de relação contratual de execução continuada por tempo indeterminado, a resilição unilateral deve-se operar mediante denúncia notificada à outra parte (art. 473, do CC) fato que não ocorreu. A exigência da concessão do aviso prévio para se propiciar a resilição unilateral é justificada pela necessidade de se conferir ao distribuidor a possibilidade de auferir, neste intervalo temporal, parte do retorno do investimento realizado no decorrer da contratação, bem como, propiciar ao revendedor tempo para a readaptação ao mercado, redirecionando a sua atividade empresarial."

42. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 154.

43. Informativo nº 0485. Período: 10 a 21 de outubro de 2011. Segunda Turma: "PERMISSÃO. SERVIÇO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO. Cuida-se de REsp em que se busca desconstituir acórdão que condenou a ora recorrente ao pagamento de danos materiais à ora recorrida em decorrência da rescisão não motivada do contrato de permissão de serviços lotéricos. Nesta instância especial, entendeu-se que, embora a permissão de serviços lotéricos seja caracterizada pela discricionariedade, unilateralidade e precariedade, o que autorizaria a rescisão unilateral pelo poder permissionário, em hipóteses específicas, em que se realiza investimento de vulto para a exploração do serviço delegado, é possível o reconhecimento do direito à indenização pelos referidos gastos. Na espécie, o permissionário realizou significativo investimento para a instalação do próprio empreendimento destinado à execução do serviço público delegado, inclusive mediante atesto de padronização do poder concedente. Todavia, após poucos meses do início da atividade delegada, a

Nas relações de consumo, também é permitida a inserção de cláusula de denúncia ou cancelamento unilateral pelo fornecedor em contratos de adesão, desde que igual direito seja conferido ao consumidor (art. 51, XI, CDC). Concordamos aqui com Luiz Antonio Rizzato Nunes em que seria muita ingenuidade admitir que basta assegurar reciprocidade na resilição para todo e qualquer contrato de consumo terminar. Com efeito, bastaria ao fornecedor inserir cláusula que permitisse a ambos, fornecedor e consumidor, o cancelamento. Acontece que nestes contratos de longa duração o interesse na resilição é unicamente do fornecedor, basicamente por lhe permitir uma nova oferta do serviço ao consumidor, agora com aumento no preço.[44]

Enfim, apesar da aparente licitude da cláusula de resilição unilateral com reciprocidade, o próprio sistema consumerista, plasmado na exigência do equilíbrio contratual e na tutela de um sujeito especial e objetivamente vulnerável, culmina por obstaculizar o exercício do direito potestativo de denúncia pelo fornecedor, o que seria fatal para o consumidor nos contratos cativos, relacionados à fruição de bens essenciais, tais como saúde e educação.[45]

Interessante hipótese de resilição unilateral é oportunizada em favor do consumidor na atividade negocial de oferta de produtos e serviços de contratação a distância, com a conclusão da venda fora do estabelecimento comercial (art. 49, CDC). Cuida-se de regime especial que objetiva assegurar a boa-fé e a lealdade nas relações marcadas pela "desumanização do contrato" ou pelo "contrato sem sujeito", um tipo de contrato pós-moderno em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e na qual todas as técnicas de contratação de massa se reunirão: do contrato de adesão e das condições gerais dos contratos à catividade do consumidor. O prazo decadencial de arrependimento de sete dias corresponde a um direito de reflexão concedido ao consumidor, diante da pressão psicológica inerente a uma venda emocional que o coloca em evidente situação de vulnerabilidade, pois impede uma decisão racional e refletida.[46] Com o exercício da faculdade resilitória, a relação consumerista é desconstituída, restituídas as partes ao *status quo* originário.[47]

---

concedente rescindiu unilateralmente a permissão, sem qualquer justificativa ou indicação de descumprimento contratual pelo permissionário. Assim, *in casu*, concluiu-se que a rescisão por ato unilateral da Administração Pública impõe à concedente a obrigação de indenizar o permissionário pelos danos materiais relacionados à instalação da casa lotérica. Diante disso, a Turma conheceu parcialmente do recurso e nessa parte, negou-lhe provimento" (REsp 1.021.113-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 11.10.2011).

44. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao CDC*, op. cit., p. 588.

45. Neste sentido, o próprio art. 51, inciso X, do CDC, que torna nula a cláusula contratual que permita ao fornecedor "direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral".

46. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 602-604.

47. STJ. "No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ('período de reflexão'), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente,

Observe-se que o direito de arrependimento, mesmo na qualidade de direito potestativo, não poderá ser exercido de forma a frustrar o princípio da boa-fé objetiva, a ponto de se converter em abuso do direito (art. 187, CC). Assim, não é apropriado estabelecer que qualquer ato de consumo possa ser desfeito pelo consumidor arrependido. Carlos Eduardo Mendes de Azevedo exemplifica, na seara dos contratos eletrônicos de consumo, com a tentativa de desfazimento pelo cliente bancário de uma operação financeira realizada pela Internet (*v. g.*, transferência de numerário, contratação de empréstimo), simplesmente por ter se arrependido do ato praticado, de modo a reverter eventuais prejuízos que possa ter sofrido com tais operações. Ou então, devolver bens que tenham sido confeccionados de acordo com especificações feitas pelo consumidor e, consequentemente, produzidos de forma manifestamente personalizada, sendo, portanto, muito difícil para o fornecedor o reaproveitamento do bem em questão.[48]

4.4 Rescisão

O Capítulo II, do Título dedicado aos contratos, é intitulado como "*da extinção do contrato*". Neste capítulo nenhum artigo se refere ao vocábulo *rescisão*. Fala-se de distrato, resilição, resolução, mas justamente o termo mais utilizado na prática contratual é alijado do Código Civil de 2002. Qual seria a razão?

Para Araken de Assis, a rescisão "constitui modalidade de abertura do negócio jurídico em razão de defeito anterior à contratação, como deflui do chamado vício oculto (art. 441, *caput*, do CC-02) ou do seu próprio objeto".[49] Esta anterioridade do vício – presente na evicção e no vício redibitório – seria capaz de delimitar a rescindibilidade do contrato da sua anulabilidade e da sua dissolução. A anulabilidade, como espécie de invalidade, seria uma sanção a um vício contemporâneo à contratação, enquanto resolução e resilição são causas extintivas do contrato válido por ineficácia superveniente. Daí a razão pela qual, ao contrário da rescisão, estes modelos jurídicos visitam os arts. 472 a 480 do Código Civil.

Com certa variação, Ruy Rosado de Aguiar Jr. enfatiza ter a rescisão "origem em defeito contemporâneo à formação do contrato. É causa de anulação no sistema do Código Civil (art. 157) e de nulidade na relação de consumo (art. 51, IV, do CDC)".[50]

---

equilibrando as relações de consumo. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais" (REsp 1340604/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., *DJe* 22.8.2013).

48. AZEVEDO, Carlos Eduardo Mendes de. O direito de arrependimento do consumidor nas contratações eletrônicas. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*, op. cit., p. 105.

49. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 86.

50. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 70.

Esta conclusão em muito se aproxima da de Orlando Gomes, quanto à reserva da rescisão para o desfazimento do contrato em virtude do estado de perigo e de lesão.[51]

Estes dissensos doutrinários, somados ao "descaso" do Código Civil com relação à rescisão, levam-nos a crer que, no plano teórico, rescisão e anulabilidade habitam o mesmo quadrante, o que, de qualquer forma, acaba por excluir a rescisão do plano da eficácia do negócio jurídico, para inseri-la como sanção a um contrato ofendido em seu sinalagma genético. Apesar de se ocuparem da tutela de situações patrimoniais no mesmo marco cronológico (nascimento do contrato), a rescisão é passível de apartação da anulabilidade, à medida que esta reflete uma reação do ordenamento a um vício subjetivo do negócio (erro, dolo, coação e fraude contra credores), enquanto aquela reflete um vício objetivo contratual que perturba a equivalência material dos contratantes. Assim o é no vício redibitório, (art. 441, CC), pela deficiência de qualidade do objeto; igualmente na evicção (art. 447, CC), por não proceder o direito do real titular e, finalmente, na lesão e no estado de perigo, como negócios jurídicos em que objetivamente se identifica uma extrema desproporção entre as prestações, com a especificidade de que na lesão (art. 157, CC) o contratante se submete ao negócio em função de uma necessidade econômica, enquanto no estado de perigo (art. 156, CC) a premência possui cunho existencial.

Mas a pergunta ainda está de pé: sendo viável a especificação da rescisão a determinados modelos jurídicos – mesmo com certo dissenso –, por que não lhe emprestou o legislador de 2002 o destaque merecido?

A resposta é encontrada em enriquecedor embate entre dois grandes pensadores do direito: Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva. Em suas observações ao até então Anteprojeto do Código Civil, o Professor Couto e Silva considerou a possibilidade de alteração da palavra *anulável* para *rescindível* nos artigos referentes ao estado de perigo e lesão, tal e qual ocorre no Código Civil da Itália (arts. 1.447 e 1.448), por um argumento de natureza substancial: não ser a rescisão conectada a um vício da vontade, mas à desproporção entre as prestações. Todavia, na qualidade de artífice da parte geral do Código Civil, o Ministro Moreira Alves optou por não introduzir em nosso direito essa distinção que surgiu na França, considerando, na linha da operabilidade, que, sendo assemelhados os efeitos da anulabilidade e da rescindibilidade – praticamente fundidos como espécies de invalidade –, não haveria razão para introduzir um modelo distinto cujo tratamento jurídico diferenciado não pudesse ser justificado.[52] Como bem pondera Humberto Theodoro Júnior, o Código Civil optou por englobar todos os casos de patologia negocial no campo único da anulabilidade, por entender que não há razões práticas e teóricas para justificar o tratamento dicotômico.[53]

51. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 223.

52. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 61-65.

53. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Aduz o autor que: "defende-se historicamente a rescindibilidade como algo diverso da anulabilidade, porque esta se ligaria aos vícios de

No estágio atual da arte, o Código Civil apenas se refere ao vocábulo *rescisão* em um único dispositivo, o art. 445: "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...". No vício redibitório o legislador utiliza o verbo *redibir* (art. 442, CC), cujo significado é idêntico ao da rescisão. Tanto a ação rescisória como a redibitória não se comprazem com a anulação do negócio por vícios subjetivos nem tampouco com a resolução, haja vista que a garantia contra a evicção e o vício redibitório não é ativada pelo inadimplemento; [a responsabilidade funda-se em vício do objeto, seja na legitimidade do direito transmitido ou em sua qualidade].

À luz do ordenamento vigente, definimos a rescisão como *a desconstituição do negócio jurídico por um vício objetivo anterior à celebração do negócio jurídico.*

4.5 Resolução

"Não tenho herdeiros, não possuo um só vintém,
eu vivi devendo a todos, mas não paguei a ninguém."

(Noel Rosa, *Fita amarela*)

A Resolução é a consequência de fato superveniente à celebração do contrato, com efeito extintivo sobre a relação bilateral. O seu fundamento é a necessidade de manutenção de equilíbrio das partes no contexto contratual. Sendo rompido o justo equilíbrio pelo inadimplemento absoluto, caberá ao credor adimplente (e, excepcionalmente, ao devedor) requerer judicialmente o desfazimento da obrigação, prestigiando-se a justiça comutativa.[54]

Estatui o art. 475 do Código Civil: "A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato. Se não preferir exigir-lhe cumprimento, cabendo em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

A faculdade resolutória pode ser objeto de cláusula resolutiva expressa. A *resolução convencional*, efetivada extrajudicialmente, amparada pelo art. 474 do Código Civil, já foi objeto de nosso estudo. Cuidaremos agora, à luz do realçado art. 475, da *resolução legal*, que autoriza a parte não inadimplente a pleitear judicialmente a resolução do contrato descumprido.

Aqui incide a cláusula resolutiva tácita (ou implícita). Descumprido o contrato bilateral, concede a lei ao interessado a legitimidade *ad causam* para iniciar o processo em face do parceiro faltoso, visando à resolução do contrato. Não cabe a

---

consentimento, enquanto aquela se voltaria para a repressão da justiça ou iniquidade. Não se detecta na lesão ou estado de perigo um vício de constituição do negócio jurídico como ato de vontade, mas na sua organização econômica. Atende-se mais à proteção dos critérios de justiça e equidade na prática negocial, que à liberdade de vontade. Embora esta, indiretamente, também se resguarde" (op. cit., p. 205).

54. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p 20.

atuação direta do contratante, pois o juiz apreciará a conduta da contraparte. Destarte, interpelada a parte com a fixação de prazo para o cumprimento da prestação que lhe compete (art. 474, CC) e escoado este, abre-se a via da resolução legal.[55]

O remédio resolutório é, portanto, fruto de um fato superveniente. O contrato nasce perfeitamente equilibrado – há o sinalagma genético ao tempo de sua formação –, mas um evento ulterior introduz um desequilíbrio que gera a perda da situação de equivalência originária. Cuida-se do *inadimplemento absoluto*, hipótese em que a prestação não foi cumprida nem poderá sê-lo. Três são as circunstâncias que conduzem a ele: (a) a prestação que não é mais capaz de realizar os interesses objetivos do credor (art. 475, CC); (b) a prestação que se tornou objetivamente impossível (arts. 234, 235, 238 e 256, CC); (c) a prestação que se tornou inexigível pela alteração superveniente das circunstâncias (art. 478, CC).[56]

A resolução se prende aos contratos bilaterais, em que surge uma interdependência entre as prestações, pois toda a dinâmica da relação pressupõe a reciprocidade entre a prestação de uma parte e a contraprestação de outra. A importância da resolução consiste na possibilidade de se corrigir o desequilíbrio superveniente, mediante o direito potestativo ao desfazimento da relação jurídica, com o retorno à situação originária.

4.5.1 Natureza da resolução

É lugar-comum conceituar a resolução como um fato extintivo da relação obrigacional edificada pelo inadimplemento do contrato bilateral.[57] Aliás, a própria topografia na qual é inserido o art. 475 do Código Civil localiza a resolução – com o distrato e a resilição unilateral – como espécie de extinção contratual (Seção II, Capítulo II, Título V – Dos Contratos em Geral).

Mas esse posicionamento pode ser contestado se conectarmos o fenômeno da resolução à visão sistêmica da relação obrigacional complexa, na qual se incluem, para além da obrigação principal, deveres secundários e anexos, além de direitos formativos e correspectivos estados de sujeição.

Clóvis do Couto e Silva aborda o direito à resolução decorrente do inadimplemento em hipótese na qual se entrega o bem, mas o comprador se recusa ao pagamento. Conclui o jurista: "Afirma-se que se trata, na hipótese, de direito formativo extintivo, mas a dificuldade de adoção dessa nomenclatura é a de que o ato que

55. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 157.

56. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 36.

57. Nesse sentido, aduz Maria Helena Diniz que a "resolução extingue o contrato retroativamente, visto que opera *ex tunc*, se o contrato for de execução única, apagando todas as consequências jurídicas produzidas, restituindo-se as prestações cumpridas, e *ex nunc*, se o contrato for de duração ou de execução continuada, caso em que não se restituirão as prestações já efetivadas, pois a resolução não terá efeito relativamente ao passado" (*Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, op. cit., p. 166).

extingue também forma direitos, bastando visualizar os efeitos do negócio jurídico pelo lado de quem o exerce."[58]

Com efeito, o exercício do direito formativo de resolução é também fonte geradora de relações jurídicas, pois a relação originária extinta será substituída por uma relação de liquidação, na qual o dever primário de prestação será convertido em deveres secundários de indenização ou restituição. Explica Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "Como a resolução não elimina senão a relação obrigacional afetada pelo incumprimento, o contrato que existiu continua existindo e serve de fundamento para a nova situação que se coloca de modo que a resolução é um momento, uma etapa no processo do contrato total, e determina o surgimento de nova fase, durante a qual serão acertados os pontos relativos à restituição e à indenização."[59]

Sendo a relação obrigacional orientada para o adimplemento como finalidade, a extinção da obrigação principal pela resolução não corresponderá à extinção do contrato como totalidade. As partes remanescem unidas até a adequada satisfação do interesse do credor, mesmo que mediante a indenização que substitua a prestação que se impossibilitou.[60]

Assim, ao se referir à resolução contratual, Karl Larenz enfatiza que podemos considerar como se não houvessem existido unicamente *as obrigações contratuais propriamente ditas em que se estabelece a prestação.*[61] Ao contrário, subsiste a indenização dos danos causados pela infração, por uma relação de liquidação que, de certo modo, representa a reversão da obrigação principal. Aliás, seria paradoxal afirmar que a resolução teria uma força retroativa a tal ponto de suprimir toda a eficácia do contrato, pois a obrigação de indenizar os danos por infração a um contrato necessariamente pressupõe que a obrigação infringida já existiu.

Destarte, sendo a resolução apenas um *iter* do processo obrigacional – e não a sua extinção –, podemos afirmar que ela apenas modifica e transforma a obrigação. As novas prestações surgidas depois da resolução decorrem do simultâneo exercício do direito formativo gerador e do direito formativo extintivo e que, "uma vez aceito pela sentença, cria o direto formado de restituir e de indenizar".[62]

O exercício do direito formativo de resolução gera efeito liberatório, pois o credor se exonera de efetuar sua prestação (caso ainda não a tenha cumprido) ou, tendo efetuado a sua prestação, acarreta a necessidade de recomposição da situação com a restituição e a reparação dos danos. A resolução possui índole preventiva, pois impede

58. SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 87.

59. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 48.

60. PONTES DE MIRANDA ensina que "às vezes o direito formativo extintivo junta-se ao direito formativo gerador ou modificativo; ou, ao efeito daquele, efeito gerador ou modificativo. Com a resolução, em virtude do exercício do direito formativo, surge a pretensão à restituição das prestações pagas" (*Tratado de direito privado*, v. V, op. cit., p. 37).

61. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 394.

62. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 49.

que a prestação do credor remanesça no patrimônio do devedor inadimplente, fato que ocorreria se aquele tivesse de se contentar apenas com a ação de cumprimento ou com a responsabilidade civil.

Nesse sentido se situa a Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça. "Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento". Como consequência lógica da eficácia restituitória nos casos de inadimplemento do comprador, é razoável que o vendedor imediatamente retenha parte das prestações recebidas como modo de reparação por danos, mormente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador. [63]

Eventualmente, não sendo possível aferir qual das partes primeiramente descumpriu o contrato e, sendo evidente que a relação obrigacional já não mais atende ao interesse de qualquer dos contratantes, por evidente respeito à funcionalização das obrigações, há de se admitir que a legitimidade ativa para o pleito resolutório seja franqueada a qualquer das partes, atenuando-se o rigor do art. 475 do Código Civil. O ordenamento jurídico não pode permitir que as obrigações sejam as amarras que aprisionem permanentemente o ser humano.[64]

63. STJ. Informativo nº 0518. Período: 15 de maio de 2013. Terceira Turma: "DIREITO CIVIL. DESNECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO DO PROMITENTE COMPRADOR, EM AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA, PARA RESTITUIÇÃO DO PREÇO PAGO. O juiz, ao decretar a resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, deve determinar ao promitente vendedor a restituição das parcelas do preço pagas pelo promitente comprador, ainda que não tenha havido pedido expresso nesse sentido. A resolução, própria dos contratos bilaterais, consiste basicamente na extinção do contrato pelo inadimplemento definitivo do devedor, constituindo direito formativo extintivo, pois ocasiona, com o seu exercício, a desconstituição da relação obrigacional e a liberação do credor e do devedor de suas obrigações (eficácia liberatória). Além disso, resulta também da resolução do contrato uma nova relação obrigacional, a relação de liquidação, na qual serão tratados os direitos do credor e do devedor à restituição das prestações já efetivadas e o direito do credor à indenização por perdas e danos. A eficácia restitutória constitui, portanto, consequência natural e indissociável da resolução do contrato. Assim, na ação de resolução de contrato de compra e venda, não há necessidade de o devedor, na contestação ou em reconvenção, requerer a devolução das prestações entregues ao credor, a qual pode e deve ser determinada de ofício pelo juiz como decorrência lógica da decretação de resolução do contrato. Importante ressaltar, ainda, que o credor, da mesma forma e em decorrência do mesmo pedido de resolução, também possui o direito de receber eventuais prestações entregues ao devedor" (REsp 1.286.144-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 7.3.2013).

64. STJ – Informativo nº 0486. Período: 24 de outubro a 4 de novembro de 2011. Terceira Turma: "CONTRATO. DISSOLUÇÃO ANTECIPADA. *JOINT VENTURE*. *In casu*, cuidou-se originariamente de ação de dissolução de sociedade e contrato de parceria, para pôr fim a contrato de *joint venture* por intermédio do qual as partes criaram sociedade empresarial. O juízo singular indeferiu o pedido de antecipação de tutela que buscava a imediata dissolução da empresa. Já o tribunal *a quo* antecipou os efeitos da tutela e determinou a sua dissolução. Portanto, a *quaestio juris* está em saber se é possível antecipar os efeitos da tutela e determinar a dissolução de empresa constituída a partir de contrato de *joint venture*. Nesse panorama, destacou a Min. Relatora que é facultado à parte lesada pelo inadimplemento contratual pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos

4.5.2 A impossibilidade superveniente da prestação

A primeira conjuntura que impele a obrigação ao inadimplemento é a impossibilidade superveniente. Há impossibilidade da prestação quando esta não for realizável em razão de barreiras de ordem física ou jurídica, seja por ter perecido, seja por exigir esforços extraordinários, injustificáveis em face das circunstâncias do vínculo concreto. Esta impossibilidade poderá preceder a constituição do vínculo, quando será tida como originária ou genética, ou será posterior a ele, sendo então denominada *superveniente*. A impossibilidade originária conduz à invalidade do negócio jurídico (art. 166, II, CC), sendo, pois, tratada na parte geral do direito civil. A seu turno, a impossibilidade superveniente configura hipótese de inadimplemento.[65]

A impossibilidade superveniente é referida no Título I, do Livro I, da Parte Especial, dedicado às modalidades de obrigações. Duas possibilidades se abrem:

1) nas relações obrigacionais decorrentes de contrato, cuidando-se de impossibilidade imputável ao devedor, poderá o credor pleitear a sua resolução, com restituição dos valores por ele prestados, acrescido de perdas e danos. Ou então, sendo possível, deliberar pela conservação do negócio jurídico, mantendo a sua prestação. Exemplificativamente, A permuta o seu veículo com B. A entrega o seu veículo a B 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. De acordo com o art. 234 do Código Civil, poderá optar A pela execução do contrato, mantendo a sua prestação (a transferência do automóvel) e exigindo de B o valor equivalente ao veículo destruído, acrescido de perdas e danos. Alternativamente, optando pela resolução, pleiteará a restituição do automóvel, além das perdas e danos;

(art. 475 do CC). Entretanto, ressaltou que a exegese da norma não pode ser isolada, mas deve ser feita de forma sistemática, à luz dos demais preceitos e princípios consagrados pelo Codex Civil, em que devem ser sopesadas todas as regras de conduta aplicáveis à relação contratual, a fim de eleger a solução que melhor conciliar os diversos direitos envolvidos e trouxer menor prejuízo às partes. Dessa forma, consignou que, no caso, diante da indefinição quanto à parte que primeiro teria inadimplido o contrato, bem como em face dos riscos decorrentes da perpetuação do vínculo contratual, torna-se razoável mitigar parcialmente os efeitos do art. 475 do CC, rescindindo o contrato e deixando que eventuais prejuízos sejam compensados mediante indenização. Ademais, frisou que o pleno exercício da liberdade de contratar pressupõe um acordo que cumpra determinada função econômica e social, sem a qual não se pode falar em legítima manifestação de vontade. Assim, na espécie, não se mostra razoável impor a uma das partes a obrigação de se manter subordinada ao contrato se ele não cumprir nenhuma função social e/ou econômica. Pois, embora o comportamento exigido dos contratantes deva pautar-se pela boa-fé contratual, tal diretriz não obriga as partes a manter-se vinculadas contratualmente *ad aeternum*, mas indica que as controvérsias nas quais o direito ao rompimento contratual tenha sido exercido de forma desmotivada, imoderada ou anormal resolvem-se, se for o caso, em perdas e danos. Dessarte, concluiu que a rescisão do acordo de *joint venture* é a medida que melhor harmoniza os interesses de todas as partes direta ou indiretamente envolvidas no contrato, contemplando a sua função social e o princípio da boa-fé objetiva, bem como a melhor forma de os arts. 474 e 475 do CC incidirem na espécie. Com essas considerações, a Turma negou provimento ao recurso" (REsp 1.250.596-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3.11.2011).

65. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 36.

2) sendo inimputável ao devedor, a impossibilidade superveniente o libera, pondo termo ao vínculo. Perseverando no exemplo, na véspera da entrega do automóvel de B para A, B sofre um assalto, sendo o automóvel encontrado tempos depois, completamente sucateado. Neste caso, a relação obrigacional está automaticamente extinta, com restituição do veículo de A (entregue com antecedência), sem perdas e danos. Se houver sentença obrigando o contratante a restituir o que recebeu, terá natureza declaratória, retroagindo a eficácia da resolução à data do fato em que se deu o fortuito ou a força maior.[66]

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. Bem esclarece Jorge Cesa Ferreira da Silva que nas relações de consumo, a resposta será distinta, só havendo liberação do fornecedor de produtos e serviços pela impossibilidade absoluta, afinal, "vigorando o fato objetivo de imputação (responsabilidade contratual sem culpa), o devedor (fornecedor) não estará liberado em razão de sua impossibilidade particular, ocorrendo, pois, uma distinção de regimes".[67]

Então, vê-se relevante distinção em termos de impossibilidade superveniente. Resultando de ato imputável ao devedor, não há extinção *ex vi legis* da relação obrigacional, pois o credor pode conservar o contrato e promover a execução pelo equivalente (ou em espécie se a coisa se impossibilitou) ou, então, optar pelo exercício do direito formativo de resolução. Nos dois casos – manutenção ou extinção do contrato –, será lícito cumular a pretensão com pedido de perdas e danos (respectivamente, arts. 389 e 475, CC). Diferentes serão os efeitos da impossibilidade superveniente inimputável. Libera-se o devedor não culpado, desonerado de reparar os prejuízos, pois não há mora de sua parte, razão pela qual não cabe ao credor o direito de invocar o art. 475 do Código Civil para resolver a relação e pleitear a indenização. O direito formativo de resolver não surgirá nesta hipótese, pois a lei incide diretamente sobre o fato, resolvendo a obrigação. A obrigação se extingue *ipso iure* (art. 234, CC), independentemente de fato constitutivo, ficando sem eficácia a relação obrigacional válida.[68]

66. STJ. Informativo nº 507, de 18 a 31 de outubro de 2012. Terceira Turma: "DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM DECLARADO TERRITÓRIO INDÍGENA ANTES DO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO A CARGO DO VENDEDOR. Resolve-se, por motivo de força maior, o contrato de promessa de compra e venda sobre o qual pendia como ônus do vendedor a comprovação do trânsito em julgado de ação de usucapião, na hipótese em que o imóvel objeto do contrato foi declarado território indígena por decreto governamental publicado após a celebração do referido contrato. Sobrevindo a inalienabilidade antes do implemento da condição a cargo do vendedor, não há falar em celebração do contrato principal de compra e venda, não se caracterizando como contrato diferido, nem incidindo a teoria da imprevisão. Trata-se de não perfazimento de contrato por desaparecimento da aptidão do bem a ser alienado (art. 248 do CC)" (REsp 1.288.033-MA, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16.10.2012).

67. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 38.

68. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção do contrato por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 102.

Na origem, basicamente se saberá se o fato que impossibilitou o cumprimento é ou não imputável ao devedor, de acordo com a constatação, no caso concreto, dos fenômenos de caso fortuito ou força maior. De acordo com Hamid Charaf Bdine, a característica mais importante destas excludentes é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas. Os requisitos para a configuração de caso fortuito ou força maior são os seguintes: o fato deve ser necessário e não determinado por culpa do devedor; o fato deve ser superveniente e inevitável; o fato deve ser irresistível, fora do alcance humano.[69]

Todavia, o art. 393 do Código Civil ressalva a eficácia de cláusula convencional de assunção de responsabilidade pelo inadimplemento, atraindo a obrigação de indenizar pelo devedor, em hipóteses de incumprimento derivadas de eventos externos e inevitáveis. Quer dizer, apesar de afastada a relação de causalidade entre o comportamento do devedor e a impossibilidade da obrigação, contratualmente assume ele a obrigação de aceitar o regime jurídico da impossibilidade imputável, com as consequências acima expostas.

Em acréscimo, surge a hipótese em que o devedor já estava em mora no cumprimento da obrigação, ao tempo em que se impossibilitou a prestação. De acordo com o art. 399 do Código Civil, o fato de a impossibilidade resultar do caso fortuito ou da força maior em nada beneficia o devedor, assumindo ele a obrigação de indenizar perdas e danos. O dispositivo consagra a perpetuação da obrigação, com a transferência dos riscos para o devedor pelo fato de não ter prestado em tempo oportuno. Assim, natural e justo que tenha de reparar os danos causados pela sua mora.

4.5.3 A extinção dos interesses objetivos do credor

No item anterior analisamos a impossibilidade superveniente como fator determinante para o inadimplemento. Verificando-se o fato sem culpa do devedor, extingue-se a relação jurídica de pleno direito. Todavia, sendo o fato imputável ao devedor, a impossibilidade total faculta ao credor a opção entre a preservação do contrato, promovendo a execução pelo equivalente, e a resolução contratual, nos dois casos com acréscimo de perdas e danos (arts. 389 e 475, CC).

Mas a conjectura que ordinariamente remete a uma associação entre inadimplemento absoluto e resolução contratual concerne ao desaparecimento do interesse do credor na prestação, quando não realizada no prazo ajustado. Nesta hipótese, a imbricação entre resolução e inadimplemento é restrita à categoria dos contratos. Em contrapartida, a impossibilidade superveniente detém espectro mais elástico, tratando-se de espécie de inadimplemento absoluto decorrente de obrigações contratuais e extracontratuais (*v. g.*, dano decorrente de ato ilícito), mas que só será passível de resolução se a obrigação decorrer de contrato, caso contrário, sobeja unicamente a indenização.

69. BDINE JR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, op. cit., p. 412.

Pela íntima conexão entre resolução e contrato é que não se cogitará do remédio resolutório em sede de responsabilidade pré-contratual. Os contratos se submetem a intricado processo genético, como explica Araken de Assis. O descumprimento de deveres inerentes ao tráfego durante estas difíceis etapas gera pretensão a perdas e danos, responsabilizando o parceiro que frustra, sem justa causa, as negociações em andamento. Ele pagará um preço pela confiança iludida, "mas não haverá resolução por um motivo trivial: não há (ainda) contrato para desfazer ou dissolver".[70]

A resolução como modo extintivo de obrigações contratuais tem como cerne o art. 475 do Código Civil. Cabe à parte lesada julgar se o inadimplemento gerou a inutilidade da prestação ou se, não obstante o descumprimento, ela ainda lhe é interessante.

Se o devedor negligencia o cumprimento da prestação no tempo, local ou modo convencionados, mas ainda for a mesma objetivamente viável segundo os interesses do credor, a hipótese não será de inadimplemento absoluto, mas de mora (arts. 394 a 401, CC), o que justifica a insistência na obrigação primitiva, passível de execução em espécie. Contudo, se em decorrência do descumprimento afere-se a extinção objetiva do interesse do credor na prestação, prevalecerá o inadimplemento absoluto, oportunizando-se ao credor a demanda resolutória (art. 395, parágrafo único, CC) ou a manutenção do contrato, adimplindo a sua prestação e exigindo do devedor o substitutivo patrimonial da prestação que se inutilizou.

Dois requisitos se apresentam para o exercício do direito à resolução contratual: (a) *objetivo* – existência de contrato bilateral válido; (b) *subjetivo* – opção do credor pela via resolutiva ao invés da ação de cumprimento.

a) A resolução se situa no capítulo da extinção dos contratos, que omite qualquer conexão entre aquela e os contratos bilaterais. Só há norma expressa exigindo a bilateralidade em sede de exceção de contrato não cumprido (art. 476, CC). Mas não há necessidade de norma expressa para que se entenda a natural atração entre a resolução e os contratos bilaterais (ou sinalagmáticos), não só para nascerem obrigações para ambas as partes, como estas obrigações se encontrarem unidas entre si por um vínculo de reciprocidade ou interdependência. Este vínculo acompanha as obrigações contratuais desde o nascimento (sinalagma genético) e se espraia no regime da relação contratual durante todo o período de execução do negócio e em todas as vicissitudes registradas ao longo da existência das obrigações (sinalagma funcional).[71]

A resolução contratual e a *exceptio non adimpleti* se justificam como respostas do ordenamento jurídico a uma quebra do paralelismo das obrigações no transcurso

70. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 18.
71. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. I, op. cit., p. 398.

da vida do contrato. Nos contratos unilaterais surgem obrigações apenas para uma das partes. Não há sinalagma e, via de consequência, inexiste resolução.

Lateralmente aos contratos sinalagmáticos ou bilaterais por natureza, cogita-se dos *contratos bilaterais imperfeitos*. Cabem nesta categoria, segundo Mário Júlio de Almeida Costa, os contratos que por sua natureza não originam necessariamente obrigações para ambas as partes, muito embora isso possa vir a acontecer depois da respectiva constituição. Ilustrativamente, o mandato gratuito só produz obrigações para o mandatário, mas eventualmente surgirá obrigação para o mandante de reembolsar o mandatário por despesas relacionadas ao exercício do contrato; ainda se inserem nesta categoria híbrida os contratos em que as obrigações das partes não se ligam por qualquer sinalagma, tal como a do comodante de proporcionar ao comodatário a fruição do bem e a deste, restituí-lo ao final do contrato.[72] Pelo fato de estas obrigações carecerem do nexo causal e da reciprocidade, não se afeiçoam ao regime dos contratos bilaterais por essência e, por conseguinte, serão desconsideradas para fins de resolução.

b) O art. 475 do Código Civil aparentemente reserva caráter facultativo ao remédio: "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". O verbo *pode* corresponde a uma faculdade do contratante fiel entre opções alternativas: poderá desconstituir a relação contratual através da ação resolutória ou postular o substitutivo pecuniário à prestação que se tornou desinteressante. A resolução é um direito formativo extintivo, não uma obrigação. Em qualquer dos casos, caberá a cumulação com perdas e danos se a falta de cumprimento for imputável ao devedor.[73]

Em princípio, abstratamente não haveria hierarquia entre as opções, prevalecendo a discricionariedade da parte lesada de acordo com os seus interesses. A demanda de cumprimento representa o exercício da pretensão à prestação, através da qual o contratante lesado reclama-a pelo equivalente pecuniário, que terá natureza condenatória ou executiva.[74]

Nesta "alternatividade" legislativa a execução em espécie merece olhar criterioso. Deferida ao parceiro inocente a opção de escolha, entende-se não se tratar de hipótese de impossibilidade absoluta, mas de mora, pois a obrigação originária ainda é realizável. Ao deliberar pela tutela específica, admite o credor a preservação de seu interesse objetivo na prestação. Neste caso, elegendo a demanda de cumprimento

72. ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 326.

73. A mesma alternatividade entre a faculdade resolutória e a tutela específica da obrigação surge no § 5º, do art. 895 do CPC/15: *O inadimplemento autoriza o exequente a pedir a resolução da arrematação ou promover, em face do arrematante, a execução do valor devido, devendo ambos os pedidos ser formulados nos autos da execução em que se deu a arrematação.*

74. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 35.

como meio adequado para a sua conveniência, terá também de oferecer a sua prestação. Porém, se a prestação não foi cumprida nem poderá sê-lo na convicção do credor, incidirá o inadimplemento absoluto, restando a resolução como única escolha factível.

Todavia, não se tratando a resolução de matéria de ordem pública, poderão as partes expressamente estipular a renúncia prévia à eventual demanda de cumprimento da prestação ou à faculdade de dissolução do contrato, elidindo convencionalmente a alternatividade do art. 475 do Código Civil. Em um olhar mais cuidadoso, o credor poderá discutir judicialmente a eficácia desta cláusula em situações como a que se exclui contratualmente a via restituitória da resolução, tendo a parte inocente de perseguir o cumprimento da prestação, o que muitas vezes irá colocá-la em posição de desvantagem se da condição econômica do devedor inadimplente saltar aos olhos que a tutela específica não será exitosa, quando ao credor seria bem mais interessante simplesmente resolver o contrato.

Tratando-se de renúncia antecipada ao direito resultante da natureza dos contratos bilaterais, será considerada nula esta cláusula em contratos de adesão interprivados (art. 424, CC). Evidentemente, receberá esta cláusula a pecha de abusiva e a sanção da nulidade, caso inserida em relação consumerista (art. 51, I, Lei nº 8.078/90).

Caso a parte adimplente propugne pela tutela específica, poderá se servir do art. 497 do CPC/15 para insistir no cumprimento de contratos consubstanciados em obrigações de fazer e não fazer, bem como da letra "a" do mesmo artigo para a determinação das obrigações de dar coisa certa ou coisa incerta. Nas obrigações em dinheiro, as medidas poderão variar desde o cumprimento da sentença ou da execução extrajudicial, passando pela ação monitória (art. 700, CPC/15) e pela ação de cobrança, de acordo com a natureza do título que detém o credor.

É possível a cumulação das pretensões de cumprimento e de resolução, seja na mesma demanda, de forma subsidiária, ou *a posteriori*? A questão fere o chamado *jus variandi* e se radica nas consequências da escolha realizada pelo credor.[75]

O Código Civil de 2002 não oferece soluções. Se o credor propõe ação de cumprimento do contrato, não poderá exercitar o *jus variandi* caso o devedor tenha se oferecido ao cumprimento. Havendo o pedido subsidiário de resolução do contrato, na hipótese de improcedência da tutela específica – pela inviabilidade de cumprimento –, caberá a sentença desconstitutiva de resolução.

Quando a tutela específica se afigure inútil, ainda no curso do processo, com o surgimento do fato novo do inadimplemento absoluto de forma superveniente, poderá

75. Arruda Alvim aduz que "o instituto permissivo de reunião de mais de um pedido num só processo é inspirado na economia processual, pois, com menos trabalho, resolve-se mais de um assunto; além disto, inspira-se no princípio dispositivo, dado que, diante da permissão legal, o autor tem a liberdade de cumular ou não esses pedidos" (*Manual de direito processual*, v. 1, op. cit., p. 441).

o credor, mediante pedido ao juiz, mudar, no curso do processo, para a pretensão resolutória. Aliás, mesmo após o julgamento da demanda de cumprimento e o seu trânsito em julgado, caberá a opção pela dissolução contratual, subsistindo o estado de descumprimento e a impossibilidade de o devedor realizar a prestação.[76]

O inverso é factível. Ou seja, poderá o autor cumular o pedido principal de resolução com o pleito subsidiário de cumprimento, de forma a se resguardar de uma eventual decisão denegatória da pretensão resolutória ao fundamento do adimplemento substancial (inadimplemento de escassa importância) ou por entender o magistrado ainda ser objetivamente viável o cumprimento não obstante a mora, incompatível com a perda do interesse do credor na prestação.

Por conseguinte, após o trânsito em julgado da decisão que resolveu o contrato, vedado resta o acesso à tutela específica, porquanto desfeita a obrigação. Da mesma forma que não se faculta ao credor pretender a resolução após o cumprimento da prestação pelo devedor, mostra-se despropositada a execução específica de uma obrigação que já feneceu

Com efeito, todo o raciocínio aplicado nos tópicos anteriores denota que a tutela específica do direito material encontra acentuada prioridade dentro do direito brasileiro. Daí a razão pela qual o art. 499 do CPC/15 diz que "A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente". A norma é incisiva: a prestação de tutela pelo equivalente monetário há de ser a última solução de tutela jurisdicional do direito a ser oferecida ao demandante, devendo apenas ser prestada se impossível se tornar a tutela específica. Para MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, o credor não possui o direito potestativo de livremente optar entre o adimplemento pela tutela específica e o equivalente pecuniário, na verdade o devedor tem o direito de cumprir a prestação tal como contratada, vedada a possibilidade do credor optar por dinheiro no lugar da prestação. [77]

A tese dos renomados processualistas é sedutora, pois, na linha da obrigação como processo, cuja finalidade natural é o adimplemento, o processo deverá ser direcionado a estancar a crise do inadimplemento. De fato, a tutela específica é a resposta processual ao fenômeno patológico do descumprimento da obrigação e apenas se, baldados todos os esforços para o cumprimento pela forma específica, fracassar a obtenção do bem da vida, entrará em cena a pretensão ao equivalente monetário, conforme sintetiza o art. 499 do CPC/15.

---

76. Ao tratar do contrato de constituição de renda, é o art. 810 do Código Civil explícito quanto a esta possibilidade: "se o rendeiro, ou censuário, deixar de cumprir a obrigação estipulada, poderá o credor da renda acioná-lo, tanto para que lhe pague as prestações atrasadas como para que lhe dê garantias das futuras, sob pena de rescisão do contrato".

77. MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, ARENHART, Sérgio Cruz. Código de Processo Civil Comentado, p. 510. Prosseguem os doutrinadores, afirmando que haveria "novação objetiva unilateral caso o credor pudesse pedir tutela pelo equivalente em dinheiro diante do nao cumprimento da obrigação contratual. Ele teria o poder de transformar a obrigação pactuada, o que violaria o sistema das obrigações e o princípio da autonomia da vontade"

Ceará

Contudo, devemos considerar o fato de o autor da demanda titularizar um direito fundamental ao crédito. Na linha da instrumentalidade, o processo civil deve tutelar este direito com efetividade, concedendo ao credor os mais variados meios para a satisfação de sua situação jurídica patrimonial. Exigir que em todos os casos o credor tenha que colocar a tutela específica como pré-requisito para alcançar a tutela genérica das perdas e danos seria uma intromissão não razoável sobre o exercício desse direito fundamental, sobremaneira após a constatação do inadimplemento no mundo dos fatos. Assim, cremos que a interpretação da norma do art. 499 do CPC/15, em termos de adequação, será no sentido de estabelecer uma lógica preferência normativa pela resolução, cabendo ao credor, em cada caso concreto, o ônus argumentativo de demonstrar que a especificidade daquela relação obrigacional demanda uma imediata solução pela via da tutela ressarcitória.

Em outros termos, a leitura do art. 475 do Código Civil pela lente processual, aprioristicamente demonstra que o *jus variandi* jamais denotará o exercício abusivo de uma posição jurídica de uma parte a outra. A opção entre a tutela específica e a extinção do contrato termina no instante em que traduza grave lesão à contraparte. Pode-se cogitar da preclusão lógica, que, segundo Alexandre Freitas Câmara, ocorre quando a perda da posição processual decorre do fato de se ter praticado anteriormente algum ato que com ela seja incompatível.[78]

A preclusão lógica é uma emanação processual do *venire contra factum proprium*, afinal a boa-fé objetiva se irradia por todo o sistema jurídico e não apenas pelo direito privado. O processo civil contemporâneo também é regido pelos princípios da boa-fé objetiva processual e colaboração. De acordo com o art. 5º do CPC/15, "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé". Em complemento, preceitua o art. 6º: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". A boa-fé do Código Civil pressupõe os interesses convergentes das partes no sentido do cumprimento, pela exata forma com que se estabeleceu o "projeto obrigacional". Enquanto o credor almeja a satisfação da prestação, o devedor aspira recobrar a liberdade que cedeu ao se vincular. No processo civil, todavia, os interesses das partes são divergentes, eis que já se manifestou a crise do inadimplemento. Assim, não há uma finalidade comum que irmane os litigantes, pois a sentença e a execução apenas prestigiarão uma das partes.

O eventual abuso do direito do credor ao diretamente optar pela tutela genérica em detrimento da tutela específica (art. 187, CC) será aferido na singularidade de cada caso, cabendo a doutrina construir parâmetros objetivos que legitimem o exercício do poder resolutório e, outros que prestigiem a insistência na prestação sem que isto onere sobremaneira o devedor.

78. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de processo civil*, v. 1. O autor exemplifica a preclusão lógica, lembrando que "aquele que, condenado a realizar determinada prestação, cumpre voluntariamente a sentença perde o poder de recorrer contra a mesma" (op. cit., p. 523).

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".[79]

4.5.3.1 Inexecução voluntária

Na resolução por causa imputável ao devedor, o ressarcimento compreenderá os interesses positivos e os interesses negativos. Há uma clássica distinção entre as duas categorias. Explica Fernando Pessoa Jorge que os prejuízos positivos são os que derivam do não cumprimento do contrato (ou melhor, das obrigações contratuais); os prejuízos negativos (ou interesse contratual negativo) são os que derivam de se ter celebrado um contrato inválido ou que veio retroativamente a perder eficácia. A indenização dos primeiros tende a colocar o lesado na situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido; a indenização dos segundos visa colocar o lesado na situação que teria se o contrato não tivesse sido celebrado.[80]

Esclarece Larenz que o interesse negativo é o "dano à confiança", pois o credor foi lesado em sua confiança na celebração do contrato, realizando despesas e abrindo mão de outras oportunidades negociais. Essa indenização tem o condão de colocá-lo na situação em que estaria se não houvesse confiado na eficácia do contrato. Já o interesse positivo é o do cumprimento, pois corresponde ao acréscimo patrimonial que o credor teria se o contrato fosse objeto de adimplemento.[81]

No Código Civil (art. 402), a amplitude da expressão "perdas e danos" abrange, além do que efetivamente se perdeu, o que razoavelmente se deixou de lucrar, nesta parcela também compreendido o ganho que não se teve em razão do incumprimento e da resolução. Nessas amplas disposições estão inseridas as vantagens que o credor não inadimplente auferiria com o recebimento da prestação. Com Pontes de Miranda, "o valor que há de cobrir os danos tem de ser o do adimplemento".[82]

A solução preconizada na legislação e na doutrina brasileira é justificável. Se o credor ficasse limitado a auferir o interesse positivo quando pretendesse resolver o contrato, a única chance de ser colocado na situação em que estaria se o contrato fosse pontualmente cumprido (interesse positivo) seria se deliberasse por cumprir a sua prestação, exigindo a indenização integral.

79. Não é outra a conclusão extraída do art. 392 do CC: "Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite e, por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei".
80. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, op. cit., p. 380.
81. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 195.
82. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 38, op. cit., p. 340.

Assim, cremos que é possível alcançar um balanceamento ou ponderação entre os interesses conflituosos do credor e do devedor. O credor inocente tem interesse em alcançar a vantagem patrimonial que lhe traria o cumprimento pela via da indenização. Esse interesse poderá ser realizado de duas formas: Se o credor está interessado em realizar a sua contraprestação, alcançará a expressão pecuniária de seu interesse no cumprimento através de uma indenização de todos os danos decorrentes da falha na execução do programa contratual ("grande indenização"); se, porém, o credor não está interessado em realizar a sua contraprestação, tendo, p. ex., resolvido o contrato, alcançará a expressão pecuniária do seu interesse no cumprimento através de uma indenização deduzida do valor da contraprestação ("pequena indenização").[83]

4.5.3.2 Inexecução involuntária

A resolução contratual por perda do interesse do credor se aparta da resolução pela impossibilidade do cumprimento, não apenas por seu fundamento (pois aqui a prestação ainda é possível, porém inútil ao credor), como também pelo seu regime jurídico. Vimos que na impossibilidade superveniente há distinção entre a impossibilidade imputável e a inimputável ao credor. Naquela, surge o direito potestativo à resolução; nesta, a resolução se dá de pleno direito, desnecessário o art. 475 do Código Civil.

Já nas hipóteses de perda de interesse do credor, seja por mora do devedor ou violação positiva do contrato, a faculdade legal de resolução se aperfeiçoará, independente de o descumprimento ter sido imputável ou não ao devedor.

O art. 475 do Código Civil é claro no particular. Quando o fato que deu ensejo à inutilização do interesse do credor for imputável ao devedor, optará entre a resolução e a conservação do negócio jurídico – mantendo a sua prestação e postulando pelo equivalente pecuniário à prestação que se inutilizou. Em qualquer dos casos, acrescerá ao pedido principal a indenização por perdas e danos.

Todavia, tratando-se de inexecução involuntária, autoriza-se a resolução sem culpa (ou a manutenção da obrigação originária), sem a possibilidade de se exigir ressarcimento por perdas e danos, regra esta que, apesar de excepcional, é válida para o inadimplemento das obrigações em geral (art. 392, CC).

4.5.4 A violação positiva do contrato

O princípio e a cláusula geral da boa-fé objetiva, aplicável a todo o direito obrigacional – e não apenas a negócios jurídicos bilaterais –, amplia o conteúdo da relação contratual. Para além das obrigações emanadas da autonomia privada (dar, fazer e não fazer), surgem os deveres anexos ou instrumentais, indiretamente tratados

83. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*, op. cit., p. 104.

nos arts. 187 e 422, CC). Os deveres de proteção, informação e cooperação são inseridos em toda obrigação, lateralmente à obrigação principal, por uma exigência ética do ordenamento jurídico, calcada na concepção da obrigação como processo e, portanto, vocacionada ao adimplemento, com resguardo das situações patrimoniais e existenciais dos parceiros contratuais.

Com base na abstração e na generalidade do princípio da boa-fé, alarga-se o conceito de adimplemento. Adimplir significará atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, abarcando tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita, como àqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento do processo obrigacional. O descumprimento dos deveres anexos provocará inadimplemento, com o nascimento da pretensão reparatória ou o direito potestativo à resolução do vínculo.

Em breves linhas, quer-se dizer que o poder resolutório do credor será submetido a um exame de merecimento, de acordo com uma ponderada tensão entre o direito fundamental do credor à prestação e a real medida do descumprimento da obrigação principal, bem como dos deveres anexos.

A lesão aos deveres genéricos de proteção, informação e cooperação repercute na chamada *violação positiva do contrato*. Cuida-se de uma terceira modalidade de inadimplemento das obrigações. Menezes Cordeiro explica que a expressão "perturbação das prestações" é uma fórmula doutrinária conhecida pelos obrigacionistas, em que ficariam abrangidas as hipóteses de incumprimento definitivo, mora e cumprimento defeituoso. Trata-se de "espaço cômodo para abranger diversas eventualidades que impliquem a falta (no todo ou em parte) de cumprimento".[84-85]

Nota-se que a noção de obrigação se amplia. O seu conteúdo é reconduzido a deveres que serão determinados na concretude de cada situação. Enquanto o inadimplemento absoluto e a mora concernem ao cumprimento do dever de prestação, a violação positiva do contrato aplica-se a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal – mais precisamente, o inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos.

Em abastada monografia sobre o tema, Jorge Cesa Ferreira da Silva culmina por concluir que "a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação".[86]

A correta hermenêutica da função integrativa da boa-fé objetiva remete à aceitação da violação positiva do contrato pela janela da cláusula geral do art. 422 do Código Civil. Com tal propósito, editou-se o Enunciado nº 24, do Conselho de

84. MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da modernização do direito civil* – aspectos gerais, op. cit., p. 101.

85. O § 241, do BGB alemão, em sua versão antiga, proclamava que, "por força da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir uma prestação ao devedor. A prestação pode também consistir numa omissão". Na reforma do BGB, de 2001, este preceito não foi alterado, mas a ele foi aditado o nº 1, que dispõe: "a relação obrigacional pode obrigar, conforme o seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra".

86. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 266.

Justiça Federal: "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".

Especificamente no que concerne à resolução contratual, temos de perquirir dois modelos jurídicos afetados pela boa-fé objetiva: o adimplemento substancial e o adimplemento antecipado.

4.5.5 *O adimplemento substancial*

A doutrina do abuso do direito demonstra que o exercício de uma determinada situação jurídica pode manifestar motivação ilegítima e ofensiva à função para a qual ela fora concedida pelo ordenamento (art. 187, CC). Eventualmente haverá um claro despropósito entre o exercício de um direito e os efeitos dele derivados. Desequilíbrio que se torna patente pela própria desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a outrem.

Esta ação claramente iníqua e desmesurada é plasmada no brocardo *inciviliter agere*, que significa exatamente a conduta de quem não leva em consideração o civil cidadão. Transportando para os tempos atuais, evidencia-se ofensa direta ao princípio da solidariedade (art. 3º, I, CF), que deve plasmar as relações intersubjetivas.

Hipótese recorrente desse desleal exercício de direitos é aferida na figura do adimplemento substancial do contrato. Aqui é possível impedir o exercício do direito potestativo de resolução por parte do credor em face de um mínimo descumprimento da obrigação. O desfazimento do contrato acarretaria sacrifício desproporcional comparativamente à sua manutenção, sendo coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção das prestações inadimplidas. Como bem adverte Araken de Assis, o juiz apreciará a existência do inadimplemento e a sua gravidade, sendo natural que em alguns casos repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos previstos no contrato.[87] Destarte, em tais situações de lesão ao princípio da boa-fé objetiva, é possível se atender ao pedido subsidiário de cumprimento, evitando o sacrifício excessivo do devedor em face do pequeno vulto do débito.

Refere-se Clóvis do Couto e Silva à substancial *performance*, ou seja, um adimplemento tão próximo ao resultado final que, tendo em vista a conduta das partes, se exclui o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização.[88] Aqui percebemos, com todas as luzes, como a relação obrigacional é complexa, sendo informada não exclusivamente pela autonomia privada, mas pelos influxos da boa-fé como parâmetro limitador do direito estrito.

87. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 117.
88. COUTO E SILVA, Clóvis do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, op. cit., p. 45.

Pois bem, em contratos como a promessa de compra e venda e a alienação fiduciária não são raras as situações em que o contratante praticamente liquida o débito, porém, ao final do negócio jurídico, sucumbe diante de pequena parcela do contrato. Em tese, o credor poderá ajuizar ação de reintegração de posse ou busca e apreensão e reaver o bem imóvel ou móvel, como consequência do surgimento da pretensão ao crédito, decorrente da lesão ao direito patrimonial. Nada obstante, a perda do bem necessário (apartamento, automóvel) é um sacrifício excessivo ao devedor, em face do pequeno vulto do débito. Na linha do princípio constitucional da proporcionalidade, o desfazimento do contrato pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes, comparativamente à opção de manutenção do contrato. Na falta de uma pequena parcela para o alcance do adimplemento, é coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção da prestação faltante (*v. g.*, ação de execução ou monitória), e não a pura e simples resolução contratual. Daí a abusividade do exercício do direito resolutório, concedendo-se ao credor a possibilidade de ajuizar a ação necessária ao recebimento do crédito.[89]

Enfim, podemos conceber uma alteração de paradigma, vazado na impossibilidade de dar-se eficácia a uma cláusula resolutória, sem que o poder Judiciário possa avaliar o grau de sacrifício de uma das partes, em cotejo ao que já foi objeto de cumprimento e com a parcela restante. Em reforço, estabelece o Enunciado nº 361 do Conselho de Justiça Federal que "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".

Em conclusão, não podemos mais cogitar de direitos absolutos ou da parêmia "tudo o que não é proibido é permitido". Caberá a doutrina estabelecer parâmetros objetivos que norteiem as hipóteses que sejam suscetíveis de aplicação da teoria do inadimplemento mínimo. A final, não apenas o elemento matemático da proporção do contrato cumprido será apreciado pelo juiz ou árbitro, pois tão importante quanto o fator quantitativo serão as variáveis relacionadas aos sujeitos, ao objeto e a natureza

89. STJ. Informativo nº 0500, Período: 18 a 29 de junho de 2012. Terceira Turma. "ARRENDAMENTO MERCANTIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. Trata-se de REsp oriundo de ação de reintegração de posse ajuizada pela ora recorrente em desfavor do recorrido por inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) para a aquisição de 135 carretas. A Turma reiterou, entre outras questões, que, diante do substancial adimplemento do contrato, qual seja, foram pagas 30 das 36 prestações da avença, mostra-se desproporcional a pretendida reintegração de posse e contraria princípios basilares do Direito Civil, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Ressaltou-se que a teoria do substancial adimplemento visa impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos aludidos princípios. Assim, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, daí a expressão 'adimplemento substancial', limita-se o direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma demasia. Dessa forma, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato. Dessarte, diante do substancial adimplemento da avença, o credor poderá valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, mas não a extinção do contrato" (REsp 1.200.105-AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19.6.2012).

do negócio jurídico. Nessa linha, cite-se o Enunciado 586 do Conselho de Justiça Federal: "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".

4.5.6 O inadimplemento antecipado

No campo da violação positiva do contrato, é possível também inserir a interessante figura do inadimplemento antecipado da obrigação, também chamada "quebra antecipada do contrato". Paulo Roberto Nalin "aponta esta modalidade de descumprimento para a possibilidade real de um dos contratantes revelar, expressamente, ou por meio de seus atos, que descumprirá (no futuro portanto) a parcela obrigacional a que está adstrito".[90]

As partes avençaram o momento para o adimplemento de suas respectivas obrigações, porém, em instante anterior ao termo pactuado, um dos contratantes já demonstra inequívoca intenção de não cumprir a sua prestação, pois pratica uma conduta concludente no sentido do inadimplemento.

A recusa antecipada ao cumprimento da obrigação é também uma forma de violação ao princípio da boa-fé, pois a conduta que denota a falta de interesse de uma das partes em cumprir o dever de prestar é certamente uma lesão ao dever de confiança que inspira qualquer relação negocial.

No sistema da *common law*, há o instituto do *anticipatory breach* (ruptura antecipada), que permite ao contratante, que previamente saiba da intenção de inadimplemento do outro, ajuizar ação de resolução contratual, já a partir do momento em que se caracterizou a negativa ao cumprimento.

Daí entendermos viável o exercício do direito resolutório quando, pelas circunstâncias do negócio jurídico, uma das partes constata inequivocamente, pelo comportamento da outra, que esta não cumprirá sua prestação. Seria uma espécie de antecipação de inadimplemento, em face da verificação de que um dos contratantes adota atitudes que futuramente inviabilizarão a satisfação de sua obrigação. Se uma das partes cometer certamente uma violação fundamental à obrigação, a outra parte poderá decretar a sua resolução. Assim, manifestamos nosso endosso ao Enunciado nº 436 do Conselho de Justiça Federal, vazado nos seguintes termos: "A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer de inadimplemento antecipado."

Trata-se de situação que se vem tornando corriqueira na construção civil, quando o adquirente da unidade percebe que o prazo de entrega do imóvel se aproxima. Apesar de beneficiado pelo prazo, o incorporador demonstra desídia, pois a construção ainda não começou a ser erguida ou, então, está apenas em sua fase inicial. Não haveria

90. NALIM, Paulo Roberto. *Responsabilidade civil* – descumprimento do contrato, op. cit., p. 166.

razão para o adquirente aguardar o prazo avençado com a construtora para só então postular seus direitos. O ato de descumprimento antecipa os efeitos resolutórios e indenizatórios, que só se verificariam normalmente após o nascimento da pretensão.

Assim, evita-se procrastinar a espera de um termo contratual que provavelmente não terá a menor utilidade ao credor. Ao invés de aguardar o inadimplemento já revelado, antecipa a prestação jurisdicional e libera-se do vínculo, além de demandar as perdas e os danos, minorando os efeitos nocivos do descumprimento da obrigação. Em excelente obra dedicada ao tema, Anelise Becker coloca como imperativo o direito do credor à resolução do contrato, "máxime no momento em que ele, por sua vez, como devedor, é obrigado a cumprir uma prestação organicamente vinculada a uma outra ainda futura, da qual é credor, porém já tendo sobre ela impendente a afirmação categórica ou indícios claros que não será cumprida".[91]

A resolução antecipada não é expressa em nossa legislação, não podendo ser confundida com o tradicional instituto do vencimento antecipado do débito. Este é restrito a situações que induzam o devedor à insolvência, conforme se extrai do art. 333 do Código Civil. Já o inadimplemento antecipado verifica-se mesmo quando o devedor ainda for solvente, mas exteriorizar objetivamente a sua vontade de descumprir a obrigação.

No Brasil, a fragilidade doutrinária sobre o tema pode ser explicada pela ênfase que se concede ao princípio da conservação do negócio jurídico, que culmina por postergar qualquer medida da parte lesada apenas para o período posterior àquele que as partes convencionaram. Para evitar a concretização da lesão que já é razoavelmente esperada, conta o interessado com a tutela inibitória das obrigações de fazer ou de dar, elencadas no art. 497 e 498 do CPC/15. Exemplificando: um jogador de futebol subscreve contrato com determinada empresa para apresentar-se em um evento, mas divulga na imprensa sua intenção de faltar. Certamente, a empresa poderá obter a tutela específica da obrigação de fazer, mediante a imposição persuasiva de *astreintes* (§ 1º art. 536, CPC/15), ou, então, para aquilo que nos interessa, resolver antecipadamente o contrato, com cumulação sucessiva de perdas e danos, evitando prejuízos maiores no futuro. Adianta-se o remédio resolutório como uma espécie de antecipação do inadimplemento, concedendo ao prejudicado a possibilidade imediata de desconstituição da relação, ao invés de aguardar pelo desenlace avisado e sofrer prejuízos ainda mais amplos.

4.5.7 O cumprimento dos deveres anexos pelo credor

Sabemos que a existência de um contrato bilateral e o inadimplemento absoluto do devedor são pressupostos para a resolução do contrato. Mas não é só isto: o credor em mora não está autorizado a resolver o contrato, haja vista que este direito potestativo existe para tutelar a parte adimplente da frustração provocada pela outra.

91. BECKER, Anelise. *Inadimplemento antecipado do contrato*, op. cit., p. 59.

O credor que não está em mora é aquele cujo comportamento não convergiu para a causação do incumprimento pela contraparte.

Com base no princípio da boa-fé objetiva, alarga-se a noção de incumprimento do credor. Tanto concerne ao descumprimento da obrigação principal – definitivo ou temporário – como dos deveres anexos, ensejando o seu adimplemento ruim ou incumprimento imperfeito. Isto posto, ao negligenciar o dever de cooperação, com isto conduzindo o devedor ao inadimplemento, perderá o credor a base jurídica para a resolução contratual.

Nesta senda, no campo das relações consumeristas, avalia Cláudia Lima Marques que o dever de cooperar também será exercitado de forma ativa pelo fornecedor, obrigado ele a cumprir com suas obrigações, sem dificultar o acesso do consumidor aos seus direitos ou inviabilizar que a prestação seja devida. Deve o fornecedor, igualmente, abster-se de usar ou impor expedientes desnecessários ou maliciosos, como exigir uma grande série de autorizações, documentos e solicitações só retiráveis em determinados locais, em determinada hora e, por decisão arbitrária do próprio fornecedor, exigir comunicações imediatas ou em curto espaço de tempo em matérias que envolvam a integridade física e a psíquica da pessoa e de seus familiares e, ainda mais, exigindo esta atuação contratual sob pena de perda de direitos contratuais. Estas dificuldades excessivas impedem o cumprimento da prestação principal e significam o descumprimento do dever de conduta segundo a boa-fé: descumprir o dever de cooperação, de lealdade, significa inadimplir, mesmo que parcialmente.[92]

Mesmo nas relações intercivis ou interempresariais, nas hipóteses em que o credor inviabiliza a prestação do devedor – ou tenha tornando especialmente gravoso o cumprimento –, por descurar do necessário dever de cooperação, terá o devedor a excepcional legitimidade para ajuizar a ação de resolução, libertando-se do vínculo.

Se a parte que está disposta ao cumprimento do contrato não tem ação para exigir o comportamento favorável do credor, tem, irrecusavelmente, o direito de desfazer a relação inviabilizada pelo credor.[93]

4.6 A resolução por alteração superveniente das circunstâncias

"Só há uma coisa constante neste mundo: a inconstância."

(Jonathan Swift)

Além da impossibilidade da prestação e da extinção dos interesses objetivos do credor na prestação pelo incumprimento do devedor, há uma terceira forma de extinção de contratos por resolução: a *inexigibilidade da prestação* decorrente de alteração superveniente das circunstâncias.

92. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 197.
93. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 164.

Apesar de ser apenas uma expressão da figura jurídica da resolução, culminou por ocupar um papel central na teoria dos contratos, fundamentalmente pelo fato de que as perturbações econômicas desvirtuam o equilíbrio de um sem-número de contratos, afetando drasticamente uma massa indeterminada de pessoas.

A teoria contratual contemporânea é alicerçada em quatro princípios: autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e justiça (ou equilíbrio) contratual. A inserção no Código Civil da resolução por onerosidade excessiva atende ao princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios.

Podemos vislumbrar grande carga de justiça contratual em dois momentos: (a) ao tempo da celebração do contrato, pela preservação do sinalagma genético da relação obrigacional, adotando-se o instituto da lesão (art. 157, CC) como forma de combate à elevada desproporção entre as prestações; (b) ao tempo da execução do contrato, assegurando-se o sinalagma funcional, que pode ser perturbado por acontecimentos extraordinários que minam a correspectividade das obrigações, conduzindo um dos contratantes à posição de onerosidade excessiva. O art. 478 cuida justamente desta forma de intervenção do princípio da justiça contratual.

O Código Civil de 1916 não cogitava da onerosidade excessiva. Seguimos o modelo oitocentista do *pacta sunt servanda*, pelo qual as convenções eram leis entre as partes (art. 1.134, Código Francês de 1804) e o conteúdo contratual era intangível, exceto pelo mesmo consenso que a ele dera origem. Todavia, o Código Civil de 2002 mitiga a rigidez contratual. Acontecimentos novos, de natureza variada, revolucionam o programa contratual, impedindo as partes de tirar da operação as vantagens esperadas ou, até, transformando-a em fonte de prejuízos. Quando as circunstâncias supervenientes e as perturbações da economia do contrato por elas determinadas são de molde a justificar que o contratante atingido seja desvinculado dos compromissos contratuais, o remédio previsto pela lei para a sua tutela é a possibilidade – que só a ele pertence – de pedir ao juiz a resolução do contrato.[94]

Ao disciplinar a excessiva onerosidade superveniente, o legislador procurou dar resposta ao problema da alteração das circunstâncias. Quer se explique a resolução do contrato por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, quer pela teoria da imprevisão, ou da base do negócio, a verdade é que, no direito contemporâneo, a alteração radical das condições econômicas dentro das quais o contrato foi celebrado tem sido considerada uma das causas que, com o concurso de outras circunstâncias, podem determinar a sua resolução.[95]

A resolução por inexigibilidade da prestação decorrente da alteração de circunstâncias se diferencia da extinção do contrato por impossibilidade. Aqui, não há

94. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 253.
95. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 214.

como efetuar a prestação, que se impossibilitou em si mesma, propiciando o inadimplemento absoluto. Na inexigibilidade, as circunstâncias supervenientes tornam excessivamente onerosa a continuação da relação, dificultando a prestação; mesmo assim, esta ainda é "penosamente" realizável ainda que o objeto contratual tenha sido modificado. Isto é, em princípio, não há inadimplemento absoluto.

A outro passo, a ação de resolução por incumprimento parte do pressuposto de que o credor já perdeu o interesse pelo adimplemento, enquanto na onerosidade excessiva esse interesse ainda pode existir, tanto que é permitida a simples modificação do contrato. Ademais, a circunstância de fato que fundamenta o pedido de extinção é, na onerosidade excessiva, estranha às partes, enquanto no incumprimento decorre de fato atribuível ao devedor.[96]

Quando estudamos o princípio do equilíbrio contratual, vimos que a vicissitude da quebra do sinalagma funcional em contratos bilaterais dificulta extremamente o cumprimento da obrigação de um dos contratantes, porém não a impossibilita em definitivo. Por isto, a preferência lógica do sistema jurídico é a revisão do negócio jurídico (art. 317, CC). Neste modelo, as partes definirão uma nova equação contratual, condizente com o panorama fático decorrente das circunstâncias econômicas vigentes. Excepcionalmente, sendo infrutíferos os esforços do magistrado e dos contratantes para alcançar um "rearranjo obrigacional", entrarão em cena as normas concernentes à resolução por alteração resultante de fatos supervenientes (arts. 478 e 479, CC). A extinção do contrato afirmará então uma peculiar espécie de inadimplemento absoluto, fundada na inexigibilidade decorrente da *impossibilidade econômica* da prestação.

Leciona o art. 478 do Código Civil: "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para 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."

O art. 478 se refere aos contratos de execução continuada ou diferida, ou melhor, aos *contratos de duração*. Ao contrário dos contratos de execução instantânea, eles não se consumam no próprio ato de celebração. Os contratos de duração possuem uma fase intermediária entre o nascimento e a morte, na qual o programa desenhado pelos contratantes é executado, paulatinamente, em prestações sucessivas (execução continuada; *v. g.*, contrato de locação; prestação de serviços, de trabalho), ou aguarda um período de espera para ser executado tempos depois (execução diferida; *v. g.*, contrato de transporte celebrado hoje e que ocorrerá em 60 dias). Como explica Roppo, a razão para a delimitação aos contratos de duração é clara: "os dois momentos devem ser cronologicamente distanciados, porque o remédio da resolução por excessiva onerosidade tutela, em certos limites, a originária economia

96. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção do contrato por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 154.

do contrato que seja perturbada por circunstâncias surgidas após sua conclusão, mas antes da sua execução".[97]

O impasse surge quando se aborda a necessidade de comutatividade ou não das prestações. Boa parte da doutrina rechaça a aplicabilidade da onerosidade excessiva aos contratos aleatórios, por faltar-lhes o caráter da reciprocidade, sendo patente a existência de um risco quanto ao forte desequilíbrio originário das prestações.[98]

Nos contratos de natureza aleatória, a materialização do risco é da essência do negócio jurídico. Não por outra razão, o Conselho de Justiça Federal, na 1ª Jornada de Direito Comercial, publicou o Enunciado nº 35, vazado nos seguintes termos: "Não haverá revisão ou resolução dos contratos de derivativos por imprevisibilidade e onerosidade excessiva". Os contratos futuros, de opção ou *swaps* são imunes à intervenção judicial, pois não passam de "apostas" sobre variáveis econômicas.[99]

Entretanto, o Código Civil é silente, pois só se refere a contratos de execução continuada ou diferida. A nosso entender, os contratos aleatórios podem ser resolvidos quando a alteração das circunstâncias exceder consideravelmente todas as oscilações previsíveis ao tempo da contratação. Endossamos o posicionamento de Orlando Gomes, ao estender a aplicação do art. 478 aos contratos aleatórios – aqueles em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto. A natureza dos contratos aleatórios não impede a excessiva onerosidade de suas prestações, desde que não se trate da onerosidade que afeta os mesmos riscos que o contrato tem por fim atribuir a uma das partes. Quer dizer, fora de sua álea contratual específica, os contratos aleatórios podem sofrer os efeitos de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários que prejudiquem o equilíbrio entre as prestações.[100]

Anote-se que esta conclusão é compartilhada pelo Enunciado nº 439 do Conselho de Justiça Federal: "É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato".

Os próprios parágrafos do art. 769 do Código Civil, tratando do dever do segurado de comunicar ao segurador qualquer incidente que possa agravar consideravelmente o risco coberto, trazem para o contrato de seguro a possibilidade da resolução por excessiva onerosidade, no pressuposto de que, mesmo admitida a aleatoriedade, há um equilíbrio que limita a extensão da álea e que deve ser garantido mediante mecanismo resolutório.[101]

---

97. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 260.
98. De acordo com Maria Helena Diniz, só cabe resolução "na vigência de um contrato comutativo de execução continuada, que não poderá ser aleatório porque o risco é de sua própria natureza e, em regra, uma só das partes assume deveres" (*Direito civil brasileiro*, 3. v., op. cit., p. 169).
99. STJ. "Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita a imprevisão" (AgRg no REsp 1210389/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., *DJe* 27.9.2013).
100. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 218.
101. GODOY, Cláudio. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 786.

O fundamental neste tema, assevera Cristiano Zanetti,[102] concerne à materialização dos riscos supervenientes à celebração do contrato de execução diferida, continuada ou periódica. Diante da excepcionalidade da intervenção no domínio contratual, somente se permitirá a resolução ou a revisão se os fatos supervenientes extrapolem os riscos próprios ao negócio. Isto requer uma análise aguda da conjuntura do mercado (ambiente de estabilidade ou risco), da qualificação das partes (se civis ou empresários), a extensão temporal (contratos longevos ou de curta duração) e a especificidade dos fatos supervenientes, ou seja, se são frequentes ou raros. Por isto, consideramos preciso o Enunciado nº 438 do Conselho de Justiça Federal: "A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato".

Três fatores remeterão um contrato de duração – seja ele comutativo ou aleatório – à resolução: (1) eclosão de fato superveniente extraordinário que gere onerosidade excessiva; (2) acontecimento imprevisível; (3) extrema vantagem para a outra parte.

1) A onerosidade excessiva, por si só, não é o elemento diferencial desta forma de resolução contratual. Com efeito, a onerosidade excessiva se espraia pelo Código Civil como propulsor de outros modelos jurídicos: (a) estado de perigo e lesão (arts. 156 e 157, CC) são causas de anulabilidade de negócios jurídicos por onerosidade excessiva relacionada ao manifesto desequilíbrio entre as prestações; (b) A redução equitativa da cláusula penal é consequência de sua onerosidade excessiva (art. 413, CC); (c) o abuso do direito poderá resultar de uma onerosidade excessiva (art. 187, CC). Portanto, o foco de nossa análise não é isoladamente a onerosidade excessiva, mas a sua interação com a alteração das circunstâncias em que as partes balizaram a contratação, sufocando a justiça do conteúdo contratual.

Visto desta maneira, o legislador qualificou a alteração por fato superveniente como *extraordinária*. Extraordinário é o que está fora dos riscos normais do contrato, é o evento que dilapida a equação econômica do contrato. Segundo Ascensão, parte-se do princípio de que a desproporção entre vantagem e sacrifícios foi livremente querida, dentro do exercício normal da autonomia privada. Mas é esse equilíbrio voluntário que pode ser posto em causa por alteração anormal: é neste caso que a base do negócio é rompida.[103]

Em princípio, o sistema econômico preserva o binômio proveito-risco (ou liberdade/responsabilidade), sendo irrelevantes tendenciais desequilíbrios econômicos supervenientes à contratação, mesmo que por circunstâncias infensas ao controle das partes. Contratar é perigoso, e se os contratos fossem alterados a qualquer tempo,

102. SOUSA ZANETTI, Cristiano de. O Risco Contratual, In: *Sociedade de Risco e Direito Privado*, p. 462-466.
103. ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: *Novo Código Civil – questões controvertidas*, op. cit., p. 176.

por qualquer oscilação, incidiria séria ofensa ao princípio da segurança jurídica. Daí que o fator *risco* é inerente à base ideológica do sistema capitalista, não cabendo ao Estado interferir no mérito econômico da contratação válida, devendo, pois, o contratante onerado suportar as consequências de sua livre escolha.

Nada obstante, o fato extraordinário é aquele que não está coberto pelos riscos próprios do contrato. Há um gravame no cumprimento que, por sua relevância, vai muito além da exigência do razoável. O risco impróprio é o rompimento grave da equivalência. Em função da alteração das circunstâncias, um dos contratantes é conduzido ao "limite do sacrifício". Nesta circunstância de peculiar gravidade do acontecimento causador do posterior desequilíbrio, excepcionalmente o legislador defere ao contratante a resolução, como instrumento de libertação do custoso vínculo que o oprime. Nesta senda, o Enunciado nº 366 do Conselho de Justiça Federal: "O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação".[104]

2) Acontecimento imprevisível – o fato superveniente é qualificado como imprevisível. Interpretando-se o art. 478 na literalidade, poder-se-ia, açodadamente, concluir que o Código Civil adotou a teoria da imprevisão, um modelo voluntarista de ênfase subjetiva, pela qual o fundamental seria precisar se as partes previram ou não o evento extraordinário. A previsibilidade seria ligada ao tempo da contratação. Se previram, nada muda, afinal o ordenamento não tutela o contratante desidioso que não aventou a possibilidade de configuração de acontecimentos comuns, de cunho econômico, político ou social. Se não previram a alteração superveniente, em tese caberia a intervenção judicial sobre a economia do contrato, pois as novas circunstâncias teriam escapado à vontade que forjou o contrato. O contrato só obriga para o previsível.

Contudo, não é esta a hermenêutica que se espera para a estrema do conceito de *acontecimento imprevisível*. A lei fala em imprevisível e não em *imprevisto*: motivo imprevisível, acontecimento imprevisível. Imprevisível qualifica o fato, enquanto imprevisto descreve o estado de espírito do agente. Assim, a imprevisibilidade só pode ser objetiva, pois independe da análise da situação psíquica das partes. Resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anômalo ou anormal.[105]

---

104. STJ. Informativo nº 0526. Período: 25 de setembro de 2013. Terceira Turma: "DIREITO CIVIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA 'FERRUGEM ASIÁTICA' COMO FATO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL PARA FINS DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO. A ocorrência de 'ferrugem asiática' na lavoura de soja não enseja, por si só, a resolução de contrato de compra e venda de safra futura em razão de onerosidade excessiva. Isso porque o advento dessa doença em lavoura de soja não constitui o fato extraordinário e imprevisível exigido pelo art. 478 do CC/2002, que dispõe sobre a resolução do contrato por onerosidade excessiva. Precedente citado: REsp 977.007-GO, Terceira Turma, *DJe* 2/12/2009" (REsp 866.414-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.6.2013).

105. ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: *Novo Código Civil* – questões controvertidas. Arremata o autor: "seria de fato absurdo fazer depender a sorte

Ao abandonarmos a concepção voluntarista de outrora, percebemos que, como percepção externa das vicissitudes do contrato, a imprevisibilidade se conecta intimamente com a extraordinariedade do evento. O extraordinário reforça o imprevisível. Conjugando-se os dois qualificativos, temos que só os riscos absolutamente anômalos e subtraídos da possibilidade de razoável previsão e controle dos operadores econômicos são capazes de levar o contrato à resolução. A lógica, em suma, é sempre esta. Cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados. A lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional econômico permitiria considerar, mas deixa ao seu cargo os riscos tipicamente conexos com a operação, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado.[106]

A imprevisibilidade do evento gerador da onerosidade excessiva é agora compreendida em outra perspectiva relacional. Partindo da premissa contemporânea da obrigação como processo, envolvendo um conjunto de atos coordenados cuja finalidade é o adimplemento, é impraticável que se queira depositar na vontade inaugural do contrato todo o desenvolvimento futuro e progressivo da relação.

Proclama o Enunciado nº 175 do Conselho de Justiça Federal 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". O enunciado é pertinente, pois enuncia que fatos em tese previsíveis (*v. g.*, guerra, alta de inflação, greve) podem se qualificar como concretamente imprevisíveis e extraordinários, conforme a dinâmica de um determinado contrato, se vislumbrada a drástica intensidade de suas consequências, a ponto de tornar extremamente custosa a execução da obrigação.

3) Extrema vantagem para a outra parte – este derradeiro requisito não está imune a críticas. Para Orlando Gomes, é compreensível a preocupação do legislador, haja vista que o desequilíbrio entre as prestações se torna mais evidente quando há, de um lado, onerosidade excessiva e, de outro, vantagem extrema.[107]

Contudo, vemos com reticência a exigência do chamado "efeito gangorra", isto é, a insuficiência da demonstração do empobrecimento de uma das partes, posto necessário o nexo causal entre a sua perda econômica e o enriquecimento experimentado pela outra parte. Exigir que a alteração das circunstâncias atinja apenas uma das partes em benefício da outra implica esvaziar substancialmente este modelo jurídico, vedando ao contratante fragilizado, por acontecimento superveniente extraordinário e imprevisível, o recurso final ao remédio resolutório, apenas por não provar o enriquecimento sem causa experimentado pelo parceiro contratual.

---

do negócio jurídico e, portanto, também da outra parte, do poder de previsão do agente concreto ou da circunstância causal de ter ou de não ter havido previsão" (op. cit., p. 178).

106. ROPPO, Enzo. *O contrato*, op. cit., p. 262.

107. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 215.

Vale dizer, é frequente ouvir que um dos contratantes se arruinou em decorrência da onerosidade excessiva, mas a outra parte se manteve na mesma situação – ou até mesmo experimentou pequenas perdas –, mas dificilmente obteve um ganho inversamente proporcional às perdas do parceiro contratual. Exemplificando, pactua-se a prestação de um transporte. Ao tempo de sua execução, a estrada é bloqueada por deslizamento de terras. O serviço só será realizado com o uso de estrada secundária, implicando acréscimo de custos. Ambas as partes foram atingidas em seus cálculos. O transportador, porque tinha em vista um serviço direto e curto. O cliente, porque tinha em vista um preço e um tempo, e não os acréscimos a que o desvio obrigaria. Isto mostra que não há necessariamente um prejudicado e outro beneficiado. Há uma alteração anormal da base do negócio, base que é comum; portanto, ambos são atingidos.[108]

Aderimos, assim, ao Enunciado nº 365 do Conselho de Justiça Federal: "A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena. " Em resumo, mesmo que não seja plenamente demonstrado o benefício econômico do contratante pela ruína da outra parte, será legítimo o ingresso do prejudicado perante o judiciário para exigir a resolução do contrato.

Pois bem: satisfeitos os pressupostos para a resolução contratual – com as ressalvas relativas ao último requisito –, no curso da produção dos efeitos obrigacionais, a parte pleiteará ao juiz a sua liberação. Antes disto, não lhe é facultada a cessão unilateral de pagamentos, por mais grave que se revelem as novas circunstâncias, nem tampouco haverá qualquer eficácia no pedido de resolução se a parte, não obstante a severa alteração das condições contratuais, já houver concluído a execução das prestações.

As prestações efetuadas antes do ingresso em juízo não podem ser revistas, pois a *solutio* espontânea do devedor produziu os seus naturais efeitos. Mas obtempera Caio Mário da Silva Pereira que, não sendo facultado ao contratante cessar pagamentos ou recebimentos a pretexto de onerosidade excessiva – pois a intervenção na economia do contrato é obra da justiça –, as prestações dadas ou recebidas na pendência da lide estarão sujeitas à modificação na execução da sentença que for proferida: "se o não fossem, o princípio da justiça estaria ferido, uma vez reconhecida a onerosidade excessiva, e mesmo assim proclamada a intangibilidade da prestação realizada. Demais disso, a lentidão do processo judicial poderia dar num resultado contraditório, vindo a sentença a decretar a resolução por aplicação da teoria no momento em que o contrato já estivesse com o seu curso de efeitos encerrado".[109-110]

108. ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: *Novo Código Civil* – questões controvertidas, op. cit., p. 177.

109. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. III, op. cit., p. 166-167.

110. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Jr., admite-se a alegação de inexigibilidade da obrigação por onerosidade excessiva em defesa, mas, a par disto, recomenda-se ao devedor que conceda aviso-prévio ao

A resolução por alteração superveniente de circunstâncias não pode ser levada a efeito pela parte que, antes da incidência do evento extraordinário e imprevisível, agiu culposamente. Isto posto, se o contratante se encontrava em mora (por deixar de realizar a prestação no tempo certo) ao tempo da onerosidade excessiva, terá que suportar todos os riscos do novo cenário ambiental. Assim, A faria o transporte marítimo de uma mercadoria de B, do Brasil para a Espanha. A estava em mora de 30 dias, e a prestação ainda era de interesse de B, quando eclode guerra no Golfo Pérsico elevando o preço do combustível em 50%. Caso A solicite a resolução contratual, sob o argumento do desequilíbrio superveniente, terá a sua pretensão rejeitada, com fundamento no *tu quoque*. Ou seja, quem viola determinada norma jurídica não poderá exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe atribui. Haveria abuso do direito (art. 187, CC) por parte do contratante que exige o direito à resolução com base na norma violada. Com efeito, fere a sensibilidade ética e jurídica que alguém desrespeite um comando legal e posteriormente venha a exigir de outrem o seu acatamento.[111]

Dispõe o art. 479 do Código Civil: "A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato".

O Código Civil remeteu ao credor a opção pela revisão contratual, através da readequação das prestações, como forma de impedir a resolução contratual pela alteração superveniente das circunstâncias. Pela letra do dispositivo, ao devedor compete apenas o ajuizamento da ação resolutória.

Assim, para evitar a extrema solução da resolução contratual, poderá o réu insistir na manutenção do vínculo, pela via da equitativa alteração de cláusulas gravosas ao autor, com adaptação do projeto contratual às novas circunstâncias.

Por qual fórmula processual poderá o réu exercitar o direito substancial previsto no art. 479 do Código Civil? Para Daniel Assumpção, não se cuida de ação dúplice na qual o autor não vira réu nem vice-versa, pois os sujeitos já compõem na lide numa posição dupla e o bem da vida será concedido ao réu pelo fato da improcedência da pretensão do autor. Em verdade, o legislador criou uma espécie de *pedido contraposto*, que depende da iniciativa do demandado em sua resposta. Portanto, o pedido de manutenção do contrato se baseará nos mesmos fatos que levaram o autor a demandar pela resolução (fatos que geraram a onerosidade excessiva), só se justificando este direito subjetivo quando o contratante for demandado. No mais, extinta a ação originária, não se justifica a manutenção do pedido formulado pelo réu, devendo este ser julgado prejudicado.[112]

---

credor sobre a dificuldade de pagamento, "inclusive para lhe garantir a possibilidade de propor, ainda em tempo útil, a modificação das cláusulas do negócio, ou de colaborar na criação de condições que viabilizem a perfeição do contrato" (*Extinção do contrato por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 160).

111. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 837.

112. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O autor recorda as principais características do pedido contraposto: "é um pedido feito na própria contestação, baseado nos mesmos fatos narrados pelo autor na petição

O Enunciado nº 367 do Conselho de Justiça Federal avança na *vexata quaestio* e faculta que: "em observância ao princípio da conservação 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".

Perceba, não se trata de revisão contratual *ex officio*, atuação vedada ao magistrado em matéria de interesse imediato privado e de direito disponível. O enunciado apenas permitiu ao magistrado se servir do princípio da conservação do negócio jurídico para preservar o vínculo – mesmo que o réu não ofereça pedido contraposto – ao obter o assentimento do autor da demanda, que, em princípio, demandara pela resolução. Certamente, como ressalva a parte final do enunciado, no curso do contraditório o juiz sopesará os argumentos das partes para, em uma linha de proporcionalidade, decidir se o reequilíbrio contratual será ou não adequado para a proteção da situação jurídica do credor.

Em termos de efetividade, ousamos considerar que a solução mais adequada consiste em facultar ao próprio autor a dedução do pedido revisional na inicial. O princípio da conservação do negócio jurídico demanda que o ordenamento produza normas hábeis a preservar as relações obrigacionais e que, apenas em última instância, as desfaça. A resolução, portanto, deveria ser cogitada como segunda opção, aplicável às hipóteses em que o magistrado perceba a impossibilidade de reconstrução da justiça contratual, até mesmo quando o credor demonstre ser ele o prejudicado pela revisão.

Entendemos que a aparente barreira imposta pelo art. 419 à imediata revisão contratual não é intransponível. As cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva (arts. 421 e 422, CC) recepcionam o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I), prestigiando a inafastável cooperação nas relações privadas, para que o contrato possa alcançar a finalidade para a qual foi desenhado, e não simplesmente resolvido.

Nosso sistema civil é móvel, o que possibilitará o ingresso das cláusulas gerais em outros setores do código, oxigenando-o a partir de uma atividade integrativa judicial, que aplicará os valores constitucionais mais adequados à solução do caso. Assim, a rigidez do dispositivo em comento será mitigada pela criação da solução que mais atenda à determinação das cláusulas gerais na concretude do evento. Doravante, o magistrado poderá rever a cláusula contratual, ajustando o seu conteúdo aos novos fatos, ou, se impraticável a correção, desconstituir a relação obrigacional que não se afigure passível de reequilíbrio. Outrossim, nestes tempos de crise econômica mundial, conceitos como a alteração das circunstâncias e a onerosidade excessiva são tratados admiravelmente nas sentenças arbitrais e mereceriam ser divulgados, para criar uma jurisprudência arbitral espontânea, tal como ocorre no exterior.

---

inicial, e que não guarda autonomia com relação à ação originária, sendo extinto se por qualquer razão tal demanda chegar ao fim de forma prematura" (Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas. In: *Reflexos no novo Código Civil do direito processual*, op. cit., p. 334).

Seja pela via do Judiciário, como pela alternativa da composição privada de litígios pela arbitragem, a boa-fé objetiva indicará a necessidade do ajuste do pacto com a nova realidade econômica, assim como a função social do contrato demandará o resgate do equilíbrio das obrigações (função social interna), como forma de preservação de trocas úteis e justas no tecido social (função social externa). Tudo isto induz a uma aplicação retificadora dos referidos princípios e cláusulas gerais sobre a rigidez da teoria da imprevisão.

Ao se referir o art. 479 do Código Civil à modificação equitativa das cláusulas, já antecipou a equidade como critério aplicável para a escolha entre a resolução ou a modificação. As circunstâncias do caso serão determinantes. Fortes em Ascensão, "Vemos que desta sorte se não infirma, antes se confirma, que a questão respeita à justiça do conteúdo. É de justiça que se trata, mas de justiça do caso concreto, portanto de equidade."[113]

Em matéria já examinada no capítulo atinente ao princípio do equilíbrio contratual, ferimos o art. 317 do Código Civil, que permite a correção do valor do pagamento, em face de desproporção manifesta com o valor da coisa adquirida, quando da execução da obrigação. Apesar de o dispositivo privilegiar a revisão em detrimento da resolução, não se deve estabelecer relação de contradição com o art. 479. Em uma visão topográfica do Código Civil, o art. 317 se localiza no Título do adimplemento das obrigações em geral, cabendo a sua aplicação a qualquer relação obrigacional que não tenha origem em relação contratual (ilustrativamente, em revisão de alimentos fixados em sentença ou de lucros cessantes arbitrados como indenização por responsabilidade civil aquiliana).

A solução para o aparente conflito entre as regras dos arts. 317 e 478 está em considerar que, quando caracterizado o fato superveniente determinante da desproporção manifesta da prestação (o fato descrito no art. 317) e se revelar insuportável para a parte prejudicada a modificação das circunstâncias, caberá, sim, a resolução do contrato – quer isto dizer que, embora esteja caracterizada a situação exposta no art. 317, que determina a revisão, ainda que não contenha todos os requisitos do art. 478, a melhor solução ao caso concreto é a aplicação da resolução.[114]

No Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V), a revisão contratual é regra, não exceção. A necessidade de proteção da parte vulnerável, mediante imposição de normas de ordem pública, requer rígida intervenção do sistema com o objetivo de resgate da comutatividade originária da relação de consumo. Ademais, a norma dispensa a imprevisibilidade e a inevitabilidade como qualificativos do fato superveniente, sendo suficiente a quebra objetiva da base do negócio jurídico pelo *débâcle* da relação de equivalência para se consumar a onerosidade excessiva em detrimento do consumidor.

113. ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: *Novo Código Civil – questões controvertidas*, op. cit., p. 186.

114. CARDOSO, Débora Resende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002. In: *A nova crise do contrato*, op. cit., p. 553.

Nesse passo, já é hora de repensarmos a "exceção da ruína econômica pessoal", tradicionalmente rejeitada pelos tribunais nas relações intercivis, como fato gerador da revisão contratual. Ilustrativamente, um mutuário que perca o emprego, não poderia invocar esse evento superveniente como exclusiva causa liberatória de suas obrigações, devendo assumir o débito na integralidade. Todavia, nas relações massificadas consumeristas nas quais a oferta de crédito por agressivas vias publicitárias provoca o generalizado fenômeno do superendividamento, a legislação e a jurisprudência devem oferecer formas de renegociação de débitos que impeçam a morte econômica do devedor, traduzida em um dever geral de adaptação do negócio jurídico conforme a boa fé objetiva.[115]

Adiante, enuncia o art. 480 do Código Civil que: "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".

O presente dispositivo estendeu aos contratos unilaterais o âmbito da onerosidade excessiva. Aqui, ao contrário do art. 478, não se quer remediar o desequilíbrio superveniente entre duas prestações correspectivas, mas relacionar a prestação efetuada na celebração do contrato com o sacrifício que esta exige ao tempo da execução. Contratos unilaterais são aqueles cujas obrigações recaem apenas sobre uma das partes. Apenas um dos contratantes é credor e o outro, devedor. Aplica-se a norma, indistintamente, aos contratos unilaterais onerosos, como o mútuo feneratício, e aos unilaterais gratuitos, como a doação e o comodato. Em qualquer caso, a modificação equitativa das condições contratuais é o único remédio possível.

Nos contratos unilaterais onerosos, não há questionamento sobre a aplicabilidade da onerosidade excessiva. Ora, o mútuo é um contrato real, em que a entrega da coisa

115. STJ. **Informativo nº 0569 Período: 17 a 30 de setembro de 2015. Terceira Turma MODIFICAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL COM O FIM DE EVITAR A INEXEQUIBILIDADE DO MODELO ANTIGO (EXCEÇÃO DE RUÍNA). Os empregados demitidos sem justa causa e os aposentados que contribuíram para plano de saúde coletivo empresarial que tenha sido extinto não têm direito de serem mantidos nesse plano se o estipulante (ex-empregador) e a operadora redesenharam o sistema estabelecendo um novo plano de saúde coletivo a fim de evitar o seu colapso (exceção da ruína) ante prejuízos crescentes, desde que tenham sido asseguradas aos inativos as mesmas condições de cobertura assistencial proporcionadas aos empregados ativos.** De fato, pela exceção da ruína – instituto que, conforme definição doutrinária, representa a circunstância liberatória decorrente da "situação de ruína em que o devedor poderia incorrer, caso a execução do **contrato**, atingida por alterações fácticas, não fosse sustida" -, o vínculo contratual original pode sofrer ação liberatória e adaptadora às novas circunstâncias da realidade, com a finalidade de manter a relação jurídica sem a quebra do sistema, sendo imprescindível a cooperação mútua para modificar o **contrato** do modo menos danoso às partes. É por isso que, nos **contratos** cativos de longa duração, também chamados de relacionais, baseados na confiança, o rigorismo e a perenidade do vínculo existente entre as partes podem sofrer, excepcionalmente, algumas flexibilizações, a fim de evitar a ruína do sistema e da empresa, devendo ser respeitados, em qualquer caso, a boa-fé, que é bilateral, e os deveres de lealdade, de solidariedade (interna e externa) e de cooperação recíprocos. Além do mais, ressalte-se que a onerosidade excessiva é vedada tanto para o consumidor quanto para o fornecedor, nos termos do art. 51, § 2º, da Lei 8.078/1990. Cumpre destacar, também, que a função social e a solidariedade nos planos de saúde coletivos assumem grande relevo, tendo em vista o mutualismo existente, caracterizador de um pacto tácito entre as diversas gerações de empregados passados, atuais e futuros (solidariedade intergeracional), trazendo o dever de todos para a viabilização do próprio **contrato** de assistência médica. Desse modo, na hipótese em apreço, não há como preservar indefinidamente a sistemática contratual original se verificada a exceção de ruína. **REsp 1.479.420-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.**

mutuada não consiste em obrigação do mutuante, mas em pressuposto de existência do negócio jurídico. De sua natureza real decorre a unilateralidade do contrato, haja vista que apenas o mutuário assume obrigação, qual seja, a de restituir o bem no término do prazo estabelecido no contrato ou em lei. O mútuo assumirá a feição de contrato oneroso se ficar estabelecida a obrigação do mutuário de pagar juros compensatórios ao mutuante. Trata-se da figura do mútuo feneratício.[116]

No tocante aos contratos unilaterais gratuitos, Nelly Potter abre uma controvérsia: o artigo 480 se refere ao contrato em que as obrigações *cabem* a uma das partes. Não é a mesma dicção do Código Italiano, que trata de obrigações *assumidas*. Portanto, a norma tem como meta os contratos que foram inicialmente onerosos e se tornaram gratuitos ao longo de sua execução, em vista de uma das partes já ter realizado a sua prestação, restando apenas um contratante obrigado. O legislador pátrio teria admitido uma significação residual ao tratar das obrigações que cabem a uma das partes, dando a entender que a prestação da outra já se encontraria executada.[117] Não excluindo o referido entendimento, nada justifica que não seja dado aos contratos unilaterais gratuitos o mesmo tratamento legal em relação aos onerosos.

Portanto, mesmo não existindo a figura do sinalagma, será permitida ao único contratante que assumiu obrigações a via da redução de sua prestação, com restabelecimento da justiça contratual. Com efeito, aquele que é onerado pelo contrato, sem que para tanto receba uma contraprestação, deverá contar com a pronta alteração do conteúdo contratual, excluindo-se a onerosidade excessiva.

4.7 A resolução pela frustração do fim do contrato

No início de nosso estudo, fornecemos uma classificação tripartite das hipóteses de resolução contratual: a impossibilidade, a extinção do interesse objetivo do credor na prestação e a inexigibilidade em face da alteração das circunstâncias.

Porém, doutrina de boa cepa admite uma quarta hipótese de resolução, qual seja, a frustração do fim do contrato. Este entendimento foi sufragado pelo Enunciado nº 166 do Conselho de Justiça Federal: "A frustração do fim do contrato como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil".

De acordo com Lorenzetti, a frustração do fim é um caso de impossibilidade relativa da execução de um ato jurídico válido que afeta a causa-fim do negócio jurídico, com efeitos resolutórios. A causa-fim é entendida como o motivo concreto que se persegue mediante a obtenção do contrato, motivo este conhecido por ambas as partes. Não se confundem com os motivos determinantes que levam a contratar,

116. Enunciado nº 34 do Conselho de Justiça Federal: "No novo código civil, quaisquer contratos de mútuo destinados a fins econômicos presumem-se onerosos (art 591)."
117. POTTER, Nelly. *Revisão e resolução de contratos no Código Civil*, op. cit., p. 106.

pois estes possuem caráter subjetivo, enquanto o fim do contrato é o propósito prático, que é um elemento objetivo.[118]

A frustração do fim do contrato nasceu na *Common Law*, tendo como precedente os *coronation cases*. Na hipótese, sacadas e terraços foram locados com a única finalidade de os locatários presenciarem a cerimônia de coroação do Rei Edward VII; todavia, houve o cancelamento do percurso das carruagens. Vê-se, pelo exemplo, que a prestação perdeu a sua razão de ser, haja vista a frustração do desiderato pretendido pelo contratante e conhecido pela outra parte.[119]

De acordo com Marcos Hoppenstedt, o fim do contrato é a realização dos interesses concretos das partes contratantes. Assim, a frustração do fim independe de descumprimento ou de qualquer outro comportamento das partes, bastando uma alteração superveniente do suporte fático do negócio jurídico que gera a frustração do fim do contrato. Esta especial hipótese de resolução seria uma lacuna não preenchida pelos institutos da impossibilidade, do inadimplemento e da onerosidade excessiva.[120]

Podemos diferenciá-la da hipótese de impossibilidade. Esta produz a extinção da obrigação por circunstâncias físicas (impedimentos materiais) ou legais (como uma expropriação do bem, evitando o cumprimento). A frustração do fim do contrato, a seu turno, é impossibilidade relativa, pois não representa um impedimento absoluto, mas uma dificuldade de cumprimento, ainda que ruinosa. Esta peculiar *impossibilidade* não recai sobre a prestação propriamente dita, mas sobre o seu fim.

Com relação à inexigibilidade em face da alteração das circunstâncias, há uma aproximação com a frustração do fim do contrato: nas duas, o cumprimento ainda é possível, mas com grande dificuldade. Na primeira, cumpre-se prestação excessivamente onerosa; na segunda, honra-se a prestação mesmo sem interesse, posto desprovida da finalidade prevista. Também se assinala que os acontecimentos que evocam a teoria da imprevisão têm um caráter de generalidade, desvinculados, portanto, de fatores relativos às pessoas dos contratantes. Fala-se em alterações graves das condições ambientes hábeis a autorizar uma certa crença comum de que quaisquer contratantes em circunstâncias análogas e relativamente ao mesmo contrato cairiam

118. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, parte general, op. cit., p. 530.

119. Ensina Harriet Christiane Zitscher que "o direito inglês não distingue entre não cumprimento, mau cumprimento ou mora. O contrato entende-se como promessa de garantia quanto ao cumprimento da obrigação. Portanto, tudo que não é aquele cumprimento estipulado é considerado como uma quebra da promessa de garantia – *breach of contract*. Só em casos excepcionais, se as circunstâncias mudam substancialmente, o contrato poderá tornar-se dissolúvel em caso de não cumprimento (*frustration*). São casos de extermínio posterior – sem culpa da parte obrigada – do objeto do contrato, da perda da base do negócio, isto é, uma mudança das circunstâncias fáticas fundamentais para a celebração do contrato" (*Introdução ao direito civil, alemão e inglês*, op. cit., p. 152).

120. RUZZI, Marcos Hoppenstedt. Resolução pela frustração do fim do contrato. In: *Direito contratual* – temas atuais. O autor traz bons exemplos aplicáveis ao tema, como: "em um contrato de transferência de tecnologia, ocorre a frustração do fim do contrato quando há obsolescência da tecnologia, ocorrida antes de seu prazo final de vigência [...] em outro exemplo, contrata-se a prestação de serviços médicos para a cura de uma doença que se vem a curar espontaneamente" (op. cit., p. 512).

em onerosidade excessiva. Em compensação, a frustração trata de circunstâncias subjetivas, concernentes a determinações específicas das partes quando da celebração do contrato, que não necessariamente serão extraordinárias ou imprevisíveis.[121]

A frustração do fim do contrato também não se relaciona à figura da violação positiva do contrato, entendida esta como um *tertium genus* no universo do incumprimento em sentido lato, ao lado da impossibilidade imputável ao devedor e da pura e simples omissão da prestação devida.[122] Enquanto a violação positiva eventualmente dá ensejo à resolução contratual pelo descumprimento de deveres anexos emanados da boa-fé objetiva, a frustração do fim do contrato dela se aparta, à medida que a pretensão do contratante restou frustrada por acontecimento alheio à atuação positiva ou negativa das partes.

Na 29ª edição da obra de Orlando Gomes – edição de 2009 –, insere-se dentro das situações de violação ao princípio da função social do contrato a *"impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato"*. Esta espécie de impossibilidade que torna o contrato inútil causa a perda da sua função social – mesmo que por vicissitude ligada apenas à relação interna entre os contratantes –, tornando-o juridicamente ineficaz.[123] Aderimos a este posicionamento, pois, como já visto em nosso exame respeitante à função social do contrato, a violação ao princípio pode sancionar um contrato, em princípio válido, pela ineficácia superveniente, seja pela lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, como pela ofensa a interesses metaindividuais e, também, pela frustração do fim do contrato.

4.8 Extinção por morte de um dos contratantes

"Nessa estrada não nos cabe
Conhecer ou ver o que virá
O fim dela ninguém sabe
Bem ao certo onde vai dar
Vamos todos
Numa linda passarela
De uma aquarela
Que um dia enfim
Descolorirá..."

(Toquinho, *Aquarela*)

Em regra, o falecimento de uma das partes não implica decesso do contrato. Nascida a obrigação para o contratante, esta se transfere para os sucessores. No

121. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, parte general, op. cit., p. 532.
122. MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da modernização do direito civil*, op. cit., p. 113.
123. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 50-51. Traz-se à colação o caso de Larenz, "do artesão que, na Alemanha, insistia em fazer a porta da igreja, já demolida por bombardeio aliado, porque o contrato havia sido assinado; e, assim, inúmeras outras situações em que, sem haver impossibilidade da prestação, o verdadeiro fim do contrato, conhecido pelas duas partes, já não pode ser atingido".

direito contratual, não se prestigia a regra *mors omnia solvit*, pois a posição jurídica da parte até a abertura da sucessão será transmitida aos herdeiros do *de cujus*, a não ser que os contratantes tenham expressamente acordado solução diversa.

Excepcionalmente, nos contratos *intuitu personae*, insere-se a morte dentre as causas de dissolução contratual, afinal a relação contratual somente vicejou em razão de atributos específicos de um dos contratantes. Todavia, é uma causa diferenciada de extinção do contrato. De resolução por inexecução sem culpa não se trata, pois os seus efeitos não coincidem com os do acaso ou força maior.

Para Caio Mário da Silva Pereira, a morte seria uma espécie de cessação do contrato por *"resilição convencional tácita*, por entender-se que os contratantes o avençaram com a cláusula implícita da extinção".[124] Ousamos divergir, por considerarmos a resilição invariavelmente uma faculdade de um ou dos dois contratantes, ato jurídico que não pode assumir a forma de um fato jurídico *stricto sensu*, como a morte.[125]

A extinção do contrato pela morte se dá de pleno direito, em caráter *ex nunc*, preservadas as situações patrimoniais consolidadas, tais quais as prestações já vencidas nos contratos de duração.[126] Nesta linha, proclama o art. 836 do Código Civil que "A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança." Os herdeiros do fiador apenas se responsabilizam por débitos vencidos até a morte – pois o *status* de fiador não se transmite – e dentro dos limites das forças da herança (art. 1.792, CC).[127]

5. A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

5.1 Noções gerais

No conceito de Almeida Costa, a *exceptio non adimpleti contractus* é "a faculdade atribuída a qualquer das partes de um contrato bilateral, em que não haja prazos

124. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. III, op. cit., p. 154.

125. No mesmo sentido, ORLANDO GOMES. *Contratos*, op. cit. Enfatiza o doutrinador que se equipara a morte a "incapacidade superveniente. O contrato extingue-se quando se verificar a impossibilidade de execução porque o devedor se tenha tornado incapaz e sua obrigação não possa ser cumprida por outrem. Se o contrato é impessoal, o representante do incapaz deve executá-lo em nome do interdito" (op. cit., p. 229).

126. 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" (REsp 1.122.589-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 10.4.2012).

127. Aliás, sequer é o fiador devedor. Ele é responsável patrimonial por débito do afiançado. Há o *haftung* sem o *schuld*.

diferentes para a realização das prestações, de recusar a prestação a que se acha adstrita, enquanto a contraparte não efetuar a que lhe compete ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo".[128]

Não é outra a letra do art. 476 do Código Civil: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."

O sítio da *exceptio* são os contratos bilaterais, aqueles em que ambas as partes possuem direitos e obrigações recíprocas, sendo contemporaneamente credores e devedores. Compra e venda e locação são exemplos de contratos em que uma das partes transfere a propriedade ou a posse de um bem em troca de um preço ajustado. As obrigações nascem unidas, em uma relação de correspectividade e interdependência, e assim deverão se manter durante a execução da relação contratual, preservando o contrato como um todo incindível, no qual avulta a realização integral da relação.

Se a obrigação de uma das partes constitui a razão de ser da outra, uma das consequências da distinção entre contratos bilaterais e unilaterais concerne à possibilidade de apenas naqueles ser facultada a uma das partes a alegação da exceção de contrato não cumprido, quando instada judicial ou extrajudicialmente à realização da prestação devida. Cada qual dos contraentes deverá respeitar o conjunto indivisível da relação, a ponto de não reclamar a prestação do outro contratante, sem que esteja disposto a executar a sua.[129]

O fundamento da *exceptio* reside na equidade e na boa-fé objetiva. O sistema jurídico pretende que haja uma execução simultânea das obrigações. A segurança do comércio jurídico demanda o respeito pelas obrigações assumidas de modo a unir o destino das duas obrigações, de forma que cada uma só seja executada à medida que a outra também o seja. Uma verdadeira situação de interdependência, que assegura não apenas o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna), mas satisfaz a ordem social, que procura pelo adimplemento como imposição da justiça comutativa (função social externa).

128. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 327.

129. STJ – Informativo nº 0464. Período: 21 a 25 de fevereiro de 2011. Quarta Turma. "Na espécie, a sentença exequenda determinou que os recorrentes restituíssem o imóvel objeto da ação de rescisão de contrato de compra e venda proposta, na origem, pelos recorridos, condenando-os, ainda, a pagar uma indenização por perdas e danos em decorrência da ocupação do bem; em contrapartida, impôs que os recorridos devolvessem as quantias recebidas, salvo os valores referentes às arras confirmatórias. Contudo, na execução, os recorrentes opuseram os embargos sob a alegação de que o título seria inexigível, já que os recorridos não teriam efetuado o pagamento que lhes cabia. Nesse contexto, consignou o Min. Relator que, nas execuções de títulos em que se evidenciam obrigações bilaterais, a aplicação do *exceptio non adimplenti contractus* exige que os exequentes cumpram a prestação que lhes cabe para, só então, iniciar a demanda executiva (arts. 582, *caput* e parágrafo único, e 615, IV, ambos do CPC), motivo pelo qual a alegação de ausência de contraprestação suscitada pelos recorrentes enquadra-se no rol de matérias que podem ser aventadas em embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença nos termos do art. 741, II, do CPC" (REsp 826.781-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22.2.2011).

A aplicação da exceção de inexecução é a maneira de assegurar que as obrigações recíprocas se mantenham coesas, a fim de que uma das partes só possa ser compelida a prestar, caso a outra proceda de igual modo, preservando-se o sinalagma funcional. A *exceptio* traduz precisamente a necessidade de respeitar ou garantir a relação contratual como um todo indivisível. Nas palavras de José João Abrantes, "o princípio da interdependência não se auto justifica. Tem um fundamento objetivo, traduz uma preocupação de justiça comutativa e de respeito pela boa-fé e segurança nas relações negociais. É em resposta a tais exigências que a vontade social, de que a lei é expressão, postula o dever de execução simultânea".[130]

No que tange à boa-fé objetiva, percebemos a *exceptio* como especificação normativa da aplicação da máxima *tu quoque* – não faça aos outros aquilo que não queira que façam a ti mesmo –, regra de ouro que impede a constituição desleal de direitos subjetivos, através de dois pesos e duas medidas. Inadmissível o exercício de uma posição jurídica que não guarde proporcionalidade com o descumprimento anterior, afinal, quem viola uma norma não pode dela pretender extrair vantagens em um segundo momento.[131]

Note-se que, enquanto o descumprimento for temporário, a *exceptio* servirá como forma de pressão, hábil a compelir a outra parte a executar, preservando a unidade indivisível do contrato, visto de forma complexa e global, além de servir de garantia contra as consequências de uma inexecução definitiva. Não é o contrato que será suspenso quando do exercício da *exceptio*, mas somente a obrigação do devedor será provisoriamente suspensa. É a fim de constranger o co-contratante a executar que uma das partes recusa, temporariamente, o cumprimento de sua obrigação. Por isto, a exceção de inexecução possui carga cominatória, que não se revela na mera suspensão do contrato. Todavia, constatando-se a impossibilidade total de cumprimento, deverá o credor lesado pleitear a resolução contratual pelo inadimplemento, desvinculando-se da relação obrigacional (art. 475, CC).

Assim, será lícito ao lojista interromper o pagamento de prestações relativas ao contrato de direito de reserva comercial de espaço em um *shopping center* quando o empreendedor descumpre a sua obrigação de instalar loja "âncora" no local previsto, em detrimento do lojista. Caso o descumprimento se demonstre imperativo, poderá o empresário postular a própria resolução.

Esta distinção entre a *exceptio* e a resolução demonstra a impropriedade de se incluir aquele modelo jurídico no capítulo relativo à extinção do contrato (art. 472, CC), pois a exceção de contrato não cumprido não é uma forma de desconstituição da obrigação, mas um modo de oposição temporária à exigibilidade do cumprimento

130. ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato*, op. cit., p. 206.

131. Exemplo clássico de *tu quoque* está na conduta dolosa do menor que oculta a sua menoridade e, posteriormente, dela pretende se aproveitar para afastar os efeitos da obrigação (art. 180, CC); outrossim, o beneficiário de uma condição não pode se aproveitar de sua verificação, quando maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita (art. 129, CC).

da obrigação. Em outras palavras, a *exceptio* funciona como mero retardamento da prestação mediante defesa indireta de mérito pelo excipiente ou, mais propriamente, alegação em defesa de uma exceção substancial dilatória, como fato impeditivo ao direito do autor (art. 350, CPC/15). Enquanto o autor da demanda não cumpre a sua prestação, poderá se escusar a realizar a sua contraprestação.[132]

O direito de retenção também é uma exceção substancial dilatória, na qual o possuidor de boa-fé retém o bem, mesmo após a sentença de restituição do imóvel, como forma de constranger o retomante a indenizá-lo por benfeitorias necessárias ou úteis. Contudo, o direito de retenção concerne apenas a uma obrigação secundária do contrato. O retentor já cumpriu sua obrigação principal, não há mais prestação a ser suspensa (*v. g.*, o locatário já pagou todos os aluguéis). Ou seja, o direito de retenção procede de uma conexão existente entre o crédito e a detenção do bem, enquanto a exceção de contrato não cumprido recai sobre uma ligação de interdependência e reciprocidade existente entre as obrigações no contrato bilateral.

O nexo de interdependência entre as prestações faz com que a *exceptio* estenda a sua eficácia a terceiros, alcançando todos aqueles que, no contrato, substituam qualquer das partes – *inter vivos* (*v. g.*, cessionário e credores) e *causa mortis*. Vale dizer, se o objetivo contemporâneo do direito das obrigações é proteger a relação de forma global e sistêmica, a *exceptio* seria debilitada caso apenas pudesse ser invocada ao parceiro, mas não contra terceiros que interferem na relação sinalagmática.

A aplicação da *exceptio* se condiciona à simultaneidade da exigibilidade das prestações. A interdependência funcional autoriza a recusa. Assim é que, se ambas as prestações têm de ser realizadas sucessivamente, é claro que não cabe a invocação da *exceptio* por parte de quem deve em primeiro lugar, pois que a do outro ainda não é devida; mas, ao que tem de prestar em segundo tempo, cabe o poder de invocá-la, se o primeiro deixou de cumprir.[133]

Daí que, na promessa de compra e venda, o promissário comprador somente poderá pleitear a outorga da escritura definitiva do promitente vendedor quando pagar integralmente as prestações. Porém, esta regra é passível de derrogação nos casos em que, já na fase de execução do contrato, ocorre a perda da vantagem daquele a quem cumpriria apenas prestar em segundo lugar. Exemplificando, em contrato de permuta, A só teria de cumprir sua prestação de entregar o automóvel após receber

132. STJ. Informativo nº 0496, Período: 23 de abril a 4 de maio de 2012. Terceira Turma. "AÇÃO DE COBRANÇA. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. A Turma entendeu que o descumprimento parcial na entrega da unidade imobiliária, assim como o receio concreto de que o promitente vendedor não transferirá o imóvel ao promitente comprador impõe a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido. Isso porque se tem a *exceptio non adimpleti contractus* como um meio de defesa, pois, nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. E se, depois de concluído o contrato, em especial nos contratos de prestação continuada, e comprovada a dificuldade do outro contratante em adimplir a sua obrigação, poderá ser recusada a prestação que lhe cabe, até que se preste garantia de que o sinalagma será cumprido" (REsp 1.193.739-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 3.5.2012).

133. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, III, op. cit., p. 160.

uma carga de computadores de B. Todavia, antes do vencimento da obrigação de B, o automóvel de A foi penhorado em execução promovida por outro credor. Com efeito, a redução da posição patrimonial do contratante impõe o vencimento antecipado das suas obrigações perante outros credores (art. 333, CC) e a perda do benefício do prazo, pois praticamente inviabiliza as garantias daquele que teme praticar a sua prestação sem que possa no futuro receber a contraprestação.

A saída para o impasse será a substituição ou o reforço das garantias reais (hipoteca, penhor) ou pessoais (aval, fiança), restaurando-se o sinalagma rompido pelo risco do inadimplemento antecipado. Tendo em vista a necessidade de manutenção da justiça contratual e a tutela da obrigação como um todo indivisível, será legítima a recusa pelo excipiente de sua prestação primária, em caso de insolvência ou redução das garantias de cumprimento pela contraparte. Certamente, incumbirá ao contratante inocente a demonstração da fragilidade da posição econômica da contraparte.

Se o contrato silencia sobre o momento da execução das prestações recíprocas, considera-se a sua simultaneidade. Esta presunção pode ser desfeita pela lei. Assim, estipula o art. 491 do Código Civil, dedicado ao contrato de compra e venda: "Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço". Isto é, na compra e venda à vista, poderá o devedor reter a coisa até o momento em que esta for paga. O Código Civil instituiu uma sucessividade no cumprimento das obrigações: primeiro o preço é pago e depois ocorre a transferência da propriedade. Com efeito, solução contrária à preconizada pelo legislador causaria desconforto em caso de inadimplemento pelo comprador, em face da dificuldade de recomposição da situação anterior.

Se houver cumprimento incompleto, defeituoso ou inexato da prestação por um dos contraentes, admite-se a *exceptio non rite adimpleti contractus*, em que o outro poderá recusar-se a cumprir a sua obrigação até que aquela prestação se complete ou melhore.[134]

A *exceptio non rite adimpleti contractus* (exceção de cumprimento parcial ou defeituoso) só se encontrará justificada perante um incumprimento relativo, no qual não se poderá compelir alguém a executar totalmente a sua obrigação quando não obtém o seu crédito de forma cabal. A saída está na mais perfeita adequação entre o que se cumpre e o que se pode exigir do outro contratante.

Este cumprimento parcial tanto pode se referir à hipótese de mora de uma das partes no cumprimento da obrigação como também ao cumprimento inexato ou defeituoso, neste caso, quando o desempenho da prestação não observar o princípio da pontualidade, o que pode se dar por três vias: (a) quando o objeto do pagamento estiver viciado qualitativamente; (b) quando o devedor deixar de observar dever lateral

134. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 3. v., op. cit., p. 125.

de conduta; (c) quando for desrespeitado dever acessório. Estas situações autorizam a parte a suspender o pagamento até que seu crédito seja adequadamente satisfeito.[135]

Em acréscimo, sugere Orlando Gomes que as duas espécies de *exceptio* basicamente diferem nos efeitos. Havendo inadimplemento total, incumbe a prova ao contraente que não cumpriu a obrigação. Havendo execução incompleta, deve prová-la quem invoca a exceção, pois se presume regular o pagamento aceito.[136]

Discutem-se atualmente os limites do exercício da *exceptio*. Em sede constitucional, urge sempre precisar a proporcionalidade entre a inexecução da contraparte e o exercício da exceção. Será caracterizada como abuso do direito e, portanto, como ato ilícito (art. 187, CC) a conduta do excipiente que recusa cumprimento em razão de um inadimplemento mínimo praticado pela contraparte. No adimplemento substancial, a quebra de proporcionalidade entre a insignificante ofensa do direito e a alegação da *exceptio* acaba se convertendo em uma escusa indevida ao cumprimento do contrato.[137]

O princípio da boa-fé objetiva pretende limitar o exercício de pretensões excessivas, não sendo razoável a recusa total da prestação diante de uma falta sem maior gravidade e desprezível do ponto de vista da economia do negócio jurídico. Portanto, se A deveria entregar cinco veículos a B, mas deixa de cumprir com a remessa de um dos automóveis, não pode B se recusar a pagar o todo, amparado na inexecução de 20% da obrigação. Justo seria a recusa do pagamento na medida proporcional.

Portanto, só se aplica a teoria do adimplemento substancial na hipótese da *exceptio non rite adimpleti contractus*, em que há execução incompleta e defeituosa. Se o inadimplemento de escassa importância mantém o vínculo contratual, não permitindo que o contratante não inadimplente busque dissolver o contrato, faz também com que fique vedado à parte, abusivamente, alegar o leve descumprimento contratual para não cumprir com a prestação que lhe cabe. O julgador deverá valorar a gravidade do descumprimento ocorrido, só permitindo que a exceção paralise a pretensão posta quando for ela relevante para a economia contratual.[138] Contudo,

135. CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões sobre o cumprimento inexato da obrigação contratual. In: *Direito contratual* – temas atuais, op. cit., p. 361.

136. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 110.

137. STJ. "Alegam os recorrentes que não poderiam os recorridos exigir o implemento das obrigações contratuais se eles mesmos não cumpriram com as suas (pagar determinadas dívidas da sociedade). Porém, segundo a doutrina, a exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o contrato não especificar a quem primeiro cabe cumprir a obrigação. Assim, estabelecido em que ordem deve dar-se o adimplemento, o contratante que primeiro deve cumprir suas obrigações não pode recusar-se ao fundamento de que o outro não satisfará a que lhe cabe, mas o que detém a prerrogativa de por último realizar a obrigação pode sim postergá-la, enquanto não vir cumprida a obrigação imposta ao outro, tal como se deu no caso. Anote-se que se deve guardar certa proporcionalidade entre a recusa de cumprir a obrigação de um e a inadimplência do outro, pois não se fala em exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é mínimo e parcial" (REsp 981.750-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 13.4.2010).

138. STJ. "Comprovada a regularidade do loteamento, com o competente registro imobiliário, desnecessária a apresentação, pelo loteador, do contrato de compromisso de compra e venda devidamente registrado, providência a cargo do promitente comprador e a seu benefício, para o aparelhamento da execução das

na *exceptio non adimpleti* propriamente dita, em que nada do devido se cumpriu, inegável será a gravidade do descumprimento considerado em si mesmo, incidindo na função socioeconômica do contrato, o que sempre justificará a exceção de contrato não cumprido.[139]

Nos contratos que tenham por objeto a aquisição ou a utilização pessoal de bens classificados como essenciais, Teresa Negreiros[140] propõe a adoção de uma disciplina legal de índole tutelar para a *exceptio*, diversa da disciplina aplicável às demais espécies de contratos. Com propriedade, sugere a autora a mitigação dos efeitos do art. 476 do Código Civil nas hipóteses de inadimplemento em contratos voltados à satisfação de necessidades existenciais, tais como saúde, educação e segurança.

Não é distinta a postura do Superior Tribunal de Justiça: "em se tratando de serviços essenciais, como o fornecimento de água e de energia elétrica, a interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário. Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor".[141]

Com efeito, a arbitrária paralisação de serviços essenciais que compõem o mínimo existencial corresponde ao exercício de um direito de forma reprovável, desumana e ilegal. O prestador de serviços públicos deverá exercer sua atividade de maneira adequada, eficiente, segura e contínua e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento (Código de Defesa do Consumidor, arts. 22 e 42). Para receber os seus créditos, possui o fornecedor os meios legais próprios, não podendo fazer justiça privada porque não mais vivemos nessa época, mas, sim, sob o império da

---

prestações devidas pelo adquirente (Lei 6.766/79, de Parcelamento do Solo Urbano, arts. 26, § 1º, e 46). Na hipótese em que não se pretende a rescisão contratual, mas apenas a cobrança ou execução de prestações em atraso, é dispensável a notificação prévia para a constituição do devedor em mora (Lei 6.766/79, art. 32). Incide a regra *dies interpellat pro homine*. Se a falha na execução do contrato é de pequena monta, irrelevante, fica desautorizado o acolhimento da exceção do contrato" (REsp 648780/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., *DJe* 7.5.2014).

139. BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, op. cit., p. 106.

140. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 484. Em sede de corte de energia elétrica, considera a autora "que a melhor solução pode estar em permitir, não o corte total, mas a instalação de equipamentos que limitem o fornecimento a quantidades mínimas, capazes de suprir apenas as necessidades fundamentais" (op. cit., p. 481).

141. STJ, REsp 1194150/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJ* 14.9.2010: "Assim, para que o corte de energia elétrica por motivo de inadimplência seja considerado legítimo, a jurisprudência do STJ exige que: a) não acarrete lesão irreversível à integridade física do usuário; b) não tenha origem em dívida por suposta fraude no medidor de consumo de energia, apurada unilateralmente pela concessionária; c) não decorra de débito irrisório; d) não derive de débitos consolidados pelo tempo; e, por fim, e) não exista discussão judicial da dívida. Acrescentaria, ainda, outra condição: f) que o débito não se refira a consumo de usuário anterior do imóvel. A enumeração de tais requisitos se faz necessária porque, muito embora o artigo 6o, § 3o, da Lei 8.987/1995 prescreva que a interrupção, nos casos de inadimplência ou por razões de segurança, não caracteriza descontinuidade da prestação do serviço, o texto legal deve ser interpretado à luz da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, notadamente de seus arts. 22, 42 e 71".

lei, afinal, os litígios são compostos pelo Poder Judiciário, e não pelo particular. O fornecimento de bens primários é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento.

A outro giro, ao contrário do ordenamento civil de Portugal, que dispõe como norma de ordem pública a impossibilidade de renúncia antecipada ao exercício da exceção (art. 428, CC de 1966), o direito pátrio não se manifesta sobre a viabilidade de as partes inserirem nas relações civis a cláusula *solve et repete*.

Portanto, na seara da autonomia privada, é facultada às partes a disposição contratual da renúncia ao benefício da oposição da *exceptio*, mediante a inclusão da aludida cláusula em contratos paritários. A limitação se aplica indistintamente à exceção total e à parcial (*exceptio non rite*), mas não se estende a outras exceções materiais, como a de anulabilidade do negócio jurídico por vícios de consentimento. Com a cláusula *solve e repete* (paga e depois pede), o contratante deverá cumprir a sua prestação mesmo que a contraparte haja negligenciado o cumprimento da que lhe incumbia primeiramente. Remanesce em favor do contratante inocente ação autônoma para exigir o cumprimento ou pretensão ressarcitória.

Todavia, em sede de contratos de adesão, o art. 424 é taxativo ao impedir a elaboração de cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio – como a exceção de contrato não cumprido, ínsita aos contratos bilaterais. A outro tanto, norma de ordem pública sanciona com nulidade a cláusula que, em relação de consumo, coloque o consumidor em posição de desvantagem exagerada (art. 51, I, CDC).

Dessume-se de toda a exposição que o contratante adimplente poderá seguir três caminhos alternativos quando o parceiro descumprir a obrigação: (a) manter-se silente e, quando instado a cumprir, alegar a *exceptio*; (b) ingressar com a ação de resolução do contrato (art. 475, CC), demonstrando que o inadimplemento suprimiu objetivamente o seu interesse na prestação; (c) ingressar com demanda de cumprimento da prestação.[142] Acrescentamos que, na *exceptio non rite*, em princípio, não se abre a opção da *letra b*. Ela é meramente dilatória, pois, em função do diminuto inadimplemento, simplesmente se paralisará a exigibilidade da prestação de uma das partes enquanto não for efetivada a da parte contrária.

Finalizando, para Flavio Tartuce, a *exceptio* e a cláusula resolutiva tácita quando o credor, ao invés de meramente se defender do descumprimento total, alegue-a em sede de petição inicial com o objetivo de interpelar judicialmente a outra parte, visando à extinção contratual, nos termos do art. 474 do Código Civil. Como efeito resolutivo, havendo descumprimento bilateral, o contrato reputar-se-á extinto.[143]

142. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 3, op. cit., p. 189.

143. TARTUCE, Flavio. *Direito civil* – teoria geral dos contratos e contratos em espécie, op. cit., p. 244.

5.2 O risco de descumprimento

Enuncia o art. 477 que "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 norma trata da exceção de insolvência ou de *inseguridade*, conferindo ao contratante a pretensão ao retardamento de sua própria prestação quando se torne duvidoso ou arriscado o cumprimento da contraprestação, pelo fato de o parceiro contratual ter sofrido alterações patrimoniais. Esta situação será mantida até que a outra parte efetue a sua prestação ou dê garantias suficientes. Diferentemente do art. 476, aqui o legislador pressupõe a ocorrência de prestações sucessivas, pois aquele que faria o pagamento em primeiro lugar terá legitimidade para recusar o pagamento pelas razões apontadas.[144]

Ao contrário do que se possa inferir de uma leitura mais açodada do dispositivo, não tangencia ele a chamada "quebra antecipada do contrato" ou inadimplemento antecipado, mas a figura do risco do descumprimento da prestação, aplicável às hipóteses em que, apesar de não configurado o inadimplemento anterior ao termo, afigura-se alta a probabilidade de, no futuro, o devedor não adimplir sua obrigação no tempo, modo e lugar ajustados, a autorizar o credor a agir de imediato no sentido de proteger o seu crédito. No art. 477, o suporte fático objetivo do risco do descumprimento é a hipótese de deterioração patrimonial do devedor. A perda patrimonial característica do risco de descumprimento deve ser superveniente à formação do contrato e grave o suficiente para suscitar dúvida quanto à efetiva possibilidade de adimplemento da prestação. Não basta, portanto, a mera desconfiança de que o patrimônio da outra parte foi afetado por perda superveniente.[145]

Como observado por Aline Valverde, o risco do descumprimento não se confunde com o inadimplemento antecipado. O inadimplemento anterior ao termo – assim como o inadimplemento posterior ao termo – subordina-se à identificação da conduta culposa do devedor. Todavia, no modelo jurídico aqui examinado, não se perquire a culpa da parte que sofreu abalo patrimonial – por isso se utiliza a expressão *risco de descumprimento*, e não *risco de inadimplemento*, que pressuporia a culpa do devedor. O escopo do dispositivo não é punir o contratante, mas apenas proteger o equilíbrio

144. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. II, op. cit., p. 128.

145. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, op. cit., p. 184. Aderimos à proposição da autora, segundo a qual, "sob os influxos da atual perspectiva obrigacional, funcionalizada à realização do escopo comum perseguido pelas partes, deve-se permitir a aplicação analógica do art. 477 do Código Civil a hipóteses em que a consecução desse escopo seja ameaçada por outras causas que não envolvam a deterioração patrimonial do devedor, mas sim a sua concreta possibilidade de prestar" (op. cit., p. 274).

contratual, minimizando o risco de descumprimento, pois a prestação a ser recusada ainda não é exigível pelo credor, mas provavelmente não será realizada ao seu tempo.[146]

Digno de aplauso, portanto, o Enunciado nº 437 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".

Prosseguindo, o risco de descumprimento não apenas propicia ao credor uma exceção material, cuidando-se de uma pretensão, pois, caso o contratante fragilizado não obtenha as novas garantias que lhe são exigidas, poderá ajuizar ação de resolução com pedido de indenização ou executar a prestação da contraparte antes do prazo previsto mediante a tutela específica das obrigações de dar, fazer ou não fazer (arts. 497 e 498, CPC/15).

A exceção de inseguridade, como espécie de garantia contra o risco do descumprimento, também é materializada nas específicas situações dos arts. 495 e 590 do Código Civil. Estas normas são derivações do art. 477 do Código Civil. Em virtude da debilidade econômica de uma das partes, os referidos dispositivos autorizam o vendedor a suspender a entrega de sua prestação – mesmo que, por força do contrato, tivesse de pagar em primeiro lugar – até que o comprador lhe forneça garantia de cumprimento (art. 495, CC); e, ao credor do contrato unilateral de mútuo, a pretensão a uma garantia de adimplemento quanto ao valor a ser restituído pelo mutuário (art. 590, CC).

5.3 A *exceptio* nos contratos administrativos

Nos contratos administrativos, a *exceptio* assume contornos peculiares, o que nos impele a inaugurar um item específico respeitante à temática.

A doutrina administrativa tradicional preconizava a inviabilidade do exercício desta exceção substancial dilatória em benefício do particular, na hipótese em que a administração não cumpria a sua prestação, mas dele exigia a contraprestação. O fundamento teórico deste posicionamento era o princípio da continuidade do serviço público, prevalecente sobre o interesse do particular.[147]

A Lei nº 8.666/93 concedeu novas luzes à questão ao facultar ao particular a opção de suspender o cumprimento da obrigação diante de "atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação de ordem interna ou guerra" (art. 78, XV).[148]

146. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, op. cit., p. 186.
147. Neste sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 200.
148. STJ – Informativo nº 0395 – 22 de maio de 2009. Primeira Turma: "CONTRATO ADMINISTRATIVO. Este Superior Tribunal consagra que a regra de não aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, em sede de contrato administrativo, não é absoluta, tendo em vista que, após a Lei nº 8.666/1993, passou-se a permitir sua

Apesar de a norma condicionar o exercício da *exceptio* a uma mora da administração de, no mínimo, 90 dias, pondera José dos Santos Carvalho Filho que, em situações excepcionais, mesmo antes deste prazo, caso demonstre o prejudicado a impossibilidade de dar continuidade ao contrato por falta de pagamento, poderá formular pretensão no sentido de lhe ser conferida tutela preventiva imediata, com o deferimento de medida liminar para o fim de ser autorizado a suspender o objeto do contrato, evitando-se que futuramente possa a administração inadimplente imputar-lhe conduta culposa recíproca: "segundo nos parece, esse é o único caminho a ser seguido para impedir que a Administração, que está descumprindo obrigação contratual, se locuplete em sua própria torpeza".[149]

Causa espécie cogitar de um princípio da supremacia do interesse público, pois um princípio jamais se colocaria como um *a priori*, infenso a qualquer tipo de ponderação de bens, o que é ínsito à própria natureza de uma norma aberta e de tessitura vaga. Que princípio é este que aponta para a prevalência da supremacia do interesse público como única possibilidade normal de sua aplicação, relegando a um plano de inferioridade interesses privados como a liberdade e a propriedade?

Neste sentido, avança Humberto Ávila: "Não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular com base nesse 'princípio'. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. A única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principial ponderação entre interesses reciprocamente relacionados fundamentada na sistematização das normas constitucionais".[150]

E, nesta ordem de ponderação de bens, cumpre balancear o interesse público com o princípio da igualdade material, da boa-fé, da função social e da equivalência material dos contratos, uma vez que o particular não pode apenas ficar com os ônus do contrato administrativo, enquanto a administração retém as benesses, afinal, se aquele deixa de cumprir o negócio jurídico, o Estado não hesitará em adotar as "prerrogativas" que lhe são concedidas por lei e pelo Poder Judiciário. Mantida a percepção da vedação ao exercício da *exceptio* pelo particular, incorrerá o Poder Público em *tu quoque* e causará gravames aos particulares, eventualmente levando-os à ruína.[151]

---

incidência em certas circunstâncias, mormente na hipótese de atraso no pagamento, pela Administração Pública, por mais de noventa dias (art. 78, XV)" (REsp 879.046-DF, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 19.5.2009).

149. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito adminstrativo*, op. cit., p. 188.

150. ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: *Interesses públicos versus interesses privados*, op. cit., p. 214.

151. CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. A aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* aos contratos administrativos. In: *Direito contratual* – temas atuais, op. cit., p. 579.

Em sentido inverso, a ponderação de interesses poderá conduzir à manutenção da atividade, com vedação ao exercício da *exceptio* – mesmo após o transcurso do prazo de 90 dias sem pagamento – quando a natureza dos serviços prestados pelo particular for direcionada à satisfação de interesse público primário. Seria o caso do fornecimento de cilindros de oxigênio para uma UTI em hospital público. A interrupção da atividade implicaria risco imediato de morte para os pacientes, o que aconselha o deslocamento do litígio contra o Estado para a seara indenizatória.

Por todo o exposto, consideramos o prazo de 90 dias apenas como fator temporal de limitação ao exercício do direito potestativo de resolução por parte do cidadão, mas jamais como requisito impeditivo ao exercício da *exceptio non adimpleti*.

ENUNCIADOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL

Extinção pela Inexistência e pela Invalidade

Enunciado nº 149 – 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.

Enunciado nº 152 – Art. 167: Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante.

Enunciado nº 153 – Art. 167: Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros.

A Cláusula Resolutiva

Enunciado nº 31 – Art. 475: As perdas e danos mencionados no art. 475 do novo Código Civil dependem da imputabilidade da causa da possível resolução.

Resolução

Enunciado nº 165 – Art. 413: Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.

Enunciado nº 175 – Art. 478: 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.

Enunciado nº 176 – Art. 478: 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.

Enunciado nº 293 – Art. 167: Na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão somente do afastamento do negócio jurídico

simulado mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele.

Enunciado nº 294 – Arts. 167 e 168: Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra.

Enunciado nº 365 – Art. 478: A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou da revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

Enunciado nº 366 – Art. 478: O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Enunciado nº 367 – Art. 479: Em observância ao princípio da conservação 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.

Enunciado nº 376 – Para efeito de aplicação do art. 763 do Código Civil, a resolução do contrato depende de prévia interpelação.

O adimplemento substancial

Enunciado nº 361 – Arts. 421, 422 e 475: 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.

Parte II

CONTRATOS EM ESPÉCIE

FAT
Fortaleza
Ceará

CAPÍTULO I

Contrato de Compra e Venda

Sumário • 1. Noções gerais e quadro evolutivo da compra e venda – 2. O regramento dicotômico da compra e venda – uma breve introdução à CISG – 3. Noções conceituais e natureza obrigacional – 4. Classificação do contrato de compra e venda – 5. Elementos essenciais da compra e venda: 5.1 Generalidades; 5.2 Consentimento; 5.3 Preço; 5.4 Coisa (objeto da compra e venda) – 6. Efeitos jurídicos decorrentes da compra e venda: 6.1 Prolegômenos; 6.2 Responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção; 6.3 Responsabilidade pela perda ou deterioração (perecimento) da coisa adquirida; 6.4 Responsabilidade pelas despesas – 7. Situações especiais de compra e venda; 7.1 Noções gerais; 7.2 Venda por amostras; 7.3 Venda ad corpus e venda ad mensuram – 8. Cláusulas especiais (adjetas) na compra e venda; 8.1 Generalidades; 8.2 Retrovenda; 8.3 Venda a contento e venda sujeita à prova; 8.4 Preempção ou preferência convencional; 8.5 Reserva de domínio; 8.6 Venda sobre documentos; 9. Venda de bens públicos.

"Não foi preciso ir ao shopping pra comprar
Foi só pegar alguns trocados e ir correndo para o bazar.
Tinha de todas as cores
Mas Joe usa preto e dessa cor, eu resolvi comprar,
Pois da primeira vez a gente nunca esquece
Eu nunca mais vou me esquecer...
Nada a se comparar
Do dia em que comprei meu primeiro All Star."

(Cueio Limão, Meu primeiro All Star, de Henrique Badke)

1. NOÇÕES GERAIS E QUADRO EVOLUTIVO DA COMPRA E VENDA

A compra e venda é antiquíssima.

Por curiosidade, a Bíblia Sagrada chega mesmo a fornecer elementos para a comprovação do que se afirma: Abraão compra o terreno onde pretende sepultar sua esposa, Sara; e Jeremias, no assédio de Jerusalém por Nabucodonossor, compra o campo de Hanaméel.[1]

1. Os dados são pinçados da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes, chegando a acrescentar que, na antiguidade, a venda era processada "mediante acordo entre vendedor e comprador, num lugar público, com a presença de testemunhas, sendo o preço calculado por peso, e não pelo contado". *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 264.

Todavia, não se pode negar que as primeiras manifestações contratuais da humanidade, ainda nos primórdios da civilização, diziam, em verdade, respeito ao escambo ou permuta, limitando-se a uma simples troca dos objetos que remanesciam a cada pessoa. Bem se compreendem as dificuldades daquele rudimentar sistema, não se tratando, tecnicamente, de uma compra e venda. A escassez de produtos, a difícil localização de pessoas com outros bens que despertassem o interesse na troca, a pouca mobilidade do negócio jurídico eram fatores a atravancar as relações circulatórias de riqueza.

Surgiram, então, produtos que serviriam de referência em uma tentativa de facilitar o trânsito econômico. Primeiramente, as cabeças de gado (*pecus*, de onde se originou, inclusive, a expressão *pecúnia*); depois, as pedras e os metais preciosos, como o ouro; e, finalmente, a *moeda*, o dinheiro. Com a adoção da moeda, universalmente como um instrumento de viabilização das relações negociais, verdadeiro elemento substancial do intercâmbio econômico, surgiu o *contrato de compra e venda*, como o mais poderoso e eficaz instrumento jurídico de circulação de riquezas.

Note-se, nesse passo, que a compra e venda somente foi implementada a partir do momento em que a moeda se apresentou, efetivamente, como um valor universal, passível de circulação. Por isso, o comentário oportuno de Washington de Barros Monteiro de que *"o contrato de compra e venda, em última análise, não passa de mera estabilização da troca primitiva"*,[2] abandonando o seu aspecto *rem por rem* (coisa por coisa) para ganhar uma feição *rem pro pretio* (coisa por dinheiro).

Não se nega, porém, que a contemporaneidade promoveu uma justificável inversão de importância, ocupando a compra e venda uma absoluta (e lógica) primazia no tráfego jurídico, enquanto a troca se mostrou reservada a casos completamente pontuais.[3] Nos tempos atuais, a permuta é encontrada mais comumente no campo empresarial, sendo celebrada como instrumento negocial entre empresas, através da troca de produtos que produzem ou revendem.

De qualquer forma, bem percebe Otávio Luiz Rodrigues Júnior que em ambas as figuras (troca e compra e venda), está presente a "noção de retribuir um *dom*, o presente que era dado e, com ele, vinha a expectativa de semelhante atitude do beneficiário. Rememore-se a etimologia da palavra *venda*, que, dentre seus diversos sensos, compreende a noção de presentear o próximo. Vender também era oferecer um dom a outrem. Da mesma forma que na troca, porém, havia a legítima esperança de uma contrapartida. Até mesmo no plano teológico é perceptível a existência particular dessa relação entre a Santíssima Trindade e os homens [...] O Espírito Santo *presenteia* os homens com diferentes dons (*khárisma*, carismas), a fim de que os usem em prol da comunidade. A oferta dos carismas vem acompanhada de uma

2. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 96.

3. "Atualmente, as permutas ocupam exíguo espaço [...], porque a troca por excelência, na vida de todos os dias, é a que se faz por dinheiro", BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 388.

expectativa de quem os doou [...] Não é sem causa que o maior desses dons [...] *É o amor (caridade)*".[4] Daí a Primeira Epístola de São Paulo aos Coríntios (13:1):

> "Ainda que eu falasse línguas, as dos homens e as dos anjos, se eu não tivesse a caridade (o amor), seria como bronze que soa ou como címbalo que tine".

Hodiernamente, o contrato de compra e venda é tão frequente que se realiza sem qualquer indagação ou apreciação quanto à sua natureza ou formalidades. É o trato cotidiano da vida: *a coisa adquirida passa das mãos do vendedor para as do comprador, mediante o pagamento do preço, quase que intuitivamente.* O avanço da tecnologia já permite a celebração de compra e venda através da exposição de produtos em lojas e supermercados, com a simplificação do consentimento e, até mesmo, com o uso de aparelhos automáticos. Tudo isso sem desconsiderar a venda pela *internet*, sem que as partes tenham, sequer, de sair do conforto do lar.[5]

Enfim, por conta dessa capacidade de fazer circular riquezas com facilidade, a compra e venda é contrato frequente e de grande importância na estabilidade social e econômica. Pontes de Miranda, com habitual proficiência, chegou a perceber que a compra e venda "apanha desde os negócios jurídicos de esquina, ou de rua (vendedores ambulantes e estacionários), até os que têm por objeto patrimônios".[6]

Sob o ponto de vista sociológico, a compra e venda representa a superaÁão da apropriação (pilhagem) de bens e riquezas. Trata-se de mecanismo racional e humanizado de circulação de riquezas, na medida em que não se pode negar a tendência humana natural à aquisição de coisas que satisfaçam o ânimo.

É, enfim, o negócio *jurídico patrimonial basilar da economia mundial, sendo de capital importância* para a sociedade contemporânea.[7]

Nessa levada, percebendo a existência de um fenômeno humano de possuir individualmente determinados bens (cujo valor, econômico ou social, lhe causa satisfação pessoal), a compra e venda ganha uma densidade e importância evidentes.

Aliás, na pós-modernidade, as técnicas utilizadas para a compra e venda levam em conta essa *necessidade* humana de satisfazer os seus desejos materiais. É uma verdadeira profusão do desejo de consumir, de adquirir bens e serviços. Já se fala, inclusive, em *neuromarketing*,[8] como mecanismo para desvendar os mistérios do consumo humano, utilizando tecnologias da Medicina (como a ressonância magnética),

4. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 5.
5. Na mesma levada, a doutrina vislumbra que "a venda hoje surge também por formas mais diversas, como ocorre nas vendas por supermercados, por distribuidores automáticos, por meios informatizados etc. As obrigações acessórias, como fornecimento de assistência técnica e de várias garantias, surgem em grande quantidade", AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 20.
6. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., p. 9.
7. ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 735.
8. Para maior aprofundamento sobre o *neuromarketing*, faça-se a justa referência à obra de BORN, Alex. *Neuromarketing:* o genoma do *marketing*, o genoma das vendas, o genoma do pensamento. São Carlos: Suprema Gráfica, 2007.

da Psicologia, da Antropologia e da Sociologia para penetrar na mente humana, analisando a reação aos estímulos externos, como cor da embalagem, marca do produto, cheiro, sabor etc.[9]

Não se olvide, além de tudo isso, que o grande desenvolvimento e a facilitação da compra e venda terminou por fazer com que a sua celebração sirva como mero subterfúgio para a realização de outros tantos negócios jurídicos, como o mútuo feneratício (empréstimo de dinheiro) e os contratos de seguro.

Para além dos contratos exemplificados, lembre-se, ainda, louvando a doutrina do argentino Ricardo Luis Lorenzetti, que, hodiernamente, *os indivíduos, muitas vezes, se referem a venda sem querer transmitir a propriedade, porque é custoso fazê-lo ou porque há deterioração tecnológica dos bens solicitados, razão pela qual surgiu o que os empresários chamam de "venda do uso das coisas", dano origem a novas e numerosas relações negociais, como, por exemplo, o contrato de* leasing.[10] Em nosso país, o *leasing*, também chamado de *arrendamento mercantil*, foi introduzido na década de sessenta, inspirado na locação mercantil da coisa. Nos primórdios, não possuía tipificação legal, mas satisfazia o tráfego jurídico em face do interesse econômico que preencheu. Posteriormente, veio a regulamentação pela Lei nº 6.099/74, alterada pela Lei nº 7.132/83 e pela Resolução Bacen nº 2.309/96.[11] É o contrato pelo qual uma pessoa natural ou jurídica, desejando utilizar um determinado bem de consumo ou um certo imóvel, procede para que uma instituição financeira adquira o referido bem e alugue-o por prazo determinado, estabelecendo que, findo o lapso temporal, haverá uma tríplice opção para o arrendatário: devolução do bem, renovação do

9. É muito interessante a passagem capturada na *internet*: "o termo *neuromarketing* foi cunhado por Ale Smidts, professor de *marketing* na *Erasmus University* em Roterdã, Holanda. Porém, foi Gerald Zaltman, médico e pesquisador da universidade norte-americana de Harvard; que teve a ideia de usar aparelhos de ressonância magnética para fins de *marketing*. Posteriormente, com a divulgação de uma pesquisa científica no jornal acadêmico *Neuron*, da *Baylor College of Medicine*, em Houston, Texas (um estudo que consistia na experimentação dos refrigerantes Pepsi e Coca-Cola), o tema ganhou repercussão. Os experimentadores envolvidos não sabiam qual era da marca a bebida que tomaram, e comprovou-se que as declarações verbais de preferência, identificação e respostas cerebrais não eram compatíveis. Quando perguntados qual dos dois refrigerantes era melhor, metade respondeu Pepsi. Nesse caso, a ressonância detectou um estímulo na área do cérebro relacionada a recompensas. Já quando elas tinham conhecimento sobre a marca, esse número caiu para vinte e cinco por cento e áreas relativas ao poder cognitivo e à memória, agora, estavam sendo usadas. Isso indica que os consumidores estavam pensando na marca, em suas lembranças e impressões sobre ela. O resultado leva a crer que a preferência estava relacionada com a identificação da marca e não com o sabor", capturada em http://pt.wikipedia.org/wiki/Neuromarketing.

10. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, op. cit., p. 181.

11. Para maior aprofundamento sobre o tema, seja consentido remeter o leitor para o que escrevemos em outra sede, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Reais, op. cit., p. 676. Dali é possível extrair: "o financiador é uma empresa intermediária entre o produtor e a pessoa natural ou jurídica que necessita da coisa, adquirindo o bem para posteriormente locá-lo ao arrendatário em troca de um determinado número de prestações periódicas, com a possibilidade de se transferir a propriedade ao locatário ao cabo da relação obrigacional. A principal modalidade de arrendamento mercantil no país é o *leasing* financeiro, alcançando os bens móveis e os imóveis. Nessa situação, o arrendatário pretende um financiamento para a aquisição de um bem, já que não deseja imobilizar o seu capital em um produto que possa tornar-se obsoleto a curto ou médio prazo, e o arrendante deseja recuperar os custos investidos e ainda receber certa margem de lucro".

contrato por outro tempo ou aquisição do bem, pagando o preço residual fixado inicialmente no contrato.

2. O REGRAMENTO DUALISTA DA COMPRA E VENDA – UMA BREVE INTRODUÇÃO À CISG

"A verdadeira sabedoria consiste em saber como aumentar o bem-estar do mundo."

(Benjamin Franklin)

A sociedade pós-industrial irrompe como uma comunidade sem fronteiras. Os mercados são mundiais e os sujeitos de direito pretendem escapar do particularismo político de seus Estados, máxime em épocas de ampliação dos movimentos migratórios e de sérias dificuldades políticas e geográficas tanto na Europa quanto na América. Os investimentos empresariais e econômicos exigem um maior volume de segurança jurídica, até mesmo para um controle dos juros.

Uma ordem de caráter global cujo raio de ação tende a coincidir com os mercados internacionais, é aquele a que se dá o nome de *lex mercatoria*. Ensina Francesco Galgano[12] que a expressão alude ao atual renascimento de um direito universal, tal qual aquele em que viveram os mercadores medievais. Na nova *lex mercatoria* é concebido um direito criado sem a mediação legislativa dos Estados, gerando regras destinadas a disciplinar uniformemente as relações comerciais que se instauram entre diversos mercados, superando a descontinuidade jurídica própria do fracionamento de diversas ordens estatais.

Um grande passo para a edificação desse ordenamento supranacional se deu com a uniformização da legislação atinente a compra e venda internacional de mercadorias – a CISG (*Convention of international Sales of Goods*) –, ultimada na Convenção de Viena de 1980, capitaneada pela *United Nations Comission Of International Trade Law* (UNICITRAL).[13]

Surge assim um modelo alternativo de solução de litígios que pretende superar a antinomia de diversos ordenamentos por um diálogo capaz de acomodar um pluralismo valorativo, mediante um modo flexível, ágil e desburocratizado de conjugar

12. GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*, p. 248.

13. A Convenção de Viena é corolário de frustradas tentativas de unificação do direito contratual que remontam ao início do século XX. A Conferência de Haia de 1964 aprovou dois instrumentos normativos que não tiveram o êxito esperado: a Lei Uniforme sobre Formação de Contratos de Compra e Venda Internacional (ULFIS, sigla em inglês) e a Lei Uniforme sobre Compra e Venda de Bens (ULIS, sigla em inglês). Sob tais premissas, a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL, sigla em inglês) assumiu a tarefa de elaborar uma lei uniforme que, tanto quanto possível: (i) não definisse regras excessivamente pró-comprador (*buyer oriented*), ou pró-vendedor (*seller oriented*); e (ii) restasse aplicável tanto por sistemas de *civil law* quanto de *common law*. Em razão do expressivo número de adesões à Convenção, o desiderato foi alcançado.

negócios jurídicos pela linguagem da sociedade de mercado, aproximando atores de diversas localidades, sejam eles cidadãos de nações adeptas ao *common law* ou ao direito codificado legado da Europa continental (*civil law*).

A Convenção se consubstancia em 101 artigos, que versam de temáticas substantivas do contrato de compra e venda, como: âmbito de aplicação, interpretação, formação do contrato, direitos e deveres do comprador e do vendedor, conformidade de mercadorias, direitos em caso de violação do contrato e rescisão. Em suma, estão previstas regras atinentes a todas as fases da relação contratual, desde a apresentação da proposta comercial e do período de negociações, até o término do contrato e suas consequências. Para concretizar uma tarefa tão grandiosa, os trabalhos que precederam a aprovação da CISG contaram com a adesão de juristas de variados Estados e culturas jurídicas. O eixo da Convenção de Viena naturalmente seria o contrato de compra e venda, pois historicamente e, independentemente da língua de seus personagens, em qualquer lugar do globo, comprador e vendedor ajustam o pagamento de um preço como retribuição à entrega de um bem. A CISG se valeu do pragmatismo, pelo recurso de uma linguagem simples e direta, capaz de romper o tecnicismo que apenas causaria entraves à necessária agilidade do comércio internacional e, portanto, aos principais destinatários de suas regras.

Se o desejo de quem celebra transações internacionais é o binômio segurança jurídica e eficiência, a CISG lhes faculta a fuga de seus Estados e o protagonismo dos negócios (e não dos magistrados), mediante o recurso da justiça arbitral, conduzida por profissionais capazes de conciliar denso arcabouço teórico com a experiência das especificidades das práticas transnacionais, completamente distintas daquelas vivenciadas em cada comércio local.

Após esclarecer que o direito alemão dos contratos e o *uniform comercial code* americano são os dois modelos contratuais inspiradores do legislador da Convenção de Viena – como forma de harmonizar *civil law* e *common law* –, Véra Jacob dDe Fradera[14] assevera que além da autonomia privada,[15] a CISG é calcada no princípio fundamental do comércio, a boa-fé objetiva, que presidirá a formação e a execução dos contratos, seja na função interpretativa, integrativa (com destaque para o apelo aos usos e práticas comerciais internacionais), e pelo controle do comportamento excessivo das partes.

Nesse sentido, a cláusula geral do art. 7º da CISG se revela um *standard* comportamental em termos de harmonização de culturas díspares, preceituando que: "Na

14. FRADERA, Véra Jacob. A saga da uniformização da compra e venda internacional. In: *A compra e venda internacional de mercadorias*, p. 14-15. Segundo a autora, "o CISG representa a concretização de um dos ideais de Savigny, o da comunidade jurídica de povos, confirmando o pluralismo de fontes do direito e de uma exitosa coabitação entre o direito constitucional, o direito civil, o direito interno e o internacional, o nacional e o supranacional, ocorrendo múltiplas e proveitosas trocas entre essas diferentes esferas, algo inusitado no passado recente".

15. A vasta liberdade contratual é capturada no art. 6 do CISG, que permite aos contratantes a exclusão da aplicação dos dispositivos da Convenção, bem como a alteração de sua eficácia. Implica em *trade-off* aos comerciantes internacionais.

interpretação dessa Convenção, será levado em conta o seu caráter internacional, a necessidade de promover a uniformidade na sua aplicação e a observância da boa-fé no comércio internacional."

A função dessa cláusula geral é complementada pelo preceito que impulsiona os contratantes a agir como pessoas razoáveis (artigo 7.2), outro conceito vago e impreciso oriundo do direito norte-americano, mas que remete a um senso de prudência e sensatez que fatalmente induzirá à paulatina construção de modelos objetivos de comportamento capazes de direcionar os comerciantes a uma atuação leal e confiável.

É natural que essas e muitas outras regras sejam proteiformes e se eximam de prescrever comportamentos, contentando-se em descrever valores, e que outros importantes aspectos da compra e venda de mercadorias tenham sido excluídos da redação final. Afinal, a heterogeneidade das culturas jurídicas e da prática do direito internacional dos Estados participantes da CISG só permitiram o alcance de um compromisso mínimo para um regramento que se pretende uniforme.

Com vinte e dois anos de atraso, o Brasil ratificou a Convenção de Viena.[16] Talvez pela nossa dificuldade de se desvincular de uma concepção positivista de direito internacional, segundo a qual o Estado seria o soberano para dirimir conflitos advindos de relação envolvendo elementos estrangeiros. Isso não significa que antes de 2014 havia um óbice intransponível a sua adoção pelos *players* brasileiros do comércio internacional.[17] No período anterior à ratificação, a CISG apenas se aplicava mediante expressa previsão contratual – como cláusula de lei aplicável. Demandava, destarte, manifestação expressa de vontade das Partes.

Todavia, doravante teremos um catálogo específico de regras para a compra e venda internacional capaz de alavancar essa atividade econômica – quiçá uma das mais antigas da história –, com notável mitigação dos custos de transação, sobremaneira pela certeza e previsibilidade da aplicação de uma convenção de conhecimento geral. Ilustrativamente, na fase pré-contratual, ambos os entabulantes poderão discutir a oportunidade da aplicação de determinadas cláusulas contratuais, tendo como base um mesmo arcabouço jurídico. Vale dizer, a uniformização normativa contribui para o florescimento de um ambiente extremamente propício às trocas comerciais.

16. Com isso, o Brasil uniformiza seu regramento de contratos de compra e venda internacional de mercadorias com o de outros 79 países – que representam 90% do fluxo de comércio internacional [i] e incluem grandes parceiros comerciais do Brasil, como China, Estados Unidos e União Europeia (UE). No Mercosul por razões elementares, só falta a Venezuela.

17. Como explica Luiz Gustavo Meira Moser, por intermédio das regras de direito internacional privado, bem como pela opção de eleição de arbitragem como forma de composição de conflito contractual internacional, já era possível utilizar a Lei Uniforme, antes de sua ratificação em nosso País. A Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) consagrou plena autonomia das partes no juízo arbitral, o que permitiria que a Convenção de Viena regrasse o contrato celebrado entre as partes, desde que eleita como *substantive law* na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral. O Superior Tribunal de Justiça prestigiou o uso da CISG em procedimentos arbitrais na SEC nº 3.035. A formação do contrato de compra e venda entre ausentes, In: *A compra e venda internacional de mercadorias*, p. 116.

Certamente, parte do sucesso desse processo de uniformização ainda dependerá da interpretação que se der à CISG. O Poder Judiciário Brasileiro e as câmaras arbitrais convocadas a julgar conflitos regrados pela CISG devem interpretá-la com fundamento em sua internacionalidade. Os dispositivos constantes da CISG serão visualizados por uma hermenêutica apartada daquela adotada no direito interno, pois possui estrutura e mecanismos próprios. A solução do litígio não apenas envolve as partes, porém insere aquilo que Ronald Dworkin concebe como modelo interpretativo intitulado *Romance em cadeia*, o que implica a ideia de diferentes escritores com a tarefa de elaborar um roteiro incompleto, respeitando a integridade daquilo que foi escrito pelos que lhe antecederam, pela escolha da interpretação que melhor reflita a intenção do texto. Prevalece a noção de conjunto e coerência, objetivando um resultado integrado na construção do arcabouço normativo do comércio de mercadorias em âmbito internacional.

Com a incorporação da CISG ao ordenamento jurídico brasileiro e vigência a partir de 1°.4.2014, completa-se um movimento que se iniciou em janeiro de 20, com a vigência do Código Civil. Naquele instante, deu-se a revogação da primeira parte do Código Comercial com a supressão da dicotomia entre a compra de venda civil e a mercantil. Onze anos após a unificação obrigacional, vem à baila a ratificação da CISG, gerando revigorado dualismo entre o Código Civil e a Convenção de Viena, pois o novo diploma será aplicado tão somente aos casos em que, pelo critério *ratione materiae* da compra e venda internacional de mercadorias,[18] os estabelecimentos comerciais dos contratantes se localizem em Estados diversos (artigo 1. (1), *a*, CISG). Prevalece, assim, o critério da internacionalidade do contrato, sendo despicienda a estraneidade do contratante, ou seja, a aferição da nacionalidade das partes.

Aprovado mediante Decreto Legislativo n° 538/2012, em 18 de outubro de 2012, sem a promulgação do decreto presidencial, a ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional suscitou discussão sobre a vigência interna e externa da Convenção no país. Todavia, para o Direito Internacional e, sob a perspectiva dos outros Estados-Partes, o nosso País está vinculado ao fundamental marco jurídico dessa Convenção, em decorrência do depósito do instrumento de adesão pelo Brasil em 4 de março de 2013.

Com a entrada em vigor da CISG no Brasil, o Poder Judiciário passa a aplicá-la para solucionar litígios que envolvam contratos de compra e venda internacional de mercadorias. No silêncio do contrato, sendo proponente a Parte brasileira, o juiz deve aplicar a lei brasileira, vale dizer, aplicar a CISG. Outrossim, no que concerne aos negócios com estabelecimentos situados em países não signatários da Convenção, e

18. Ficam excluídos da CISG os contratos vetados pelo art. 2, como as vendas de: (a) mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor não soube, ou não devesse saber, que as mercadorias eram adquiridas para tal uso; (b) em hasta pública; (c) em execução judicial; (d) em valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, aerobarcos, embarcações e aeronaves; (f) de eletricidade. Bens insuscetíveis de categorização como "mercadoria" estão igualmente fora do escopo da Convenção, tais como bens imóveis, bens intangíveis, serviços de distribuição e representação comercial.

comerciante brasileiro pode prever expressamente no contrato a aplicação da CISG sem a necessidade de recorrer à arbitragem. A incidência e aplicação da CISG será automática, cabendo às partes, se assim não desejarem, indicar expressamente no contrato o afastamento da Convenção (conforme faculdade que lhes é atribuída pelo art. 6º da CISG).

Nos processos de arbitragem a cláusula de eleição da CISG se notabiliza, pois a Lei de Arbitragem prevê, expressamente, a autonomia da vontade das partes para escolherem o direito aplicável, o que inclui a escolha da aplicação da Convenção. Em seu art. 2º, § 1º, a norma estabelece que: "A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Poderão elas escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública."

Malgrado a sua natural vocação para o direito contratual internacional privado, não se pode deixar de perceber que a CISG também gera um impacto no direito contratual interno. Senão imediato, certamente gradual. Vale dizer, nos próximos anos várias de suas regras e interpretações internacionais servirão como parâmetros objetivos para a concretização das várias cláusulas gerais inseridas no Código Civil, com destaque para a boa-fé objetiva, abuso do direito e usos e costumes, além da especificação de vários aspectos relacionados propriamente à compra e venda, como a determinação do preço, vícios redibitórios, contratos entre ausentes, resolução negocial, dentre outras, que receberão o contributo do diálogo com a Lei Uniforme e a experiência milenar do comércio entre os povos.

3. NOÇÕES CONCEITUAIS E NATUREZA OBRIGACIONAL

O contrato de compra e venda, enquanto figura jurídica habitual e corriqueira, deve ser compreendido a partir do realce emprestado às duas condutas humanas correlatas que nele estão presentes: *de uma banda, a obrigação de uma das partes de pagar uma determinada quantia em dinheiro, e, a outro giro, o dever da contraparte de transferir o domínio de uma determinada coisa.*

Esse suporte fático, inclusive, mereceu juridicização pelo art. 481 do Código Reale, que expressou *in litteris*:

> Art. 481, Código Civil: "Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro".

Justifica-se, pois, a posição do direito brasileiro, que denominou esta figura contratual de *compra e venda*, assim como fizeram as legislações lusitana, chilena, espanhola e argentina (nos países de língua espanhola, chama-se *compra y venta* ou *compraventa*). Diferentemente, o sistema germânico e o austríaco preferem intitular o contrato de *Kauf* ou *Kaufvertrag* (compra), enquanto o francês o designa como *vente*, assim como o italiano denomina *vendita* e o inglês rotula como *sale* (venda). Como

se vê, a expressão *compra e venda* é mais abrangente e evidencia os dois diferentes polos da relação obrigacional, coadunando-se com o perfeito sinalagma existente.

Trilhando essas sendas, já se nota, sem dificuldade, que o contrato de compra e venda *É o negócio jurídico pelo qual uma das partes assume a obrigaÁão de transferir o domínio de algo, mediante o pagamento de um valor pecuniário.*[19]

Disso não diverge a civilística brasileira, pois os nossos doutrinadores engrossam o coro, como se pode notar:

> "Trata-se de um contrato donde defluem obrigações recíprocas para cada uma das partes. Para o vendedor, a obrigação de transferir o domínio da coisa; para o comprador, a de entregar o preço" (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, op. cit., p. 139).
>
> "Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente" (GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 265).

Nota-se, destarte, que a finalidade alvitrada pelo contrato de compra e venda é a *alienação de bens*, estando as partes marcadas pelo desejo de se desfazer e de adquirir uma determinada coisa. Noutras palavras, é, por excelência, um contrato para consumo.

A simples – e ainda que perfunctória – leitura do comando codificado e da firme lição doutrinária é suficiente para revelar que, no direito brasileiro, o contrato de compra e venda gera para os contratantes *efeitos meramente obrigacionais*: para o comprador, impõe o dever de pagamento, enquanto para o vendedor gera, como consequência, a obrigação de transferir a propriedade da coisa para o comprador.

Com isso, seguindo as pegadas de relevantes sistemas jurídicos que se perfilham ao modelo romano e germânico,[20] o direito brasileiro (CC, art. 481), expressamente, conferiu caráter *obrigacional* à compra e venda, negando-lhe eficácia translativa de propriedade (caráter real), como preferem os sistemas jurídicos que seguem o modelo franco-italiano. Nos ordenamentos que seguem os Códigos da França (art. 1.582 c/c 1.583) e da Itália (art. 1.470),[21] a compra e venda é suficiente para a transferência de propriedade, produzindo eficácia real. Reduzida a termos simplórios, esta tese admite, aceita, o contrato como mecanismo de aquisição de propriedade. Entrementes, em nosso direito positivo, esta figura contratual não é mecanismo hábil para a aquisição da propriedade. Ou seja, *a compra e venda origina uma obrigação de dar*,

19. Não se afasta dessa ideia o conceito proclamado pelo art. 1.323 do Código da Argentina: "haverá compra e venda quando uma das partes se obriga a transferir à outra a propriedade de uma coisa e esta se obriga a recebê-la e a pagar por ela um preço certo em dinheiro".

20. Seguindo o modelo do Código Civil alemão, o *BGB*, notadamente em seu § 433, encontram-se os ordenamentos da Suíça (art. 184), da Espanha (Código Civil, art. 1.445), do Chile (art. 1.176), do Uruguai (art. 1.648), da Colômbia (art. 1.880), do México (art. 2.283) e da Argentina (Código Civil, art. 1.323).

21. Além da França e da Itália, o Código Civil de Portugal (art. 874), o do Peru (art. 1.172) e o da Venezuela (art. 1.161) entendem que a compra e venda é suficiente para a aquisição de propriedade.

não operando a transferência da propriedade – que somente advirá com a tradição ou registro em cartório, seja móvel ou imóvel o seu objeto, respectivamente.

A explicação de Sílvio Luís Ferreira da Rocha é precisa: "a compra e venda não realiza a transmissão automática da propriedade, mas cria a obrigação de dar".[22]

De qualquer forma, o contrato de compra e venda serve como um título translativo, sendo o fundamento (causa) da aquisição de propriedade, não sendo necessária a celebração de outro negócio jurídico, diferentemente do que exige o direito alemão. Aqui, inclusive, acentua-se uma leve divergência entre o sistema brasileiro e o germânico: o direito brasileiro, abeirando-se da ideia romano-bizantina, estabelece na compra e venda uma relação obrigacional, impondo a transferência da coisa, independentemente do estabelecimento de outro negócio jurídico.[23]

Em sendo assim, no Brasil, a compra e venda produz, tão somente, *efeitos obrigacionais*, impondo ao vendedor o dever de transferir, posteriormente, a propriedade da coisa vendida. A aquisição da propriedade somente ocorrerá com a tradição (CC, art. 1.267),[24] para os bens móveis, ou com o registro no cartório, para os imóveis (CC, art. 1.245).[25] Caso o vendedor não transfira, espontaneamente, o domínio do bem objeto do negócio, caberá ao comprador exigir, em juízo, através de uma *ação de obrigação de dar coisa certa* (caráter pessoal), sem que possa promover uma *ação real*, pois ainda não é titular da coisa.[26]

Em síntese, o negócio jurídico de compra e venda, mesmo que celebrado por meio de uma escritura pública, em cartório, não é o bastante para transferir a propriedade, móvel ou imóvel Para além do contrato é preciso um ato posterior: o registro em cartório de imóveis, para a aquisição de imóveis, ou a tradição (efetiva entrega da coisa), para os bens móveis.

A real vantagem do sistema jurídico brasileiro – e dos que seguem o modelo germânico, como um todo – diz respeito à incidência da teoria dos riscos pela perda ou deterioração da coisa. Como em nosso sistema a compra e venda não é translativa de propriedade, se a coisa vendida perecer ou deteriorar, sem culpa, antes da efetiva entrega ao comprador, os riscos correm por conta do vendedor, que ainda é

22. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 127.
23. Explicando a discrepância, Otávio Luiz Rodrigues Júnior esclarece que no Código Civil alemão há uma departição, impondo-se a celebração de "um acordo obrigatório e um acordo translativo". *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 25.
24. Art. 1.267, Código Civil: "a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição".
25. Art. 1.245, Código Civil: "transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".
26. Em sentido contrário, minoritariamente, registre-se a honrosa exceção apresentada pelo genial professor das Alterosas, Darcy Bessone, discordando do enquadramento da compra e venda como obrigação de dar. Para ele, o registro apenas concluiria o ato complexo de formação progressiva, já tendo se exaurido a manifestação de vontade. Vale dizer, o registro apenas concederia eficácia real à compra e venda, sendo, então, desnecessária uma segunda manifestação de vontade do alienante, ao contrário do que sucede no direito alemão. *Da compra e venda*, op. cit., p. 43.

o seu proprietário. Logo, o comprador somente assume os riscos a partir do efetivo recebimento da coisa, o que amplia a sua proteção jurídica.[27, 28]

Além de tais obrigações bilaterais, necessariamente, são encontrados no contrato de compra e venda os *deveres anexos, laterais, decorrentes da boa-fé objetiva*, impondo ao comprador e ao vendedor uma conduta conforme a ética esperada, como os deveres de informação, lealdade, segurança e respeito.

Não é demais sublinhar que não caracteriza contrato de compra e venda, nem operação de mercado, os atos praticados entre as cooperativas e os seus cooperativados, bem assim como os atos praticados entre diferentes cooperativas para a consecução de seus objetivos sociais, conforme advertência feita pelo art. 79 da Lei nº 5.764/71. Por isso, afastam-se os efeitos deles decorrentes, inclusive no que tange à eventual tributação.[29]

4. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Fixado o caráter obrigacional do contrato de compra e venda, é chegado o momento de vislumbrar a sua classificação. A partir das regras codificadas, este negócio jurídico pode ser enquadrado como:

i) contrato típico e nominado;

ii) contrato bilateral;

iii) contrato consensual;

iv) contrato oneroso;

v) contrato comutativo ou aleatório;

vi) contrato de execução instantânea ou de trato sucessivo.

Vejamos minudentemente.

Prima facie, trata-se de *contrato típico e nominado*, estando disciplinado pelo Código Civil de 2002, notadamente nos arts. 481 a 532.

---

27. Em posição amplamente majoritária, a doutrina civilista reconhece o caráter meramente obrigacional da compra e venda. A respeito: GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 265; AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 19; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, op. cit., p. 293; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 90; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 172; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p.17.

28. Além disso, é de se registrar a crítica disparada por Orlando Gomes ao caráter real da compra e venda, observando a existência de "inúmeras dificuldades", principalmente "na venda de coisa fungível, na venda de coisa futura, nas vendas sucessivas e na venda com reserva de domínio". *Contratos*, op. cit., p. 270.

29. "O art. 79 da Lei nº 5.764/71 preceitua que os atos cooperativos são os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados para a consecução dos objetivos sociais. E ainda em seu Parágrafo Único alerta que o ato cooperativo não implica em operação de mercado, nem contrato de cmrra e venda de produto ou mercadoria". (STJ, Ac. 1ª Seção, REsp. 1. 164.716/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.4.16, DJe 4.5.16).

A compra e venda é, por sua própria essência, um contrato *bilateral*, à medida que exige a manifestação de vontade de ambos os contratantes, estabelecendo obrigações recíprocas para eles: o comprador assume o dever jurídico de pagar o preço convencionado, enquanto o vendedor tem a obrigação de transferir a coisa. Há, pois, um perfeito sinalagma, caracterizado pela bilateralidade de obrigações assumidas. Daí ser classificada a compra e venda como um *contrato bilateral perfeito*. E, assim, a prestação devida pelo vendedor (transmissão da propriedade) é correlata à prestação do comprador (pagamento do preço).[30]

Merece registro o fato de que a bilateralidade da compra e venda estará presente mesmo na hipótese de *autocontrato* ou *contrato consigo mesmo*. Permite a legislação (CC, art. 117) que uma única pessoa (que atua, também, em nome de outra, por força de uma representação, derivada, por exemplo, de um contrato de mandato) expresse, a um só tempo, a vontade em ambos os polos da relação. Ilustrando a hipótese para facilitar a compreensão, pode acontecer que, em uma compra e venda, o representante de uma parte seja, ele mesmo, a outra parte no contrato, participando duplamente da formação do negócio: uma em nome próprio e em seu próprio interesse e outra em nome próprio, mas no interesse de outrem.[31] A Codificação de 2002 contemplou, expressamente, a figura do autocontrato, notadamente em seu art. 117, rezando: "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". Conclusivamente, é certo asseverar ser elemento de admissibilidade do contrato consigo mesmo a ausência de conflito de interesses. Sendo assim, seria melhor se o legislador condicionasse sua realização à ausência de conflito de interesses, na mesma linha dos Códigos de Portugal e Itália. Nessa linha de argumentação, não há afronta à bilateralidade da compra e venda no autocontrato, mas, tão só, controle de sua validade.

É, também, um contrato *consensual*, por lhe bastar o consenso entre as partes sobre o preço e a coisa, não se lhe exigindo a prática de solenidades ou formalidades específicas. No ponto, ressalta o art. 482 do Estatuto Civil que "a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, *desde que as partes acordarem no objeto e no preço*". Exatamente por conta do caráter consensual, a compra e venda está aperfeiçoada no instante da declaração de vontade, independentemente, como regra geral, da efetiva entrega da coisa ou não. Nesse sentido, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 509 da súmula de sua jurisprudência, afirmando que sendo verídica a compra e venda é possível ao empresário aproveitar o

30. Vale conferir a explicação de Luiz Guilherme Loureiro: "nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, os contratantes são simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro. Em tais contratos, são criados direitos e obrigações para ambas as partes; cada uma delas fica adstrita a uma prestação". *Contratos no novo Código Civil*, op. cit., p. 138.

31. Para uma verticalização no estudo do autocontrato, leia-se FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 250.

crédito decorrente do recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS, mesmo quando a nota fiscal respectiva foi considerada inidônea.[32]

É bem verdade que, em determinados casos, excepciona-se esta regra. Como exemplo, vale lembrar a norma contida no art. 108 do *Codex*,[33] exigindo escritura pública para os contratos que tenham por objeto bem imóvel de valor superior a trinta vezes o salário-mínimo, sob pena de nulidade.Esse dogma da nulidade, que deflui do texto expresso da lei (CC, art. 108), deve ser compreendido sistematicamente com o art. 170 do mesmo Diploma Legal,[34] que cuida da *conversão substancial do negócio jurídico*, permitindo o aproveitamento de um negócio jurídico inválido quando a declaração de vontade foi livre e desembaraçada. Consiste a conversão substancial na busca do máximo aproveitamento do negócio jurídico concretamente celebrado. Justifica-se em virtude da própria *ratio essendi* do ato negocial: se se trata de declaração de vontade, deve se procurar, ao máximo, respeitar o cerne do elemento volitivo. Desse modo, a conversão substancial é o meio jurídico, através do qual, respeitados certos requisitos, um negócio jurídico inválido, absolutamente (nulo), é transformado em outro, com o intuito de preservar a intenção das partes que declaram sua vontade.[35] Importante destacar que não se trata de medida de sanação de invalidade absoluta do negócio jurídico (até porque a nulidade é insanável). Apenas se aproveita da vontade declarada para a formação de um ato, a princípio nulo, transformando-o em outro, para o qual concorrem os requisitos formais e substanciais, sendo perfeitamente válido e eficaz.[36] O *Codex* de 2002, com nítida inspiração na lei civil portuguesa, levando em conta, sem dúvida, as influências da precursora legislação germânica, e afirmando um novo tempo nas relações negociais, ressaltando a proteção da pessoa humana, consoante as prescrições constitucionais, admite esta medida sanatória.

Com base nessas ponderações, uma compra e venda nula por vício formal (como na hipótese de não ter sido lavrada por escritura pública quando o seu objeto supera

32. Súmula 509, Superior Tribunal de Justiça: "É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda".

33. Art. 108, Código Civil: "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".

34. Art. 170, Código Civil: "se, porém, 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".

35. Com semelhante pensamento, Wânia do Carmo de Carvalho Triginelli, que chega mesmo a dizer que a conversão existe com o fito de "dar remédio, na medida do possível, à irrelevância jurídica que, em princípio, afeta o negócio nulo". *Conversão de negócio jurídico*, op. cit., p. 61.

36. Com tais ideias, é fácil depreender que a "conversão é um instrumento útil à nova dogmática contratual, porquanto se liga ao princípio da boa-fé objetiva, impedindo que se frustrem, ao menos parcialmente, os efeitos pretendidos com a atuação jurídico-negocial das partes", como percebe Leonardo de Andrade Mattietto. E conclui com precisão cirúrgica: "como instituto que integra uma ordem jurídica em que o valor fundamental é o da dignidade da pessoa humana, é funcionalizado a obsequiar as situações subjetivas existenciais de que participa a pessoa, realizando uma verdadeira função social, com fins que transcendem as meras expectativas das partes e importam, ao invés, para a própria sociedade". "Invalidade dos atos e negócios jurídicos", op. cit., p. 343.

trinta vezes o salário-mínimo) admite substituição em promessa de compra e venda (que não exige forma solene) se presentes os requisitos básicos deste ato. Daí a necessidade de interpretação flexibilizada das exigências formais da compra e venda. Anuindo a esse raciocínio, José Osório de Azevedo Júnior enfatiza que "não se deve extrair de maneira categórica a consequência da nulidade plena por vício de forma em uma compra e venda de imóvel, pois eventualmente o ato pode conter todos os elementos de contrato de compromisso e produzir os mesmos efeitos deste e conduzir, por outra via, à transmissão da propriedade".[37]

Por outro turno, dúvida inexiste quanto ao caráter *oneroso* da compra e venda. Isto porque resulta em benefícios e sacrifícios patrimoniais para ambos os contratantes. Um deles lucra o preço ajustado, mas perde um bem integrante de seu patrimônio, enquanto o outro acrescenta o objeto da avença ao seu acervo patrimonial, mas paga um valor determinado.

Exatamente por se tratar de negócio oneroso, incidem, aqui, as regras da responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção, protegendo o adquirente. Ressalte-se, de qualquer modo, que o art. 503 do Código de 2002 estabelece que "nas coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de todas". Assim, se alguém compra trinta garrafas de um vinho de safra rara e uma delas é visivelmente imprestável para o consumo, somente aquela será rejeitada e não as demais. Seguramente, esta interpretação não se mostra equivocada, até mesmo porque o vício não desvaloriza ou inutiliza os demais objetos adquiridos. Contudo, impõe-se, também, uma interpretação temperada *cum grano salis* (com um grão de sal). Em se tratando de bens alienados em conjunto, como universalidades (de fato ou de direito), há de ser mitigada a referida regra. Seria o caso da aquisição de um rebanho ou de uma biblioteca. Em casos tais, a causa da compra e venda está intrinsecamente ligada ao conjunto de bens, e não individualmente a cada um dos objetos que compõem o acervo. É de se considerar que a aquisição conjunta da universalidade não ocorreu acidentalmente, mas foi a própria razão determinante do negócio jurídico, que, provavelmente, não se realizaria caso os objetos fossem fracionados. Nesse caso, se os bens defeituosos se avultam ou se o vício de um deles provoca efetivamente uma depreciação significativa do conjunto, entendemos que poderá o comprador rescindir o negócio jurídico com base na ação redibitória ou postular o abatimento no preço (ação *quanti minoris*), sob pena de lesão ao princípio da proporcionalidade. De fato, sendo a razão da compra a própria importância do conjunto, caso os vícios se mostrem substanciais, toda a finalidade do negócio será desvirtuada.[38]

37. AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 22.

38. Aderindo ao nosso pensar, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho propõem que "em se tratando de uma universalidade, por exemplo, uma biblioteca ou uma coleção de selos, cujo valor, em seu conjunto, pode superar o valor de cada um dos itens somados, individualmente considerados, ou na hipótese de a ausência de um inutilizar ou fazer perder o sentido da aquisição dos demais (ex.: par de brincos, cartas

Além disso, a *comutatividade* estará presente nesta figura contratual quando as vantagens patrimoniais são previamente conhecidas pelas partes. É o que ocorre quando, desde a formação do contrato, há uma certeza recíproca das suas obrigações e dos seus direitos. Nesse caso, a compra e venda estabelece "uma equivalência entre prestações e contraprestações (isto é, há um equilíbrio entre o que se dá e o que se recebe)", como salienta Sílvio Luís Ferreira da Rocha.[39] Não se olvide que, se houver uma eventual desarmonia, ou desequilíbrio, entre a prestação e a contraprestação, no momento da celebração da convenção, pode caracterizar lesão ou estado de perigo, invalidando o negócio jurídico (CC, arts. 156 e 157). Caso esta desarmonia seja superveniente, somente se apresentando após a formação contratual, não comprometerá a validade do acerto, mas pode atingir a sua eficácia, permitindo a sua revisão ou resolução por onerosidade excessiva (CC, art. 478).

De qualquer maneira, não se pode olvidar da possibilidade de uma compra e venda *aleatória* quando não há certeza dos ganhos e perdas dos contratantes. É o caso da venda a contento e da venda de coisa incerta.

Outros exemplos de vendas aleatórias dizem respeito à *emptio spei* (venda da esperança ou *sale of a hope*) e à *emptio rei speratae* (venda da esperança com relação à quantidade da coisa ou venda da esperança com coisa esperada). Aquela (*emptio spei*) diz respeito à assunção de riscos por uma das partes no que tange à própria existência da coisa. Por lógica, nesse caso, a parte fará jus ao recebimento integral do que foi prometido. O art. 458 da Norma Civil trata da *emptio spei*, reconhecendo uma incerteza em seu objeto.[40] O risco assumido pelo contratante consiste em ter de assumir a sua prestação mesmo que a contraprestação não se concretize. A sua vantagem depende da sorte. Portanto, mesmo se a coisa ou o fato futuro não advierem, quem assumiu a álea terá de desembolsar integralmente o valor ajustado previamente, desde que o beneficiado não tenha praticado ato ilícito que inviabilizasse a contraprestação. Nesse sentido, mesmo um contrato tipicamente comutativo, como a compra e venda, pode se converter em aleatório pela autonomia privada dos contraentes. Esta (*emptio rei speratae*) também é contrato aleatório, concernente à assunção de riscos, por um dos contratantes, com relação à quantidade da coisa, fixando-se um volume mínimo para a compra. Aqui, a incerteza não recai sobre a prestação propriamente dita, mas sobre a sua quantidade, como indica o art. 459 da Lei Civil.[41] O contratante terá de suportar a prestação mesmo que a coisa adquirida venha em quantidade mínima. Assim, em

---

de baralho etc.), sem que sejam considerados, por isso, meras partes integrantes, a regra legal pode não fazer sentido se aplicada". *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 42.

39. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 128.

40. Art. 458, Código Civil: "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".

41. Art. 459, Código Civil: "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

um contrato de compra de safra futura, mesmo que a colheita seja ínfima – em razão de eventos da natureza –, deverá o adquirente arcar com a importância ajustada no contrato. Certamente, o alienante só fará jus ao crédito se não atuou no sentido de obstaculizar a vantagem da contraparte, concorrendo culposamente para o prejuízo do adquirente. Ademais, mesmo não havendo culpa do alienante, caso a quantidade por ele obtida seja equivalente a zero, haverá a restituição dos valores eventualmente adiantados pelo adquirente. Trata-se de hipótese de inexistência do negócio jurídico, à medida que o objeto (bem) é pressuposto para a formação da compra e venda, eis que não há transferência de domínio sem uma coisa sobre a qual incidirá o preço (CC, art. 481). Em ambas as figuras, há, sem dúvida, uma aleatoriedade evidente.

Finalmente, a compra e venda pode se mostrar *instantânea*, quando o cumprimento da obrigação ocorre com a prática de um ato único, ou *de trato sucessivo*, na hipótese de sua execução ser diferida no tempo. Eloquentemente exemplificando, seria o caso da compra e venda à vista e da compra e venda a prazo.

A tudo isso, vale acrescentar que a sistemática do contrato de compra e venda, a depender da qualidade das partes envolvidas, pode ser submetida ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor. Se o adquirente é o *destinatário final* do produto adquirido,[42] o contrato estará submetido à regulamentação consumerista. Fora disso, aplicam-se as normas codificadas. A definição do regime aplicável releva na medida em que a legislação consumerista é protetiva, partindo da premissa de que a parte vulnerável (o consumidor) reclama tutela jurídica diferenciada. Com essa reflexão, Fábio Ulhoa Coelho apresenta o exemplo do anúncio: "o fornecedor, ao anunciar o produto, deve observar as restrições legais derivadas da coibição à publicidade simulada, abusiva e enganosa, fica vinculada às condições que propaga e não pode recusar-se a vender de acordo com a oferta feita. Já na compra e venda civil, aquele que anuncia, nos classificados de um jornal, estar vendendo o automóvel usado, não está obrigado a divulgar desde logo todos os elementos essenciais ao negócio".[43]

5. ELEMENTOS ESSENCIAIS DA COMPRA E VENDA

5.1 Generalidades

A natureza do contrato de compra e venda evidencia os seus elementos constitutivos: *o consentimento das partes, a coisa e o preço* (em latim, *consensus, res* e *pretium*).

esperada. Parágrafo Único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido".

42. A posição da jurisprudência superior é uniforme: "O Código de Defesa do Consumidor define consumidor como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, noção que, como a de fornecedor, é ideia-chave para a caracterização da relação de consumo" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.038.645/RS, rel. Des. Sidnei Beneti, j. 19.10.10, *DJe* 24.11.10).

43. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 146.

Como visto alhures, a forma não integra a essência da compra e venda em face das exigências naturais da prática cotidiana. Em verdade, se apresentaria estranho que o contrato de compra e venda, tão habitual e versátil, estivesse revestido de solenidades. Nesse contexto, justifica-se o comentário de Carlos Roberto Gonçalves, no sentido de que "por se tratar da espécie de contrato mais utilizada no comércio jurídico e na convivência social, a lei procura facilitar a sua celebração, simplificando-a".[44]

Há de se analisar, cuidadosamente, cada um dos seus elementos essenciais, desvendando as suas minúcias.

Vejamos.

5.2 Consentimento

O primeiro elemento essencial à compra e venda é o consentimento das partes no sentido de ajustar o preço e a coisa.

Esse consentimento é exteriorizado pela declaração de vontade das partes, convergindo sobre o preço, a coisa e as demais condições da avença. Pressupõe, naturalmente, a capacidade dos declarantes.

Ademais, lembre-se que a vontade deve ser explicitada de forma livre, sem embaraços, não podendo estar impregnada de malícia ou vício. Outrossim, é preciso que a exteriorização da vontade ocorra com respeito à boa-fé (objetiva e subjetiva) e à autonomia privada. Sofrendo alguma mácula (seja a má-fé, seja a quebra da autonomia privada), haverá defeito na manifestação de vontade, caracterizando os chamados *defeitos do negócio jurídico*, que podem ser *vícios de vontade* (quando houver discordância entre a vontade e a declaração de vontade) ou *vícios sociais* (quando a vontade estiver *perturbada*, sendo explicitada para causar prejuízo a alguém ou fraudar a lei), invalidando o contrato.

Em síntese: o consentimento deve ser livre e desembaraçado, sob pena de invalidade do contrato.

Se uma das partes é incapaz, absoluta ou relativamente, exige-se a representação ou a assistência para garantir a validade do ato negocial. Relembre-se, no ponto, a alteração da lista das incapacidades (arts 3ª e 4ª do Código Civil), implementada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (vide o capítulo 4 do volume I deste Curso de Direito Civil, dedicado ao estudo da Parte Geral do Direito Civil).

Em determinados casos, no entanto, a presença do representante ou do assistente não é suficiente para o aperfeiçoamento do contrato, impondo-se um requisito extra, um *plus*. São casos de *legitimação*, exigindo requisito específico para a prática de atos

44. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 196.

específicos. É possível lembrar a necessidade de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, para a venda de bem imóvel pertencente a um incapaz.[45] O interessado deve requerer ao juiz da vara de família a autorização (alvará para venda), através de procedimento de jurisdição voluntária, não estando submetido ao princípio da legalidade estrita e admitindo julgamento por equidade (CPC, art. 723, Parágrafo Único).[46]

Ademais, existem situações especiais envolvendo o consentimento dos contratantes na compra e venda, merecendo análise pormenorizada e específica.

a) Venda de ascendente para descendente

A primeira situação especial a exigir atenção e cuidado é a venda de ascendente para o seu descendente. É o exemplo da venda realizada do pai para o seu filho.

Dispõe, *verbo ad verbum*, o art. 496 do Código Civil:

> *Art. 496, Código Civil:*
> *"É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.*
> *Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória".*

Trata-se de disposição legal de caráter visivelmente protetivo do núcleo familiar, cuidando dos ingredientes psicológicos e econômicos que podem defluir de uma venda celebrada entre pessoas de uma mesma família.

De fato, as relações familiares entre pais e filhos, infelizmente, são assaltadas por turbulências, decorrentes do desamor, do desafeto, da mágoa e da ingratidão, dentre outros sentimentos indignos. Por isso, motivos diversos podem conduzir um ascendente a beneficiar um de seus descendentes, em prejuízo dos demais. Por isso, tende o ordenamento a estabelecer uma blindagem protetiva dos descendentes, evitando que o seu ancestral venha a frustrar fraudulenta ou simuladamente a sua perspectiva patrimonial, com o escopo de beneficiar outro filho. Seria o caso do pai que, sabendo que uma eventual doação para o filho predileto implicaria, por lei, antecipação da herança que caberia a este no futuro, resolve vender a este descendente a um preço completamente irrisório.

Na literatura, o *Rei Lear* (*King Lear*, no original inglês), obra de William Shakespeare, datada de 1606, relata a trágica velhice do soberano da Bretanha, que, sem

45. Veja-se, a respeito, o que diz o art. 1.750 da Codificação: "os imóveis pertencentes aos menores sob tutela somente podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz".

46. Bem pondera James Eduardo Oliveira: "no procedimento especial de jurisdição voluntária por meio do qual se obtém a autorização judicial para a venda de imóvel pertencente ao tutelado, cabe ao juiz verificar a presença de elementos de convicção indicativos da manifesta vantagem do ato de disposição. Positivada nos autos essa manifesta vantagem e avaliado o imóvel, a venda será aprovada pelo juiz e não precisará ser feita mediante hasta pública". *Código Civil anotado e comentado*, op. cit., p. 1.318.

conseguir um filho que tomasse lugar no trono, adiantou em vida a herança às três filhas mulheres. Em resumo, após decidir a divisão do seu reino entre as filhas – Goneril, Regan e Cordélia –, o Rei pede às filhas que demonstrem amor e gratidão pelo genitor, para que calculasse a partilha sucessória. Apenas Cordélia contraria as expectativas do Rei e, por isso, é expulsa do Reino. Curiosamente, é a única filha que se predispõe a não casar, preferindo proteger o ancião genitor da ganância de suas irmãs e dos esposos. Após entrar em processo de comprometimento mental, em razão da ingratidão das filhas que foram beneficiadas, Lear é expulso do próprio reino por elas e se refugia em uma cabana. No epílogo, Cordélia é enforcada e, desvendando a verdade, Lear morre tentando reavivar a filha, que, apesar de contestá-lo, se manteve fiel e dedicada a ele.[47] Aqui, evidenciado um conflito familiar pelo abandono aos idosos, reside a apoteose literária de Shakespeare, tratando de questão que se mantém, até os dias de hoje, atual e necessária.

Assim, a finalidade da aludida norma-regra é clara: impedir que os demais descendentes sejam prejudicados, com a eventual quebra da igualdade de quinhões na sucessão dos bens do ascendente, por conta de uma venda fraudulenta, simulada ou a preço vil.[48] Acautelar, portanto, a legítima dos herdeiros necessários. De fato, se o ascendente vende um imóvel a um dos seus descendentes a preço irrisório, estará, por vias transversas, prejudicando os demais descendentes e o seu próprio consorte.

A boa compreensão da norma exige a lembrança de que a doação realizada de ascendente para descendente (de pai para filho, *verbi gratia*) dispensa o consentimento dos demais descendentes *porque o controle da liberalidade ocorrerá após a morte do doador, por meio da colação* (CC, art. 2.003), restaurando-se a igualdade das legítimas dos herdeiros necessários. Ou seja, *a doação de ascendente para descendente implica adiantamento da herança que lhe cabe* (CC, art. 544).[49] Diferentemente, porém, a compra e venda de ascendente para descendente não está submetida à colação. E, por conta disso, se faz necessária a autorização dos demais interessados, justamente para que possam controlar eventuais artifícios e simulacros capazes de mascarar doações a um descendente em detrimento de outros.

47. A referência também é lembrada por Otávio Luiz Rodrigues Júnior. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 171, que acrescenta a declaração fatídica de Lear: "a tempestade, que na mente eu trago, nada me faz compreender por intermédio dos sentidos, exceto o que ressoa acolá: a ingratidão filial. [...] Cerrar-me à porta em uma noite como esta! Mais! Despeja, que hei de suportar! E em uma noite assim! Ah Goneril! Ah Regan! Vosso velho pai, tão generoso, que vos dera tudo com coração aberto!"

48. No mesmo sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha reconhece que o desiderato legislativo foi "impedir que seja alterada a igualdade que deve haver entre os descendentes, na sucessão dos bens dos ascendentes (cada um deve receber porção idêntica de bens), pela simulação de uma venda". *Curso avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 129.

49. Por outro lado, a eventual doação a qualquer pessoa, que não seja a um descendente ou ao cônjuge, não será tida como adiantamento de legítima, porém uma simples doação que será reputada perfeita se não exceder a metade disponível no momento da liberalidade. Excedendo o limite da legítima, haverá a nulidade do excesso (CC, art. 549).

Evitam-se atitudes enganosas e fraudulentas entre pessoas de uma mesma família, além de evitar, via de consequência, demandas judiciais entre elas.

Aliás, justamente pela similitude de efeitos jurídicos com a compra e venda, a anuência dos interessados também é necessária para a plena validade da dação em pagamento (cujas relações são regidas pelas normas de compra e venda),[50] da cessão onerosa (que é, em linhas gerais, uma venda de bem incorpóreo) e do contrato de troca ou permuta.

De qualquer sorte, o ascendente que pretende beneficiar um de seus descendentes poderá realizar doação em seu favor, dispensando, expressamente, a colação e, por conseguinte, esclarecendo que a liberalidade está saindo da sua cota disponível. Sendo assim, somente em caráter excepcional (com expressa manifestação de vontade), poderá o titular do patrimônio desigualar as legítimas de seus descendentes.[51]

A regra alcança não apenas pais e filhos. Também limita a compra e venda entre avós e netos, bisavós e bisnetos etc. Qualquer ascendente que pretenda vender a descendente, independentemente do grau de parentesco, está abrangido pelo sistema do Código Civil, impondo-se a anuência dos outros interessados.[52]

Celebrada, pois, uma compra e venda entre ascendente e descendente, é exigível a aquiescência dos demais interessados (os outros descendentes e o cônjuge), por serem titulares de direitos sucessórios. Desse modo, os netos e os bisnetos somente serão convocados para anuir ao contrato quando tiverem interesse direto na sucessão futura. Até porque a presença de um parente mais próximo exclui o mais remoto no âmbito do Direito das Sucessões. Ilustrando a hipótese, os netos somente precisam consentir com a venda de um imóvel pelo avô ao seu tio se o pai já é falecido. Estando vivos os filhos, os netos não precisam aquiescer. Nessa direção, confira-se a explicação de Paulo Nader: "se a pretendida venda relaciona pai e filho, o consentimento deverá ser dos demais filhos, dentro do mesmo grau de parentesco em linha reta".[53]

Note-se que o consentimento é exigido não apenas dos demais descendentes, mas, por igual, do cônjuge do vendedor. A explicação é singela: na medida em que o cônjuge é tratado como um herdeiro necessário (CC, art. 1.845), também não poderá ser privado da legítima, exceto por deserdação (CC, art. 1.961). Como esclarece o parágrafo único do multicitado dispositivo legal, é dispensável a anuência do cônjuge se o casamento está sob o regime da separação obrigatória. Isso porque estando o casamento sob o aludido regime de bens, não haverá concorrência com os descendentes, na ordem de vocação hereditária. Pode-se, naturalmente, indagar a razão pela

50. Art. 357, Código Civil: "determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda".

51. "A lei não impede a desigualdade, pois o ascendente sempre pode se valer da faculdade de dispor livremente de metade de seu patrimônio. Mas esse direito de desigualar encontra limites na proteção da legítima", AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 56.

52. Em igual sentido, Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 210.

53. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 172.

qual não se dispensou também o consentimento do cônjuge se o casamento for sob o regime da separação convencional de bens – chamada comumente de separação total de bens. Concretamente, o legislador exigiu a anuência do cônjuge se o matrimônio estiver sob o regime da separação convencional de bens porque manteve o direito sucessório do cônjuge nesse regime de bens (CC, art. 1.829).[54]

Por isso, a legislação civil proíbe aos ascendentes vender aos seus descendentes sem a concordância expressa dos demais interessados – cônjuge e outros descendentes.

Em se tratando de exceção, impõe-se uma interpretação restritiva. Assim, omisso o dispositivo, se o ascendente celebrar uma compra e venda simulada com outras pessoas (*e. g.*, a nora ou o sogro) para beneficiar um descendente indiretamente, o contrato pode ser declarado nulo por simulação, através de terceiro interposto ("laranja" ou "testa de ferro"), na forma da regra geral do sistema (CC, art. 167, § 1º, I), não incidindo a regra específica do art. 496 do *Codex*.

Outrossim, por idênticas razões, não há necessidade também da anuência dos cônjuges ou dos companheiros dos descendentes.

Aliás, a interpretação restritiva da norma impõe também o entendimento de sua inaplicabilidade nos casos de união estável – nos quais, também, não se exige consentimento do companheiro para alienar ou onerar bens imóveis, diferentemente do casamento. Assim, não se exige a anuência do companheiro quando o ascendente estiver em união estável.[55, 56]

Ainda buscando fundamento na interpretação estrita da regra legal, veja-se que *não é exigível a anuência dos demais interessados na venda de descendente para ascendente*, pela ausência de potencialidade lesiva no âmbito sucessório, na medida em que os ascendentes não são herdeiros preferenciais e diretos.[57]

A anuência dos interessados deve ser expressa e escrita, convalidando o ato negocial e afastando a eventual alegação de anulabilidade. Havendo descendente ou cônjuge incapaz, o consentimento "só terá validade se suportado em decisão judicial

54. Depois de algumas hesitações e controvérsias, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça restou pacificada, reconhecendo o direito sucessório do cônjuge casado no regime de separação absoluta, total, de bens. Confira-se: "1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil); 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil." (STJ, Ac. 2a Seção, REsp. 1.382.170/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 22.4.15)

55. Na mesma linha do texto, Flávio Tartuce destaca que, por se tratar de norma restritiva de direitos, "não se aplica por analogia aos casos de união estável". *Direito Civil*, op. cit., p. 259.

56. Inversamente, Paulo Luiz Netto Lôbo diz que se trata de mera "regra de simetria com o casamento. Se os companheiros não celebraram contrato de regime de separação absoluta de bens, a venda feita por um deles a descendente depende do consentimento do outro". *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 85.

57. Também assim, José Osório de Azevedo Júnior sustenta não se justificar uma "interpretação ampliativa a ponto de estender a proibição aos casos de venda de descendente para ascendente," cf. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 58.

específica, ouvido o Ministério Público e nomeado curador especial", como alerta Otávio Luiz Rodrigues Júnior.[58, 59]

Se um dos interessados (consorte ou demais descendentes) se recusa, imotivadamente, a conceder a outorga, poderá se caracterizar o ato ilícito objetivo, abuso do direito (CC, art. 187). Em sendo assim, será possível o *suprimento judicial do consentimento*, através de procedimento de jurisdição voluntária. Esta anuência judicialmente obtida se justifica porque, não havendo prejuízo para terceiros, a recusa injustificada pode afrontar a função social do contrato (terceiro ofensor). Enfim, no dizer de Sílvio Rodrigues, "não se deve deixar ao interessado ilimitado arbítrio para se recusar a assentir na venda que seu pai queira fazer a um irmão".[60]

Sob a égide da Codificação de 1916, o Código Beviláqua, a venda do ascendente ao descendente, sem o consentimento dos interessados, era marcada com a nulidade do ato. Melhorando, consideravelmente, o tratamento da matéria, o art. 496 do Código Reale considera que o contrato, em tais circunstâncias, é passível de invalidação, mas por uma sanção diversa: a *anulabilidade*. Pois bem, nulidade e anulabilidade são espécies do gênero invalidade: aquela, mais grave, afronta uma norma cogente, acautelando interesses de ordem pública; esta é uma sanção decorrente da lesão a interesses particulares, visados em normas dispositivas. A conveniência do legislador ditará quais são as hipóteses de nulidade e anulabilidade. No atual Código Civil, outras hipóteses, até então sancionadas como nulas, se tornaram meramente anuláveis, como, por exemplo, o casamento celebrado por autoridade incompetente (CC, art. 1.550, VI). A *contrario sensu*, casos de anulabilidade se converteram em hipóteses de nulidade, como a simulação (CC, art. 167).

Na espécie, entendemos que andou muito bem o legislador. A alienação onerosa feita pelo ascendente a um descendente sem que exista o consentimento dos outros *é situação que toca, exclusivamente, aos interesses patrimoniais da família, sendo excessiva a imposição da nulidade*.

Ademais, deve se levar em conta que, mesmo ausente a aquiescência expressa prévia, os interessados podem ratificar o ato por motivos pessoais ou mesmo por não vislumbrar qualquer prejuízo.

Assim, acatada a tese da anulabilidade, as consequências mais evidentes da venda de ascendente a descendente, sem a anuência dos interessados, são as seguintes:

i) possibilidade de ratificação do ato pelos familiares, através de posterior assentimento (CC, art. 176);

58. A respeito, foi cimentado entendimento no Enunciado 177 da Jornada de Direito Civil: "por erro de tramitação, que retirou a segunda hipótese de anulação de venda entre parentes (venda de descendente para ascendente), deve ser desconsiderada a expressão 'em ambos os casos', no parágrafo único do art. 496".

59. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 176.

60. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 159.

ii) impossibilidade de constatação do vício pelo juiz ou pelo Ministério Público de ofício, havendo necessidade de ajuizamento de ação própria pelos interessados para a anulação do contrato (CC, art. 168);

iii) a sentença produzirá efeitos *ex tunc*, desconstituindo-se retroativamente todos os efeitos transitórios até então produzidos (CC, art. 182);[61]

iv) o oficial do cartório de registro de imóveis não pode se recusar a lavrar a escritura pública, quando ausente a anuência de todos os interessados, por se tratar de interesse meramente privado e patrimonial.

Abraçada a regra da anulabilidade pelo sistema jurídico, consagra-se, em definitivo, uma concepção de que a venda de ascendente para descendente é de interesse puramente privado, exigindo que o interessado *demonstre o prejuízo alegado*, como, *exempli gratia*, a diminuição da legítima, decorrente de uma venda a preço irrisório. Após algumas divergências, a jurisprudência firmou posição no sentido de que é ônus de prova do interessado provar o prejuízo para obter a anulação em casos tais.[62]

Determinada a anulação judicialmente, o(s) beneficiário(s) deve(m) restituir o bem ou o valor equivalente, inexistindo solidariedade entre eles.[63]

Arrematando a apreciação desta especial situação, convém registrar que a ação anulatória deve ser ajuizada pelo interessado prejudicado no prazo decadencial de dois anos. *Somente os descendentes (e, eventualmente, o cônjuge) que não prestaram anuência possuem legitimidade e interesse de agir.* Não haverá, por óbvio, um litisconsórcio necessário. Se quiserem, os prejudicados podem formar um litisconsórcio facultativo. Trata-se de exercício de um direito potestativo de desconstituição do negócio jurídico de compra e venda, fluindo o lapso temporal a partir da data da celebração do contrato, como ressalta o art. 179 da Codificação.[64] Melhor seria, contudo, aplicar a teoria da *actio nata*, reconhecendo que o início da contagem do prazo deve ser o momento do *conhecimento da celebração do negócio jurídico*,

61. Bem por isso, se o filho ainda não tinha a sua paternidade reconhecida na data da venda do imóvel ao seu irmão, não poderá perquirir a validade do ato negocial. Isto porque os efeitos da sentença não podem atingir situações já consolidadas. Nesse sentido, veja-se Arnaldo Rizzardo. *Contratos*, op. cit., p. 373.

62. "1. A Eg. Segunda Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 661.858/PR, do qual foi Relator o eminente Ministro Fernando Gonçalves, *DJ* 19.12.2008, uniformizou a jurisprudência do STJ sobre o tema, adotando o entendimento de que *'a venda de ascendente a descendente, sem a anuência dos demais, segundo melhor doutrina, é anulável e depende da demonstração de prejuízo pela parte interessada'*. 2. Dessa forma, uma vez reconhecida que a venda de ascendente a descendente, sem a anuência dos demais descendentes, constitui ato anulável, impondo-se, por isso, a possibilidade de o descendente-adquirente comprovar a ausência de prejuízo para os demais descendentes, em decorrência de tal alienação, não há como afastar o entendimento do acórdão recorrido quanto à indispensabilidade, na hipótese, de dilação probatória" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 752.149/AL, Rel. Min. Raul Araújo, j. 14.9.2010, *DJe* 2.12.10).

63. "Anuladas as vendas dos imóveis de ascendentes a descendentes, a restituição do bem ou do valor equivalente é consequência natural, devendo cada herdeiro responder pela parte que indevidamente recebeu, porquanto descabida a presunção de solidariedade" (STJ, Ac. 3ª T., Edecl REsp. 661.858/PR, Rel. Min. Castro Filho, *DJU* 10.4.06, p. 177).

64. Art. 179, Código Civil: "quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato".

preservando melhor os interesses dos prejudicados.[65] Com isso, resta definitivamente superado o entendimento que foi consolidado, outrora, na Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal,[66] quando a referida Corte ainda detinha competência para apreciar matéria infraconstitucional.[67]

b) Compra e venda entre cônjuges (marido e mulher)

A partir do instante em que se rompeu o sistema patriarcal no qual a esposa era hipossuficiente e relativamente incapaz (até a edição do Estatuto da Mulher Casada, em 1962), já não mais se justifica qualquer limitação legal à liberdade negocial (autonomia privada) das pessoas casadas. A emancipação da mulher, fruto da isonomia constitucional, seja no âmbito jurídico, seja no âmbito social e econômico, permite que cada consorte administre individualmente o seu patrimônio.

Assim, nada obsta que um dos consortes (marido ou mulher) possa livremente manejar a sua autonomia privada e vender bens particulares ao seu cônjuge.

Justifica-se, pois, a autorização da venda de bens particulares entre cônjuges, na medida em que sobre estes o consorte não tem direitos meatórios. Até mesmo porque, no correr da vida de casado, um dos esposos termina adquirindo, com exclusividade, determinados bens, sobre os quais o outro não terá qualquer direito.

Incorporando tais ideias, o art. 499 da Codificação é de clareza meridiana ao reconhecer a licitude da *compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão*.

Será livre, assim, a aquisição onerosa por qualquer dos cônjuges dos bens excluídos do acervo comum.

Destarte, se o casal estiver sob o regime da comunhão universal de bens, não se cogitará da compra e venda, uma vez que o patrimônio do casal é inteiramente comum. Afinal, não se pode adquirir o que já lhe pertence. Excepcionalmente, será possível a compra e venda de algum dos bens elencados no art. 1.668 do Código Civil, por estarem excluídos da comunhão universal. Exemplificando, o marido pode comprar da esposa os bens que ela recebeu da herança paterna com cláusula de incomunicabilidade.

É certo e incontroverso, porém, que se deve ter atenção para eventual compra e venda fraudulenta ou simulada praticada entre marido e mulher, em detrimento

65. A orientação jurisprudencial vem simpatizando com esse entendimento. Veja-se a título ilustrativo: "Pela teoria da *actio nata*, o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data em que o lesado tem ciência do fato de que lhe causou dissabor moral. Precedentes" (STJ, Ac. unân. 2ª T., AgRg no REsp 1.177.978/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.10.10, *DJe* 10.11.10).

66. Súmula 494, STF: "a ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152".

67. Comungando com esse pensamento, foi editado o Enunciado 368 da Jornada de Direito Civil: "o prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos".

de terceiros. Nesse caso, caberá ao terceiro interessado atacar judicialmente o ato transmissivo, provando os elementos exigidos por lei para a fraude ou a simulação. De qualquer modo, não se justificaria impedir a compra e venda entre pessoas casadas somente pela potencialidade fraudulenta.[68]

Interessante discussão diz respeito à incidência da regra do art. 499 do Código de 2002 nas uniões estáveis. Coerentemente, vem prevalecendo a sua perfeita aplicabilidade nas relações de companheirismo.[69] Sem dúvida, também é possível a compra e venda entre pessoas conviventes em união estável por não se tratar de norma restritiva, limitadora, de direitos. Um companheiro pode, então, vender bens para o outro companheiro, desde que tais bens não integrem o patrimônio comum do casal, sendo bens particulares. Em sendo assim, admite-se a compra e venda entre companheiros, ao revés do que ocorre com a exigência de consentimento do cônjuge na venda ascendente para um descendente – regra que não incide nas uniões estáveis.

c) Venda de bem imóvel celebrada por pessoa casada

Se, por um lado, uma pessoa casada pode, livremente, praticar os atos necessários à manutenção do casal, independentemente da outorga do outro, por outro turno, existem atos cuja importância é tamanha para o patrimônio do casal (e mesmo para a própria manutenção do núcleo familiar) que somente podem ser praticados com a expressa anuência do consorte.

Estes atos que exigem a aquiescência do cônjuge constam, em rol taxativo, no art. 1.647 da Lei Civil,[70] merecendo interpretação restritiva, por se tratar de limitação de direitos. E, dentre eles, consta a *venda de bem imóvel*.

Assim, alude o inciso I do citado dispositivo legal à impossibilidade de *alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis*. Importante salientar que esta vedação incide, apenas, em relação à alienação (venda ou doação) ou à oneração (hipoteca, penhor...) *de bens imóveis*, não alcançando os móveis, ainda que de valor considerável – o que, de algum modo, revela uma injustificável proteção superior aos bens imóveis. Também releva notar que se exige a outorga para alienar ou onerar imóvel ainda que o bem não integre a comunhão, pertencendo, com exclusividade, a um dos cônjuges. É o exemplo da pessoa casada em regime de comunhão parcial que pretende alienar um imóvel adquirido antes das núpcias. Para tanto, precisará da outorga do seu consorte, apesar de o bem não ingressar na comunhão patrimonial do casal. Isto se justifica porque, mesmo quando o bem não se comunica no regime

68. "A solução está em fulminar de nulidade ou ineficácia o ato transmissivo, uma vez provado o estratagema, e não cercear genericamente a liberdade dos cônjuges em celebrar contratos entre si" (AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 67).

69. Também assim, Flávio Tartuce. *Direito Civil*, op. cit., p. 262.

70. Art. 1.647, Código Civil: "Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III – prestar fiança ou aval; IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação".

de bens, os seus frutos entram na comunhão (CC, art. 1.669). Exemplificando: se uma pessoa, que já tinha um imóvel antes de casar no regime de comunhão parcial, pretende aliená-lo, precisará da outorga (vênia conjugal) do consorte, uma vez que os frutos desse imóvel se comunicam (os aluguéis, *exempli gracia*).

Para além da hipótese de venda de bem imóvel, o ordenamento também exige a vênia conjugal para a prestação de *"fiança ou aval"* e para *"fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação"* (incisos III e IV).

Questão interessante deve ser apresentada: como fazer a prova consentimento? A resposta decorre da regra do art. 220 da Lei Civil, segundo a qual "a anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento". Partindo da intelecção do texto legal, infere-se que exigida a escritura pública, como da essência do ato, a vênia conjugal deve ter forma pública também. Com o escopo de facilitar o trânsito das relações jurídicas, o ideal é que a anuência seja prestada no próprio instrumento negocial que se pratica. Nada obsta, porém, que o consentimento seja obtido em instrumento autônomo.

Outra questão tormentosa diz respeito à aplicação deste dispositivo na união estável. Quem vive em união estável precisa, ou não, do consentimento do companheiro para a venda de bem imóvel (CC, art. 1.647)? Duas são as possibilidades de solução para o questionamento, antagônicas entre si.

Por um lado, há quem defenda a extensão das exigências deste artigo à união estável, sob o argumento de que, embora a referência expressa seja aos cônjuges, seria exigível a outorga a todos os casos de incidência do regime da comunhão de bens, o que alcançaria, consequentemente, a união estável (CC, art. 1.725), salvo existindo um contrato escrito, estabelecendo a separação absoluta.[71] Para esta corrente, em se tratando de um bem pertencente à comunhão patrimonial do casal em união estável, a sua alienação não pode prescindir do consentimento de ambos os companheiros.

Em posição diametralmente oposta, há quem negue a necessidade de outorga para a prática de qualquer ato na união estável. É que, como não se exige registro público de uma união estável, caracterizando-se como uma *relação meramente fática*, não há como regulamentar a produção de efeitos jurídicos de uma união estável sobre terceiros. O problema aumenta de tamanho quando se percebem as dificuldades de se estabelecer, com precisão, os limites temporais da união estável, tornando praticamente impossível exigir de terceiros as cautelas necessárias quando contratarem com alguém que esteja convivendo em união estável. A segurança jurídica ficaria, sobremodo, comprometida se o terceiro estivesse obrigado a saber quando um contratante está em união estável e desde quando.[72]

71. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 258.

72. Nesse diapasão, Euclides de Oliveira afirma não ser exigível nas uniões convivenciais a "autorização do companheiro para a alienação dos bens imóveis e outros atos gravosos ao patrimônio comum". *União estável:* do concubinato ao casamento, op. cit., p. 159.

A segunda posição merece apoio. De fato, considerando que a união estável é uma união de fato, sem a necessidade de registros públicos, não há como vincular terceiros, motivo pelo qual a outorga não pode ser exigida em nome da proteção do adquirente de boa-fé, resolvendo-se o problema entre os companheiros através da responsabilidade civil. A única hipótese em que o terceiro adquirente pode ser acionado, em nosso pensar, ocorrerá se ele tiver ciência de que o alienante vive em união estável, participando de um negócio fraudulento e propiciando a anulabilidade. Essa desnecessidade de outorga na união estável se justifica por diferentes razões. *Primus*, porque se tratando de regra restritiva à disposição de direitos, submete-se a uma interpretação restritiva, dependendo de expressa previsão legal. *Secundus*, pois a união estável é uma união fática, não produzindo efeitos em relação a terceiros. *Tertius*, e principalmente, em face da premente necessidade de proteção do terceiro adquirente de boa-fé, que veio a adquirir um imóvel sem ter ciência (e não há como se exigir dele) que o alienante havia adquirido o imóvel na constância de uma união estável. Por tudo isso, se um dos companheiros aliena (ou onera) imóvel que pertence ao casal, mas que está registrado somente em seu nome, sem o consentimento de seu parceiro, o terceiro adquirente, de boa-fé (subjetiva), está protegido, não sendo possível anular o negócio jurídico. No caso, o companheiro preterido poderá reclamar a sua meação, através de ação dirigida contra o seu parceiro/alienante, mas nada podendo reclamar do terceiro.[73] Exigir, destarte, a anuência do companheiro é desproteger, por completo, o terceiro de boa-fé. Nesse caso, fica assegurado ao companheiro prejudicado o direito de regresso contra o convivente que dilapidou o patrimônio comum. Também se reconhece ao companheiro, nestas circunstâncias, o direito de promover medidas cautelares inominadas para obstar a prática do negócio jurídico que lhe será desfavorável.

De qualquer maneira, o §3o do art. 73 do Código de Processo Civil de 2015 estende à união estável a exigência de consentimento do companheiro para figurar em ação que verse sobre direito real imobiliário, como a ação reivindicatória ou de usucapião. Com isso, é possível antever novos debates sobre o tema, com vistas à uma harmonia entre as referidas normas.

O ideal, sem dúvida, é que as pessoas que vivem em união estável tomem o cuidado de registrar o patrimônio adquirido, na constância da convivência, em nome de ambos, evitando, assim, dissabores e problemas futuros e garantindo a divisão do bem quando da dissolução da entidade familiar.

Também não se exige o consentimento do cônjuge se o casamento estiver submetido ao regime de separação convencional de bens. É justificável. Em se tratando de casamentos celebrados pelo regime da separação convencional de bens (chamada

73. Exatamente por isso, Zeno Veloso comenta que "no caso de um dos companheiros ter vendido imóvel que era da comunhão, que estava registrado no Registro de Imóveis apenas em seu nome, tendo ele omitido a circunstância de que vivia em união estável, o terceiro de boa-fé que adquiriu o bem não pode ser molestado ou prejudicado, podendo ser invocada, ainda, a teoria da aparência. A questão tem de ser resolvida entre os próprios companheiros, pleiteando o prejudicado, além de outras que forem cabíveis, indenização por perdas e danos". *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 144-145.

comumente de separação total), não há qualquer ponto de interseção entre os consortes, não se justificando a exigência de outorga, pois, neste regime, a administração e os frutos dos bens particulares também são particulares.

A regra, todavia, não alcança o regime de separação legal, obrigatória (CC, art. 1.641). Até porque a ressalva feita pelo Código, dispensando a necessidade de consentimento, dirige-se, tão somente, ao regime de *separação absoluta de bens*, conforme texto expresso do art. 1.647, na parte final. Assim, não há de se aplicar à separação legal, onde a diáspora de bens não é absoluta. Desta forma, na separação compulsória, a vênia conjugal permanece relevante, na medida em que há um ponto de interseção entre os cônjuges, a partir da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal,[74] determinando a partilha dos bens adquiridos onerosamente durante a constância do casamento (os chamados aquestos). Ora, se os aquestos serão partilhados no regime da separação legal, fatalmente, há necessidade de consentimento do cônjuge para que o outro pratique atos que podem impactar sobre este patrimônio comum.

Já as pessoas casadas no regime de participação final nos aquestos podem estabelecer no pacto antenupcial, expressamente, a dispensa de vênia conjugal para a venda de bens imóveis.

Se um dos cônjuges, injustificadamente, se recusa a ofertar o consentimento para o outro vender bens imóveis, pode estar *praticando abuso do direito* (CC, art. 187) e incorrendo em ilicitude civil. Por isso, permite o Código Civil (art. 1.648) o suprimento judicial do consentimento do cônjuge. Ou seja, se um dos consortes não quer, ou não pode, anuir à venda que o outro pretende praticar e para a qual se exige a vênia conjugal, poderá o juiz, analisando a razoabilidade, ou não, da recusa, supri-la, integrando o ato e permitindo a sua prática, com validade e eficácia.[75] Efetivamente, não há como precisar, em abstrato, o que poderia significar a inexistência de *justo motivo* para a recusa ao consentimento. Até porque a concessão, ou não, da outorga submete-se a critério pessoal de cada consorte, a partir das razões de conveniência familiar. Assim, somente na casuística, consideradas as peculiaridades da situação que se lhe apresenta e o impacto sobre os interesses do grupo familiar, é que o juiz averiguará a relevância do motivo da recusa do consentimento e, diante das provas, suprirá, ou não, a vênia conjugal.[76] O pedido de suprimento judicial da outorga será processado de acordo com as regras da jurisdição voluntária. O cônjuge que se recusa a conceder a vênia conjugal ao outro, necessariamente, será citado,

74. Súmula 377, Supremo Tribunal Federal: "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

75. É o que já consta do art. 74 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que o consentimento dos consortes pode ser suprido "judicialmente, quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível concedê-lo". Lembra, no parágrafo único, que a falta, não suprida pelo juiz, da autorização ou da outorga, quando necessária, "invalida o processo".

76. "O suprimento de outorga uxória, como medida de natureza excepcional que é, está condicionado sempre à ausência de justo motivo na recusa apresentada" (TJ/SC, Ac. unân. 1ª Câm. Cív., Ap. Cív. 32.573, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJSC 9.4.90, *in Adcoas*, 1990, nº 127.915).

sob pena de nulidade, pois é interessado diretamente (CPC, art. 721). Ademais, o Ministério Público somente será ouvido como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*) se houver interesse de incapaz (CPC, art. 178).

Registre-se, finalmente, que a venda de bem imóvel sem o consentimento do consorte (afora as hipóteses excepcionadas em lei) implica *anulabilidade*, conforme a dicção do art. 1.649 do Código.[77] Em se tratando de anulabilidade (e não de nulidade), a venda praticada pela pessoa casada sem a anuência de seu cônjuge produzirá regulares efeitos até que lhe sobrevenha a decisão anulatória (desconstitutiva). A ação anulatória, não custa lembrar, é de interesse privado, não podendo ser promovida pelo Ministério Público, mas somente pelo próprio interessado – entenda-se o cônjuge prejudicado, e no prazo decadencial de dois anos, contados do término da sociedade conjugal. A justificativa para a fixação do termo inicial no término da sociedade conjugal é apresentada por Paulo Lôbo: "nesse caso, o termo inicial equivale à condição suspensiva, justificada pela maior liberdade do cônjuge para litigar contra o outro, sem o constrangimento da convivência conjugal".[78] No entanto, considerando que a fluência do prazo somente terá início depois da dissolução matrimonial, o prazo nos parece bastante longo. Em se tratando de ato anulável (e não nulo), implica consequências que precisam ser destacadas: (*i*) restringe a legitimidade de sua arguição ao cônjuge preterido, a quem cabia conceder a vênia ou, se morto, aos seus herdeiros (CC, art. 1.650); (*ii*) permite a ratificação (convalidação do ato) pelo consorte preterido (CC, art. 1.648, parágrafo único); (*iii*) impede que o magistrado conheça *ex officio* a falta de suprimento, bem como que o Ministério Público venha a suscitá-la. Assim, defendemos, amparados na teoria da *actio nata*, que o prazo decadencial de dois anos venha a fluir a partir do *conhecimento da venda realizada pelo consorte* indevidamente.

Genericamente, não há dúvida, andou bem o legislador ao optar pelo sistema de anulabilidade em razão da falta de consentimento do cônjuge. Se uma pessoa casada aliena ou onera um bem, sem a outorga de seu consorte, nada mais natural que a ele, e somente a ele, se reserve a possibilidade de requerer a desconstituição do ato e o retorno do bem ao patrimônio do casal. Ademais, se a opção tivesse sido pela nulidade, não seria possível ao cônjuge preterido convalidar o ato através da ratificação, pois haveria interesse público, o que, a toda evidência, afrontaria a autonomia privada.

In fine, não se pode olvidar que o direito do cônjuge, preterido pelo outro na venda de imóveis, não pode ser exercido abusivamente, sob pena de prática de ato ilícito, com a consequente perda do direito à desconstituição do ato negocial. Significa, em termos práticos, que, anuindo o cônjuge, pelo seu próprio comportamento ao ato praticado pelo seu consorte, sem a sua autorização expressa, a propositura da ação anulatória

77. Art. 1.649, Código Civil: "a falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal".

78. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 264.

se mostrará abusiva, pela ocorrência do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório). Isto é, havendo anuência do cônjuge, tácita ou expressa, o requerimento judicial de anulação do ato será abusivo e, via de consequência, ilícito, por atentar contra a confiança depositada no outro e em terceiros. É a afronta à boa-fé objetiva. O Superior Tribunal de Justiça já tem precedente acatando a tese:

> *"Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. Venire contra factum proprium. Boa-fé. 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 denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução 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" (STJ, Ac. 4a T., REsp. 95.539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 3.9.96, DJU 14.10.96, p. 39.015).*

A tese da proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) é aplicável também para arrefecer a dureza do prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação anulatória. Conforme estabelece o art. 1.649 da Lei Civil, "a falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária, tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal". Ora, de acordo com o texto normativo, o *dies a quo* (termo inicial) do prazo para o ajuizamento da ação anulatória é o término da sociedade conjugal, pela dissolução do casamento. No entanto, é absolutamente possível que o cônjuge prejudicado tenha conhecimento da lesão ao seu interesse (*v. g.*, a venda de um imóvel sem a sua anuência) na constância do casamento, optando por não adotar qualquer medida em juízo e mantendo, em harmonia, a sociedade conjugal. Pois bem, o referido ato corresponde a um verdadeiro *perdão tácito* e, partindo da premissa de que, apesar de ter conhecimento, o consorte optou por não pleitear em juízo a anulação, poderá ensejar no outro e, principalmente, em terceiros, a expectativa de que não o fará posteriormente. Por isso, entendemos que a propositura da ação anulatória no biênio posterior à dissolução da sociedade conjugal poderá se mostrar abusiva (e, por conseguinte, ilícita) se o autor da demanda teve, anteriormente, conhecimento e preferiu nada fazer, deixando escoar inteiramente o prazo, criando a expectativa de que tal direito não seria exercitado. É mais uma variável do *venire contra factum proprium*.

d) Venda de bem condominial e venda de fração ideal de condomínio (cota-parte do condômino)

A expressão *condomínio* (ou *copropriedade*) designa, genericamente, a copropriedade, ou seja, o exercício simultâneo do direito de propriedade por duas ou mais pessoas.[79]

79. Destrinchando uma ideia conceitual sobre o condomínio, dissemos: "é possível que muitos tenham direito de propriedade, sem que isto afaste a unidade do domínio. Um proprietário pode ter um terço do direito

No condomínio, cada comunheiro (ou condômino ou, ainda, coproprietário) é titular de uma cota-parte, designada *fração ideal*.

Pois bem, o art. 1.314 do Estatuto Civil[80] permite que cada condômino possa, individualmente, vender a sua parte indivisa, independentemente do consentimento dos demais. Vale dizer, os outros consortes não podem impedir a venda da fração ideal a terceiros. Raciocínio contrário seria uma extrema intervenção do ordenamento sobre o poder de disposição, inerente ao direito subjetivo de cada proprietário.

Todavia, tratando-se de coisa materialmente indivisível, o art. 504 da Lei Civil[81] condiciona a alienação do quinhão do *condômino à concessão de direito de preferência aos demais condôminos, sob pena de ineficácia relativa do ato*. Não se trata de ato inválido (nulo ou anulável), mas de um negócio perfeitamente válido entre as partes, apenas não produzindo consequências em relação aos demais condôminos, eventualmente prejudicados.

Dúvida inexiste sobre a razoabilidade da exigência de respeito à preferência. Leia-se a lúcida ponderação de Otávio Luiz Rodrigues Júnior: "manter alguém associado a outrem, sob o regime da copropriedade, é algo que causa espécie ao codificador. Entretanto, *muito pior seria admitir que um estranho ingressasse no condomínio, ampliando a já delicada situação de compartilhamento da propriedade. É por isso que o art. 504 visa a proibir a alienação de quota-parte de um condômino a terceiros, sem que haja sido oferecido o quinhão a seus consortes*".[82]

Tende a legislação a obstar o ingresso de um terceiro no condomínio, permitindo aos comunheiros a aquisição da fração ideal (quinhão) daquele que deseja se retirar da copropriedade.

Por isso, sanciona-se com a *ineficácia* a eventual venda a um terceiro sem o respeito ao direito de preferência, seja o bem divisível ou indivisível. Isto é, sem a prévia interpelação dos comunheiros. A jurisprudência superior é firme sobre o tema:

---

de propriedade, cuidando-se de um direito divisível, sem que isto imponha qualquer fracionamento em seu domínio, que é indivisível. De fato, ainda que a propriedade seja plural – pois houve a partição do direito real –, todos poderão usar, fruir, dispor e reivindicar na integralidade, desde que o exercício dos poderes seja compatível com o estado de indivisão. Ora, razoável, então, não seria cogitar do termo condomínio, mas de compropriedade, pois a situação de sujeição do bem a cada qual dos proprietários não é reduzida pelo fato do direito de propriedade ter sido fracionado", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Reais, op. cit., p. 389.

80. Art. 1.314, Código Civil: "cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros".

81. Art. 504, Código Civil: "não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência. Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os coproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço".

82. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 287.

Ceará

"O condômino não pode alienar o seu quinhão a terceiro, sem prévia comunicação aos demais consortes, a fim de possibilitar a estes o exercício do direito de preferência, tanto por tanto, seja a coisa divisível ou não" (STJ, Ac. 4a T., REsp. 71.371-0/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 24.3.97, DJU 13.6.97, p. 16).

"Civil. Recurso especial. Condomínio. Alienação de parte ideal por condômino. Estado de indivisão do bem. Direito de preferência dos demais condôminos. Na hipótese de o bem se encontrar em estado de indivisão, seja ele divisível ou indivisível, o condômino que desejar alienar sua fração ideal do condomínio deve obrigatoriamente notificar os demais condôminos para que possam exercer o direito de preferência na aquisição" (STJ, Ac. 2a Seção, REsp. 489.860/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 27.10.04, DJU 13.12.04, p. 212).

Ao conceder aos demais condôminos o direito de preferência para o ato da venda da fração ideal, o legislador pretendeu conciliar os objetivos particulares do vendedor com o intuito da comunidade de coproprietários. Certamente, a função social recomenda ser mais cômodo manter a propriedade entre os titulares originários, evitando desentendimentos com a entrada de um estranho no grupo. Até mesmo porque, como insinua uma famosa passagem musical, o condomínio é fonte de conflitos: *"Tira essa escada daí [...] Essa escada é pra ficar aqui fora! Eu vou chamar o síndico: Tim Maia!"* (Benjor, Jorge, *W Brasil – Chama o Síndico*).[83-84]

Dessa maneira, o condômino a quem não se informou a alienação terá o prazo decadencial de cento e oitenta dias para desconstituir a alienação, mediante o exercício do direito potestativo de depositar idêntico valor àquele que fora pago pelo estranho ao condômino alienante, através de ação de preferência (também chamada de ação de preempção), *com o depósito do preço correspondente*. Mantendo a coerência intelectual, nos posicionamos pela tese de que o citado prazo fluirá a partir da data do efetivo conhecimento da venda, perfilhando a tese da *actio nata*.[85]

A prova do respeito ao direito de preferência (ou prelação) será feita por meio de *notificação judicial ou extrajudicial*, por força da analogia com o art. 27 da Lei nº 8.245/91 – Lei de Locação de Imóveis Urbanos, com prazo mínimo de trinta dias (art. 28 da supracitada norma legal). Trata-se de lapso temporal razoável, permitindo a reflexão dos interessados sobre a oportunidade e conveniência da aquisição

83. Com razão, o grande cantor da MPB, Jorge Benjor, ao perceber a necessidade de se convocar o síndico na pessoa de Tim Maia para resolver conflitos condominiais, como, *exempli gratia*, a colocação de uma escada em local indevido. De fato, ninguém "mais recomendado" para conduzir com leveza e jogo de cintura esse caldeirão de celeumas e controvérsias que é o condomínio.

84. Mesmo que a título de curiosidade, vale a pena registrar que a canção *W Brasil (Chama o síndico)* foi lançada em 1990, tornando-se imediatamente estrondoso sucesso. A música é uma homenagem ao cantor Tim Maia. Além disso, foi composta devido a um pedido pessoal de Washington Olivetto, proprietário da agência de publicidade W/Brasil, que encareceu ao artista uma música sobre a agência. A música revela, com precisão, o estilo de Jorge Benjor, possuindo diversos elementos, entre eles, *rock and roll*, samba, samba rock, bossa nova, *jazz*, maracatu, *funk*, *ska* e, até mesmo, *hip hop*, além de apresentar letras com toques de humor e sátira.

85. A doutrina é majoritária sobre o tema: "o marco inicial do prazo de cento e oitenta dias é a data em que o condômino preterido teve inequívoco conhecimento da venda e das respectivas condições", AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 81.

do quinhão condominial. Esta interpelação, contudo, não precisa conter os termos específicos da proposta de venda. Somente não pode conter elementos divergentes da oferta dirigida ao terceiro, sendo mister assegurar ao comunheiro as mesmas condições da proposta feita ao estranho.

Existindo mais de um condômino com o direito de preferência, a norma legal presta justa homenagem à *função social da propriedade*, estabelecendo que preferirá aquele que tiver o maior número de benfeitorias. Se nenhum deles realizou benfeitoria (ou sendo equivalentes), a preferência recairá sobre quem tiver o maior quinhão. E, finalmente, se todos tiverem a mesma fração ideal, todos os condôminos interessados terão direito de preferência proporcionalmente.

Em quadro sinótico, é possível entabular a ordem preferencial na hipótese de mais de um coproprietário exercer o direito de prelação legal:

i) a preferência será do condômino que tiver o maior volume de benfeitorias, realçando a função social da propriedade e a proibição de enriquecimento sem causa;

ii) na falta de benfeitorias (ou possuindo o mesmo volume), a preferência será do comunheiro com o maior quinhão;

iii) na falta de benfeitorias e todos possuindo a mesma cota-parte, terá prelação aquele que depositar em juízo o maior preço, podendo fazê-lo proporcionalmente ao quinhão, caso mais de um queiram fazê-lo.

Por evidente, o comunheiro que exercer o direito de preferência tem de fazê-lo tanto por tanto. Significa dizer: deve depositar o valor real do bem, acrescido das despesas do registro.

Não se aplica a regra em comento (exigência do direito de preferência) quando se tratar de *condomínio edilício*, na medida em que nele as unidades são compreendidas autonomamente, não havendo um todo monolítico.[86]

Igualmente, não haverá direito de preferência em favor do condômino quando se tratar de alienação gratuita (doação) da cota-parte pelo comunheiro. Afinal, em se tratando de liberalidade, não se pode impor o direito de preempção.

Acresça-se, ademais, que o direito de preferência do comunheiro, nas alienações onerosas de frações ideais pelos demais condôminos, supera, inclusive, o direito de preferência do locatário, previsto no art. 27 da Lei nº 8.245/91. Com isso, se um dos condôminos de um imóvel alugado pretende vender sua fração ideal, deverá

86. Diz Caio Mário da Silva Pereira que no condomínio edilício "o escopo preponderante é a propriedade exclusiva da unidade, ao mesmo passo que o condomínio sobre o solo e partes comuns somente existe em atenção ao objetivo de proporcionar a utilização efetiva da parte exclusiva. E, como a copropriedade é mero veículo de realização do direito individual, a venda do apartamento, mesmo se a convenção do condomínio dispuser em contrário, pode ser livremente feita, sem a restrição do art. 504". *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 188.

preferencialmente, ofertar aos seus comunheiros, e não ao inquilino. Somente se nenhum deles exercer a preferência será caso de ofertar ao locatário.

e) Nulidade da venda realizada por determinadas pessoas que administram bens alheios (venda de bens sob administração)

Por conta da proteção dedicada a certos sujeitos de direito, o sistema jurídico proíbe a venda de bens, sob pena de nulidade, em determinados casos. Vejamos:

> *Art. 497, Código Civil:*
>
> *"Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:*
>
> *I – pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;*
>
> *II – pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;*
>
> *III – pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;*
>
> *IV – pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.*
>
> *Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito."*

Como se vê, são cinco situações em que a compra e venda será, intransigentemente, sancionada como nula[87] pela ausência de legitimação para a sua prática.

Isto porque a capacidade de fato é um elemento tradicional de validade para a prática de negócios jurídicos em sentido genérico. Permite-nos adquirir direitos e contrair obrigações pessoalmente, sem a necessidade de interposição de uma terceira pessoa (curador ou tutor). Nada obstante, para a prática de determinados negócios, a capacidade se mostra insuficiente para a validação do ato, sendo necessário o preenchimento de um *requisito extra para que o titular tenha poder de disposição sobre os interesses em jogo*. É a *legitimação*. Ou seja, a legitimação diz respeito a um *plus*, um requisito específico para a prática de um ato específico. Normalmente, o legislador exige a legitimação para proibir a prática de negócios jurídicos entre determinadas pessoas, com a finalidade de proteger os próprios contratantes e terceiros.[88]

87. Dispara James Eduardo Oliveira: "o art. 497 do Código Civil é intransigente quanto à consequência do descumprimento da proibição proclamada: a nulidade do negócio jurídico. Trata-se de nulidade absoluta". *Código Civil anotado e comentado*, op. cit., p. 404.

88. Já escrevemos, em outra obra, dedicada ao estudo da Teoria Geral do Direito Civil: "não há de se confundir, todavia, a *capacidade jurídica* com a *legitimação*. Esta (a legitimação) significa uma 'inibição para a prática de determinados atos jurídicos, em virtude da posição especial do sujeito em relação a certos bens, pessoas ou interesses', como salienta Washington de Barros Monteiro, enquanto aquela (a capacidade jurídica) diz respeito à possibilidade genérica de praticar atos jurídicos pessoalmente. Noutra perspectiva, é possível afirmar que a legitimação é uma espécie de *capacidade jurídica específica para certas situações*. Ou seja, um requisito específico (legalmente exigido) para a prática de certos atos específicos. A legitimação é, portanto, um *plus* na capacidade. Trata-se de um requisito específico, extra, exigido para a prática de determinados

Especificamente no contrato de compra e venda, o ordenamento proíbe a venda em certos casos para preservar os interesses éticos ou patrimoniais. A autonomia privada é limitada em razão de interesses funcionalizados à ordem pública.

E mais: *a validade da compra e venda nos casos mencionados no art. 497 da Lei Civil depende de expressa autorização judicial*, como requisito específico para o ato (legitimação).

Nas hipóteses aludidas no artigo mencionado, a proibição da compra e venda abrange as aquisições em hasta pública. Apesar de a arrematação de bens em execução não ser considerada propriamente uma alienação, mas um ato de expropriação estatal, é nela que se verificariam as hipóteses mais comuns de desrespeito à necessária isenção que se demanda de todos aqueles a quem se refere o dispositivo.

O inciso I *veda a aquisição por tutores, curadores, testamenteiros e administradores com relação aos bens confiados à sua guarda ou administração.* Seria constrangedor que o sistema permitisse que os bens de incapazes fossem adquiridos por seus representantes, sob pena de vulneração da própria essência de tais institutos protetivos. A situação se estende a todos aqueles que possuem bens administrados por terceiros, mesmo capazes, pois há uma evidente colisão de interesses em qualquer forma de compra e venda do patrimônio que se propôs o representante a acautelar. A razão é simples: os aludidos sujeitos exercem múnus público,[89] necessário aos interesses de outrem.

Os incisos II e III retratam hipóteses semelhantes. Veda-se que os *servidores públicos, de qualquer dos poderes, inclusive do Judiciário, além dos magistrados,*[90] *adquiram bens que estejam sob a sua esfera administrativa imediata.* Qualquer entendimento contrário macularia a tutela da *res* pública e colocaria sob suspeita a necessária isenção que se exige de todos os agentes que exercem atividades públicas, em qualquer nível.

A quarta hipótese coíbe *a aquisição por leiloeiros e prepostos dos bens de cuja venda estejam encarregados.* Estas pessoas são colaboradoras da atividade judiciária.[91] A diretriz da eticidade, que está presente no Código Civil, determina que lhes sejam estendidas as mesmas vedações aqui tratadas.

---

atos específicos da vida civil", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 120.

89. Explica Pietro Perlingieri que múnus público "é um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever; como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los". *Perfis do Direito Civil:* introdução ao Direito Civil-Constitucional, op. cit., p. 129.

90. A referência aos *juízes* (inciso III do art. 497) alcança qualquer membro do Poder Judiciário, inclusive os das Cortes Superiores. E a alusão aos *serventuários da justiça* abrange, por igual, os conciliadores e os juízes leigos dos Juizados Especiais Cíveis, na forma do art. 7º da Lei nº 9.099/95.

91. "São pessoas legalmente autorizadas e incumbidas de efetuar leilões públicos, assegurando a venda ao que der o lance mais alto para a coisa. O leilão pode ser público ou privado. O leiloeiro tem de atuar com total isenção, evitando atitudes que beneficiem interessados", LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 100.

Não há dificuldades em compreender que as vedações mencionadas alcançam a cessão de crédito. É que a cessão se aproxima da compra e venda, pois o cedente transfere onerosa (venda) ou gratuitamente (doação) o seu crédito contra o cedido, tornando-se o cessionário o novo proprietário do crédito.[92] Exemplificando, é impraticável a cessão de direitos hereditários pelo juiz com relação a um processo de inventário que está em tramitação na vara que ele preside.

Tendo em vista o nítido interesse de preservação da segurança jurídica que justifica a edição da norma, não podemos concordar com a restrição das hipóteses ao *numerus clausus*, com base em interpretação restritiva. Nossa interpretação é extensiva, alcançando a vedação qualquer forma de aquisição que envolva a aquisição de bens confiados à guarda e à administração de terceiros.

Por fim, todo o cuidado será pouco para a prevenção de condutas simulatórias que pretendem atingir vantagens econômicas através da prática dos aludidos negócios por pessoas interpostas, oferecendo-se uma aparência que não corresponde à verdade. Não raramente surge a pessoa do "testa de ferro" para substituir na compra e venda aquele que é privado da prática da compra e venda. A nulidade é a sanção para tais condutas (CC, art. 167, § 1º).

5.3 Preço

Na compra e venda, o alienante recebe do comprador um determinado valor pecuniário (dinheiro) para promover a transferência da coisa que lhe serve de objeto. A soma que corresponde ao pagamento é denominada *preço*, caracterizando o dever do comprador como uma obrigação de dar coisa certa.

Pois bem, o *preço é a remuneração do contrato*.

Trata-se de elemento essencial do contrato. E, por isso, sem o preço a venda é inexistente. Todavia, a regra comporta exceção, conforme preceitua o art. 488 do Código de 2002,[93] em visível conexão com o princípio da conservação do negócio jurídico. A rigor, a compra e venda desprovida de preço é inexistente. Porém, o legislador, atento à função social do contrato e ao estímulo do tráfego jurídico, prescreve que as partes se sujeitarão ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor, caso não exista tabelamento oficial do bem alienado. Ou seja, três soluções sucessivas são possíveis: (*i*) fixação do preço ou possibilidade de sua determinação; (*ii*) tabelamento oficial governamental; (*iii*) verificação do preço com base nos padrões

92. Aqui se aplica o art. 286 do Código Civil, que impede a cessão se a ela se opuser a lei: "o credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação".

93. Art. 488, Código Civil: "convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio".

negociais do vendedor. Ao nosso viso, a aplicação da terceira solução – finalidade da norma – será somente viabilizada na hipótese de ser o alienante um tradicional fornecedor da coisa, sob pena de não se encontrar em parâmetros razoáveis para a estipulação do preço. Outrossim, para além da habitualidade do comércio, há de se verificar se o bem é normalmente comercializado no mercado ou se se trata de bem com especial natureza (por exemplo, um carro antigo ou uma obra de arte), caso em que a norma não será aplicada, pois o cálculo do valor é agregado por aspectos existenciais dos contratantes.[94] Porém, superadas tais premissas, havendo diversidade de juízos dos contratantes sobre o valor ideal, dispõe o parágrafo único do antes referido dispositivo codificado que, de forma salomônica, prevalecerá o preço médio.

O preço tem de ser certo e determinado – ou, no máximo, determinável, consistente em *dinheiro* –; veja-se que o estabelecimento de contraprestação de coisa diversa de dinheiro caracteriza o contrato de troca ou permuta. Deve, ainda, ser expresso em moeda nacional (real). Incide, no ponto, o princípio do *nominalismo*, de acordo com o qual o preço deve ser determinado pelo seu valor nominal. Afirma o art. 315 do Código Civil: "as dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes".

No que diz respeito à moeda nacional, em princípio a obrigação em dinheiro refere-se apenas ao seu valor nominal – impresso nas moedas e cédulas –, que seria o seu correspondente pecuniário para o tempo do pagamento. Portanto, *a dívida de dinheiro* é representada pela moeda considerada em seu valor nominal. A Lei nº 9.069/95 determinou que, desde 1º de julho de 1994, a unidade monetária brasileira fosse o *real*, com curso legal em todo o território nacional. Contudo, é impossível pensar em obrigações meramente nominais em um país que há tempos convive com o fenômeno inflacionário,[95] mesmo que nos presentes dias a moeda apresente relativa estabilidade. Portanto, o valor nominal da dívida teria caráter enunciativo, já que é impraticável cogitar-se de dívidas de dinheiro expressas em termos de quantias imutáveis. Com isso, a correção monetária (atualização da moeda) não gera acréscimo,

94. Endossando a tese, Caio Mário da Silva Pereira assevera que "essa interpretação somente pode ser admitida nas hipóteses em que o vendedor habitualmente exerce o comércio e ainda assim o faz tendo por objeto coisas cujo preço não é fixado em razão de uma qualidade especial, ou seja bens fungíveis por natureza. A prova da habitualidade e do preço de mercado do objeto do contrato é essencial para a aplicação da regra". *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 208.

95. "Em razão da interferência perversa do universo econômico sobre o jurídico, foi necessária a criação da teoria das *dívidas de valor*. Significa que o débito não mais concerne a um *quantum*, mas ao pagamento de uma soma que corresponda a certo valor apto a preservar o poder aquisitivo originário do credor. O dinheiro não é o objeto da prestação, mas apenas o meio de valorá-la, oscilando de acordo com a sua variação. É aplicada hodiernamente em sede de qualquer débito em dinheiro, pela necessidade inarredável de qualquer pessoa manter um padrão de equivalência à situação vigente ao tempo da constituição do débito – contratual ou extracontratual –, ou levar certo tipo de vida, de acordo com as suas necessidades e as possibilidades do devedor. Entendimento contrário propiciaria evidente enriquecimento sem causa em prol do devedor", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Obrigações, op. cit., p. 480.

mas apenas atualiza o valor nominal expresso em moeda. A atualização não derroga o nominalismo, pois decorre da simples passagem do tempo.[96]

Observa-se, então, que o legislador impôs como causa de invalidação do negócio a inserção de cláusula que *estipule o pagamento em ouro ou em moeda estrangeira*, eis que o adimplemento tem de ocorrer em moeda corrente – em nosso caso, o real (CC, arts. 315 e 318). Nada impede, entrementes, que o preço seja fixado em moeda estrangeira, desde que convertido para a moeda nacional no momento do pagamento.

O art. 315 do Estatuto Civil alberga dois princípios aparentemente opostos: primeiro, o princípio do *nominalismo monetário*, significando que até o vencimento da prestação o risco da desvalorização da moeda recairá sobre o credor, pois o devedor pagará o valor ajustado no título, diante da obrigatoriedade do pactuado; segundo, o princípio do *valorismo monetário*, também chamado de princípio da *dívida de valor*, pelo qual a atualização da prestação pecuniária é uma exigência de equidade e visa evitar o enriquecimento sem causa, preservando o valor real da moeda (CC, art. 884). Com isso, trilhando as sendas do nominalismo racional e do princípio do valorismo monetário, a jurisprudência superior reconheceu que a correção monetária está implícita no princípio do nominalismo, sob pena de, pensando em senso distinto, "em período de elevada inflação, acarretar a injustiça de muitos serem penalizados em benefício de poucos" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 14.470/MG, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 11.11.91, *DJU* 16.12.91, p. 18.539). E, de fato, uma solução distinta implicaria em enriquecimento sem causa, uma vez que a dívida restaria desvalorizada em sua essência monetária. De qualquer modo, registre-se que a teoria da dívida de valor não é expressa de forma clara no citado art. 315 da Codificação. De qualquer modo, com vistas a evitar um desequilíbrio causado pelo nominalismo, a teoria é extraída do aludido dispositivo, notadamente de sua parte final que estabelece "*salvo o disposto nos artigos subsequentes*", efetuando um reenvio da matéria ao art. 317 do próprio Código Civil.

Vale registrar a validade do pagamento realizado mediante o uso de *cartão de crédito*. Com efeito, o cartão de crédito opera como se fosse verdadeiro pagamento em moeda. Por isso, a eventual existência de inadimplemento na relação entre o titular do cartão (usuário) e a administradora do cartão não pode ser alegada em face do vendedor. A outro giro, vícios incidentes sobre o produto adquirido não despertam a responsabilidade da administradora do cartão de crédito.

Insista-se que o preço deve ser *determinado* ou *determinável*. Bem por isso, a *indeterminação absoluta* do preço, bem como a submissão do preço *ao arbítrio exclusivo de uma das partes* (CC, art. 489),[97] gera a nulidade absoluta do contrato de compra

96. A jurisprudência vem admitindo a presença da correção monetária nas dívidas de valor: "*É ressabido que o reajuste monetário visa exclusivamente a manter no tempo o valor real da dívida, mediante alteração de sua expressão nominal*" (STJ, Ac. 1ª T., REsp. 25.213/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 5.10.92, *DJU* 9.11.92).

97. Art. 489 do Código Civil: "nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço".

e venda. Nota-se, à saciedade, se tratar de uma das emanações da boa-fé objetiva. Isto porque uma das características do preço é a sua certeza e determinabilidade. Portanto, será taxado de inválido por nulidade aquele contrato em que se incluir cláusula de direito potestativo de fixação unilateral de preço. Indubitavelmente, reveste-se de pura arbitrariedade a cláusula que determina expressões como "o preço será fixado conforme o interesse do comprador" ou "o alienante determinará o valor a ser pago", sob pena de aperfeiçoamento de contrato com valores excessivos ou aviltantes. O abuso do exercício do direito potestativo na determinação do preço é também um ato ilícito (CC, art. 187), ofendendo manifestamente a própria função social para a qual a compra e venda foi realizada. Aliás, o art. 122 da Codificação inclui entre as condições proibidas "as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes".[98] Porém, quando o vendedor impõe um valor mínimo para a sua oferta, não há de se cogitar de arbitrariedade. Caso o comprador manifeste a sua aceitação (expressa ou tácita), formando-se o consentimento, vincula-se o vendedor aos termos da proposta (CC, arts. 427 e 429), tornando-se aquele preço uma determinação conjunta dos contratantes, não mais uma simples oferta. Aperfeiçoado o contrato, impraticável resta a alteração unilateral do preço, exceto nas hipóteses de lesão e onerosidade excessiva pela quebra do princípio da justiça contratual.

Decorrência natural da proibição de arbítrio exclusivo do preço é a *vedação de preço cartelizado*, manipulado por empresas unilateralmente, estabelecendo acordos para dominar o mercado.[99]

Além de *certo* (ou, ao menos, *determinável*), o preço tem de ser *sério*, *real* e *idôneo*, demonstrando realmente a intenção de celebração do contrato de compra e venda, e não uma outra operação disfarçada.[100] Ou seja, deve corresponder ao valor econômico da coisa vendida, não sendo vil ou fictício. Exemplifica Carlos Roberto Gonçalves que "a venda de um edifício suntuoso pelo preço de R$ 1,00 (um real) constitui, na verdade, doação".[101] O próprio Poder Público procura controlar o chamado *dumping* – que consiste em manobras comerciais para oferecer produtos por preços irrisoriamente insignificantes, abaixo do seu custo real, como mecanismo de conquista do mercado. A prática prejudica o comércio, favorecendo empresas mais fortes que ganham espaço mercadológico e, em seguida, promovem significativa alta do preço.[102]

98. Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem reconhecer, em sua Súmula 176, ser *"nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID-CETIP"*.

99. Corretamente, Flávio Tartuce é enfático ao afirmar que a proibição de formação de cartel "deve ser a correta interpretação do dispositivo (CC, art. 489), para salvá-lo e dar a ele um sentido prático". *Direito Civil*, op. cit., p. 252.

100. "Um dos requisitos clássicos do preço é que não seja vil ou insignificante", ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil brasileiro*, op. cit., p. 67.

101. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 201-201.

102. Não raro, os Governos adotam medidas *antidumping* com o objetivo de neutralizar os efeitos danosos à indústria nacional causados pelas importações objeto de *dumping*, por meio da aplicação de alíquotas específicas.

Não se imagine, porém, que seria necessária uma exata correspondência entre o valor real e o preço pago, afinal de contas é possível, eventualmente, vender um bem por valor inferior ao do mercado quando o alienante tem urgência na venda, por exemplo.

Em alguns casos, há intervenção do Poder Público nas relações privadas (dirigismo contratual ou publicização do Direito Civil), estabelecendo limites para o preço. Igualmente, alguns fabricantes também fixam preços predeterminados para a venda de determinados produtos, evitando uma venda extremamente inflacionada pelo empresário.

O art. 486 da Lei Civil permite que se deixe a fixação do preço submetida "à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar". O dispositivo termina por reconhecer a desnecessidade de determinação imediata do preço, sendo possível a determinação posterior, submetida às oscilações da taxa de mercado ou às da bolsa de valores. Caso exista oscilação de cotações no dia ajustado, como medida equitativa, prevalecerá o termo médio, aplicando-se, por analogia, o parágrafo único do art. 488 do Código. Em sede de contratos aleatórios, é corriqueira a aquisição de *commodities*, em que os contraentes fixam os preços de mercado de determinada data como parâmetro para a aquisição de mercadorias (*v. g.*, a aquisição de x toneladas de soja, pelos valores do dia y).

Por idêntica lógica, o art. 487 dispõe: "é lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação". É o que se convencionou chamar de *preço por cotação*. Justifica-se o permissivo pela massificação do comércio jurídico e a necessidade de setores da economia em empregar índices que possam fielmente espelhar as alterações do cenário econômico, algo impensável outrora. Atualmente, os parâmetros fornecidos pelo Governo Federal, como o Índice Nacional de Preços ao Consumidor, são utilizados de forma corriqueira, respeitando-se prazos mínimos de variação de preços impostos pelas normas que disciplinam o Plano Real.[103] Um bom exemplo é a utilização do IGPM para a fixação do preço na venda de imóveis.[104] Outro interessante exemplo é apresentado por Paulo Luiz Netto Lôbo: "o contrato de compra e venda de derivados de petróleo pode ter como parâmetro a variação do preço do petróleo no mercado nacional".[105] Enfatize-se, por necessário, que é vedada pela Constituição Federal a contratação de índice vinculado ao salário-mínimo (art. 7º, IV), principalmente em se tratando de compra e venda formalizada

103. Aliás, o art. 316 do Código Civil defere às partes a previsão de aumento progressivo de prestações sucessivas nos contratos de execução sucessiva. As dívidas de valor que se atualizam permanentemente são objeto de cláusula de escala móvel.

104. "Contrato de compra e venda de imóvel. Renegociação da dívida. Índice de correção monetária. Abusividade. IGPM e INPC. A opção das partes contratantes pelo IGPM, incluída a renegociação, não revela qualquer abusividade, sendo o índice eleito perfeitamente legal, de uso corrente, admitido pela jurisprudência da Corte em diversos julgados" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp.399.254/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.12.02, *DJU* 10.3.03, p. 188).

105. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 52.

por adesão, acarretando desvantagem excessiva para o contratante. Com esse espírito, foi editada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula Vinculante 4:

> *Súmula Vinculante 4, STF: "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".*

Tratando a respeito do preço no contrato de compra e venda, é necessário o registro ao fato de que foi editada a Medida Provisória nº 764, publicada em 26 de dezembro de 2016, dispondo sobre a possibilidade de cobrança diferenciada de preços de bens e de serviços, a depender do prazo e da forma do pagamento respectivo. Em síntese apertada, porém completa, a aludida Medida Provisória, em sua única disposição, se alinha, deliberadamente, com a tese da Análise Econômica do Direito, vislumbrando a livre concorrência como valor único do sistema constitucional. Afirma, expressamente, estar "*autorizada a diferenciação na cobrança de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado*" (art. 1º). Com isso, cada empresário e empresa podem estabelecer preços diferenciados para pagamento à vista ou a prazo, assim como podem diferençar o pagamento em dinheiro, em cheque, em cartão de débito, em cartão de crédito e em outros mecanismos. Trata-se de uma evidente rendição ao poder econômico, máxime em tempos de crise financeira. Parece, até, que a norma se baseia na lição determinista de Richard Posner, da Escola da Universidade de Chicago, um dos precursores da teoria da Análise Econômica do Direito: "*o tempo que um contrato leva para ser cumprido é, presumivelmente, uma consequência real da complexidade da atividade econômica por ele regulada*".[106]

Por evidente, em se tratando de contratos paritários, não se vê qualquer razão para se objetar a aludida tese, porém, quando se cuida de contratos de adesão e de consumo (massificados), que impõem ao consumidor cláusulas abusivas e mascaram juros exorbitantes, parece que o tratamento jurídico deveria ser outro.

Para além disso, advirta-se que, sob o ponto de vista estruturante e sistêmico, a aludida Medida Provisória não pode dizer respeito à cobrança diferenciada de pagamento em cheques. Isso porque o art. 32 da Lei nº 7.357/85 estabelece, *in litteris*, que o cheque é ordem de pagamento à vista e considera não escrita qualquer menção em contrário. Assim, malgrado a generalidade da norma, é preciso advertir para a impossibilidade de tratamento diferenciado de preço em relação à emissão de cheque, por conta de sua gênese. Ao revés, estaremos fraturando o equilíbrio e harmonia do próprio sistema jurídico.

No que diz respeito à possibilidade de cobrança diferenciada de preços em relação ao prazo de pagamento, parece que nada mais se faz do que render homenagens ao mercado (teoria da análise econômica do Direito). De fato, em tempos de crise, há uma significativa diferença em receber à vista ou a prazo. Nesse caso, as altas

106. POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*, op. cit., p. 216.

taxas de juros praticadas sinalizam no sentido de ser efetivamente diferenciado o pagamento à vista. Aliás, o próprio art. 316 do Código Civil já previa a licitude da convenção negocial de *"aumento progressivo de prestações periódicas"*. Com o mesmo espírito, os arts. 486 e 487, também do CC02, já permitiam que o preço da compra e venda esteja submetido à bolsa de valores ou "taxa de mercado" ou, ainda, fixado com esteio em "índices ou parâmetros" econômicos. Há, portanto, uma razoabilidade nesse ponto – o que não se poderia negar por conta dos influxos do próprio mercado econômico.

De todo modo, é preciso, agora, interpretar o art. 315 do CC02, que consagra o princípio do nominalismo, doravante à luz da MP, que autoriza cobranças diferenciadas, deixando subentendido que o nominalismo das dívidas obrigacionais não exclui a possibilidade de que estejam embutidos juros e correção monetária.

A outro giro, todavia, me parece digno de reflexão um detalhe significativo: o interesse no recebimento por cartão de crédito e de débito não é, fundamentalmente, do empresário ou empresa? Não seria dele a diminuição dos riscos de inadimplência? E, por isso, não deveria correr às suas expensas as taxas cobradas pelas administradoras de cartão? A mim, parece que a MP termina por transferir para o consumidor uma taxa de interesse direto do comerciante. E o pior: se coloca em rota de colisão frontal com a jurisprudência do STJ, que, de há muito, já havia asseverado a abusividade (e, por conseguinte, nulidade) da cobrança de preços diferenciados na venda em cartão de crédito ou de débito: *"o* consumidor, pela utilização do cartão de crédito, já paga à administradora e emissora do cartão de crédito taxa por este serviço (taxa de administração). Atribuir-lhe ainda o custo pela disponibilização de pagamento por meio de cartão de crédito, responsabilidade exclusiva do empresário, importa em onerá-lo duplamente (in bis idem) e, por isso, em prática de consumo que se revela abusiva". (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 1.133.410/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.3.10).

Por isso, a aludida Medida Provisória não pode ser interpretada como mecanismo de autorização para que sejam aceitas disposições contratuais impostas ao consumidor (que não pode a elas se objetar!), não apenas permitindo a cobrança diferenciada de preços, mas acobertando taxas absurdas e abusivas de juros (contra as quais o STJ vem se insurgindo: STJ, Ac. unân. 3ª T., AgRg no REsp 1.385.117/PE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 3.12.15) ou impondo o pagamento de tarifas relativas a serviços de interesse exclusivo do vendedor, como no exemplo da cobrança de tarifa por emissão de boleto bancário (também considerada abusiva pela jurisprudência: STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.568.940/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 7.3.16).

Daí a necessidade de muito cuidado com o Parágrafo Único do art. 1º da referida norma que giza: "é nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada neste artigo".

Além de tudo isso, é certo que, ordinariamente, *o preço deve ser ajustado pelas partes,* exercitando a autonomia privada. Contudo, é possível aos contratantes transferir a um terceiro a fixação do preço. Advém do art. 485 da Codificação: "a fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa". Admite-se, pois, que os contratantes designem uma terceira pessoa (natural ou jurídica) para arbitrar o preço da avença. É o que se pode chamar de *preço por avaliação*. Como não se lembrar do exemplo do corretor ou do da imobiliária na compra e venda de bens imóveis. Aqui, o terceiro assume a função de *mandatário das partes,*[107] representante convencional que estipulará um valor justo para o negócio, tornando-se a sua valorização impositiva para as partes. Não se exige poderes especiais. Apesar do silêncio do Código, parece-nos que o terceiro deve apresentar capacidade jurídica plena, pois dificilmente um incapaz conseguirá alcançar um preço que satisfaça aos interesses das partes. Ademais, o terceiro estipulará o preço com base em uma avaliação condizente com o tempo do aperfeiçoamento do contrato e não de sua execução – que poderá se dar em período posterior com grandes variações –, exceto se houver cláusula expressa no particular. O valor arbitrado pelo terceiro vinculará as partes e o juiz, salvo a existência de abusos ou arbitrariedades, hipóteses em que o magistrado pode afastar o preço fixado.[108]

Situação muito interessante e curiosa ocorre se o terceiro mandatário se recusar a estimar o preço. No caso, a consequência será, segundo a Lei Civil, a ineficácia do negócio jurídico, salvo deliberação das partes pela eleição de outra pessoa para a fixação do preço. Ao nosso sentir, contudo, não havendo pessoa designada para substituir o terceiro, trata-se de uma *típica hipótese de inexistência do negócio jurídico,*[109] em face da ausência do preço, que é pressuposto essencial para a própria formação do contrato de compra e venda.[110]

---

107. Em sentido diverso, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho vislumbram no terceiro a função de *"árbitro"*: "este terceiro atuaria como árbitro, especialmente nomeado para realizar a fixação da quantia a ser paga pelo comprador". *Novo Curso de Direito Civil,* op. cit., p. 49. *Permissa maxima venia*, o argumento não procede. Com efeito, há de se ter na mente que o terceiro não assume função de árbitro, mas de mandatário, porque não há conflito a ser dirimido. O árbitro, na dicção do art. 18 da Lei nº 9.307/96, que regulamenta a arbitragem, "é *juiz de fato e de direito*, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário". Compartilhando dessa compreensão, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 82.

108. Também assim, José Osório de Azevedo Júnior propugna que "em princípio, o valor fixado pelo terceiro impõe ao juiz, salvo casos de erro grosseiro ou de comportamento abusivo. De fato, o arbítrio do terceiro não é absoluto. Não pode haver aí arbitrariedade, o que é defeso até mesmo ao juiz. Se o terceiro faltou gravemente àquela confiança, se ele errou de forma a prejudicar excessivamente uma das partes, o prejudicado pode pedir ao juiz que corrija equitativamente a evidente distorção". *Compra e venda. Troca ou permuta,* op. cit., p. 36.

109. A tese é, igualmente, admitida por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, para quem "a impossibilidade de fixação do preço, de modo especial quando as partes não admitiram novo arbitrador, atinge o objeto da compra e venda. *A rigor, a compra e venda sequer terá existido*". *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 87.

110. A título ilustrativo, o Código Civil adotou solução diversa nas obrigações alternativas em que as partes deliberam que a opção será exercitada por terceiro. Caso o mandatário se recuse a escolher, será a eleição

Fundamental, ainda, para a precisa caracterização da compra e venda é a *justiça do preço*. Enfim, o *preço deve ser justo*.[111] O sinalagma genético demanda que, ao tempo da constituição do contrato, as prestações possuam um sentido de equivalência, sob pena de possível anulação do contrato por vício de lesão (CC, art. 171). Ora, considerando que a expressão *"prestação manifestamente desproporcional"* (contida no art. 157 da Lei Civil) tem amplitude, tratando-se de um conceito jurídico indeterminado, cabe ao magistrado preencher o seu conteúdo, estipulando, nas circunstâncias do caso, qual é o sentido de desequilíbrio contratual frontalmente contrário ao princípio constitucional da proporcionalidade. Assim, em sendo injusto (desproporcional) o preço, é possível a anulação do contrato. A outro giro, se, ao tempo da formação do contrato, o preço respeitar o princípio da justiça contratual, mas se tornar, supervenientemente, injusto, pode, eventualmente, ocorrer o fenômeno da onerosidade excessiva (CC, art. 478). Assim, o posterior e súbito sacrifício de uma das partes, em razão da elevação imprevista do preço, autoriza a revisão ou a resolução do contrato. Nesse caso, não se atingiu a validade do negócio, mas a sua eficácia.[112]

Em se tratando de relação de consumo, considerando o amplo direito à informação do consumidor, o preço deve ser devidamente informado, de modo claro e indiscutível. A respeito, o Decreto nº 5.903/06 estabelece, em seu art. 2º, que *os preços deverão ser informados adequadamente, de modo a garantir ao consumidor a correção, clareza, precisão, ostensividade e legibilidade das informações prestadas*.[113]

Colhendo a orientação da doutrina argentina, sobreleva uma advertência a respeito da matéria. É que, como bem alerta o professor portenho Marcelo Urbano Salerno, não se pode confundir o *preço* com a *tarifa*. A tarifa, cuja nomenclatura decorre de uma expressão de origem árabe, "significa valor a ser pago pelo usuário de um serviço público", evidenciando o seu cabimento no âmbito das relações de

transferida ao próprio magistrado (CC, art. 252, § 4º). É possível entender a diversidade de soluções, na medida em que, formuladas as obrigações alternativas, o contrato existe e vale. A escolha é apenas fator de eficácia, nada impedindo que o juiz delibere na falta do terceiro designado.

111. A teoria do *preço justo* foi elaborada com base no fundamento ético das relações econômicas, ganhando apogeu com o espanhol Luís de Molina, sendo relegada a partir do século XVIII. Somente em tempos recentes, cultivando a justiça social, é que foi retomada, exigindo-se a transparência dos mercados. A sua afirmação evita a manipulação direta ou indireta de preços, promovendo a boa-fé objetiva (lealdade contratual).

112. À luz do princípio da conservação do negócio jurídico e levando em conta a mobilidade das cláusulas gerais da função social do contrato (CC, art. 421) e a boa-fé objetiva (CC, art. 422), a regra geral deve ser a manutenção do contrato, através da revisão das cláusulas, e não a sua resolução (extinção), aproveitando-se da manifestação de vontade. Ou seja, a compra e venda poderá ser preservada pela modificação da cláusula com adequação do preço originário, no caso de lesão, ou pela revisão contratual mediante alteração do preço, tratando-se de onerosidade excessiva.

113. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já tem precedente corroborando tese: "1. A Lei Delegada nº 4/62 estipulou a obrigatoriedade de afixação, em lugar visível e de fácil leitura, de tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares. [...] 4. A exigência de exibição de tabela de preços não pode afastar-se do postulado da razoabilidade, o qual, *in casu*, deve ser prestigiado para se afastar a aplicação da Lei Delegada nº 4/62 ao caso concreto" (STJ, Ac. unân. 2ª T., REsp 938.403/CE, Rel. Min. Humberto Martins, j. 4.11.10, *DJe* 17.11.10).

Direito Público.[114] Exemplificando, tarifa é o que se paga para a utilização de um transporte público. Nota-se, pois, que o preço diz respeito à contraprestação de uma relação eminentemente privada, diferentemente da tarifa.

5.4 Coisa (objeto da compra e venda)

No que tange ao objeto da compra e venda, há um amplo espectro de possibilidades: todo e qualquer bem jurídico, economicamente apreciável, pode servir de objeto do negócio. Em suma: podem ser vendidas todas as coisas que podem ser objeto de um contrato. Eduardo Espínola esclarece que qualquer coisa pode ser objeto deste negócio, bastando que atenda a algumas condições: "estar individualizada, determinada ou poder determinar-se; existir ou poder vir a existir; estar no comércio, isto é, poder ser alienada; poder transferir-se para o comprador".[115]

Não há, com efeito, venda de serviços. Se o negócio tem por objeto um serviço prestado por alguém, caracteriza o *contrato de prestação de serviços* ou o *contrato de empreitada*, a depender do objeto ajustado.

Assim sendo, o objeto do contrato pode ser um bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, tendo existência material ou imaterial[116] (neste último caso, a compra e venda é chamada de *cessão onerosa*). Admite-se, até mesmo, a venda de coisa incerta (CC, art. 243) e a venda alternativa (CC, art. 252).

A coisa litigiosa também pode servir como objeto deste negócio. No caso, afasta-se a responsabilidade pela evicção, assumindo o comprador os riscos decorrentes da perda da coisa adquirida.[117] Efetivamente, a partir do instante em que o adquirente tenha conhecimento de que se trata de um objeto de litígio, suportará os prejuízos pela perda da coisa, por realizar um verdadeiro contrato aleatório.[118] Contudo, mesmo conhecendo a dúvida quanto à origem do bem, se o adquirente não assumir o risco da evicção, poderá receber o que pagou, sem direito às perdas e danos (CC, art. 449).

Apesar de causar alguma estranheza, o sistema jurídico autoriza, ainda, a venda de coisa futura ou a venda de algo que ainda não pertence ao alienante.[119] É possível entender como *coisa futura* aquela que não é de titularidade do alienante ao tempo da conclusão do negócio jurídico, mas que, posteriormente adquirida pelo alienante,

114. SALERNO, Marcelo Urbano. *Contratos civiles y comerciales*, op. cit., p. 305.

115. ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 51.

116. No caso dos bens imateriais, insuscetíveis de apreensão física, mas apreensível pela inteligência humana, tem-se o exemplo dos direitos autorais e da propriedade intelectual.

117. Art. 457, Código Civil: "não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa".

118. Fábio Ulhoa Coelho adverte: "não tem direito de ser indenizado o adquirente que, ao contratar, sabe já ser a coisa alheia ou litigiosa". *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 136.

119. Igualmente, o direito argentino, nos arts. 1.327 e 1.332 do Código Civil do país vizinho, da uva Malbec, reconhece a possibilidade de venda de coisas futuras, como uma *venda de riscos*, com características de venda aleatória.

empresta eficácia superveniente ao negócio, como se o adquirente de boa-fé se convertesse em proprietário desde a data da tradição (CC, art. 1.268, § 1º).[120] Assim, o bem negociado pode ter uma existência atual ou futura. É bastante usual a alienação de imóveis em construção.[121] Nos contratos aleatórios, é da própria essência do risco assumido por uma das partes a imposição de prestações que dependerão do acaso, seja pela sua exigibilidade (CC, art. 458), ou pela própria quantidade da coisa, como na venda de coisa futura (*verbi gratia*, a compra de safra ou de mercadorias em bolsa com preço fixo).

É a chamada venda *a non domino*.

Não é difícil sentir que a não aquisição da coisa pelo vendedor, para honrar o negócio celebrado, gera a sua ineficácia. Trata-se, pois, de um negócio com eficácia condicionada à aquisição superveniente, como indica a leitura do art. 483 do Código Substantivo.[122] Avalizando o entendimento, Carlos Roberto Gonçalves expõe que "a eficácia da venda de coisa alheia depende de sua posterior revalidação pela superveniência do domínio".[123]

A orientação jurisprudencial reconhece a ineficácia (e não a nulidade) da venda a *non domino*:

> *"Anulação de contrato. Venda a non domino. A venda a non domino (por quem não é dono) não gera a nulidade do contrato, mas sua ineficácia em face de terceiros. Gerando apenas direito pessoal o contrato, o fato de não ter ocorrido a entrega do imóvel prometido como pagamento conduz a perdas e danos" (TJ/RS, Ac. 18a Câm. Cív., Ap. Cív. 70033386210 – comarca de Garibaldi, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. 17.12.09, DJRS 30.12.09).*

Certamente, há de se tomar cuidado quanto à verificação dos requisitos genéricos de validade de qualquer negócio jurídico (CC, art. 104). Assim, será *nulo o contrato de compra e venda quando o seu objeto for indeterminado e indeterminável, ilícito* ou *impossível, física ou juridicamente*. Exemplo interessante e óbvio é a venda de herança de pessoa viva, vedada pelo art. 426 do Código Civil – que consagra a chamada proibição ao *pacta corvina*. Outro exemplo de inalienabilidade por força de lei são as permissões, as autorizações e as concessões públicas.

Não pode incidir a compra e venda também sobre bens personalíssimos em face da ausência de economicidade. Com isso, percebe-se a ilicitude do comércio de órgãos humanos, existente clandestinamente, com a venda ilegal de partes do corpo humano. Igualmente, não pode servir de objeto a este negócio jurídico as coisas

120. Art. 1.268, § 1º, Código Civil: "se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição".

121. Valendo-se de outro exemplo, Paulo Nader lembra da venda de coisa futura "como nos direitos de edição de uma autobiografia ainda por ser escrita". *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 166.

122. Art. 483, Código Civil: "a compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório".

123. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 204.

fora do comércio, como os bens inalienáveis, por força de cláusula restritiva.[124] Assim sendo, é nula a venda de um bem inalienável, como, por exemplo, o bem de família convencional, pela ilicitude do objeto.

6. EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA COMPRA E VENDA

6.1 Prolegômenos

É certo e incontroverso que a compra e venda produz consequências jurídicas nas esferas bilaterais de interesse jurídico das partes, gerando obrigações recíprocas.

O senso comum, sem maiores dificuldades, estabelece, a partir da intelecção do art. 481 da Codificação, que os *principais efeitos jurídicos decorrentes deste negócio jurídico* são: (*i*) para o comprador, o dever de pagar o preço ajustado; (*ii*) para o vendedor, transferir a propriedade do objeto negocial. Confirma-se, então, o caráter *meramente obrigacional* da compra e venda, afastando, uma vez mais, a cogitação de que se trataria de contrato translativo (real), por produzir consequências apenas de ordem obrigacional sobre as partes envolvidas.

No que tange à obrigação do adquirente de pagar o preço, convém destacar a regra que emana do art. 491 do Código Civil:

> *Art. 491, Código Civil: "Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço".*

Já se pode notar que o aludido dispositivo trata do plano da eficácia da compra e venda, subordinando a sua execução a diferentes consequências, a depender do enquadramento da venda como à vista ou a crédito.

Em se tratando de venda a crédito, primeiramente se impõe a entrega da coisa e, em seguida, obriga-se ao pagamento do preço. Esta é a prática no comércio, sendo apenas excetuada quando for da própria natureza a tradição do bem após o adimplemento integral (por exemplo, quando for temerária a entrega da coisa por conta da insolvência do comprador)[125] ou havendo expressa disposição contrária (como no contrato de compra e venda com reserva de domínio). Vale a pena conferir a lição esclarecedora de Carlos Roberto Gonçalves: "se a venda for a prazo, não é lícito ao alienante condicionar sua prestação à do outro. A entrega, imediata ou não, não dependerá do pagamento integral do preço. Na hipótese versada, o vendedor entrega a coisa e o comprador assume a dívida, a ser paga nas datas e condições estabelecidas no contrato".[126] Obtemperando essa regra, caso o adquirente caia em insolvência

124. Art. 1.911, Código Civil: "a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade".

125. Art. 495, Código Civil: "não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado".

126. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 210.

antes da entrega da coisa, sem prestar garantia idônea, pode o alienante sobrestar a tradição, protegendo o seu patrimônio.

De outra banda, nas vendas à vista, as prestações do vendedor e do comprador são interligadas e concomitantes. Daí, como derivação da *exceptio non adimpleti contractus*, a entrega da coisa sobeja condicionada ao pagamento. *Se a venda é à vista, incumbe ao comprador cumprir a sua obrigação em primeiro lugar.* Enquanto isto não ocorrer, o vendedor fica desobrigado à transferência do domínio sobre a coisa.[127] Esta variação da exceção do contrato não cumprido está fundamentada em uma regra de equidade. O ordenamento deseja a execução simultânea das obrigações. A boa-fé objetiva e a segurança do comércio jurídico exigem fidelidade no cumprimento das prestações assumidas. Assim, estão unidos os destinos das duas obrigações, de forma que cada uma só será executada na medida em que a outra também o seja. Isto não somente assegura o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna do contrato), mas satisfaz a ordem social, que procura pelo adimplemento como imposição de justiça comutativa (função social externa do contrato).

O exemplo das compras realizadas em máquinas e equipamentos automáticos fala por si: somente há liberação do produto adquirido após a realização do pagamento.

O sistema jurídico, destarte, protege o alienante, quando se tratar de venda à vista, permitindo que mantenha a coisa consigo até que o comprador venha a adimplir o pagamento do preço integralmente. Não se trata, como se poderia imaginar em leitura perfunctória, de um *direito de retenção*,[128] afinal o vendedor não poderia *reter* o que ainda lhe pertence. "Apenas deixa de transferir a coisa em face da omissão da contraparte em executar o que lhe cabe no negócio", conforme o esclarecimento de Otávio Luiz Rodrigues Júnior.[129] Tanto é assim que se o alienante entregou a coisa ao comprador, sem receber o pagamento e, por algum motivo, ela retornou às suas mãos, não poderá retê-la, sob pena de ilicitude.[130]

Permita-se, além de tudo isso, uma ponderação em senso invertido: se o comprador nota que o vendedor não está em condições de fazer a transferência do domínio da coisa, por algum motivo, está, identicamente, autorizado a não promover o pagamento. Poderá, caso queira, consignar o pagamento em juízo (CC, art. 335).[131]

127. "O contrato de compra e venda produz efeitos meramente obrigacionais, não conferindo poderes de proprietário àquele que não obteve a entrega do bem adquirido. *In casu*, não tendo havido a tradição, conforme relatado pelas instâncias ordinárias, e não tendo havido o pagamento do preço, não se concluiu a primeira compra e venda" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 704.170/GO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* 7.11.05, p. 305).

128. Em sentido distinto, defendendo, equivocadamente, *data venia*, que se trata de um *direito de retenção da coisa*, veja-se Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 209.

129. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 129.

130. Eduardo Espínola, lastreado na lição francesa de Planiol, Ripert e Boulanger, apresenta o exemplo "de um automóvel entregue ao comprador, antes do pagamento que volta à oficina do vendedor para reparo". *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 135.

131. Nessa direção, Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 305.

Em outro prisma, na venda de bens imóveis, a quitação é concedida no próprio instrumento, não se podendo compelir o vendedor a assinar a escritura pública sem ter recebido o pagamento.[132]

Sobreleva atentar, entretanto, para a existência de *outros efeitos jurídicos (secundários) decorrentes da compra e venda*. Vale analisá-los individualmente.

6.2 Responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção

É lógico e intuitivo que o alienante assuma a responsabilidade pela existência de eventuais vícios redibitórios (defeitos) sobre a coisa, bem como pela eventual perda do bem por força de decisão judicial ou administrativa que reconheça a posse ou a propriedade em favor de um terceiro (evicção). Assim, se faltam páginas no livro adquirido; se o touro reprodutor é estéril; ou, mesmo, se, após a compra, a propriedade de um imóvel adquirido é reconhecida em favor de um terceiro, em ação de usucapião, haverá responsabilidade do vendedor.

É irrelevante se os fatos ensejadores da caracterização dos vícios redibitórios ou da evicção são conhecidos, ou não, do vendedor, no momento da alienação, não isentando a sua responsabilidade.

A responsabilidade por vícios redibitórios e pela evicção funciona como uma espécie de *obrigação de garantia legal*, independendo de estipulação expressa dos interessados.

Aplicam-se, nesse particular, as regras gerais do sistema de vícios redibitórios e evicção, estudados alhures na teoria geral dos contratos. Até porque o sistema de vícios redibitórios e evicção não é exclusivo da compra e venda, incidindo também, nos demais contratos onerosos.

6.3 Responsabilidade pela perda ou deterioração (perecimento) da coisa adquirida

Como visto à saciedade, a celebração do contrato de compra e venda não é suficiente para promover a transferência da propriedade, exigindo-se a prática de ato posterior (tradição ou registro). Até que seja efetivado esse ato ulterior, então, a titularidade do bem permanece com o vendedor.

Concatenando o raciocínio, nota-se que a eventual deterioração ou perda da coisa, sem culpa, permanece no âmbito de responsabilidade do titular (o vendedor), por conta da simples incidência da regra *res perit domino* (a coisa perece para o dono, em vernáculo). Com isso, *enquanto o bem vendido não for entregue ao comprador, o vendedor*

132. "Na escritura pública, o vendedor não está obrigado a assiná-la antes de receber o preço. Até porque geralmente dela consta a declaração de quitação" (AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 46).

suporta a perda ou a deterioração, não culposas, por ainda ser o titular. Se já houve transferência, a responsabilidade se desloca para o comprador, que é o seu proprietário.

Em palavras diretas, *a tradição é o marco divisório na responsabilidade pela perda ou pela deterioração, sem culpa das partes,*[133] exceto se ficou estipulado contrariamente, em manifestação livre e desembaraçada das partes. Por lógico, havendo culpa, responderá aquele que atuou culposamente.

Diz, nessa linha de pensar, o art. 492 do Código de 2002:

> *Art. 492, Código Civil:*
>
> *"Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.*
>
> *§ 1° 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.*
>
> *§ 2° Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados".*

O aludido dispositivo legal trata da distribuição dos riscos pela perda ou deterioração da coisa. É notório que, em nosso ordenamento, a transferência da propriedade mobiliária requer a tradição (CC, art. 1.267), enquanto a passagem da propriedade imobiliária demanda o registro (CC, art. 1.245). Assim, no intervalo que separa a celebração da avença da entrega da coisa (a tradição, quando se disponibiliza a coisa ao comprador), o negócio jurídico opera efeitos de ordem meramente obrigacional e os riscos da coisa serão imputados ao alienante pelo fato de ainda manter a condição de proprietário, aplicando-se o brocardo *res perit domino*. Já o comprador suportará os riscos do preço em relação ao bem alienado.

A regra em enfoque é de grande relevo para a compreensão de todos os fenômenos ligados à perda total ou parcial do bem na compra e venda.

Aliás, anteriormente, já havia sido enfático o art. 237 do mesmo *Codex* ao dispor que *"até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos"*.

Se a passagem dos riscos para o comprador só ocorre no momento em que o bem é colocado à sua disposição, tratando-se de bens que são recebidos mediante peso, contagem ou medida, no momento em que forem postos a serviço do adquirente, transferem-se os riscos pelo fortuito.[134]

---

133. Ensina Sílvio de Salvo Venosa sobre o tema, corroborando a ideia aqui exposta: "a tradição é o marco divisor na responsabilidade pela perda ou deterioração. Como em nosso sistema o contrato não transmite a propriedade, a coisa continua a pertencer até sua entrega, ainda que a posse esteja com terceiro". *Direito Civil*, op. cit., p. 35.

134. Confira-se o exemplo apresentado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: "imagine que Filogônio pretenda comprar cento e cinquenta vacas do fazendeiro Oliveiros. No dia da venda, o comprador solicita que duzentas reses do rebanho de Filogônio sejam reunidas em uma pastagem a meio caminho

O § 2º desse art. 492 evidencia o agravamento da responsabilidade do credor pelo fato de incorrer em mora quanto ao recebimento do bem. A mora do credor (ou *mora creditoris*) se aperfeiçoa quando, injustificadamente, se recusa a receber o objeto no tempo, lugar e modo convencionados. Destarte, a imotivada rejeição gera para ele a assunção dos riscos pelo perecimento da coisa. O devedor não mais responde pela integridade do objeto e, se ocorre a sua impossibilidade, por ela não mais responde. A norma reitera o exposto, anteriormente, no art. 400 da Lei Civil,[135] em que, na *mora accipiendi*, se subtrai do devedor (alienante) isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa.

Como o dispositivo nada menciona acerca da mora do vendedor, no sentido de se recusar a entregar a coisa nas condições pactuadas, devemos aplicar o art. 399 do Código Civil, que estende a responsabilidade do vendedor para os casos do fortuito, excluindo-se os casos em que o dano à coisa sobreviria mesmo se a obrigação fosse tempestivamente cumprida.

A norma legal em pauta (CC, art. 492) tem natureza dispositiva, permitindo às partes dispor em sentido contrário, em manifestação de vontade livre.

Sobreleva chamar a atenção para um importante detalhe: todas as regras apresentadas sobre os riscos pela perda da coisa (contidas no art. 492 do Código Civil) *reclamam uma interpretação conforme a boa-fé objetiva* (CC, art. 422), podendo sofrer mitigação diante de situações ético-jurídicas porque *a boa-fé objetiva também traz consigo uma função corretiva negocial*. Sendo assim, a teoria do *adimplemento substancial* (*substancial performance*) pode servir para obstar ao contratante o direito de resolução do contrato quando é mínimo o prejuízo sofrido com os riscos da compra e venda. E, a outro giro, a teoria da *violação positiva de contrato* (ou, como preferem os alemães, *positive Vertragsverletzung*) pode autorizar um pleito indenizatório mesmo quando a tradição se operou regularmente, mas houve descumprimento de deveres anexos. Enfim, ocorrendo situações correlacionadas ao adimplemento substancial ou à violação positiva de contrato, além de outras figuras ligadas à boa-fé objetiva, é necessário que sejam levadas em conta na interpretação do art. 492 da Lei Civil, no que tange à distribuição dos riscos da compra e venda.[136] Por isso, nem sempre se

---

entre as duas propriedades rurais e postas à sua disposição para a escolha. Ocorrendo um súbito desmoronamento, que culminou com o perecimento de trinta cabeças, o pretenso comprador deverá arcar com esse prejuízo, uma vez que os referidos animais já estavam à sua disposição". *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 53.

135. Art. 400, Código Civil: "a mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação".

136. Disso não diverge Otávio Luiz Rodrigues Júnior, para quem "o art. 492 cuida da tradição ou de colocar-se a coisa ao dispor do comprador como condições aptas à transferência dos riscos e dos cômodos. No entanto, um grupo de casos da jurisprudência de meados do século XX é bem revelador da necessidade de temperar essas indicações com o primado da *bona fides*". *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 144.

permite à parte interessada a resolução do contrato quando houver situações relativas à distribuição de riscos, impondo-se considerar a boa-fé objetiva.

Importa abordar, ainda, a questão do local de concretização do negócio jurídico. A lógica é confirmada pelo Código Civil e a regra geral – perfilhando o Código Civil da França (art. 1.609), de Portugal (art. 802°) e da Itália (art. 1.510) – é de que a *"tradição da coisa vendida, na falta de estipulação expressa, dar-se-á no lugar onde ela se encontrava, ao tempo da venda"* (art. 493).[137] Cuida-se, pois, de mais uma norma dispositiva: caso as partes nada tenham ajustado, no tocante ao local da tradição do bem móvel, a transmissão da propriedade se verificará no local em que o bem se encontrava quando da contratação. Assim, comprador e devedor podem ajustar local de pagamento (tradição), gerando uma obrigação quesível (tradição no domicílio do devedor) ou portável (tradição no domicílio do credor), conforme determine a autonomia privada.

Evidentemente, a norma não se aplica aos bens imóveis – que sempre estão no mesmo local! Nesse diapasão, o art. 328 da Codificação Reale já dispunha que "se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde está situado o bem".

No que tange à responsabilidade civil pelos riscos de eventual perda ou deterioração, quando há previsão de local diverso, reza, *in litteris*, o art. 494 do Código de 2002:

> *Art. 494, Código Civil: "Se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instruções dele se afastar o vendedor".*

Ora, o dispositivo termina deixando subentendido que a tradição do objeto ocorre quando ele estiver à disposição do comprador. No caso, quando foi entregue ao transportador, por ordem do comprador.[138] Isto porque, ao responsabilizar o comprador pelos riscos da coisa quando entregue por ordem dele, em local diverso, foi estabelecida uma presunção de que já houve a tradição do objeto. Caso contrário, os riscos continuariam a recair sobre o alienante.

Assim, havendo estipulação de entrega em local distinto, cessa a responsabilidade do vendedor com a entrega ao transportador. Somente se ele (o alienante) não respeitar as instruções formuladas pelo adquirente é que remanescerá a sua responsabilidade, pois se tornou uma espécie de mandatário infiel do comprador.

---

137. No âmbito das relações de consumo, se a venda é operada fora do estabelecimento comercial (através de catálogos distribuídos por representantes ou pela *internet*, por exemplo), estabelece o art. 49 do Estatuto Consumerista que "o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço".

138. "Na hipótese de a *res*, a pedido do comprador, ser remetida para lugar diverso de onde se encontrava no momento do contrato, o risco passa a ser desse contratante se o vendedor entregou-a a quem deve transportá-la. Tal orientação está de acordo com o princípio geral, uma vez que a tradição realiza-se no momento em que a coisa é confiada ao transportador. Portanto, se houve alguma avaria durante o transporte, esta atingirá um bem já integrado ao patrimônio do comprador", NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 211.

Anuindo ao raciocínio, veja-se a cátedra de Caio Mário da Silva Pereira: "se, porém, o vendedor contrariar as instruções do adquirente, suporta os riscos ocorridos durante o transporte, porque, assim procedendo, age como mandatário infiel. *Não se escusará com a alegação de que procurou ser útil ao comprador mediante a adoção de meio mais eficiente e mais rápido (transporte aéreo em vez de terrestre, por exemplo), por que não se trata de apurar uma possível intenção de bem servir*".[139]

Aliás, mesmo que não existam instruções e o transportador for designado pelo próprio vendedor, o comprador se responsabilizará pelo perecimento – pelo simples fato de expedir ordem para entrega em local diverso –, exceto se comprovada a má-fé do vendedor.

Há de se enfatizar a responsabilidade do transportador pelos riscos da perda da coisa, conforme a disciplina dos arts. 743 a 756 do próprio Estatuto Civil, especialmente do art. 750, ao dispor: "a responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado".

6.4 Responsabilidade pelas despesas

Naturalmente, a celebração do contrato de compra e venda impõe despesas com a tradição do bem ou com o seu registro em cartório.

Cuidando da matéria, o art. 490 do Estatuto Civil é de clareza solar: "salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador; e a cargo do vendedor as da tradição".

A regra é clara e incorpora a prática da convivência cotidiana.[140]

Em primeiro plano, respeita-se a autonomia privada, autorizando as partes a estabelecer, de acordo com o seu particular interesse, a distribuição da responsabilidade pelas despesas.

Somente quando nada dispuserem as partes a respeito dessas despesas inerentes à compra e venda, supletivamente, é distribuída a responsabilidade entre o alienante e o adquirente. Assim, as despesas de escrituração e registro,[141] quando se impuser forma solene,[142] incumbem ao comprador. Cuidando-se de bem imóvel,

139. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 120.

140. "Na falta de convenção dos interessados, as despesas com a escritura ficarão a cargo do comprador e as da tradição competirão ao vendedor. Há praxe de que, na compra e venda de imóveis, ao comprador caberá pagar as despesas com o registro, por ser de seu interesse", DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 181.

141. Estas despesas com a escrituração e o registro compreendem o ato de sua lavratura, o ato registral e o custeio dos tributos incidentes sobre o negócio jurídico.

142. Embora a regra geral do sistema jurídico brasileiro seja *a liberdade de formas*, em alguns casos exige-se a escritura ou o registro como condição de validade. Vejam-se, ilustrativamente, alguns exemplos: compra e

tais gastos são acrescidos de certidões, emolumentos e do Imposto de transmissão de bem imóvel – ITBI. Também correm por conta do adquirente eventuais despesas com profissional incumbido de obter certidões e providenciar documentação para o registro (o conhecido *despachante*), salvo disposição em contrário. Contudo, os custos decorrentes de *corretagem* não estão abrangidos pela regra aludida, sendo impostos, regularmente, a quem celebrou o contrato com o corretor. Já as despesas do vendedor serão logicamente restritas à tradição de bens móveis, no que concerne aos gastos com embalagem e transporte da coisa. Nota-se, pois, que a expressão (muito utilizada em publicidades empresariais) "frete grátis" se mostra redundante, uma vez que, no silêncio das partes, o frete, realmente, corre por conta do vendedor.

Nos contratos típicos, as prestações principais são aquelas que definem o tipo da relação. Na compra e venda: a entrega da coisa vendida, por parte do vendedor, e a entrega do preço, pelo comprador, são os deveres principais das partes. O dispositivo antes referido, todavia, enumera alguns dos chamados deveres secundários ou acessórios da prestação principal, os quais se destinam a assegurar a perfeita realização da compra e venda, sendo visualizados de forma mais intensa naqueles contratos em que a coisa não é imediatamente entregue ao comprador.

Lembre-se, por outro turno, que, determinando o comprador que a coisa seja levada a lugar diverso, o transporte será convencionado de outra forma, inclusive redistribuindo-se os riscos da coisa.[143] Um bom exemplo de divisão de despesas no transporte é a compra e venda internacional, através dos chamados *INCOTERMS* (*International Commercial Terms* ou, em vernáculo, *cláusulas especiais da compra e venda no comércio internacional*).

7. SITUAÇÕES ESPECIAIS DE COMPRA E VENDA

7.1 Noções gerais

A compra e venda é ato emanado da autonomia privada, seja para um ou para o outro contratante. Por isso, permite-se a celebração desse contrato em situações específicas, sem excluir a incidência das suas regras gerais.

São normatizações específicas, voltadas ao tratamento da matéria em ângulo mais preciso para atender a certas peculiaridades.

Vejamos.

---

venda de bem imóvel cujo valor suplante trinta salários-mínimos (CC, art. 108); compra e venda de imóvel rural por pessoa natural ou jurídica estrangeira, independentemente do valor (Decreto nº 74.965/74, art. 3º); promessa de compra e venda de unidade autônoma em condomínios edilícios (Lei nº 6.015/73, art. 167, I), dentre outros.

143. Art. 494, Código Civil: "se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instruções dele se afastar o vendedor".

7.2 Venda por amostras

Amostras, protótipos ou modelos são objetos destinados ao oferecimento ou à publicidade, permitindo a demonstração da qualidade de um determinado produto, com vistas à sua divulgação e posterior aquisição pelos interessados. Assim, tendem a permitir uma análise, uma prova. Como percebe Otávio Luiz Rodrigues Júnior, "tocar, sentir, ver ou exercer qualquer operação sensorial na amostra permite que se afiram as qualidades da coisa por ela representada".[144]

Considera-se amostra a apresentação ou entrega de reprodução da coisa a ser vendida, com suas qualidades e características, não se desnaturando se apresentada em tamanho reduzido.[145]

Em nossa sociedade, é bastante comum a utilização de amostras como mecanismo de indução e alavancagem de vendas. Produtos de embelezamento, cosméticos, perfumaria etc. são comumente oferecidos por amostragem, realizada por representantes autorizados de diversas empresas.

O atrativo da venda por amostragem é evidente. Cuida-se de meio prático e eficiente de venda, permitindo a exibição das características e das qualidades do produto ofertado –, que, aliás, fala muito melhor do que as próprias palavras, como desfecha Washington de Barros Monteiro. E é bem por isso que "há de ser em tudo igual à mercadoria que se vai entregar; se o vendedor não a entrega em perfeita correspondência com a amostra, o protótipo ou o modelo, pode o comprador recusá-la no ato do recebimento".[146]

Atenta a esta realidade, a nossa legislação dedicou atenção à venda por amostras:

> *Art. 484, Código Civil:*
>
> *"Se a venda se realizar à vista de amostras, protótipos ou modelos, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa as qualidades que a elas correspondem.*
>
> *Parágrafo único. Prevalece a amostra, o protótipo ou o modelo, se houver contradição ou diferença com a maneira pela qual se descreveu a coisa no contrato".*

Como se vê, o Código Civil equiparou à venda por amostragem aquelas efetuadas com base na exposição de protótipos ou modelos. Enquanto a amostra, como visto alhures, é uma pequena porção daquilo que se deseja alienar (*verbi gratia*, um copo de suco distribuído no supermercado), o protótipo é uma unidade de um bem que normalmente se encontra em exposição (por exemplo, um aparelho de som exposto em uma loja de eletrônicos) e o modelo é uma demonstração do objeto em dimensões reduzidas (*e. g.*, o módulo de armários de cozinha).

Em qualquer caso, incumbe ao alienante garantir a qualidade real do objeto correspondente às amostras, aos protótipos ou aos modelos. É o princípio da *simetria*

144. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 75.
145. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 34.
146. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 107.

adequada, corretamente abraçado pelo nosso sistema. Trata-se de uma derivação da boa-fé objetiva, protegendo-se a confiança do adquirente e a legítima expectativa quanto às características do bem negociado.[147] Nas relações civis, o déficit qualitativo do produto não significará vício redibitório se a insatisfação do adquirente não se ligar a um defeito da coisa capaz de torná-la inútil para o seu uso normal. Portanto, tratando-se de descompasso objetivamente apreciável de qualidade entre a amostra e o produto (normalmente de difícil constatação), poderá o adquirente pleitear a resolução contratual com base na violação do dever anexo de cooperação.

Nesse ponto, aliás, não é despiciendo sublinhar que o princípio da *simetria adequada* está intimamente relacionado ao direito à *informação adequada* e aos *deveres anexos* que defluem da boa-fé objetiva (CC, art. 422).

A desconformidade da coisa entregue com o modelo, a amostra ou o protótipo apresentado implica inadimplemento total ou parcial do contrato, com os seus regulares efeitos, inclusive resolução por culpa da parte. Caso o comprador ainda não tenha pago o preço, terá o direito de não realizar o pagamento, dando o contrato por resolvido, em face da desconformidade detectada, como, inclusive, se firmou a orientação dos Tribunais:

> *"Em se tratando de compra e venda à vista de amostra, o vendedor, para fazer jus ao recebimento do valor avençado, deve garantir que a mercadoria entregue detenha as mesmas características da amostra. Do contrário, o negócio jurídico não se aperfeiçoa, não havendo que se falar em contraprestação" (TJ/MG, Ac. unân. 13a Câm. Cív., Ap. Cív. 1.0084.05.000520-0/001(1) – comarca de Botelhos, Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. 5.10.06, DJMG 10.11.06).*

Nessa esteira, feliz foi o legislador ao acrescentar o parágrafo único ao art. 484, antes aludido, privilegiando a tutela do adquirente. Seguindo as pegadas do dispositivo legal, nas hipóteses em que se evidencie o descompasso, a contradição ou a diferença entre a descrição contratual do bem e a amostra, o protótipo ou o modelo, estará violada a simetria adequada e autorizado o comprador a adotar providências concretas: resolução do contrato ou execução específica da obrigação de dar. Sem dúvida, o apelo visual do produto é o elemento que, usualmente, atrai a confiança do comprador e não as evidências técnicas, muitas vezes inacessíveis aos adquirentes leigos. Por isso, bem se justifica a opção reconhecida ao adquirente, baseada no princípio *aliud pro alio*, entre exercer um direito potestativo à resolução da avença e a execução específica da obrigação, compelindo o vendedor a entregar a coisa conforme a confiança despertada.

Nas relações de consumo ligadas à aquisição de bens a distância, esta proteção é ampliada, reconhecendo-se ao consumidor o prazo decadencial de reflexão de sete

147. A jurisprudência trafega no sentido do texto: "Venda mediante amostra. Chocolate. Se o vendedor não entregar o objeto vendido, mediante amostra, em perfeita correspondência com esta, o comprador terá o direito de recusá-lo [...] Caso em que a prova carreada nos autos dá conta da qualidade diferente e inferior dos chocolates em comparação com amostragem anterior" (TJ/RS, Ac. 17ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70004236436 – comarca de Caxias do Sul, Rel. Desa. Elaine Harzheim Macedo, j. 6.8.02).

dias para exercitar o direito potestativo de resilição unilateral (CDC, art. 49). Muita vez, a decisão do consumidor é pautada pelo desnível evidente entre o que lhe foi exibido e o que realmente adquiriu, justificando-se o aumento de proteção à parte vulnerável.

De certa forma, não se pode deixar de perceber uma aproximação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor no que tange à inadequação do produto que apresente disparidade com as indicações constantes do recipiente ou das mensagens publicitárias (CDC, art. 18). Não se olvide que toda informação ou publicidade suficientemente precisas – e aqui se inclui a oferta de amostras – obrigam o fornecedor e integram o contrato (CDC, art. 30). Pelas letras incisivas do parágrafo único do art. 484 da Codificação Reale, mesmo nas relações interprivadas, o adquirente poderá exigir a tutela específica da obrigação de dar, a fim de compelir o alienante à entrega de bem que seja compatível com a amostra, o protótipo ou o modelo, sendo nulas as cláusulas em contratos de adesão dos quais os alienantes excluam qualquer possibilidade de reclamação por eventuais disparidades entre a amostra e o produto final (CC, art. 424).

Por derradeiro, veja-se que a doutrina tem admitido, nos contratos paritários, a inclusão de cláusula "mais ou menos como a amostra". Em casos tais, haveria uma relativização do princípio da simetria, admitindo-se que, entre a amostra e a coisa a ser entregue, exista apenas uma razoável aproximação qualitativa.[148] Mitiga-se, então, o inadimplemento. Embora aderindo em linhas gerais ao entendimento, advertimos que tal cláusula será nula de pleno direito em contratos de adesão e nos contratos de consumo, por se tornar abusiva.

7.3 Venda *ad corpus* e venda *ad mensuram*

Outra situação especial envolvendo este negócio jurídico é a possibilidade de celebração por *medida de extensão* (a chamada venda *ad mensuram*) ou por *referência meramente enunciativa* (denominada venda *ad corpus*).

A partir da regra da *conformidade* entre o objeto vendido e a sua descrição, percebe-se a distinção entre os tipos de contratos. Veja-se a síntese apropriada de Otávio Luiz Rodrigues Júnior: "os homens, quando celebram negócios de compra e venda, podem-se mover por dois impulsos, no que se diz com a regra da conformidade. O primeiro é o desejo de adquirir um objeto, sem qualquer preocupação com as mencionadas unidades de medida. O comprador da tela de Leonardo da Vinci, *La Gioconda* (a Monalisa), não está comovido pelas dimensões do objeto e sim pela posse da pintura [...] Diz-se que o adquirente comprou um objeto em atenção ao corpo, ou seja, os aspectos que o singularizam como algo valioso por si e por si. O segundo impulso humano é a compra de um objeto por suas dimensões, área, peso

148. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 76.

ou volume. O comprador de leite em um supermercado é conduzido pela vontade de adquirir um litro desse alimento".[149]

Pois bem, na venda *ad mensuram*, o alienante especifica a medida de extensão do bem que está sendo alienado. É o exemplo da aquisição de um terreno com duzentos metros quadrados ou de uma fazenda com dois mil hectares. Também é admissível a especificação da medida correlacionada ao preço, que ocorre quando o negócio especifica que está sendo pago um determinado valor por cada metro quadrado, por exemplo. Já a venda *ad corpus* leva em conta a coisa negociada como um todo, independentemente de suas medidas.

O art. 500 do Livro Substancial Civil disciplina a matéria, em candentes palavras:

Art. 500, Código Civil:

> *"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.*
>
> *§ 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.*
>
> *§ 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso.*
>
> *§ 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda ad corpus".*

Palmilhando o caminho sinalizado pelo comando legal, nota-se, primeiramente, uma preocupação com a alienação onerosa de bens imóveis, pela sua medida de extensão, com precisa determinação da área vendida. Trata-se, pois, da venda *ad mensuram* (conforme a medida). Caso a medida real seja inferior àquela noticiada pelo vendedor, quando da contratação, poderá o comprador exigir a complementação da área a fim de obter a diferença entre o que foi prometido e o que, efetivamente, foi entregue.

Há, contudo, de se obtemperar a rigidez da norma em visível homenagem à teoria do *substancial performance* (adimplemento substancial).[150] Veja-se a empol-

149. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 241.

150. Sobre o *substancial performance*, permita-se a nossa referência ao que escrevemos noutra sede, em nossa obra acerca da *Teoria Geral do Direito Civil*: "a tese do inadimplemento mínimo é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos. Atualmente, é possível questionar a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual pelo credor, em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor, mas em que, todavia, não tenha suportado adimplir

gante disposição. O legislador entendeu, no § 1º do aludido art. 500, que, sendo a diferença de medição encontrada no imóvel inferior a 1/20 (um vigésimo) da área total enunciada (ou seja, inferior a cinco por cento), não se autoriza a adoção das medidas jurídicas redibitórias, expostas no *caput* do próprio dispositivo legal. Ou seja, veda-se ao comprador requerer o desfazimento da compra e venda ou, ainda, o abatimento no preço, quando a diferença se mostrar insignificante. Presume-se, nessa hipótese, que a menção à metragem no corpo do contrato foi meramente enunciativa. Assim, se alguém vende uma área de cem hectares e a real dimensão do terreno é de noventa e sete hectares, o inadimplemento mínimo não justifica a adoção de medidas judiciais desproporcionais.

É que não se mostra razoável juridicamente permitir o desfazimento de uma venda *ad mensuram* quando a diferença de área encontrada não se mostra significativa.

De qualquer forma, a presunção de que a alusão à metragem foi meramente enunciativa não é absoluta, mas relativa. Com efeito, poderá o comprador provar que, se fosse devidamente informado sobre a área do terreno, não teria realizado o negócio jurídico. Parece-nos que a solução é sábia, haja vista acautelar a boa-fé do comprador, que precisa de uma área específica para realizar determinado investimento e possui condições de provar que mesmo uma pequena diferença é fundamental naquela situação. O legislador mais uma vez adotou a diretriz da concretude, para retratar a pessoa em suas circunstâncias, buscando considerá-la em seu contexto e sua realidade específica. O ônus da prova, para tanto, é do adquirente, a quem incumbirá demonstrar que somente realizou o negócio porque precisava do imóvel com as medidas especificamente completas. Seria o caso do agricultor que precisa demonstrar ao banco o cumprimento total de aproveitamento da área para fins de financiamento.

Não se imagine que, na hipótese de a diferença encontrada ser inferior a um vigésimo, o vendedor restaria impune. De nenhum modo. Será possível ao adquirente requerer perdas e danos, por conta do prejuízo, em face do vício de medida existente.

Situação extremamente delicada envolve a abusividade (e, por conseguinte, a nulidade) das cláusulas contratuais encartadas em contratos de consumo e de adesão, estabelecendo a renúncia do comprador ao direito à indenização quando se detectar que a área do imóvel adquirido tem diferença menor do que um vigésimo. Ora, em se

---

uma pequena parte da obrigação. É que se apresenta abusivo o exercício de um direito pela parte que pretende ver resolvido um negócio jurídico somente porque a contraparte descumpriu, minimamente, as suas obrigações. É o abuso do direito à rescisão de um contrato, porque os drásticos efeitos que podem decorrer afrontam o senso ético exigido das partes. É o que no direito inglês é cunhado como *substancial performance*. Em outras palavras, na linha do princípio constitucional da proporcionalidade, o desfazimento do contrato pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes, comparativamente à opção de manutenção do contrato. Na falta de uma pequena parcela para o alcance do adimplemento, é coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção da prestação faltante (*v. g.*, ação de execução ou monitória), e não a pura e simples resolução contratual", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 687.

tratando de uma diferença menor do que cinco por cento, já não terão cabimento as regras de redibição ou de complementação de área, por conta do inadimplemento mínimo (CC, art. 500, § 1º). Assim, excluída a garantia indenizatória do adquirente, ocorre, inexoravelmente, um *abuso do direito*, com a nulidade da cláusula – que somente será tolerada nos contratos paritários quando decorrer da expressa manifestação de vontade de ambos os contratantes. A tese conta com o aval do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Contrato de compra e venda de imóvel regido pelo CDC. Referência à área do imóvel. Diferença entre a área referida e a área real do bem inferior a um vigésimo (5%) da extensão total enunciada. Caracterização como venda por corpo certo. Isenção da responsabilidade do vendedor.*
>
> *Impossibilidade. Interpretação favorável ao consumidor. Venda por medida. Má-fé. Abuso do poder econômico. Equilíbrio contratual. Boa-fé objetiva.*
>
> *– A referência à área do imóvel nos contratos de compra e venda de imóvel adquiridos na planta regidos pelo CDC não pode ser considerada simplesmente enunciativa, ainda que a diferença encontrada entre a área mencionada no contrato e a área real não exceda um vigésimo (5%) da extensão total anunciada, devendo a venda, nessa hipótese, ser caracterizada sempre como por medida, de modo a possibilitar ao consumidor o complemento da área, o abatimento proporcional do preço ou a rescisão do contrato.*
>
> *– A disparidade entre a descrição do imóvel objeto de contrato de compra e venda e o que fisicamente existe sob titularidade do vendedor provoca instabilidade na relação contratual.*
>
> *– O Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva.*
>
> *– Basta, assim, a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a interpretação mais favorável ao consumidor, que não participou da elaboração do contrato, consideradas a imperatividade e a indisponibilidade das normas do CDC.*
>
> *– O juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento.*
>
> *– Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, restando, assim, ferido o princípio da equidade contratual, deve ele receber uma proteção compensatória.*
>
> *– Uma disposição legal não pode ser utilizada para eximir de responsabilidade o contratante que age com notória má-fé em detrimento da coletividade, pois a ninguém é permitido valer-se da lei ou de exceção prevista em lei para obtenção de benefício próprio quando este vier em prejuízo de outrem.*
>
> *– Somente a preponderância da boa-fé objetiva é capaz de materializar o equilíbrio ou justiça contratual" (STJ, Ac. 3a T., REsp. 436.853/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.5.06, DJU 27.11.06, p. 273).*

Até mesmo porque "a doutrina da venda *ad mensuram* e *ad corpus* não se construiu para enganar incautos e sim para facilitar negócios", consoante o alerta de José Osório de Azevedo Júnior.[151]

151. AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 72.

Por outra banda, se a falta de adequação entre as medidas originárias e a medição realizada posteriormente concluir pelo excesso de área do terreno, sendo provado que o equívoco foi proveniente de ignorância acerca do tamanho real do terreno, surgirão duas medidas alternativas (obrigação alternativa) à livre opção do comprador: poderá complementar o preço ou devolver o excesso. Trata-se de respeito à igualdade substancial, pois se a diferença for em detrimento do comprador, também surge para ele uma escolha.[152] Ou seja, não se cogita de invalidação por erro, pois o ordenamento jurídico deseja a preservação do negócio. Cuida-se de salutar regra (CC, art. 500, § 2º), afinal, do contrário, estaria prevalecendo o enriquecimento injustificado, vedado pelo próprio sistema (CC, arts. 884 e 885). Ressalte-se que tal prerrogativa somente é reconhecida ao vendedor *se não tinha ciência da configuração geométrica do imóvel vendido*. Se tinha conhecimento das medidas, não se pode valer do beneplácito legal, sob pena de incorrer em *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório) e praticar abuso do direito (CC, art. 187).

Detectado um vício de extensão na venda *ad mensuram*, surge para o comprador uma sequência lógica de opções: (*i*) devolver a coisa, através de ação redibitória, desfazendo o negócio; (*ii*) obter abatimento no preço, mantendo a coisa consigo, por meio de ação estimatória, também dita *quanti minoris*; (*iii*) exigir, quando possível, a complementação da área imobiliária faltante, ajuizando uma *actio ex empto*, que possui natureza de ação real, submetida ao procedimento comum ordinário. O direito de promover a ação cabível deve ser exercitado no prazo decadencial de um ano (CC, art. 501),[153] contados do registro em cartório ou da imissão na posse do imóvel. À luz do princípio do aproveitamento do contrato, derivado da função social do contrato, impõe-se ressaltar que o direito à resolução do contrato somente deve ser invocado em *ultima ratio*, quando não mais for possível manter a contratação, sanando o vício por outro mecanismo. Assim sendo, "as pretensões realmente devem obedecer à ordem do art. 500, que fez uma opção racional, orientada por dois valores: a conservação do negócio jurídico e sua realização útil".[154]

É absolutamente certo que, não sendo possível a complementação da área (por exemplo, quando se tratar de um apartamento ou quando a área excedente do imóvel pertence a outra pessoa), o adquirente conta com as duas outras alternativas: pode exercitar o direito potestativo à resolução contratual com a devolução de todas as quantias pagas, sem prejuízo de requerer indenização pelos danos decorrentes do negócio, ou pleitear o abatimento proporcional no preço, mantendo o negócio jurídico sobre a área a menor.

152. "Por uma questão de igualdade de tratamento, assim como ao comprador se oferece a oportunidade de buscar a complementação da área, ou a redução do preço, ou até a resolução do negócio, ao vendedor se dá a perspectiva, mas desde que prove a existência de motivo para desconhecer as dimensões exatas" (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, op. cit. p. 354).

153. Art. 501, Código Civil: "decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título".

154. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 256.

Tratando-se da venda *ad corpus* (de corpo inteiro), é de se partir da premissa de que, aqui, a metragem é dada de forma meramente enunciativa, pois o bem lhe foi vendido como área certa e precisamente individualizada por marcos geográficos e confrontações. Exemplificando, uma pessoa vende uma fazenda a outra, anunciando que se trata de uma "área de 300 alqueires, confrontando os terrenos pertencentes a determinados vizinhos". As confrontações sinalizadas demonstram o que se quis realmente alienar.[155]

A jurisprudência colabora para a compreensão do tema:

> "Se na escritura consta que a venda da propriedade rural foi realizada indicando-se o preço não pela sua extensão, então a alienação, in casu, efetivou-se pela modalidade ad corpus".
>
> Admitida a venda da propriedade por tal critério, não cabe indenização à parte que alega prejuízo, eis que a enunciação da alqueiragem teve por escopo tão somente definir os limites da área integrante da avença" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.805/GO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.2.90, *DJU* 19.3.90, p. 1.948).

De qualquer sorte, somente em cada caso concreto será possível interpretar as cláusulas contratuais que se mostrem dúbias para determinar se a venda é *ad mensuram* ou *ad corpus*, com recurso aos métodos interpretativos indicados nos arts. 112 e 113 do Código Civil.[156] Até porque, como pondera Carlos Roberto Gonçalves, "não exige a lei, para que uma venda se caracterize como *ad corpus*, que o contrato o diga expressamente. O juiz, para decidir sobre sua natureza, se *ad mensuram* ou *ad corpus*, deve apurar a real intenção das partes, consultando o contrato. Não existindo declaração expressa, ou sendo esta dúbia, deverá o magistrado valer-se dos elementos extraídos da descrição do imóvel, da sua finalidade econômica e até de indícios e presunções".[157]

Ressalve-se, ademais, que as regras das vendas *ad mensuram* e *ad corpus* não se aplicam às alienações em hasta pública. A garantia em arrematações e adjudicações é restrita ao fenômeno da evicção (CC, art. 447). Já nas vendas de terrenos com alterações de dimensões, temos um regime semelhante ao dos vícios redibitórios, mas normatizado por disciplina especial. Assim, a larga publicidade que envolve a hasta

155. Interessante o exemplo pensado por Flávio Tartuce: "exemplo típico é o caso da compra e venda de um rancho, interessando mais ao comprador que seja banhado por águas de um rio, onde pretende pescar nos finais de semana, do que a extensão exata do imóvel". *Direito Civil*, op. cit., p. 272.

156. Tentando facilitar a compreensão dos contratos imobiliários, Washington de Barros Monteiro sugere alguns elementos para interpretar uma venda como *ad corpus:* o emprego, na escritura, da expressão *mais ou menos* para qualificar a área do bem; a circunstância de estar murado ou cercado o imóvel; quando a escritura, previamente, já designa e especifica todos os confinantes. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 110.

157. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 227. Em igual sentido, veja-se a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho: "para considerar a venda *ad corpus* não é necessária expressa referência a esta cláusula. A definição da natureza da compra e venda imobiliária resulta, assim, da interpretação da intenção consubstanciada no contrato, se não contemplar seu instrumento nenhuma cláusula que a indique de forma explícita". *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 152.

pública permite o exame minucioso do bem antes da venda, retirando a possibilidade de o vício permanecer oculto.

8. CLÁUSULAS ESPECIAIS (ADJETAS) NA COMPRA E VENDA

8.1 Generalidades

A par das regras gerais do contrato de compra e venda – relativas ao consentimento, ao preço e ao objeto –, autoriza o sistema que as partes se valham de cláusulas especiais, de natureza evidentemente acessória, para atender a interesses específicos, sem afetar a regulamentação genérica da avença.

Naturalmente, em se tratando de cláusulas especiais, *exigem a manifestação expressa das partes*,[158] não se presumindo e, tampouco, admitindo interpretação ampliativa.

A função dessas cláusulas adjetas é estabelecer fatores de controle da eficácia do contrato, através da indicação de condições (eventos futuros e incertos), acomodando interesses recíprocos. Por óbvio, de algum modo, tornam o negócio jurídico diferenciado, na medida em que são estabelecidas regras especiais, sem afetar, insista-se à saciedade, as regras gerais da compra e venda.

Invocando o escólio de Maria Helena Diniz, "o contrato de compra e venda, desde que as partes o consintam, vem, muitas vezes, acompanhado de cláusulas especiais, que embora não lhe retire os seus caracteres essenciais, alteram a sua fisionomia, exigindo a observância de normas particulares, visto que esses pactos subordinam os efeitos de contrato a evento futuro e incerto, tornando condicional o negócio".[159]

As cláusulas especiais contempladas no Código Civil de 2002 são:

i) retrovenda (CC, arts. 505 a 508);

ii) venda a contento e venda sujeita à prova (CC, arts. 509 a 512);

iii) preempção ou preferência convencional (CC, arts. 513 a 520);

iv) venda com reserva de domínio (CC, arts. 521 a 528);

v) venda sobre documentos (CC, arts. 529 a 532).

À luz da autonomia privada que permeia o Direito dos Contratos, como exaustivamente visto alhures, não se pode deixar de assinalar que o rol das cláusulas adjetas é *meramente exemplificativo*, admitindo-se que as partes venham a estabelecer outras cláusulas especiais, igualmente decorrentes de manifestação expressa, com o propósito de regulamentar determinados interesses. Seria o caso do *pacto de melhor*

158. Disso não discrepa Flávio Tartuce: "as cláusulas especiais, para valerem e terem eficácia, devem constar expressamente do instrumento". *Direito Civil*, op. cit., p. 274.

159. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 206.

comprador – que, embora não esteja disciplinado na Codificação Reale,[160] pode estar presente na avença.[161, 162] Por curiosidade, não é demais registrar que o Código Civil argentino, expressamente, disciplina o *pacto de mejor comprador*, em seu art. 1.369, afirmando tratar-se da estipulação *de quedar desfeita a venda se se apresentar outro comprador, oferecendo preço mais vantajoso.*

8.2 Retrovenda

É certo – e isso não se põe em dúvida – que o negócio jurídico de compra e venda possui vastíssimo campo de aplicação, não apenas pelo fato de ser o modo mais democrático de realização do tráfego jurídico, em qualquer estrato social, mas por também possibilitar a conjugação de cláusulas especiais que flexibilizam o contrato, sem sacrificar a sua natureza bilateral e onerosa.

Dentre essas cláusulas especiais, uma das mais ricas é a de retrovenda (*retracto convencional*, como querem os espanhóis, ou *venda a retro*, no dizer dos lusitanos).

A retrovenda é o pacto adjeto à compra e venda, pelo qual as partes estipulam que o vendedor possuirá o direito potestativo (portanto, submetido, tão só, à sua própria manifestação de vontade) de comprar a propriedade de volta, em certo prazo (não superior a três anos), sujeitando o adquirente a tanto (independentemente da vontade de quem comprou), desde que deposite o preço, acrescido de despesas realizadas pelo comprador.

Enfim, é o direito estabelecido em favor do alienante de *recomprar a coisa, no prazo máximo de três anos, independentemente da vontade do adquirente de vendê-la.*

Disso deflui, com tranquilidade, a sua natureza de *condição resolutiva potestativa*.[163]

Destarte, o núcleo central da retrovenda é, exatamente, o direito potestativo, o poder reconhecido ao vendedor de submeter o comprador ao exercício unilateral da desconstituição do negócio jurídico, sem que possa a isto se opor. Basta que o direito seja exercitado no prazo decadencial e fatal de três anos (salvo se prazo menor não foi estabelecido), contados do registro do título aquisitivo da propriedade do imóvel.

160. O Código Civil de 1916 expressamente tratou do pacto de melhor comprador, em seu art. 1.163: "ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço".

161. "Malgrado a omissão do Código de 2002, podem as partes, exercendo a sua autonomia da vontade, estipular no contrato de compra e venda o pacto de melhor comprador", GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 229.

162. Sobre a estrutura conceitual do pacto de melhor comprador, é possível registrar que se trata da convenção contratual pela qual é estabelecida uma condição resolutiva. Consiste na disposição que resguarda ao vendedor o direito de, apesar de já celebrado o contrato, desfazer a avença se encontrar um preço melhor, dentro de determinado lapso temporal. Ultrapassado o prazo estabelecido (não superior a um ano), sem que o vendedor obtenha um melhor preço, a propriedade se transfere em caráter definitivo.

163. Assim: RODRIGUES, Silvio. Cf. *Direito Civil*, op. cit., p. 187; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 307.

A propósito, não havendo a celebração de um novo contrato de compra e venda, mas, apenas, o desfazimento do negócio anteriormente celebrado, não se pode questionar a incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, por não ter ocorrido uma transmissão.

Note-se que o prazo decadencial descrito na norma é o máximo, nada impedindo que as partes convencionem um período inferior, observando-se o disposto no art. 211 do Código Civil.[164] Aliás, seria ofensivo ao direito de propriedade permitir a convenção de um prazo maior, diante da insegurança que a cláusula provocaria nas relações patrimoniais do proprietário e de terceiros que com ele eventualmente negociassem.

Caso as partes silenciem quanto ao prazo para o exercício do direito de retrovenda, a qualquer momento, poderá ser exercitada a retratação, mediante a interpelação da parte, mas com a devida atenção à observação do parágrafo único do art. 473 do Estatuto Substantivo,[165] a fim de se evitar o abusivo exercício do direito potestativo que seja lesivo à economia do contrato e a sua função social.

A retrovenda é, sem dúvida, uma manifestação da autonomia privada, pois só nos negócios jurídicos as partes podem inserir elementos acidentais (termo, condição e encargo) a ponto de inovar dentro dos limites impostos pelo sistema. Todavia, atualmente a autonomia privada tem de ser ponderada com outros valores do sistema jurídico, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva (CC, arts. 421 e 422). Na espécie, isto implica a impossibilidade de o ordenamento ser complacente com a cláusula de retrovenda que venha a ser utilizada como modo de garantia de um mutuante contra o mutuário, diante do eventual inadimplemento da obrigação. O perigo de uso indevido da retrovenda vem sendo sentido, também, em solo argentino, com a advertência doutrinária de que a retrovenda *pode ser poderoso instrumento nas mãos de mutuantes inescrupulosos, impondo ao devedor "condições leoninas e que têm, nesses contratos, um procedimento que muitas vezes lhes permite quedar-se com bens importantes por um preço mínimo"*.[166] Exemplificando, Carlos Alberto Ghersi explica ser comum o uso da retrovenda *por quem empresta dinheiro e exige que seja simulada a venda de uma coisa, com cláusula de retrovenda, como forma de garantia, evitando ter de ir ao Judiciário para a execução do crédito.*[167] Ou seja, não se tolera que a autonomia privada seja exercida para asfixiar um dos contratantes (ou mesmo terceiros), colocando-o em situação de inferioridade contratual.[168] Portanto,

164. Art. 211, Código Civil: "se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação".

165. Art. 473, parágrafo único, Código Civil: "se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos".

166. BORDA, Guillhermo A. *Tratado de Derecho Civil*, op. cit., p. 231.

167. GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*, op. cit., p. 464.

168. Até porque o Código Civil veda a cláusula comissória (CC, arts. 1.365 e 1.428), que permitiria ao credor ficar com o bem dado em garantia em caso de inexecução da obrigação ao tempo do vencimento. A norma possui evidente aspecto ético, pois impede a usura. A título ilustrativo, caso a dívida fosse de R$ 30.000,00

a retrovenda não pode servir como um acordo simulatório no qual a compra e venda sirva de fachada para encobrir a real causa da contratação: a garantia ilícita de um empréstimo. A sanção para essa simulação será a nulidade do negócio (CC, art. 167).[169]

A eventual recusa do comprador em respeitar o direito de recompra do alienante (ou seja, a recusa em se submeter à desconstituição da compra e venda) autoriza o vendedor à propositura de uma ação de consignação em pagamento, a fim de exercer o direito potestativo de resgate, depositando o valor *tanto por tanto*. Significa que o depósito deve abranger, além do valor ajustado para a compra e venda, as despesas de registro em cartório, inclusive as benfeitorias necessárias – o que se mostra, a toda evidência, razoável para obstar a ocorrência de um enriquecimento sem causa. Nessa ordem de ideias, inclusive, mostra-se *ilícita* e, via de consequência, nula a cláusula que afaste o dever de pagamento das despesas do comprador. Acrescente-se que o pedido formulado em juízo não se restringe à consignação em pagamento, envolvendo, por igual, uma declaração judicial de aquisição forçada, para fins de lavratura do registro público.

No particular, entendemos que houve um lapso do legislador ao não permitir que essa consignação se realizasse em estabelecimento bancário, com o depósito da quantia devida, como permite o comando do art. 334 do Código Civil,[170] em conjuminância com o art. 539, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015. De qualquer maneira, se a recusa do comprador em receber é justificada pela insuficiência da quantia oferecida (por exemplo, por não abranger as despesas do comprador), o vendedor somente poderá adjudicar a coisa quando complementar o preço, seguindo os trâmites do art. 545 do Código de Processo Civil.[171]

Nota-se, com facilidade, que a retrovenda estabelece um clássico exemplo de *propriedade resolúvel*,[172] uma vez que a titularidade do comprador pode se extinguir, a qualquer tempo, pelo exercício do direito potestativo pelo alienante. Nessa levada,

(trinta mil reais), a cláusula comissória permitiria ao credor, se tolerada fosse pelo sistema, adjudicar um imóvel de R$ 100.000,00 (cem mil reais) diante do inadimplemento.

169. Em nossas Cortes já se encontram precedentes: "Por decisão transitada em julgado, tem-se a nulidade de escritura pública de compra e venda com cláusula de retrovenda. Por haver apenas prestado a garantia do suposto empréstimo, não assume a ré a posição de vero devedor da quantia eventualmente mutuada. Ausência de prova que autoriza concluir não ser a ré devedora do autor" (TJ/RS, Ac. 19ª Câm. Cív., Ap. Cív 70021860606 – comarca de Pelotas, Rel. Des. Guinther Spode, j. 11.12.07, *DJRS* 8.1.08).

170. Art. 334, Código Civil: "considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais".

171. Art. 545, Código de Processo Civil: "alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, dentro em dez dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato. § 1º No caso do caput, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida. § 2º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após a liquidação, se necessária".

172. Sobre a propriedade resolúvel, já propagamos: "o princípio da irrevogabilidade da propriedade pode ceder quando a duração do direito subjetivo se subordinar a acontecimento futuro previsto no próprio título constitutivo, ou, mesmo não previsto no título, em razão de certos fatos consignados em norma. Neste

endossa a tese James Eduardo Oliveira: "a compra e venda com a cláusula de retrovenda *tem perfil resolúvel* porque assegura ao vendedor o desfazimento do negócio jurídico e a consequente recuperação do domínio do imóvel alienado".[173]

Outrossim, ressalte-se que a eficácia real da retrovenda é ampla, abarcando a sucessão *inter vivos* e a sucessão *causa mortis*, tanto pelo ângulo do vendedor quanto pelo do comprador.

É o que deflui do art. 507 da Lei Civil: "o direito de retrato, que é cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente".

Pois bem, o direito (potestativo) de retrovenda não é personalíssimo, admitindo sua cessão a terceiros, por meio de negócio jurídico, gratuito ou oneroso, além de ser transmissível aos herdeiros e aos legatários, em razão de sucessão legítima ou testamentária.[174] Aliás, não é demais lembrar que, em se tratando de sucessor de absolutamente incapaz, suspende-se a contagem do prazo decadencial para o exercício do direito (CC, art. 208).

Mais importante: a cláusula de retrovenda tem eficácia em relação a terceiros, eventualmente adquirentes do imóvel, dentro do prazo decadencial estabelecido. Assim, qualquer adquirente do imóvel, a título gratuito ou oneroso, se sujeita à eventual e futura adjudicação do bem por parte do vendedor (ou de seus sucessores), no prazo decadencial. Dessa forma, o registro do contrato em cartório provoca um interessante (e surpreendente) direito de sequela contra quem quer que esteja na posição de proprietário. Uma *eficácia real da cláusula de retrovenda*. Certamente, o proprietário não pode alegar a sua boa-fé (subjetiva) porque o registro acarreta a indispensável publicidade do ato.

Por outro lado, a resolução da propriedade, decorrente do exercício do direito potestativo de retrovenda, opera efeitos *ex tunc*, retroativos, desconstituindo-se todos os direitos reais concedidos no período (CC, art. 1.359). Exemplificando, se o comprador concedeu uma hipoteca sobre o bem adquirido e, posteriormente, o vendedor exerceu o direito de recompra, extingue-se, juntamente com a titularidade do comprador, o direito de hipoteca do terceiro.

Apesar dessa eficácia real, não consideramos a retrovenda como um direito real.[175] Trata-se de mero direito obrigacional que traz consigo uma obrigação do

caso, emerge a propriedade revogável, na qual a própria causa da aquisição já encerra o princípio da resolução". FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*, op. cit., p. 286.

173. OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*, op. cit., p. 409.

174. Pondera, com razão, Carlos Roberto Gonçalves, que "o direito de retratação permanece, ainda que a cláusula não tenha sido averbada no Registro de Imóveis. Trata-se de direito pessoal, e não de direito real. Todavia, o registro gera eficácia *erga omnes*, sendo oponível a terceiros que venham a adquirir o imóvel do adquirente". *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 229.

175. Em senso inverso, sem razão ao nosso sentir, *venia maxima permissa*, malgrado o inescondível talento, Fernando Noronha sustenta que "a retrovenda é o terceiro tipo de direito real de aquisição" porque o direito que dela resulta "pode ser feito valer contra terceira pessoa". *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 283.

Faculdade de Direito Fortaleza Ceará

proprietário de restituir a titularidade da coisa, caso provocado o direito potestativo de retratação. Não se olvide, a propósito, que os direitos reais estão taxativamente previstos em lei (princípio da tipicidade). Em verdade, o pacto adjeto de retrovenda produz um direito obrigacional com eficácia real, assim como acontece com o direito de preferência em favor do locatário que averba o contrato de locação no registro imobiliário, tornando a prelação oponível em face de eventuais adquirentes (Lei nº 8.245/91, art. 33).

No que tange à pactuação da retrovenda entre vendedores-condôminos, convém atentar para a regra do art. 508 da Lei Civil:

> Art. 508, Código Civil: "Se a duas ou mais pessoas couber o direito de retrato sobre o mesmo imóvel, e só uma o exercer, poderá o comprador intimar as outras para nele acordarem, prevalecendo o pacto em favor de quem haja efetuado o depósito, contanto que seja integral".

De fato, não se pode conceber o exercício de um direito potestativo pela metade. Assim, foi feliz e técnico o legislador ao preconizar que, por medida de cautela, pode o comprador convocar os demais condôminos quando apenas um dos vendedores-comunheiros exercer o direito de recompra. A retrovenda prevalecerá em favor daquele condômino que efetue o depósito integral, isto é, que pague o preço, acrescido das despesas do comprador. Contudo, não sendo realizado o pagamento integral, por nenhum dos condôminos, caducará o direito comum ao resgate. Esse condomínio pode, também, surgir quando o vendedor for apenas um proprietário, vindo a falecer posteriormente, no curso do prazo de recompra, deixando múltiplos herdeiros, ou mesmo quando ocorrer uma cessão do direito de retratação a duas ou mais pessoas, conforme autorizado pelo art. 507 do Código Civil. Caso todos os vendedores concordem com a divisão do preço, a retrovenda acarretará o nascimento de um condomínio, seja o bem divisível ou indivisível.

Apesar da omissão legislativa, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo inexistir incompatibilidade entre a cláusula de retrovenda e o contrato de compra e venda de bens móveis.[176]

8.3 Venda a contento e venda sujeita à prova

A cláusula de *venda a contento* (*pactum displicentiae*) subordina a eficácia da compra e venda a uma condição suspensiva, qual seja, a satisfação do comprador ao apreciar as qualidades da coisa que lhe foi entregue. Permite-se, então, ao adquirente desfazer o contrato caso a coisa não tenha, ao seu exame, as qualidades previstas. Daí ser denominada cláusula *ad gustum*.

176. "Consoante o entendimento pretoriano, não há incompatibilidade entre a cláusula de retrovenda e o contrato de compra e venda de bens móveis, funcionando aquela puramente como garantia, sem força suficiente, portanto, para anular o negócio jurídico em sua integralidade" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 260.923/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j.7.10.03, *DJU* 20.10.03, p. 277).

As suas priscas origens são relatadas por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, localizadas "em antigos usos e costumes dos mercadores que adquiriam vinho, azeite, café e outras coisas que são experimentadas antes de sua compra. Modernamente, fala-se em especialistas na identificação da qualidade, do sabor e do aroma desses produtos, a exemplo dos enólogos (vinhos) e baristas (café). Na indústria têxtil, há um profissional que se dedica a aferir previamente a qualidade das peças vendidas a grosso para os ateliês e fabricantes de roupas de alta costura. As compras só se aperfeiçoam quando esse especialista faz o exame conhecido por *touch and feel* (tocar e sentir), um leve transpassar de dedos por cada lote de peça".[177]

Nota-se, pois, sem dificuldades, que se trata de cláusula bastante difundida em vendas de bebidas, em especial daquelas que exigem apreciação de sua qualidade, (como vinhos), gêneros alimentícios e confecções.

Tem-se, então, uma situação curiosa: o vendedor se sujeita a um evento futuro e incerto, que se relaciona ao arbítrio do comprador, excepcionando-se a proibição de admissibilidade de condições puramente potestativas (CC, art. 122),[178] na medida em que a eficácia negocial fica submetida à livre apreciação da qualidade da coisa pelo adquirente. Não se permite, destarte, ao vendedor, discutir a razoabilidade dos motivos do desagrado, escapando a matéria ao controle pelo Judiciário. De fato, não se mostraria crível, nem admissível, que o pretenso comprador tivesse de justificar a razão pela qual a bebida que lhe foi oferecida não lhe agradou.

Comungando com o mesmo pensar, Carlos Roberto Gonçalves é objetivo: "o aperfeiçoamento do negócio depende *exclusivamente do arbítrio*, isto é, do *gosto do comprador*, não podendo o vendedor alegar que a recusa é fruto do capricho".[179]

Em igual sentido, as legislações da Suíça (Código das Obrigações, art. 223) e da França (*Code de France*, art. 1.587) submetem as vendas *ad gustum* ao puro arbítrio do comprador em aceitar, ou não, a coisa vendida.

Interessante perceber que a devolução do bem não se prende, em nenhum momento, a uma apreciação objetiva sobre as características materiais da coisa, mas simplesmente ao desejo do comprador. Nesse ponto, discordamos daqueles que defendem se tratar de cláusula simplesmente potestativa e não meramente potestativa, pois o arbítrio não seria ilimitado. Muito pelo contrário, temos que a opção do comprador pode se basear em um simples capricho, sem que se possa questionar tal aspecto subjetivo.

177. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 345.

178. Art. 122, Código Civil: "são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes".

179. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 233. Também concordando com a ideia defendida: "o fundamental nesse tipo de venda é o destaque dado ao gosto do comprador. O critério é eminentemente subjetivo." AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 90.

O comprador não é o proprietário, porém mero titular de um direito eventual. Portanto, dele não se exige qualquer espécie de pagamento até que se decida a adquirir o bem, após a análise de sua qualidade. Todavia, poderá reclamar a entrega da coisa, pois sem a posse direta do objeto, não terá condições de avaliar se o negócio jurídico se lhe mostra satisfatório.

Não se olvide que a cláusula será expressa no contrato, caso contrário não se pode presumir que o comprador adquiriu apenas para experimentar.[180]

Ao contrário do que sugere o Código Civil, em seu art. 509,[181] a possibilidade de devolução do bem não decorre da autonomia privada, mas da tutela jurídica dedicada ao vulnerável que está adquirindo, por meio de pressão psicológica, sem a necessária ponderação acerca da real utilidade da compra. Outrossim, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, a aquisição não se faz por condição suspensiva, ela é perfeita e acabada, mas subordina-se ao direito potestativo de resilição unilateral.

Apesar do silêncio do Texto Codificado sobre a possibilidade de a venda a contento ser realizada mediante cláusula resolutiva para o comprador, entendemos que nada impede a fixação da resolução, com base na autonomia privada das partes, eis que não há proibição expressa da norma ou ofensa à ordem pública.

A outro giro, a *venda sujeita à prova* ou *a ensaio* concerne à cláusula que subordina a eficácia da compra e venda à objetiva constatação das qualidades que foram asseguradas pelo vendedor. Precisa é a preleção de José Osório de Azevedo Júnior sobre o tema: "aqui a manifestação do comprador não é de ordem subjetiva e discricionária: sua recusa precisa estar apoiada em sinais de que a coisa não apresenta o desempenho e as qualidades prometidas".[182]

É diametralmente oposta à cláusula de *venda a contento*, que, como realçado anteriormente, está submetida à satisfação do comprador a partir de uma avaliação em nível subjetivo, baseada em sua estima pela coisa.

Mas a distinção não para por aí. Na medida em que o desagrado do comprador se prende à própria desconformidade externa entre o que se prometeu e o que se pretende adquirir realmente, ressalta formular uma indagação sobre a necessidade de prova da existência do alegado déficit qualitativo pelo adquirente. Parece-nos que a resposta é positiva, caso contrário estar-se-ia incorrendo nas mesmas consequências da venda a contento, ou seja, no arbítrio do comprador. Equivale a dizer: a condição suspensiva da compra é sujeita à demonstração da veracidade das alegações do comprador, sob pena de ser levada à apreciação do magistrado.

180. Já nas relações de consumo em que a compra ocorre fora do domicílio do fornecedor, o consumidor exercerá o direito de arrependimento no prazo de reflexão de sete dias (CDC, art. 49).

181. Art. 509, Código Civil: "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".

182. AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 92.

Enfim: *tanto a venda a contento quanto a sujeita à prova são condicionais; entrementes, naquela (a contento), o critério é puramente subjetivo e arbitrário, enquanto nesta (sujeita à prova), parte-se de uma análise objetiva e fundamentada.*

Se o desnível qualitativo da coisa for oculto, deverá o comprador se socorrer das normas relativas aos vícios redibitórios (CC, arts. 441 a 446).

Evidentemente, se na *venda a contento* e na *venda sujeita à prova* o comprador é mero titular de direito eventual em razão da condição suspensiva, a eficácia aquisitiva se sujeita ao evento futuro e incerto do contentamento com o bem ou da constatação de suas virtudes materiais. Como ressalta o art. 511 do Estatuto Substantivo: "em ambos os casos, as obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la".

Por isso, em ambas as figuras, enquanto a condição não se verificar, o comprador é tratado como um mero comodatário, surgindo apenas um desdobramento da posse: a posse indireta se mantém com o vendedor – que ainda remanesce na posição de proprietário – e a posse direta é transferida ao comprador, em virtude de uma relação de direito obrigacional. No mesmo passo, responderá civilmente de acordo com as regras de responsabilidade do comodatário.[183]

Caso o comprador não queira adquirir a coisa, a sua obrigação consistirá na sua devolução imediata, sob pena de conversão da posse em injusta, após ser interpelado pelo vendedor. Nesse caso, será admitida a propositura de uma ação de reintegração de posse pelo vendedor.

Em ambas as figuras, a manifestação de aceitação do comprador pode ser expressa ou tácita. Esta última se materializaria, por exemplo, pelo pagamento do preço ou pela prática de qualquer comportamento concludente ou socialmente típico, demonstrando a sua satisfação.

Além de tudo isso, tanto na *venda a contento* quanto na *venda sujeita à prova*, o Código Civil abdicou de fixar prazos decadenciais para o exercício do direito potestativo de restituição da coisa.[184] Duas soluções se apresentam, então: *Primo*, as partes podem ajustar prazo convencional de decadência. Superado o lapso temporal sem a repulsa da coisa, a compra e venda se aperfeiçoa em caráter definitivo. *Secundo*, não havendo fixação de prazo pelas partes, o vendedor tem de interpelar o comprador – judicial ou extrajudicialmente – para o exercício da opção, assinalando prazo para manifestação, sob pena de, no silêncio, concretizar-se a compra e venda em sua plenitude. Cuida-se de uma forma de aceitação presumida da compra e venda.

Nada obstante ser conhecida a regra que disciplina a satisfação imediata do credor nos contratos sem prazo (CC, art. 331), há casos em que se demanda um

183. "Incumbe-lhe, em razão disso, conservá-la como *bom pai de família*, respondendo por perdas e danos derivadas de dolo ou culpa", OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*, op. cit., p. 412.

184. Art. 512, Código Civil: "não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável".

prazo tácito (CC, art. 134), quando as próprias particularidades do caso evidenciam a necessidade de um período para o cumprimento da obrigação. Pois bem, estamos, nesse ponto, diante dessa situação. Mostra-se, pois, abusiva a conduta do vendedor de exigir imediatamente o adimplemento, sem conceder ao comprador um tempo razoável para constatar as qualidades da coisa possuída.

Conquanto o lócus natural destas cláusulas sejam os bens móveis, nada impede a sua utilização nos negócios que tenham por objeto bens imóveis.

8.4 Preempção ou preferência convencional

A *preempção* ou *preferência* (ou, como queriam os romanos, *pactum protimiseos*) é uma espécie de pacto adjeto à compra e venda que assegura ao vendedor o direito de prelação (preferência), em igualdade de condições com terceiros, caso o comprador do bem, móvel ou imóvel, decida vendê-lo ou dar em pagamento.

Disso não se afasta a lição de Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que se trata de um pacto acessório à compra e venda, pelo qual o adquirente obriga-se a oferecer o bem comprado a quem lhe vendeu, a fim de que este "use do seu direito de prelação em igualdade de condições".[185]

Não se confunde, a toda evidência, com a retrovenda, que, com rigor bem maior, submete o comprador ao poder do vendedor de recompra.

No direito de preempção, o comprador, tão somente, se obriga a conceder uma preferência a quem lhe vendeu, caso tenha o desejo de alienar onerosamente a coisa a terceiros.

Por evidente, exercido o direito de preferência pelo ex-proprietário, o vendedor, surge uma nova aquisição, submetida, por conseguinte, à tributação.

Aliás, acreditamos não existir uma condição suspensiva ou resolutiva nesse instituto. O negócio de compra e venda, ao nosso sentir, é perfeito e acabado. Apenas, e tão só, o comprador realiza uma promessa unilateral de contratar (CC, art. 466), assumindo uma obrigação.[186]

Exsurgem, pois, dois requisitos determinantes: o desejo do comprador de vender (condição resolutiva) e a vontade do vendedor de recomprar (condição suspensiva). Faltando uma delas, não se concretiza a cláusula de preempção.

---

185. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 216.

186. Nesse aspecto, merece aplausos a preleção do professor da belíssima Alagoas, Paulo Luiz Netto Lôbo: "o direito de preferência é direito formativo gerador que não existe antes da intenção do comprador de vender a coisa. Não se trata de compra e venda sob condição suspensiva. O que está suspenso é o próprio direito formativo gerador. O comprador não tem o dever de vender a coisa; pode nunca vendê-la, impedindo de irradiar-se o direito de preferência". *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 171.

A questão vem regulamentada pelo art. 513 da Lei Civil: "a preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto". A simples – e ainda que perfunctória – leitura do dispositivo legal explicita que se impõe ao comprador a obrigação de oferecer a coisa ao vendedor para que este exerça, se quiser, em igualdade de preço e de condições, a prelação, comprando a coisa de volta.

A notificação consubstanciará não somente o valor da transação, mas ainda as vantagens, eventualmente oferecidas pelo terceiro (CC, art. 518).

O ordenamento jurídico disponibiliza um prazo decadencial de cento e oitenta dias para o exercício da preferência quando se tratar de bens móveis (contados da tradição) e de dois anos para os imóveis (a contar do registro em cartório). Superado o prazo, o comprador estará absolutamente livre para alienar a quem bem entender, sucumbindo a prelação. Nada impede que as partes ajustem prazo decadencial convencional inferior ao descrito na norma, somente não lhes sendo possível ampliar o lapso de tempo.

Se as partes não ajustarem prazo convencional de decadência e houver intenção do comprador de vender a coisa antes do tempo fixado no parágrafo único do art. 513 da Codificação, deverá ele notificar o vendedor da concessão de prazo para o exercício da preferência em três dias, se móvel, ou sessenta dias, se imóvel.[187] Não havendo manifestação nesses prazos, subentende-se a renúncia ao direito. São prazos oferecidos por lei, supletivamente, partindo de uma premissa de razoabilidade. Contudo, se o vendedor demonstrar pelas peculiaridades do caso que a complexidade da proposta demanda maior tempo para o exercício da prelação, pode o juiz alterá-los.

Apesar de usualmente utilizada em negócios que tenham por objeto um bem imóvel, não há restrições à prelação de bens móveis e também incorpóreos.

Além de tudo isso, é de se realçar que, assim como o comprador fica obrigado a oferecer a coisa ao vendedor quando desejar negociá-la, cabe ao vendedor – que desconfie da intenção do comprador de vender – exercer o direito de prelação, intimando o comprador a lhe conceder o direito de preferência. É o que reza o comando do art. 514 da Lei Civil:

> Art. 514, Código Civil: "O vendedor pode também exercer o seu direito de prelação, intimando o comprador, quando lhe constar que este vai vender a coisa".

Se, realmente, existia o intuito de vender (que pode ser aferido por diversas maneiras), o comprador, quando intimado, não mais poderá desistir de oferecer a coisa ao vendedor, sob pena de ser condenado a indenizar o prejuízo causado, além

187. Art. 516, Código Civil: "inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor".

de se submeter à execução específica. Nota-se, nessa situação, a ocorrência de abuso do direito na modalidade do *venire contra factum proprium*, eis que a conduta ativa de oferecer a coisa a terceiros, que atraiu a legítima confiança do vendedor na possibilidade de recompra, foi traída pela segunda conduta, na qual o comprador retirou a proposta injustificadamente. Trata-se de evidente afronta à boa-fé objetiva, tutelada como ato ilícito pelo art. 187 do Código Civil.

Evidentemente, "aquele que exerce a preferência está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado" (CC, art. 515). Especifica-se, assim, que, para além da vontade das partes, essencial é que se mantenha uma paridade entre as posições do terceiro e do vendedor, de modo que este só tenha êxito na recompra se predispondo a oferecer idênticas condições de pagamento, tanto nos valores, quanto nos prazos e demais vantagens que são oferecidas ao comprador. Aliás, a referência direta ao pagamento de um preço afasta a admissibilidade da preferência nos contratos de troca ou permuta, que se aproxima da venda, mas dispensa o pressuposto do preço.

Caso a coisa tenha sido vendida por condôminos e tenha sido gravada com cláusula de preempção, a preferência tocará a todos.[188] Nesse caso, se um ou alguns não manifestam o desejo de comprar o bem, veda-se a um dos condôminos a aquisição de apenas uma parte do bem divisível ou de uma fração ideal do bem indivisível, pois a lei impõe uma indivisibilidade, atendendo à própria razão determinante do negócio jurídico (CC, art. 258). Em outras palavras, se A, B e C vendem um terreno a D e; quando este deseja vender o imóvel ao terceiro E, por noventa mil reais, apenas o condômino A manifesta o desejo de exercitar a preferência, não será lícito que A adquira apenas 1/3 do terreno, pois privará D de realizar um negócio jurídico sobre a totalidade do imóvel com E. Mas, se o condômino A, isoladamente, exercitar o direito de preferência sobre o total do imóvel, será bem-sucedido em sua empreitada. Enfim, não se admite a prelação parcial por qualquer dos condôminos, somente a prelação total. Abre-se exceção quando o comprador tenha adquirido cotas dos vendedores. No caso, o vendedor poderá comprar a sua parte e não necessariamente o imóvel.

Desperta um apaixonante debate a norma inserta no art. 518 do Código Civil, cuidando da responsabilidade do comprador que alienou a coisa, sem respeitar a preferência convencionada em prol de quem lhe vendeu. Afirma, *verbo ad verbum*, o dispositivo legal:

> *Art. 518, Código Civil: "Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé".*

188. Art. 517, Código Civil: "quando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só pode ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem ele toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita".

Nota-se, de saída, que a solução legal se coloca em posição diametralmente oposta àquela preconizada no pacto de retrovenda, na venda de fração ideal de bem indivisível em condomínio (CC, art. 504) e na locação de imóveis urbanos (Lei nº 8.245/91, art. 33).

Assim, a inobservância da preferência pelo comprador não outorga ao vendedor o poder de desfazer o negócio jurídico, mediante o depósito da quantia paga pelo terceiro. Optou o legislador por responsabilizar o comprador por perdas e danos, porém sem o desfazimento da compra e venda lesiva ao direito de preempção. Em termos pragmáticos: a opção da norma legal brasileira foi a de contemplar o pacto de preempção com efeitos meramente obrigacionais, restritos ao comprador e ao vendedor, sem alcançar terceiros. Nega-se-lhe eficácia real e oponibilidade *erga omnes*.

Tem sentido garantir ao vendedor prejudicado uma indenização porque a atitude do comprador de vender a terceiro sem notificar o vendedor viola, frontalmente, o *dever anexo de informação*, decorrente da boa-fé objetiva.

De qualquer sorte, admite-se que a pretensão ressarcitória seja dirigida contra o adquirente em solidariedade passiva com o comprador, caso tenha procedido de má-fé, ou seja, caso sabidamente tivesse noção da existência da cláusula e, mesmo assim, tenha praticado o negócio jurídico. Aliás, em sede de bens imóveis, o registro do contrato e a publicidade da cláusula de preempção geram presunção absoluta de má-fé.

Ao nosso viso, todavia, é mister formular reflexão mais amiúde e sistêmica. Apesar da expressa opção legislativa (efeitos meramente obrigacionais para a cláusula de preempção), cogitamos a possibilidade de adjudicação da coisa vendida ao terceiro, sem respeito à preferência convencionada, no caso de demonstração de que o terceiro adquirente tinha ciência inequívoca da existência da cláusula de prelação. Fundamentamos o pensamento na concretização da função social externa do contrato, impedindo que uma pessoa, conscientemente, ofenda um contrato do qual não faça parte, sabotando a sua normal execução. O vendedor, nesse caso, fica posicionado como um *terceiro ofendido* pela relação travada entre o comprador e o terceiro-adquirente. Insista-se que, na hipótese cogitada, o terceiro está ofendendo a relação contratual entre o comprador e o vendedor, quando, conhecedor da cláusula de preempção, simplesmente a ignora e realiza um novo contrato com o comprador. Em suma, a sociedade não pode se portar de modo a ignorar a existência de contratos firmados. Isto explica uma tendência em se prestigiar a oponibilidade *erga omnes* das relações contratuais, com a imposição de um dever genérico de abstenção, por parte de terceiros, da prática de relações contratuais que possam afetar a segurança e a certeza dos contratos estabelecidos. Advirta-se não se tratar de revogação da tradicional relatividade dos contratos – pois os seus efeitos obrigacionais compreendem apenas os seus protagonistas. Apenas defendemos uma mitigação da incidência dos seus efeitos perante a coletividade, prestigiando-se uma oponibilidade geral. Em síntese apertada, porém completa:

como a função social do contrato é uma cláusula geral, através da qual o magistrado delibera pelas consequências mais adequadas à concretude do caso, permite, então, uma certa mobilidade, oxigenando o rigor do comando legal (CC, art. 518), autorizando, a depender das circunstâncias do caso, a invalidação do segundo contrato, caso se mostre que o terceiro-adquirente tinha ciência da preferência e se o vendedor depositar o preço em iguais condições. Não se olvide que a cláusula geral é norma de ordem pública, sendo aplicável de ofício pelo magistrado (CC, art. 2.035, parágrafo único).

Outra inusitada situação jurídica advém do art. 519 do Estatuto Civil, ao estabelecer: "se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa".

Trata-se, pois, da retrocessão – que pode ser traduzida no dever do Poder Público de colocar à disposição do expropriado o imóvel que serviu de objeto a uma desapropriação, nos casos em que não se lhe concedeu a finalidade visada pela necessidade, pela utilidade pública ou pelo interesse social. Curiosamente, apesar de se tratar de norma privada, é estabelecida uma sanção dirigida à Administração Pública como consequência da recusa em atender à especial vinculação do bem expropriado. O bem será oferecido ao particular, a fim de que delibere pela recompra pelo preço atual da coisa. Não se olvide que a desapropriação é a máxima restrição ao direito de propriedade, sendo apenas justificada pela função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXII, XXIII e XXIV). Portanto, nada mais natural que a possibilidade de retorno do bem imóvel ao proprietário quando é frustrada a finalidade pública para a qual se pretendeu dirigir o bem.

Vale conferir, sobre o tema, o que pontua, *ex cathedra*, José dos Santos Carvalho Filho: "a estrutura da retrocessão é de singela percepção. O Poder Público procede à desapropriação e ultima o respectivo processo, pagando a devida indenização. Introduzido o bem no patrimônio público, o expropriante não concretiza a destinação do bem na forma como se havia manifestado anteriormente, inclusive através da expressa referência a essa destinação no decreto expropriatório. A hipótese, portanto, demonstra o *desinteresse superveniente* do Poder Público pelo bem que desapropriou [...] É essa situação que gera a retrocessão, pois que o expropriante passa a ter a obrigação de oferecer ao ex-proprietário o bem expropriado, reembolsando-se o valor que pagou a este a título de indenização".[189]

Contudo, mesmo não tendo sido concedida a destinação originária, se ficar provada a sua utilização em qualquer obra ou serviço público, restará inviabilizada a possibilidade de retrocessão. Seria o exemplo da substituição da construção de uma creche por um posto de saúde, pois restará mantido o motivo superior que justificou

189. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 782.

o ato. Ou seja, a retrocessão requer a tredestinção ilícita, ou seja, o desvio de poder que conduz o bem a uma finalidade contrária à do interesse público ou o transfere a terceiro, denotando a desistência da desapropriação. Esse entendimento está consagrado pela jurisprudência superior:

> *"Não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório" (STJ, Ac. unân. 2a T., REsp. 866.651/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21.9.10, DJe 8.10.10).*

Ao contrário do que se percebeu anteriormente, cuida-se de hipótese de direito de preferência legal e não convencional. Ademais, não se indeniza o prejuízo somente com perdas e danos (como ocorre na regra geral da preempção, na forma do art. 518 do Código de 2002), mas com a própria reaquisição da propriedade em razão do desinteresse superveniente do expropriante.

Vale questionar: a retrocessão é direito real ou obrigacional? Pela própria estrutura da retrocessão, não se acomoda perfeitamente nem a um nem a outro setor. Assume aspectos obrigacionais por se situar no campo do direito de preferência, matéria alusiva aos contratos, nas relações de cunho obrigacional. Todavia, não sendo concedida qualquer finalidade pública ao bem, o expropriado não receberá uma indenização – o que ocorreria em sede obrigacional –, mas poderá postular a ação de preferência (não a reivindicatória), reavendo a coisa para si. Porém, isto não tem força suficiente para convolar a retrocessão em direito real, podendo-se admitir uma eficácia real do direito obrigacional. Assim sendo, a desapropriação geraria uma espécie de propriedade resolúvel para o Poder Público, condicionada à satisfação do interesse público subjacente, motivador do ato.

Arremate-se que o direito de preferência, distintamente da retrovenda, é *intuitu personae*[190] e não se transmite aos herdeiros do vendedor.[191] Ademais, não pode ser objeto de cessão por negócio jurídico *inter vivos*. A morte do vendedor é o termo da preempção, exceto se foi instituído em favor de duas ou mais pessoas – como na venda de bem em condomínio –, quando somente se extinguirá com a morte do último vendedor, face à indivisibilidade da obrigação.

8.5 Reserva de domínio

A cláusula de *reserva de domínio* consiste em pacto adjeto à compra e venda pelo qual o vendedor mantém consigo a propriedade da coisa alienada até que seja integralmente pago o preço estabelecido.

190. "O direito de preferência é personalíssimo, não podendo, em consequência, ser transmitido por ato *inter vivos* ou *mortis causa*", NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 245.

191. Art. 520, Código Civil: "o direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros".

Cuida-se, pois, a toda evidência, de uma condição suspensiva do pagamento integral das prestações pelo comprador, *incorporando um ideal de segurança ao negócio jurídico.*[192]

A reserva de domínio é usualmente empregada no comércio, em vendas à prestação, nas quais o vendedor utiliza o mecanismo como garantia do total adimplemento, eis que a transferência da propriedade é postergada do momento da tradição para o tempo da quitação. Nada impede, contudo, que a venda seja realizada com base em única prestação, em época posterior à contratação. Seria o caso da venda de uma televisão, com previsão de pagamento do preço em noventa dias após o ajuste do contrato.

A partir de tais premissas, vê-se, com facilidade, que a reserva de domínio *é figura jurídica com funcionalidade própria, voltada para assegurar a dinâmica negocial, sem os questionamentos típicos da transferência de propriedade.*[193] A compra e venda com esta cláusula se mostra, pois, *com maior eficiência econômica*, ampliando a garantia do vendedor e desestimulando os juros e demais encargos financeiros.

Estruturalmente, o aludido negócio jurídico propicia o desdobramento da posse – posse direta para o comprador e indireta para o vendedor, ainda proprietário –, bem como evidencia uma espécie de propriedade resolúvel, na qual o implemento da condição suspensiva do pagamento (evento futuro e incerto) permitirá a transferência da propriedade da coisa móvel. A condição não se prende à transferência da posse (tradição), mas da propriedade.

A reserva de domínio se aproxima bastante do modelo estabelecido pela propriedade fiduciária (CC, arts. 1.361 a 1.368), como uma espécie de negócio fiduciário. O desdobramento da posse e da propriedade, condicionado ao pagamento do preço, é comum em ambas as figuras (propriedade fiduciária e cláusula de reserva de domínio), propiciando uma circulação massiva de propriedade mobiliária. Todavia, algumas distinções são evidentes. Em primeiro lugar, a propriedade fiduciária gera a imediata transferência da titularidade do fiduciante (alienante) para o credor fiduciário (adquirente), como premissa para que o vendedor possa imediatamente receber o preço e se satisfazer. Ou seja, o vendedor não integra a relação jurídica de direito real, restringindo-se o negócio fiduciário ao comprador e ao financiador, que recebe a propriedade resolúvel da coisa móvel como garantia do pagamento realizado ao vendedor. Já na reserva de domínio, a relação jurídica se circunscreve ao vendedor e ao comprador, pois o próprio alienante realiza o financiamento da aquisição em prestações, subordinando-se a passagem da propriedade a uma condição suspensiva.

192. Sobre o escopo de ampliar a garantia e a segurança para o vendedor, colhe-se do escólio de Darcy Bessone: "o vendedor retém o domínio apenas no interesse da garantia, que deseja, do integral pagamento do preço. À falta de outro meio, sob esse aspecto igualmente eficaz, ele permanece dono. Mas, privado do uso e gozo da coisa e vinculado realmente ao comprador, já no instante contratual o seu domínio começa a esvaziar-se, tornando-se progressivamente, a cada prestação nova que o comprador satisfaça, mais próximo do momento fatal, que se exaurirá por completo". *Da compra e venda*, op. cit., p. 267-268.

193. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 424.

Ademais, considerando que há previsão legal de propriedade fiduciária imobiliária (Lei nº 9.514/97), é de se lamentar que a legislação tenha restringido o seu âmbito de incidência aos bens móveis, ignorando a evolução no tratamento da matéria. Aliás, chega mesmo a ponderar Carlos Roberto Gonçalves que "malgrado o campo de maior incidência da venda com reserva de domínio seja o de bens móveis infungíveis, inexiste qualquer norma que proíba a sua aplicação à venda de imóveis".[194]

É natural que a reserva de domínio demande formalidades.[195] A forma escrita é requisito de validade do negócio jurídico, a teor do exposto no art. 104, III, do Código Civil, sob pena de nulidade (CC, art. 166, IV). Enquanto quase toda venda de bem móvel se basta com a forma verbal, seguida da tradição, a reserva de domínio requer o instrumento público ou particular, seja qual for o valor do bem.

Ademais, o registro no Cartório de Títulos e Documentos é fundamental para gerar eficácia da reserva de domínio perante terceiros, no que concerne aos bens móveis em geral.

Tratando-se de veículos, assim como se observa na propriedade fiduciária e no arrendamento mercantil, caberá a anotação do gravame no Certificado de Registro do Veículo, sob pena de inoponibilidade do contrato em face de terceiros que adquiram o bem sem que tenha sido preenchido o requisito de publicidade do contrato (Súmula 92 do Superior Tribunal de Justiça).[196] Ou seja, a ausência do registro não opera negativamente no plano de validade, mas é fator de ineficácia relativa da relação obrigacional perante terceiros de boa-fé.

O registro também é importante para converter a coisa móvel em patrimônio em afetação. Vale dizer, apesar da permanência da propriedade com o vendedor até o pagamento integral do preço, não podem os seus credores executá-la, pois a coisa já se encontra afetada ao direito eventual do comprador, que poderá exercer atos conservatórios contra terceiros que efetuem constrições sobre o bem (CC, art. 130), desde que tenha sido promovido o registro.

Por lógica, o adimplemento do preço é o marco para a passagem da propriedade do vendedor para o comprador. Com a entrega da última prestação, transfere-se *ope legis* o domínio, que antes era reservado ao vendedor. Cancela-se o registro no Cartório de Títulos e Documentos ou no órgão de trânsito, à vista do instrumento de quitação. A condição suspensiva do pagamento não impede, todavia, que, desde o tempo da contratação, ocorra a tradição, eis que o comprador receberá a posse direta da coisa. Com a tradição, também se transferem os riscos da coisa ao comprador, mesmo ainda não sendo o proprietário. Enfim, a assunção dos riscos pela perda ou

194. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 240.

195. Art. 522, Código Civil: "a cláusula de reserva de domínio será estipulada por escrito e depende de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros".

196. Súmula 92, Superior Tribunal de Justiça: "A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor".

pela deterioração da coisa pelo comprador implica o fato de manter a obrigação de pagar a integralidade do preço mesmo que a coisa se perca na fase da execução do contrato.

O art. 524 do Código de 2002 cuida da matéria: "a transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue". Refere-se, a toda evidência, à transferência dos riscos materiais do objeto, alusivos à sua configuração física. Nada obstante, a eventual discussão sobre a perda jurídica do bem ficará a cargo do vendedor, não podendo o comprador ser onerado pelos riscos da evicção da coisa que não lhe pertence. Caso a titularidade seja reclamada pelo terceiro, caberá ao comprador pleitear a devolução dos valores pagos ao vendedor.

Tradicionalmente, nos contratos celebrados com termo certo e determinado, o devedor se submete à mora *ex re*, isto é, a mora é automática, decorrendo do simples inadimplemento da obrigação na data avençada. Contudo, em determinadas hipóteses estabelecidas pelo legislador, a constituição em mora do devedor será fundamental para a obtenção de finalidades material e processual pelo comprador. É o caso do contrato de alienação fiduciária, pois, segundo o art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, a comprovação da mora é pressuposto para o ajuizamento da ação de busca e apreensão do bem. Pois bem, para a execução da cláusula de reserva de domínio, a constituição do devedor em mora é imprescindível.[197] Perceba-se que a finalidade da norma não foi a de converter a mora *ex re* em *ex persona*, mas garantir que as pretensões exercitadas contra este sejam devidamente comprovadas pelo vendedor em seus fundamentos.

Acresça-se que o sistema jurídico[198] disponibilizou duas vias alternativas ao exercício da pretensão do direito material do vendedor quando houver resistência pelo comprador: ação de cobrança ou ação para a desconstituição do negócio celebrado. Em um prisma, constituído o comprador em mora, poderá o vendedor exercer a ação de cobrança sobre as prestações vencidas e vincendas. Aliás, o inadimplemento provocará o vencimento antecipado do débito, sendo lícito exigir do comprador o saldo devedor em aberto, além das despesas e das prestações vincendas, para fins de cancelamento da reserva de domínio e consolidação da propriedade com o comprador que purgue a mora e integralize o valor do bem. Por outro turno, como titular de um direito potestativo, poderá o vendedor optar pela desconstituição do negócio jurídico, através da recuperação da coisa vendida. Será impraticável a cumulação sucessiva de pedidos, em face da evidente incompatibilidade. Porém, é lícita a cumulação subsidiária na qual o pedido principal seja o de cobrança das prestações e, na impossibilidade, o

197. É o que decorre do art. 525 da Codificação: "o vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial".

198. Art. 526, Código Civil: "verificada a mora do comprador, poderá o vendedor mover contra ele a competente ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido; ou poderá recuperar a posse da coisa vendida".

de recuperação da coisa. Ou seja, primeiro o vendedor demanda pela tutela específica da obrigação de dar quantia certa e, frustrado o intento, promove a resolução contratual pelo inadimplemento com a devolução da coisa.

A fim de evitar o abuso do direito no exercício do direito potestativo do vendedor pelas duas opções, será permitido ao magistrado qualificar como ilícita a conduta (CC, art. 187) do credor que demanda o devedor no sentido da restituição do bem diante do inadimplemento mínimo (é o chamado *substancial performance*). É que haverá uma evidente lesão à boa-fé quando se pretende retirar o bem do vendedor quando o inadimplemento se mostrar mínimo. Isto porque a resolução contratual, nesse caso, se mostra desproporcional, desrespeitando o ideal de cooperação com o parceiro contratual que pede a adequação aos meios de obtenção do crédito. Igualmente abusiva será a conduta do vendedor que pleiteia o vencimento antecipado das obrigações em razão da mora no início do cumprimento do contrato. Neste caso, mais razoável seria demandar pela própria restituição do bem, medida menos gravosa para o comprador.

Caso o vendedor delibere pela restituição do bem, com a extinção da relação contratual, deverá se valer do auxílio do Poder Judiciário, não lhe sendo reconhecida a autoexecutoriedade. Admite-se a retenção de valores pagos pelo comprador, desde que suficientes para compensar o vendedor do fato da depreciação do valor do bem restituído, acrescido das despesas enfrentadas para a recuperação do objeto, além de outros valores sugeridos pelo contrato como penalidades para o inadimplemento (*v. g.*, a cláusula penal).[199] Certamente, se houver valorização da coisa no período que seguiu a tradição, tais acréscimos serão necessariamente compensados dos demais valores a que faz jus o vendedor. Após determinar todo o *quantum* a que correspondem os referidos valores, o magistrado precisará aquilo que será restituído ao comprador. Mas, se nada houver a se restituir e os prejuízos excederem às prestações retidas, o restante do saldo devedor será obtido pela via da cobrança, variando a ação conforme a natureza do título do vendedor.

Objetivando a expansão da reserva de domínio, o art. 528 do *Codex* estabelece: "se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato". Como se vê, a norma em comento admite a intervenção de uma instituição financeira, que adiantará o pagamento integral ao vendedor. Portanto, formam-se duas relações jurídicas concomitantes: entre o vendedor e o comprador; entre o vendedor e uma instituição financeira. Esta se sub-roga na posição do vendedor, a fim de cobrar as prestações do

199. Art. 527, Código Civil: "na segunda hipótese do artigo antecedente, é facultado ao vendedor reter as prestações pagas até o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito lhe for devido. O excedente será devolvido ao comprador; e o que faltar lhe será cobrado, tudo na forma da lei processual".

comprador. Vale dizer, as garantias e os privilégios do vendedor serão transferidos para a instituição financeira para que possa reaver os valores que adiantou àquele. Note-se que o vendedor mantém a posição de proprietário sob condição suspensiva, não sendo a titularidade transferida à instituição financeira. Caso isto ocorresse, seria desvirtuada a natureza desta modalidade de compra e venda, culminando por se converter em uma propriedade fiduciária, de natureza resolúvel. Alerta-se, ademais, para a necessidade de cientificação por escrito do comprador, como requisito de eficácia da sub-rogação contra ele, além da indispensável menção à operação com a instituição financeira no Cartório de Títulos e Documentos ou no Certificado de Registro do Veículo.

8.6 Venda sobre documentos

A *venda sobre documentos*, também chamada de *venda contra documentos, crédito documentário* ou *trust receipt*, é uma espécie de tradição simbólica, consistente, por exemplo, na entrega das chaves na venda de um apartamento. Nela, substitui-se a entrega do objeto pela tradição de documentos que representem a coisa.

Pelo fato de o vendedor cumprir a obrigação com a entrega da documentação representativa da mercadoria, já pode exigir do comprador o pagamento.

Vale a pena conferir a definição construída por Flávio Tartuce: "por essa cláusula, que tem por objeto bens móveis, a tradição, ou entrega da coisa, é substituída pela entrega de documento correspondente à propriedade, geralmente o título representativo do domínio. Sendo prevista a cláusula e estando a documentação em ordem, não pode o comprador recusar o pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, salvo se o defeito já houver sido comprovado".[200]

Inspira-se o Código Civil de 2002 na disciplina da matéria apresentada pelo Código Civil da Itália (arts. 1.527 a 1.530), procurando respeitar a celeridade das atividades negociais no mundo pós-moderno, exigindo imperativos de eficiência e, ao mesmo tempo, segurança. Aliás, não estava disciplinada no Código Civil de 1916 exatamente por estar associada a uma fase mais atual de celeridade na circulação de créditos, sobretudo em sede de relações internacionais, em que a entrega de documentos é imediata, podendo substituir com certa segurança a longa espera pela chegada das mercadorias.

Daí ser extremamente comum no comércio marítimo ou aeronáutico internacional. Nas vendas internacionais, as mercadorias são transportadas entre Estados diversos, submetendo-se a leis uniformes, contratos de adesão e formulários com terminologia própria (como as cláusulas *CIF* e *FOB*). O desenvolvimento do contrato demanda não só a expedição de documentação, como a emissão de guias e vistos de autoridades. Não se olvide da realização de um contrato de câmbio além do recolhimento de tributos e emolumentos, promovendo-se assim o embarque e o transporte das mercadorias.

200. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 272.

Se o comprador verificar a exatidão dos documentos, presume-se a adequação entre a descrição dos objetos e as suas reais características. O cuidado com a correção da documentação se explica pela considerável redução da abrangência da teoria dos vícios redibitórios, sendo em regra inviável a discussão sobre a qualidade da coisa, exceto no tocante a vícios aparentes, ostensivos.

A regra geral de que, salvo disposição contrária, o pagamento deve ser realizado no domicílio do devedor (CC, art. 327) é derrogada quando as partes convencionam diversamente (dívidas portáveis) ou quando as circunstâncias do caso e a própria lei indicarem outro local de adimplemento. Na venda sobre documentos, o art. 530 dispõe: "não havendo estipulação em contrário, o pagamento deve ser efetuado na data e no lugar da entrega dos documentos".

É do escólio de Caio Mário da Silva Pereira: "a venda sobre documentos opera alteração nos princípios que disciplinam a tradição da coisa vendida. Por esta razão, o pagamento deve ser efetuado contra a entrega de documentos. O art. 530 preferiu dizer *na data e no lugar da entrega*. Sem esta, o comprador pode reter o pagamento. Portanto, sua efetivação dar-se-á no lugar e no momento em que o comprador os receber. Lícita a convenção de lugar diverso. Tem o comprador o arbítrio de recusar o pagamento se a documentação não estiver em ordem".[201] Dessa forma, é concebida uma regra supletiva acerca do local do pagamento, como aquele em que são entregues os documentos. Porém, a regra é suprimível desde que as partes estabeleçam local diverso, como o domicílio de qualquer delas.

Mas não é só isto. É estabelecido, ainda, como tempo de pagamento aquele que coincida com a entrega dos documentos. A norma se mostra de conteúdo dispositivo e os contratantes podem estabelecer contrariamente.

Em princípio, na regra geral do contrato de compra e venda, os riscos pela perda ou destruição da coisa pertencem ao vendedor, antes da tradição (CC, art. 492). Aqui, mesmo tendo havido a entrega dos documentos, o vendedor só se escusa de responsabilidade quando a coisa for entregue ao comprador. Nos contratos de venda internacionais, há um necessário intercâmbio com contratos de transporte e seguro. Assim, se houver apólice de seguro, o risco recairá sobre o comprador, devendo arcar com o pagamento do prêmio, como interessado imediato nas mercadorias e beneficiário do seguro (sub-rogação) em caso de sinistro.

Contudo, os riscos incidirão sobre o vendedor se agiu de má-fé quando já conhecia a perda ou avaria da coisa. É uma aplicação da regra de ouro do *tu quoque*, pois quem viola uma norma não pode por ela ser beneficiado.

Finalmente, é de se reconhecer que o pagamento através de estabelecimento bancário é uma constante em matéria de contratos internacionais de compra e

201. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 224.

venda.[202] A instituição financeira intermedeia o negócio jurídico e realiza o pagamento contra a entrega da documentação. O contrato de crédito documentário é um pacto acessório à compra e venda por documentos. Vale dizer, a tarefa do banco é verificar a regularidade da documentação que lhe foi confiada pelo vendedor para, em seguida, pagar o preço, pois o comprador confiará na exatidão dos papéis. Aliás, o contrato de crédito documentário é definido como o acordo pelo qual o banco (nomeado *emissor*), a requerimento e de conformidade com as instruções do seu cliente (ordenante), se compromete a efetuar o pagamento a um terceiro (beneficiário) contra a entrega de documentos representativos das mercadorias objeto da operação concluída entre eles.

Todavia, não incumbe ao banco examinar ou mesmo garantir a qualidade das mercadorias, pois a sua responsabilidade perante o comprador se limita à autenticação da correção da documentação, na qualidade de mero intermediário que garantirá o bom termo da negociação. Ocasionalmente, se o banco se negar a efetuar o pagamento, independente da motivação, poderá o vendedor se dirigir diretamente ao comprador. Claro que esta exigência só vingará após a tradição e a aprovação da documentação.

9. VENDA DE BENS PÚBLICOS

É certo que o Poder Público também trava relações jurídicas de compra e venda, em face do seu caráter universal e da dinâmica natural decorrente desta figura contratual.

Apesar da necessidade de respeito ao interesse público, a sistemática do Código Civil incide mesmo quando se tratar de compra e venda de bem público. Vale conferir a explicação de Diógenes Gasparini: "é a compra e venda, mesmo de bem público, contrato regido, na sua essência, pelas leis civis. Não há compra e venda administrativa se o seu objeto é um bem imóvel. O contrato será sempre de direito privado, embora realizado com prévias formalidades de natureza administrativa, a exemplo da autorização legislativa, da avaliação e da licitação. O contrato de compra e venda de bem imóvel restará perfeito se atendidos os requisitos civis, que lhe são próprios, e os administrativos, que lhe são incidentes. Entre os primeiros, avultam: o bem, o preço, o consentimento e a forma. Entre os segundos, sobressaem: o processo administrativo, a avaliação, a lei autorizadora, o interesse público e, em alguns casos, a licitação".[203]

202. Art. 532, Código Civil: "estipulado o pagamento por intermédio de estabelecimento bancário, caberá a este efetuá-lo contra a entrega dos documentos, sem obrigação de verificar a coisa vendida, pela qual não responde. Parágrafo único. Nesse caso, somente após a recusa do estabelecimento bancário a efetuar o pagamento, poderá o vendedor pretendê-lo, diretamente do comprador".

203. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 678-679.

De qualquer forma, nenhuma das regras e dos princípios da compra e venda privada serão aplicados quando atentarem contra o interesse público.

A legislação de regência (Lei nº 8.666/93, especificamente em seus arts. 17 a 19) estabelece as regras administrativas para a venda de bem público.

Somente os bens dominiais podem ser alienados pela Administração Pública, por estarem *desafetados*, desvinculados da finalidade pública. Em se tratando de bem afetado, será necessária uma prévia desafetação (por ato legislativo) para que se torne viável o ato de disposição.

Além disso, explica, com habitual percuciência, Fernanda Marinela ser necessária a "demonstração da razão de interesse público para justificar tal ato, considerando que a alienação é uma exceção, devendo, por isso, ser bem fundamentada, além da necessidade de avaliação prévia que vai servir de parâmetro".[204]

Outrossim, em se tratando de bens imóveis, é mister a prévia autorização legislativa quando se tratar de bem pertencente às pessoas jurídicas de direito público, como a administração direta, as autarquias e as fundações. É evidente que a autorização legislativa somente ganha interesse prático quando se tratar de bem desafetado do patrimônio público, uma vez que os bens afetados não podem ser alienados, nem mesmo mediante autorização legislativa. Sob o prisma formal, este consentimento legislativo deve ser específico, indicando o bem a ser alienado e os limites a serem observados.

Questão interessante se refere à necessidade, ou não, de procedimento licitatório para a venda de bens públicos. Com efeito, o inciso I do art. 17 da Lei de Licitações determina que a alienação de imóveis, como regra, deve ser feita por meio de concorrência. No entanto, temperando o dispositivo, o art. 18,[205] logo em seguida, dispensa o cumprimento de determinadas formalidades inerentes à concorrência, levando em conta as peculiaridades da compra e venda. Justifica-se: "a concorrência pressupõe uma fase preliminar e autônoma, destinada ao exame da habilitação do interessado. No caso da alienação, essa fase de habilitação seria um despropósito [...] Como visto, a Administração não exigirá senão o pagamento do preço quando aliena um bem", consoante a lição de Marçal Justen Filho.[206] Não custa lembrar, ainda, que o art. 19 do mesmo Diploma Legal autoriza a venda de bens adquiridos pelo Poder Público em procedimentos judiciais ou por meio de dação em pagamento independentemente de prévia autorização legislativa (exceto se o bem for destinado ao desenvolvimento das atividades públicas), através de ato praticado pela autoridade competente, precedido de concorrência ou de leilão.

204. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 761.

205. Art. 18, Lei nº 8.666/93: "na concorrência para a venda de bens imóveis, a fase de habilitação limitar-se-á à comprovação do recolhimento da quantia correspondente a cinco por cento da avaliação".

206. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, op. cit., p. 174.

Por óbvio, a preterição da realização de prévia concorrência pública e a realização de procedimento licitatório inadequado (salvo, evidentemente, nos casos excepcionados na própria legislação) conduz à nulidade do ato de alienação, cabendo perquirição judicial, inclusive, por meio de ação popular ou de ação civil pública,[207] sem prejuízo da responsabilização do agente, por caracterização de ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 11).

207. "Ação popular. Lei Municipal de efeito concreto. Venda de imóvel público. Leilão. Impossibilidade. Procedimento licitatório inadequado. Inobservância do princípio da legalidade. A Ação Popular pode impugnar ato administrativo ou lei de efeito concreto, mormente quando a lei municipal foi editada com a finalidade de alienar bem imóvel através de procedimento licitatório inadequado. Apesar da previsão na Lei Municipal nº 689/07 para a adoção da modalidade de leilão, impunha-se ao Município de Areia adotar a modalidade de concorrência para a alienação dos boxes, por restar obrigado a observar as normas gerais aplicáveis à espécie, no caso a Lei nº 8.666/93, embasada, por sua vez, no disposto no art. 22, XXVIII, da CF/88, sob pena de se configurar, em razão da inobservância do princípio da legalidade, o desvio de finalidade na prática do ato, frustrando-se, assim, a garantia de atendimento pleno ao interesse público" (TJ/PB, Ac. unân. 1ª Câm. Cív., Ap. Civ. 007.2007.0008052-001 – comarca de Areia, Rel. Juiz Convocado Miguel de Britto Lyra Filho, j. 4.6.09).

CAPÍTULO II

Contrato de Troca ou Permuta

Sumário • 1. Prolegômenos sobre a troca ou permuta – 2. Noções conceituais e elementos caracterizadores – 3. Classificação do contrato de troca ou permuta – 4. A permuta de valores desiguais (permuta com saldo) – 5. Aplicação das regras da compra e venda – 6. Permuta de bens públicos.

"Porque eu sei que é amor
Eu não peço nada em troca
Porque eu sei que é amor
Eu não peço nenhuma prova
Mesmo que você não esteja aqui
O amor está aqui
Agora..."

(Titãs, *Porque eu sei que é Amor*, de Paulo Miklos e Sérgio Britto)

"O que você está fazendo?
Milhões de vasos sem nenhuma flor
O que você está fazendo?
Um relicário imenso deste amor
Corre a lua porque longe vai?
Sobe o dia tão vertical
O horizonte anuncia com o seu vitral
Que eu trocaria a eternidade por esta noite."

(*Relicário*, de Nando Reis)

1. PROLEGÔMENOS SOBRE A TROCA OU PERMUTA

Denomina-se *permuta, troca, escambo, barganha* ou *permutação* a relação transacional pela qual cada uma das partes se obriga a entregar um bem para receber outro, que será entregue pela contraparte, sem envolver moeda (dinheiro) como objeto.

Sem a menor sombra de dúvidas, é o mais primitivo e ancestral de todos os negócios jurídicos.

Originada do *escambo*, a *troca* (ou *pactum permutandi*) antecede, com lógica, a compra e venda, que somente surgiu a partir do invento da moeda – seguramente, um dos mais notáveis que a inteligência humana produziu.

Na História do Brasil, o vocábulo *escambo* designou o procedimento de exploração de indígenas, por meio de trocas de objetos de pouco valor para os portugueses, mas com grande apreço por parte dos índios – até mesmo porque na cultura indígena não há sentido em acumular riqueza, guardando-se diferentes objetos de mesma natureza. Com isso, os europeus davam espelhos, escovas, miçangas, colheres... para os índios em troca da mão de obra indígena (tratados, em verdade, em regime de escravidão).[1]

Genericamente, é certo que os primeiros grupos humanos, em geral nômades, tinham de recorrer às trocas diretas de objetos para satisfazer o desejo de ter algo. Assim, alguém que explorava o extrativismo vegetal ou mineral realizava trocas de frutos ou animais, ressaltando a diversidade de produtos. Naquele ambiente (com poucas opções de consumo), o escambo se mostrou eficiente. Porém, com o desenvolvimento do trabalho e com as novas descobertas humanas, o primitivo sistema de trocas foi se tornando inconveniente e insatisfatório, inclusive com duvidosa operacionalidade. O declínio desta figura, portanto, era inexorável.

"O sal, as conchas, as peças de rebanho ou, posteriormente, as ligas metálicas eram literalmente trocadas por outros bens. Era difícil perceber de imediato a profunda alteração no comportamento humano no que respeita a esses processos econômicos", nas candentes palavras de Otávio Luiz Rodrigues Júnior.[2] Até que se descobriu um objeto de uso universal, representativo de um padrão simplificado de valor. Era a descoberta da moeda.

Expõe, com precisão antropológica, Clóvis Beviláqua que "encontrada a mercadoria capaz de opor-se a qualquer outra e ser por ela trocada (a moeda), o escambo de mercadorias em espécie, umas por outras, começou a rarear, por ser muito mais simples, mais cômodo e mais seguro trocá-las por moedas".[3]

---

1. A breve referência histórica permite desvendar um curioso mito persistente por muito tempo de que os índios seriam *preguiçosos*. Iniciada a colonização das Américas, fixou-se o mito da *indolência (preguiça) indígena*, praticamente afirmando que seriam incapacitados para o labor. Trata-se de terrível injustiça porque, obviamente, nem os indígenas (nem os africanos e nem ninguém, ninguém!) gostariam de trabalhar como *escravo*, sem condições dignas.
2. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 480.
3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 387.

Nos dias atuais, a troca ou permuta ocupa reduzidíssimo espaço na prática cotidiana e, talvez por isso, nas legislações. Por curiosidade, o Código Civil de 2002 somente dedicou um único dispositivo ao referido contrato (art. 533). Já o Código Civil de Portugal sequer lhe fez referência, ignorando por completo o seu tratamento jurídico por considerar inútil a sua regulamentação normativa, bastando o disposto no art. 939,[4] mandando aplicar as regras da compra e venda a todos os contratos onerosos.

De fato, a permuta perdeu espaço de tal maneira para a compra e venda, no mundo contemporâneo, que "gritante é o contraste: o quase desaparecimento da primeira e o triunfo decisivo da segunda", como assinala Washington de Barros Monteiro.[5]

É bem verdade que se apresenta, de certo modo, em contratos internacionais, quando as partes desejam evadir-se dos riscos e das oscilações do mercado de câmbio. Há, inclusive, uma variação contemporânea da permuta, nas avenças financeiras, denominada *swap*, tratando-se de negócio jurídico caracterizado pela troca de taxas de juros, *commodities* ou valores mobiliários.[6]

Noutro quadrante, a permuta tem se apresentado com certa frequência em negócios jurídicos celebrados entre diferentes empresas que concedem, reciprocamente, produtos que fabricam ou revendem, como mecanismo de redução de custos. Assim, ao invés de comprarem certos produtos que necessitam, promovem uma troca com o fornecedor deles.

É bem verdade que há uma grande similitude entre a troca ou permuta (*rem por re*) e a compra e venda (*rem pro pretium*) – tendo afirmado o jurista belga Henri de Page que *a troca encerra uma dupla venda e que, no fundo, a compra e venda constitui uma verdadeira troca, porém com a particularidade de que uma das coisas trocadas é dinheiro.*[7] Todavia, as duas figuras contratuais não podem ser confundidas, possuindo claro diferencial no seu objeto: enquanto na compra e venda o objeto é a entrega de um bem mediante o pagamento de um preço em dinheiro, na troca, o objeto é a entrega recíproca de diferentes bens pelas partes. Até porque *na troca não há preço.*[8]

Desdobrando a distinção, Flávio Tartuce as diferencia por dois diferentes aspectos: "na troca, ambas as prestações são em espécie (coisas são trocadas), enquanto na compra e venda a prestação do comprador é em dinheiro; na compra e venda, o vendedor, uma vez entregue a coisa vendida, não poderá pedir-lhe a devolução

4. Art. 939, Código Civil português: "as normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos, pelos quais se alienam bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conforme a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas".
5. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 139.
6. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 484.
7. *Apud* MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 139.
8. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 325.

no caso de não ter recebido o preço, enquanto na troca o tradente terá o direito a repetir[9] o que deu se a outra parte não entregar o objeto permutado".[10]

2. NOÇÕES CONCEITUAIS E ELEMENTOS CARACTERIZADORES

O contrato de troca ou permuta é o negócio jurídico através do qual as partes se obrigam, reciprocamente, a dar uma coisa por outra, não envolvendo dinheiro.

Disso não diverge a nossa doutrina, chegando a promover uma conceituação mais abrangente:

"Troca ou permuta é o contrato pelo qual um dos contratantes se obriga a transferir ao outro a propriedade de uma coisa, recebendo como contraprestação outra coisa (que não seja dinheiro), cuja propriedade este outro se obriga a lhe transferir" (ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 213).

"Pelo contrato de troca ou permuta as partes se obrigam a transferir, uma para a outra, o domínio de coisa móvel ou imóvel, com ou sem complemento em dinheiro" (NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 211).

As partes envolvidas nesse negócio jurídico são denominadas *permutantes* ou *tradentes*.

Estas partes, necessariamente, precisam preencher os *requisitos subjetivos comuns* da capacidade genérica, sendo maiores e capazes (CC, art. 104). Mas, além disso, precisam ter a *plena titularidade* dos bens a serem permutados, na medida em que vão praticar ato de disposição.

Também é preciso destacar que o contrato pode envolver uma participação trilateral ou até um maior número de partes, não havendo limitação ao número de pessoas.

Ademais, a simples percepção conceitual já autoriza a conclusão de que o *objeto da permuta* concerne a diferentes bens jurídicos, não envolvendo dinheiro, sob pena de caracterização de compra e venda. Se a troca é de dinheiro nacional por estrangeiro, o negócio é de *operação de câmbio*. Podem ser trocados, então, quaisquer bens alienáveis, de livre disposição pelo titular, sejam homogêneos ou heterogêneos. Assim, o objeto da troca podem ser coisas móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis, corpóreas ou incorpóreas, umas pelas outras. É bastante que a coisa esteja no

9. "Contrato de permuta. Revelando os elementos constantes nos autos que a parte-ré-reconvinte inadimpliu o contrato de permuta, celebrado com a parte-autora-reconvinda, é de rigor seja confirmada a sentença que resolveu o contrato" (TJ/RS, Ac. 16ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70039986252 – comarca de Santiago, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, j. 16.12.10, *DJRS* 7.1.11).

10. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 299.

comércio (vale dizer, com livre disposição pelo titular), porque tudo o que pode ser objeto de uma venda pode ser trocado.[11]

Até mesmo os bens futuros podem ser objeto da permuta. Logo, a permuta *a non domino* é válida e eficaz entre as partes e, se for o caso, também entre terceiros.[12] Trata-se, inclusive, de situação corriqueira nos negócios imobiliários, quando o proprietário de um terreno celebra com uma construtora ou incorporadora uma avença, recebendo em contrapartida unidades habitacionais, que serão edificadas naquele solo, em determinado período de tempo.

É inadmissível a troca de bens por *prestação de serviços humanos*. Nessa hipótese, tem-se um contrato inominado, submetido aos princípios gerais do contrato de troca e do contrato de prestação de serviços.

Não desnatura a convenção, inclusive, a necessidade de composição do negócio com a entrega de uma parte em dinheiro. É, aliás, bastante comum que uma das partes entregue uma coisa e mais uma quantia pecuniária para complementar a igualdade de situações.

3. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE TROCA OU PERMUTA

Em razão de sua visível semelhança com a compra e venda, a troca ou permuta, enquanto negócio jurídico típico e nominado, é um contrato:

i) bilateral;

ii) oneroso;

iii) comutativo;

iv) consensual.

Primus, cuida-se de um contrato *bilateral* e *oneroso*, pelo qual as partes transferem, reciprocamente, quaisquer objetos diversos do dinheiro de sua propriedade para a outra. Assumem, pois, obrigações recíprocas, com sacrifícios e vantagens comuns, mesmo que, eventualmente, os bens tenham valores diversos (o que, aliás, acontecerá no mais das vezes).

O objetivo da aquisição e da transferência de coisas equivalentes é o mesmo da compra e venda, diferenciando-se no que diz respeito à inexistência de um preço.

11. Fabrício Zamprogna Matiello ressalta: "todas as coisas *in commercium* podem ser objeto de troca, de sorte que somente aquelas sujeitas à indisponibilidade decorrente da própria natureza, da vontade das partes ou da lei serão insuscetíveis de escambo". *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 208.

12. Com esse posicionamento: "Permuta a *non domino*. Ausência de nulidade ou de anulabilidade. Contrato eficaz perante terceiros, quanto a disposição de direito destes pertencentes. Possibilidade de rescisão do contrato, caso não cumprida a obrigação de outorga da escritura definitiva" (TJ/RS, Ac. 17ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70037483112 – comarca de Caxias do Sul, Rel. Desa. Bernadete Coutinho Friedrich, j. 25.11.10, *DJRS* 13.12.10).

Em comum, pretende-se adquirir propriedade móvel ou imóvel, através da posterior tradição ou do registro do título.

Esse caráter bilateral e oneroso da permuta permite concluir que, entregue a coisa por um dos contratantes, caso o outro não cumpra a sua obrigação (entregando a coisa prometida), caberá execução específica ou perdas e danos, de acordo com a conveniência da parte interessada. Por óbvio, não mais sendo possível a execução específica, restará ao contratante-interessado converter o seu prejuízo em perdas e danos, através da responsabilidade civil.[13]

Reiterando a ressalva antes aludida, nada impede que o contrato se apresente *plurilateral* ou *multilateral* quando concorrem três ou mais pessoas na mesma troca.

Por outra perspectiva, a troca é *comutativa*, na medida em que ambos os contratantes conhecem, de antemão, as vantagens e os sacrifícios que advirão do negócio. E mais: "as obrigações devem equivaler-se juridicamente, conhecendo os contratantes, *ab initio*, as suas respectivas prestações", como realçam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[14] Não há, pois, margem para a aleatoriedade, para o elemento surpresa, porque os objetos são previamente conhecidos.

Assim como a compra e venda, a permuta se caracteriza pela simples declaração volitiva, não havendo necessidade de atendimento de alguma formalidade legal. É, pois, *consensual*. Já se afirmou, inclusive, que o contrato "fica perfeito e obrigatório desde que as partes estejam de acordo sobre as coisas que se permutam".[15] Aliás, ressalte-se que, tal qual a compra e venda, esta avença não opera, por si só, a transferência da propriedade das coisas permutadas. Dessa convenção surgem *obrigações recíprocas para as partes*, inclusive o dever jurídico de *transferir a coisa*. Lembre-se que, em nosso sistema jurídico, a propriedade somente é adquirida por meio da *tradição* para os bens móveis e do *registro em cartório* para os imóveis.

Se a permuta envolver bem imóvel cujo valor supere o patamar do art. 108 do Código Civil[16] (trinta salários-mínimos), impõe-se a celebração do negócio por escritura pública, transformando-o em *contrato solene*.

Aliás, ainda no que tange aos imóveis, merece apoio o entendimento doutrinário de não existir impedimento para que a permuta (de imóveis, é claro) se faça sob os critérios das vendas *ad corpus* (por corpo certo e determinado) e *ad mensuram*

13. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já sufragou o entendimento aqui defendido: "Se a construtora descumpre obrigação de entregar apartamentos prometidos em troca de terreno onde seria construído edifício residencial, e não sendo possível o retorno ao *status quo* ante em razão da demolição das casas ali existentes, deve ser acolhida a pretensão da parte de receber o valor correspondente aos bens objeto da promessa" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp 1.078.753/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 4.8.11, *DJe* 15.8.11).

14. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 112.

15. ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 215.

16. Art. 108, Código Civil: "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".

(por medida de extensão). Como os aludidos critérios estão atrelados ao objeto do contrato, nada impede a incidência genérica da regra do art. 500 da Lei Civil[17] no contrato de troca.

Por outro turno, bens pertencentes a incapazes não podem ser permutados sem a prévia autorização judicial, após a audição do Ministério Público (CPC, art. 178), em procedimento de jurisdição voluntária, tendente a demonstrar a vantagem do negócio para o incapaz.

4. A PERMUTA DE VALORES DESIGUAIS (PERMUTA COM SALDO)

Não é, e nem poderia ser, da essência da troca que os bens permutados tenham identidade de valor econômico – o que, aliás, raramente acontecerá, pois, em concreto, a grande maioria dos bens possuem valores diferenciados.

Dessa forma, o contrato de permuta não se converte em compra e venda pelo simples fato de uma das partes complementar com dinheiro a coisa concedida em troca, a fim de se alcançar equivalência no negócio jurídico. Trata-se de situação absolutamente usual e corriqueira: se uma das coisas permutadas tem valor inferior à outra, haverá a necessidade de complementação do preço, com a entrega de uma parte em dinheiro.

Denomina-se *saldo* ou *torna* a importância em dinheiro que será reposta por um dos permutantes ao outro, na hipótese *sub oculis*.

Exige-se, é bem verdade, um certo cuidado no ponto para que a permuta não se confunda com a compra e venda ou termine sendo utilizada para fins fraudulentos.

Até porque não se pode olvidar que, havendo previsão de entrega de uma parte em pecúnia, a plena eficácia da permuta depende da efetiva transferência da coisa e do pagamento da diferença pecuniária. Assim, caso a parte não efetive o pagamento, será possível o desfazimento do negócio.[18]

A grande maioria dos civilistas brasileiros, perfilhando a solução apregoada pelos Códigos do México (art. 2.250) e da Argentina (art. 1.356), advoga uma *tese quantitativa*, através da qual, se a importância paga pelo permutante ao outro, como saldo ou torna, for significativa, de elevada importância, o contrato deve ser

17. Art. 500, Código Civil: "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".

18. Nesse sentido, a jurisprudência já se firmou: "Em contrato de permuta, no qual uma das partes entra com o imóvel e outra com a construção, não tendo os proprietários do terreno exercido atos de incorporação – uma vez que não tomaram a iniciativa nem assumiram a responsabilidade da incorporação, não havendo contratado a construção do edifício – não cumprida pela construtora sua parte, deve ser deferida aos proprietários do imóvel a reintegração na posse" (STJ, Ac. unân., 3ª T., REsp 879548/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.8.10, *DJe* 25.8.10).

reputado *compra e venda*. Com esse ponto de vista, Marco Aurélio Bezerra de Melo registra que "se o preço pago prepondera sobre o valor da coisa trocada, estaremos diante de uma compra e venda".[19]

Em posição intermediária, outros autores entendem que o critério quantitativo deve estar limitado à *metade do valor da coisa permutada*. Assim, somente se o saldo não ultrapassar o limite de *mais da metade do valor* da coisa entregue é que o negócio jurídico se caracterizará como permuta ou troca.[20]

Venia maxima permissa, não nos parece a melhor solução.

Com efeito, o critério quantitativo se mostra de pouca juridicidade, levando em conta mais o valor econômico do objeto do que a real intenção almejada pelas partes. Em abono ao nosso posicionamento, invocamos o escólio de José Osório de Azevedo Júnior asseverando que "o mais importante é descobrir o que as partes realmente quiseram fazer, para, então, concluir sobre o tipo de contrato".[21]

Em nossa percepção, independentemente de seu valor, se o saldo ou torna representa um *mero complemento do valor da coisa*, caracterizada estará a permuta. A outro giro, se a finalidade precípua é a aquisição de um bem e o preço em dinheiro pago é complementado pela entrega de uma outra coisa, a intenção das partes denota a celebração de uma compra e venda.

Alguns exemplos são elucidativos.

Se dois praticantes de ciclismo resolvem trocar as suas bicicletas e uma delas está avaliada em R$ 200,00 (duzentos reais) e a outra, mais completa e potente, tem valor estimado de R$ 500,00 (quinhentos reais), vê-se que o fator predominante foi a permuta, apesar de ser necessária uma torna de R$ 300,00 (trezentos reais). O dinheiro, independentemente da quantidade, entrou, nesse caso, como torna ou reposição.

Situação diametralmente oposta haverá quando uma pessoa se dirige à concessionária para adquirir um novo automóvel e entrega o seu como uma parte do pagamento; o contrato caracterizado, a toda evidência, é de *compra e venda*, por mais valioso que seja o veículo entregue e, naturalmente, por menor que seja a quantia em dinheiro a ser paga. É que, no ponto, o fundamento do negócio foi a aquisição de um bem (compra e venda), e não a troca. Até porque a própria concessionária recebeu o veículo do adquirente para, novamente, vendê-lo.

Enfim, "o intérprete deve contextualizar o negócio jurídico e observar as circunstâncias negociais, os usos do tráfego e a boa-fé das partes. Após essa investigação,

19. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 180. Disso não discrepa Sílvio Rodrigues, para quem a permuta se transforma em compra e venda "no momento em que o excesso de valores provoca um desembolso em dinheiro da parte". *Direito Civil*, op. cit., p. 196.

20. Nesse diapasão, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho se posicionam, obtemperando que "o parâmetro *mais da metade do valor*, como qualquer outro, por não ter previsão legal específica, deve ser aplicado de acordo com o princípio da razoabilidade". *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 115.

21. AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. *Compra e venda – Troca ou permuta*, op. cit., p. 136.

incumbe-lhe buscar a *intenção consubstanciada* no negócio, à luz da teoria da confiança, observando o real sentido do acordo de vontades", conforme proposição lúcida e pertinente, como lhe é habitual, de Otávio Luiz Rodrigues Júnior.[22]

5. APLICAÇÃO DAS REGRAS DA COMPRA E VENDA

Dispõe, *in litteris*, o *caput* do art. 533 da Codificação Reale que "aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda".[23] Sem dúvida, a grande semelhança entre a permuta e a compra e venda justifica a aplicação determinada.

Assim, a título ilustrativo, incide a garantia de responsabilidade pelos vícios redibitórios e pela evicção, com algumas singularidades. No caso de vícios ocultos, a única opção do prejudicado será a ação redibitória (rescisória), sendo impraticável promover a ação para obter o abatimento de um preço que não existe (seria a chamada ação *quanti minoris*). Já na evicção, como em qualquer contrato oneroso (CC, art. 447), o prejudicado terá direito à restituição da coisa e não ao preço – que, insista-se à exaustão, não existe. Porém, além da devolução do objeto, reclamará as despesas de contratação e outras relativas às perdas e danos.

Na mesma tocada, a aplicação das regras da compra e venda permite inferir a admissibilidade da permuta entre cônjuges, dês que os bens permutados integrem o patrimônio particular de cada consorte, excluídos aqueles que ingressem na comunhão de bens (de acordo com o regime escolhido), pois não há sentido em se permutar aquilo que já é da titularidade de ambos. Exemplificando, o casal que estiver sob o regime de separação absoluta de bens tem ampla liberdade para permutar entre si.

Já a permuta de fração ideal de coisa indivisível imporá a concessão do direito de preferência aos demais condôminos, respeitando-se os requisitos constantes no art. 504 do Código Civil.[24]

Todavia, o próprio dispositivo legal (CC, art. 533) estabelece duas ressalvas:

> Art. 533, Código Civil:
>
> "Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:
>
> I – salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;
>
> II – é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante".

22. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 512.
23. Louva-se o dispositivo brasileiro no § 480 do Código Civil germânico, que dispõe que "as regras sobre a compra serão também aplicadas à permuta".
24. Art. 504, Código Civil: "não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência".

A ressalva do inciso I, quanto à *repartição proporcional de despesas com a troca entre os permutantes, é de ordem dispositiva*. Logo, é possível que as partes ajustem em contrário, determinando que sobre um deles incidirá toda e qualquer despesa com a permuta.

Nesse ponto, a intenção do legislador é bastante clara: diferençar o tratamento jurídico da permuta em relação à compra e venda, pois o comando do art. 490 do mesmo Códex[25] disciplina, também supletivamente, a matéria de modo distinto, distribuindo as despesas de escritura e registro para o comprador e as da tradição deixando a cargo do vendedor.

Já o inciso II remete o leitor à situação jurídica atinente à compra e venda de ascendentes para os seus descendentes. O objetivo da norma não ficou esconso: *é um mecanismo de proteção da legítima dos herdeiros necessários*.[26] Aqui, na permuta, o consentimento dos outros descendentes e do cônjuge somente é exigido quando houver desigualdade dos valores, para menor, dos bens permutados. Assim, exemplificando, se um pai troca um apartamento cujo valor é de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) por uma obra de arte pertencente ao filho e avaliada em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), impõe-se a aquiescência dos demais interessados, porque há desigualdade de valores para menor, em relação ao ascendente.

Não havendo disparidade de valores,[27] não se cogitará da invalidade do contrato, por se tornar despicienda a autorização dos demais interessados. Identicamente, não se exige a anuência se a diferença de valores é estabelecida em benefício do ascendente.

Endossando esse entendimento, vê-se a cátedra de Fabrício Zamprogna Matiello, advertindo que somente haverá invalidade negocial quando houver "redução do acervo do ascendente, causando potencial risco à futura legítima dos sucessores. Se quem dá o bem de maior valor é o descendente, não existirá anulabilidade, porque então o ascendente estará incrementando a própria fortuna, sem perigo de danos a outrem".[28]

É certo, de todo modo, à luz da razoabilidade, que a expressão *valores desiguais* reclama uma compreensão casuística, de acordo com a percepção do magistrado, descortinando, em cada caso, aquilo que, efetivamente, excede o razoável, o proporcional, dentro de uma permuta entre pessoas com um vínculo afetivo próximo. Afinal, dificilmente uma troca entre dois bens gera uma perfeita equivalência valorativa entre os objetos do escambo.

---

25. Art. 490, Código Civil: "salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição".
26. Anuindo a essa ponderação, Fábio Ulhoa Coelho enfatiza que o preceito "visa amparar a descendência, impedindo que alguém "acabe privilegiando um descendente em detrimento dos demais". *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 163.
27. Pontua José Osório de Azevedo Júnior: "a anulabilidade *só vai alcançar o contrato de permuta se os valores foram desiguais*" (*Compra e venda – Troca ou permuta*, op. cit., p. 137).
28. MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 210.

Quando necessária, a anuência dos demais interessados deve ser expressa, constando do próprio instrumento negocial ou em termo apartado, evitando arguição futura de invalidade.

Se o casamento está submetido ao regime de separação absoluta de bens (convencionalmente escolhido pelas partes), dispensa-se o consentimento do cônjuge, em face da diáspora patrimonial eleita pelos consortes, inexistindo ponto de interseção econômica entre eles. Lado outro, estando o casal sob o regime de participação final nos aquestos, o pacto antenupcial poderá dispensar a necessidade de vênia conjugal, por meio de cláusula expressa.

A ausência de consentimento, aliada à desproporção de valores, gera a *anulabilidade do negócio jurídico*, sujeita ao exercício do direito potestativo em ação privativa dos aludidos interessados no prazo decadencial bienal (CC, art. 179).

Superado o prazo fatal sem a propositura da demanda, a decadência será reconhecida de ofício pelo magistrado, na dicção do art. 210 do Código Civil.

6. PERMUTA DE BENS PÚBLICOS

O art. 17, I, da Lei nº 8.666/93, que regulamenta os contratos administrativos e as licitações, é de clareza meridiana ao permitir, com certas reservas, a permuta de bens públicos.

É certo que, conforme a pertinente advertência de Fernanda Marinela, a permuta de bem público somente "deve ocorrer em caráter excepcional",[29] em face da natural peculiaridade que envolve o interesse público. Certamente, não será admitida a troca de bem público quando for possível a obtenção de resultado mais vantajoso ao interesse público através da compra e venda, sob pena de prática de ato de improbidade administrativa.

Do mesmo modo, a troca com saldo de bem público, impondo torna a ser paga pelo Estado, somente é possível quando o Poder Público for devedor em uma relação obrigacional líquida, certa e exigível.

Em sendo assim, a troca envolvendo bem público deve ser realizada quando presidida pela preservação do interesse público, podendo consistir em interessante solução para otimizar as finanças públicas, permitindo que o Poder Público se livre de determinados bens sobre os quais já não mais tem interesse concreto, e, ao mesmo tempo, obtenha outras coisas que lhe são importantes.

Aliás, um bom balizamento pode ser utilizado com o Decreto nº 99.658/90, que regulamenta, na área federal, o reaproveitamento, a movimentação, a alienação e outras formas de desfazimento de material pertencente à Administração Pública.

29. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 762.

Também é possível utilizar a permuta como mecanismo para o pagamento de dívidas públicas, sem a utilização efetiva de importâncias pecuniárias pertencentes ao Estado.

Merece alusão o fato de que a permuta de bem público é livre de prévio procedimento licitatório, cumpridas as exigências entabuladas no art. 24, X, da Lei nº 8.666/93.

CAPÍTULO III

Contrato Estimatório ou Consignatório

Sumário • 1. Noções conceituais sobre a venda por consignação – 2. Elementos caracterizadores – 3. Classificação – 4. Natureza jurídica da obrigação do consignatário: obrigação facultativa ou alternativa? – 5. Inversão da teoria dos riscos – 6. O desfazimento do contrato estimatório e a proteção do terceiro adquirente de boa-fé – 7. Causas extintivas do contrato e os efeitos da eventual falência do consignatário.

"O retrato que eu te dei, se ainda tens,
Não sei! Mas se tiver, devolva-me!"

(Adriana Calcanhoto, *Devolva-me*, de Renato Barros e Lilian Knapp)

1. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE A VENDA POR CONSIGNAÇÃO

O *contrato estimatório*, também chamado de *consignatório* ou *venda por consignação*, foi tipificado no direito brasileiro no Código Civil de 2002, notadamente nos arts. 534 a 537.

De origens romanistas[1] (Digesto de Ulpiano, Livro XIX, Título III, Lei I), esta modalidade contratual passou despercebida pela maioria das legislações contemporâneas,

1. Relata Otávio Luiz Rodrigues Júnior que "em alguma década perdida no século II, na aurora do Império Romano, um comerciante recebeu uma carga preciosa. Eram vasos murrinos, uma peça ornamental feita da mistura de elementos desconhecidos, de entre os quais talvez a porcelana, fabricados no Extremo Oriente e desejados por todas as boas famílias patrícias daquele tempo. Diziam que o falecido e não muito querido Imperador Nero Cláudio César Augusto Germânico pagava fortunas por esses vasos, tamanha sua afeição por esse artesanato. Os objetos atravessaram o *Mare Nostrum*, o Mar Mediterrâneo, e chegaram às mãos do mercador romano, porém não lhe pertenciam. Os vasos eram de um negociante do Helesponto, que consentira em remetê-los a Roma para que fossem ali postos à venda. A relação obrigacional entre o grego e o comerciante romano era estruturalmente bem complexa: o dono dos vasos, dito consignante, transferia sua posse ao vendedor romano, chamado consignatário; com isso, este último poderia apresentar-se aos interessados e vender os objetos, pois ostentava poder para tanto (o *ius disponendi*). Efetuada

inclusive as que mais significativamente influenciaram o nosso sistema, como a germânica e a francesa. Somente mereceu referências no Código Civil da Áustria (§§ 1.086-1.088) e no da Itália (arts. 1.556 a 1.558), embora sem uma profunda regulamentação.

Também em nosso sistema jurídico, historicamente, reinou o silêncio no que tange ao contrato estimatório. O Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916 ignoraram a sua existência e restou caracterizado como *um contrato atípico*. Somente a Lei nº 5.474/68 – Lei das Duplicatas – fez referências *en passant* à figura negocial em seus arts. 4º e 5º.

A par da omissão legislativa, o negócio consignatório ganhou desenvolvimento no campo comercial, sendo largamente utilizado por varejistas e produtores, bem como por livreiros, editores, leiloeiros e *marchand's*. Contudo, a incerteza e a insegurança marcavam estas relações, que precisavam de alguma disciplina.

Colocando pá de cal nas controvérsias, a legislação brasileira optou, logo de saída, por apresentar um conceito, em termos precisos:

> *Art. 534, Código Civil: "Pelo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada."*

Ora, da definição apresentada pelo *Codex* extrai-se que o contrato estimatório consiste no negócio jurídico através do qual uma pessoa (consignante, *tradens* ou outorgante) entrega um bem, de valor econômico, a outra pessoa (consignatário, *accipiens* ou outorgado) para a venda ou a prática de atos de disposição, com a obrigação de entrega do valor apurado com a venda ou de restituição da coisa, quando não se conseguiu vendê-la no prazo previamente ajustado.

Mais pragmático, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino sintetiza ser o contrato pelo qual uma pessoa "entrega bens a outra pessoa com o poder de deles dispor para venda em determinado prazo, pagando o preço estimado ou, facultativamente, restituindo-os".[2]

Pelo fio do exposto, há de se visualizar a venda por consignação como sendo um negócio: (*i*) que tem por objetivo a entrega de bens; (*ii*) em que há uma relação jurídica travada entre o proprietário e o terceiro a quem se defere a posse; (*iii*) permitindo-se a este a venda da coisa ou a sua restituição; (*iv*) que possui um prazo determinado; (*v*) que permite ao receptor restituir o objeto recebido, caso não consiga vender, ou pagar o valor mínimo acertado.

---

a alienação, o consignatário repassaria ao consignante não o dinheiro apurado com a venda dos vasos. Entre eles, previamente, havia sido acertado que os bens teriam um *valor de estima* ou *estimado*. O consignatário até poderia vendê-los por um preço maior, no entanto, obrigava-se a prestar ao consignante o total estimado. Caso não vendesse os vasos murrinos em certo prazo, geralmente seis meses, teria de restituí-los ao consignante" (*Código Civil Comentado*, op. cit., p. 545).

2. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 24-25.

A essência deste negócio jurídico é a entrega de um bem móvel ao outorgado para que possa vender, como se fosse seu, dentro de determinado lapso temporal, prestando contas do valor apurado, com a possibilidade de restituí-lo, se frustrada a venda.

Assim, *a relação jurídica estimatória é travada, exclusivamente, entre o consignante e o consignatário, sendo o terceiro adquirente absolutamente estranho a essa vinculação.* Por isso, na eventual hipótese de inadimplemento contratual pelo outorgado, não pode o consignante cobrar o valor ajustado do terceiro adquirente da coisa, que é parte ilegítima para a ação de cobrança.[3] Do mesmo modo, se o terceiro adquirente inadimpliu o seu pagamento em favor do consignatário, o consignante em nada será atingido, pois permanecerá com o direito de executar o outorgado para o pagamento do preço de estima.

É preciso deixar clara, ainda, a inexistência de qualquer consequência jurídica pela não venda do bem consignado. Assim, não será possível acusar o consignatário de desidioso ou de relapso, não lhe sendo imputável a culpa por não ter conseguido vender. Apenas, nesse caso, terá de restituir a coisa, tal como recebida.

Também nada impede que o *accipiens* fique com o bem para si, pagando o preço ajustado.

Trata-se de modalidade contratual extremamente habitual, encontrável comumente nas relações empresariais, utilizada em especial por industriais e produtores, além do comércio de livros, jornais e revistas;[4] bebidas,[5] joias e bijuterias; objetos de arte[6] e automóveis de luxo e usados.[7]

---

3. "Contrato estimatório. Venda de automóvel em consignação. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Pretensão deduzida em face do terceiro adquirente. Descabimento. Cobrança que deveria ser voltada em face do consignatário. Loja de automóveis. Relação jurídica que não alcança o terceiro. Loja responsável pela venda que tem a obrigação de repassar o preço estimado ao consignante" (TJ/SP, Ac. 25ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 9179788-11.2006.8.26.0000 – comarca de São Paulo, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 5.10.10).

4. "O contrato estimatório é comumente utilizado nas relações entre editoras e distribuidoras de livros, revistas e jornais e livreiros e postos de venda, não estando estes obrigados a pagar previamente o preço para vendê-los no prazo ajustado. As livrarias recebem o livro, expõem em suas prateleiras, divulgam-nos, e periodicamente comunicam às editoras o total de exemplares vendidos, remetendo o pagamento correspondente", LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 252.

5. Flávio Tartuce cita "o caso do fornecimento de bebidas por uma distribuidora a um bar. O fornecimento pode ocorrer de uma só vez ou mês a mês. No final de cada período, o consignatário pode optar entre pagar o preço de estima ou devolver as bebidas consignadas". *Direito Civil*, op. cit., p. 301.

6. Lembra Luiz Guilherme Loureiro que "o artista, de forma geral, não negocia diretamente sua obra. Ele a deixa exposta em uma galeria de arte, sob a posse do consignatário, a quem transfere o poder de dispor da coisa, por força do contrato estimatório. Como a galeria não dispõe de capital para adquirir e revender a obra, celebra-se o contrato estimatório: o consignatário dispõe de um prazo para vender o bem e repassar o preço para o dono da obra de arte". *Contratos no novo Código Civil*, op. cit., p. 402.

7. Reconhece a nossa melhor doutrina que o contrato consignatório também "aparece no comércio de automóveis usados, quando o proprietário entrega o veículo à loja especializada para venda por determinado preço estimado em determinado prazo com a faculdade de restituição", SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 25.

É uma figura essencialmente empresarial, facilitando o tráfego jurídico, através de vantagens recíprocas: para o consignante, amplia-se o potencial de vendas dos seus produtos, possibilitando que um maior contingente de pessoas tenha acesso a eles; para o consignatário, há uma sensível diminuição dos riscos do negócio, na medida em que poderá devolver os bens que, eventualmente, não conseguir vender.[8]

De qualquer modo, o *periculum* (riscos) do negócio será imputado ao outorgado, que terá de restituir a coisa ou pagar o valor acertado previamente. A eventual hipótese de perecimento ou deterioração, independentemente de culpa, é irrelevante, mantendo-se a sua responsabilidade, mesmo quando ocorrer caso fortuito ou força maior.

In fine, advirta-se para que não se confunda o *contrato consignatório* (também chamado de estimatório) – que é espécie contratual autônoma e independente, tipificada no Código Civil – com a *consignação em pagamento* – que é modalidade anômala de extinção das obrigações, servindo, indiretamente, para o término da relação obrigacional, quando, *exempli gratia*, o credor se recusa a receber o pagamento ou quando há dúvida sobre a titularidade do crédito (CC, art. 335), e que não possui natureza negocial. A consignação em pagamento pode ser realizada judicialmente, por meio de um procedimento especial de jurisdição contenciosa, ou administrativamente, por meio de depósito bancário, quando se tratar de obrigação de entrega de dinheiro. Nota-se que enquanto o contrato consignatório entabula um ajuste de vontade entre as partes, fruto de sua autonomia privada, a consignação em pagamento pretende servir como meio indireto para a extinção de uma obrigação, por conta de algum incidente que impossibilitou o cumprimento voluntário da obrigação.

2. ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Partindo da definição apresentada pela Codificação de 2002 e anteriormente trabalhada, já é possível vislumbrar as características fundamentais do contrato consignatório:

i) coisa idônea;

ii) entrega do bem em consignação;

iii) fixação de prazo para a prestação de contas (pagamento do preço ou devolução do bem);

iv) estipulação do preço mínimo de estima.

8. A jurisprudência reforça a possibilidade que lhe é deferida por lei: "Contrato estimatório. Consignação de livros junto à editora. Obrigação de levar os exemplares, com desconto, a feiras e eventos, em especial, à Feira do Livro de Porto Alegre. Caso a coisa não seja objeto de venda, possibilita-se ao consignatário devolvê-la ou pagar o preço estimado por ela. Inteligência do art. 534 do Código Civil" (2ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível71002463032 – Comarca de Novo Hamburgo, Rel. Juiz Fábio Vieira Heerdt, j. 27.10.10, *DJ* 3.11.10).

Esta avença, de ordinário, deve ter como objeto ser bens móveis e infungíveis (por natureza ou por intervenção humana), em face do *dever de restituir*, na hipótese de não ser implementada a venda no prazo ajustado.

Há de se ponderar, de qualquer maneira, a possibilidade de essa avença ter como objeto bens imóveis e fungíveis.

Apesar da posição de alguns autores, não admitindo que o contrato tenha por objeto os bens imóveis, sob a alegação de que tais coisas estariam "excluídas porque não permitem a tradição real",[9] a melhor solução está sinalizada pelo direito austríaco: não havendo regra proibitiva, a autonomia privada, balizadora das relações privadas como um todo e, em especial, dos negócios jurídicos, sobreleva admitir a celebração de contrato estimatório tendo como objeto os bens imóveis, desde que respeitadas as formalidades legais exigidas.[10] E não se objete como suposta dificuldade a tradição porque, consoante reconhecido pelo próprio sistema jurídico brasileiro, a tradição não precisa ser real, podendo ser ficta ou simbólica, através, por exemplo, da entrega das chaves do bem imóvel.

De qualquer maneira, logicamente, o bem entregue em consignação não pode estar gravado com cláusulas de indisponibilidade (como a inalienabilidade).

Outro interessante debate doutrinário circunda a possibilidade, ou não, de o contrato consignatório ter como objeto bens fungíveis – ou seja, aqueles que admitem substituição por outros de igual espécie, qualidade e quantidade (CC, art. 85).[11] Malgrado parcela considerável da doutrina negue a possibilidade de negócio consignatório tendo como objeto bens fungíveis,[12] merece guarida o outro entendimento. É que a exigência contratual é no sentido de que a coisa transferida ao consignatário seja, de algum modo, identificada para que se verifique a qualidade quando da restituição.[13] Assim sendo, nada impede que se transfira ao outorgante um bem fungível, com a obrigação de restituir coisa de igual espécie, qualidade ou quantidade. Seria o exemplo da consignação de bebidas e de jornais (que são bens tipicamente fungíveis) e que é tão comum nos costumes do nosso país, em eventos sociais e festejos. Os exemplos servem, inclusive,

9. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 252. Também: LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo Código Civil*, op. cit., p. 403.

10. Também admitindo que o contrato estimatório tenha por objeto bens imóveis, veja-se Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 30-31.

11. Art. 85, Código Civil: "são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade".

12. Veja-se, a respeito, as ponderações de Otávio Luiz Rodrigues Júnior: "o contrato estimatório baseia-se na lógica simples de que se não for pago o preço de estima, o outorgado deve restituir a coisa. Esse ato importa na devolução da *mesma coisa*. O fundamento dessa identidade é que somente assim poderá o consignante aferir se o objeto consignado foi-lhe repetido e se esse apresenta a quantidade, a qualidade e as condições ostentadas por ocasião da entrega. Os objetos fungíveis, por natureza, são perfeitamente cambiáveis, o que resulta o enfraquecimento dessa verdadeira garantia dos interesses do outorgante". *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 569.

13. No mesmo caminho, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 31.

para evidenciar a inexistência de empecilho para que se admita o contrato consignatório, até mesmo, de bens *consumíveis*, cujo uso esvazia, imediatamente, a sua essência. Evidentemente, nesse caso, os riscos da perda correm por conta do consignatário – que é responsável pela restituição do bem em perfeito estado ou pelo pagamento do valor acertado.

O segundo elemento essencial do contrato é a *efetiva entrega do bem em consignação*.

A coisa tem de ser transferida para o consignatário com o poder de livre disposição, permitindo que seja comercializada ou consumida integralmente. Nessa esteira, deliberou, lucidamente, o Enunciado 32 da Jornada de Direito Civil:

> *Enunciado 32, Jornada de Direito Civil: "No contrato estimatório o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou a sua restituição ao final do prazo ajustado".*

Sem dúvida, a entrega da coisa é a base fundante do contrato de venda por consignação. Sem ela, de nada adiantaria o consenso entre as partes.

No entanto, esta tradição da coisa pode ser física ou simbólica (ficta), hipótese em que permanecerá na posse do proprietário. Seria o exemplo da entrega das chaves de um estabelecimento ou das joias vendidas por catálogo, continuando sob a posse direta do titular.

Sobre a *traditio*, impende destacar que o outorgado *não detém a propriedade do bem*, que se mantém com o consignante. Ele não detém, portanto, a titularidade do direito de propriedade. Todavia, lhe é transmitida a posse da coisa e, além disso, o poder de disposição (*jus disponendi*), de modo a lhe permitir a prática de atos de alienação. Os demais poderes inerentes à propriedade são mantidos com o outorgante. Haverá, assim, uma *fragmentação do direito de propriedade*, operando-se uma transferência, tão só, da posse e do poder de disposição sobre a coisa.

Na visão simbólica da doutrina, *apenas o poder de disposição é destacado do direito de propriedade e transferido ao outorgado*, que passa a ter a possibilidade de alienar livremente o bem.[14]

E é exatamente por isso que, após a transferência da posse do bem consignado, *não poderá ocorrer penhora, sequestro ou outras medidas constritivas* promovidas pelos credores do consignatário. Isto porque o bem ainda pertence ao outorgante, não podendo lhe ser privado por via oblíqua. O comando do art. 536 do Código de 2002[15] bem esclareceu o assunto. O que se permite aos credores do outorgado, para

14. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 52.

15. Art. 536, Código Civil: "a coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou sequestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço".

a satisfação de seus créditos, é a adoção de medidas judiciais para o bloqueio do crédito a ser por ele recebido, após o pagamento da quantia que lhe caberá.[16]

Por outro turno, com a mesma lógica e em homenagem à boa-fé objetiva (notadamente aos deveres anexos de lealdade e confiança), enquanto o bem estiver na posse do outorgado (ou enquanto não lhe for comunicada a restituição), *o consignante não pode dele dispor* (CC, art. 537).[17] Suscitando a ocorrência de venda do bem pelo consignante, antes da restituição, tem-se um evidente caso de venda a *non domino*, sendo ineficaz o negócio jurídico perante o consignatário. Preservam-se, assim, os interesses do terceiro de boa-fé que, eventualmente, adquiriu a coisa nas mãos do outorgado. Por óbvio, se, ao contrário, o bem já lhe foi devolvido, ou, pelo menos, informada a restituição, poderá praticar todos os atos típicos de proprietário, em razão da recuperação plena dos poderes, inclusive lhe sendo autorizada a disposição da coisa.

Somente após o integral pagamento estimado é que o consignante deixa de ser o proprietário da coisa, cessando os seus poderes sobre a coisa.

O terceiro elemento contratual é *a fixação do prazo de espera*.

Os negócios consignatórios podem ser celebrados com ou sem prazo específico de espera. A depender da natureza do objeto consignado, as partes podem se inclinar por uma ou outra situação. Se o bem é perecível ou se há necessidade de maior controle, o prazo já é estipulado originariamente na contratação. Mas, se o escopo é conferir ao consignatário uma maior liberdade de atuação, a praxe é celebrar o negócio sem termo determinado.

Infere-se, assim, que a estipulação de lapso temporal não é elemento essencial do contrato estimatório,[18] podendo se aperfeiçoar válida e eficazmente um negócio sem prazo específico.

Pois bem, havendo prazo estipulado, não haverá maiores dificuldades, pois o devedor (consignatário) terá de pagar o valor estimado ou devolver a coisa quando do advento do termo. Não o fazendo, estará, automaticamente, constituído em mora (mora *ex re*).[19] Contudo, se as partes não previram um prazo certo e determinado, incide a regra geral do sistema obrigacional, exigindo a *prévia interpelação* do de-

16. Noutra hipótese, aventada por Fabrício Zamprogna Matiello, também "é permitido aos credores do consignatário satisfazer o débito deste junto ao consignante (pagando o preço contratualmente acordado) e depois disso promover a constrição da coisa". *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 213.

17. Art. 537, Código Civil: "o consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição".

18. SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 73; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 225.

19. "O consignatário se obriga pessoalmente pela mercadoria que recebeu em razão do contrato de consignação. Decorrido o prazo estipulado em contrato, deve devolver o bem consignado ou pagar o preço estipulado, nos termos do art. 534 do Código Civil" (1ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rec. 71001080308 – comarca de Caxias do Sul, Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, j. 1.3.2007, DJRS 7.3.2007).

vedor, judicial ou extrajudicialmente, para a sua constituição em mora. Trata-se da chamada mora ex persona. Por óbvio, não tendo termo certo estipulado, a boa-fé objetiva sinaliza no sentido de que se aguarde um *prazo razoável* para que a parte cumpra a sua obrigação, não se tolerando abusos no exercício do direito de requerer o pagamento ou a restituição da coisa.

É possível, ainda, a combinação de termo e condição, como do livreiro que consigna os seus livros para que sejam restituídos no prazo de um ano ou até que se altere a edição, o que ocorrer primeiro.

Exige-se, por derradeiro, o estabelecimento, ainda, de um *preço de estima*.

Com efeito, as partes devem ajustar um preço mínimo que terá de ser entregue ao consignante na hipótese de venda do objeto. Aliás, as partes podem, até mesmo, estabelecer margens toleráveis de lucro para a venda da coisa consignada, impedindo que o consignatário eleve substancialmente o seu valor. Não havendo limitação da margem de lucros, o consignatário pode ter lucros astronômicos ou prejuízos consideráveis que não interferirão na relação negocial.

Por evidente, nada impede que o *accipiens* devolva a coisa consignada, em lugar do pagamento do preço estimado.

Outrossim, vale o registro de que esse preço de estima "não é obrigatoriamente o valor correspondente da coisa. Ele apresenta-se como o valor *estimado*. Sua determinação é consequência de variegados fatores: o custo de produção da coisa; a perspectiva mercadológica de se abrir um novo mercado, o que pode ensejar um preço de estima inferior ao preço de custo; e a redução da margem de lucro do fabricante", como pontua Otávio Luiz Rodrigues Júnior.[20]

Não se olvide que o preço tem de ser fixado em moeda nacional, sob pena de nulidade, salvo nos contratos internacionais. E que se submete ao *princípio do nominalismo* (CC, art. 315).

Em face da autonomia privada, podem os contratantes estipular cláusula de correção monetária, além de juros negociais.

Também é possível que o preço seja ajustado através de uma percentagem sobre o valor apurado com a venda da coisa (*aestimatio* percentual).

Advindo o prazo, se recusando o consignante a receber o valor estimado ou a coisa consignada, caracteriza-se a mora *creditoris*, autorizada a utilização da *consignação em pagamento* (CC, art. 335) pelo consignatário, com o fito de ser exonerado do vínculo obrigacional.

20. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 572.

3. CLASSIFICAÇÃO

Trilhando o caminho do próprio Código Civil (art. 534), nota-se que o contrato estimatório é *típico, autônomo, bilateral, oneroso, comutativo, de eficácia real* e *informal.*

É contrato *típico* por estar elencado no ordenamento jurídico, recebendo tratamento legislativo específico.

Dúvida não há de que se trata de um contrato *autônomo*, não estando subordinado a qualquer outro negócio jurídico. A sua existência não se condiciona a outra figura.

Por igual, não se discute acerca de sua essência *bilateral*, na medida em que ambas as partes (outorgante e outorgado) assumem obrigações. A título exemplificativo, nota-se que o outorgante tem o dever de pagar a remuneração devida à contraparte, bem como de não turbar a posse ou reivindicar o bem ou o pagamento antes do prazo entabulado. De outra margem, o outorgado se obriga a restituir a coisa ou pagar o preço de estima quando do advento do termo.

A *onerosidade* decorre da própria essência contratual, uma vez que os contratantes terão vantagens econômicas. Nessa mesma tocada, é fácil inferir o seu caráter *comutativo*, na medida em que ambas as partes já conhecem, previamente, as vantagens que obterão com o negócio.

Chama a atenção o enquadramento do contrato estimatório como um negócio de *eficácia real*, uma vez que se exige a tradição (real, ficta ou simbólica), somente se aperfeiçoando quando a coisa é entregue ao consignatário.[21] Sobre o tema, observe-se que a própria redação do art. 534 do Código Civil é de clareza solar ao estabelecer que, através desta figura negocial, "o consignante *entrega* bens móveis ao consignatário", deixando antever a sua natureza real. Por conta disso, a formação do contrato de venda por consignação exige a *traditio*, sem a qual inexiste a avença.

Finalmente, releva perceber a desnecessidade de celebração do contrato estimatório por determinada forma legal. Trata-se de *contrato informal, não solene*, sendo despiciendo o atendimento de solenidades. Sobre o assunto, inclusive, acrescente-se que, em boa hora, o advento do Código de Processo Civil de 2015 revogou, expressamente, o art. 227 do Código Civil, além do art. 401 da legislação processual antecedente, removendo os obstáculos processuais à comprovação da existência de contratos cujo valor excedesse o decúplo do salário-mínimo em vigor. Não se admitia a prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de negócios jurídicos excedentes ao referido limite. Com visível inspiração nas garantias constitucionais de acesso à Justiça e ampla produção de prova, a nova normatividade processual permite o uso de todos os meios de prova para demonstrar quaisquer negócios jurídicos, independentemente do valor. Com isso, independentemente do seu valor, o

21. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 248; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 37.

contrato estimatório pode ser celebrado, e comprovado, por qualquer meio de prova, possuindo existência, validade e eficácia, bem como podendo ser provado através de qualquer meio de prova.

Apenas quando se tratar de contrato estimatório que tenha por objeto bem imóvel e cujo valor exceda a trinta salários-mínimos (CC, art. 108) é que se imporá a celebração por escritura pública, com regular registro em cartório de imóveis, por envolver a transmissão (ainda que parcial) da titularidade.

4. NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DO CONSIGNATÁRIO: OBRIGAÇÃO FACULTATIVA OU ALTERNATIVA?

Há uma verdadeira diáspora doutrinária acerca da natureza da obrigação assumida pelo outorgado no contrato consignatório.

É certo e incontroverso que o consignatário tem a obrigação de pagar o preço estimado pelas partes quando do advento do termo, podendo, por outro lado, se exonerar da obrigação restituindo a coisa consignada. É exatamente aqui que reside a controvérsia: essa obrigação seria alternativa ou facultativa?

Relembrando, por oportuno, os conceitos elementares, a obrigação será alternativa quando há uma multiplicidade de possibilidades reconhecidas ao devedor, que se exonera prestando uma ou outra. A outro giro, será facultativa quando o devedor assume a obrigação de prestar um único objeto, mas o negócio lhe autoriza a entregar outra prestação que é indicada (*in facultatis solutionis*). Nestas (obrigações facultativas), o credor somente pode exigir a prestação ajustada, mas o devedor, se quiser, se exonerará entregando a prestação facultada. Naquelas (obrigações alternativas), promovida a escolha, o devedor se vincula à prestação eleita. Antes disso, lhe é reconhecida a opção, salvo disposição contrária.

A maioria dos doutos vem reconhecendo, ao nosso ver acertadamente, o caráter *alternativo* da obrigação do outorgado, argumentando que lhe são conferidas as opções de efetuar o pagamento do preço de estima ou restituir o bem consignado. É de Caio Mário da Silva Pereira a assertiva de que "o *accipiens* não efetua a aquisição definitiva da coisa consignada, porém recebe-a a prazo certo, dentro do qual se lhe abre a *obrigação alternativa* de restituir ou pagar o preço".[22] Com o mesmo pensamento, Paulo Luiz Netto Lôbo[23] e Carlos Roberto Gonçalves.[24] Realmente, o consignatário assume uma dívida com uma *alternatividade* de soluções: dentro do prazo estimado deve pagar o preço de estima *ou* devolver a coisa consignada – o que ressalta a natureza alternativa de sua obrigação.

22. PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 204.
23. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 256.
24. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 252.

749
Fortaleza
Ceará

Noutra linha argumentativa, alguns autores advogam a tese do caráter *facultativo* da obrigação do *accipiens*, sob a alegação de que existe para ele, tão somente, um único vínculo obrigacional e, assim, a sua obrigação é pagar o preço, facultando-lhe a norma legal se exonerar do dever jurídico restituindo a coisa.[25]

Emprestando solução concreta ao referido debate, o Superior Tribunal de Justiça, coerentemente, abraçou a primeira concepção, reconhecendo o caráter alternativo da obrigação, como se pode notar:

> *"– O que caracteriza o contrato de venda em consignação, também denominado pela doutrina e pelo atual Código Civil (arts. 534 a 537) de contrato estimatório, é que (i) a propriedade da coisa entregue para venda não é transferida ao consignatário e que, após recebida a coisa, o consignatário assume uma obrigação alternativa de restituir a coisa ou pagar o preço dela ao consignante.*
>
> *– Os riscos são do consignatário, que suporta a perda ou deterioração da coisa, não se exonerando da obrigação de pagar o preço, ainda que a restituição se impossibilite sem culpa sua.*
>
> *– Se o consignatário vendeu as mercadorias entregues antes da decretação da sua falência e recebeu o dinheiro da venda, inclusive contabilizando-o indevidamente, deve devolver o valor devidamente corrigido ao consignante. Incidência da Súmula no 417 do STF.*
>
> *– A arrecadação da coisa não é fator de obstaculização do pedido de restituição em dinheiro quando a alienação da mercadoria é feita pelo comerciante anteriormente à decretação da sua quebra. Recurso especial ao qual se nega provimento" (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp. 710.658/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6.9.05, DJU 26.9.05, p. 373, in RSTJ 200:336).*

Perlustrando, portanto, o caminho pavimentado pela jurisprudência superior, nota-se que a obrigação assumida pelo consignatário é *alternativa*, podendo livremente escolher se restituirá a coisa entregue ou o valor de estima. Bem por isso, na hipótese de inadimplemento obrigacional, o consignante poderá adotar providências judiciais para uma execução específica com a restituição da coisa que lhe pertence, caso se mostre possível. Se a obrigação fosse facultativa, não poderia o consignante pleitear a devolução do bem, na medida em que a restituição da coisa seria uma opção para o consignatário, apenas sendo reconhecida ao consignante a possibilidade de exigir o preço.

Sob o ponto de vista prático, a compreensão da obrigação contida no contrato estimatório como *alternativa*, e não facultativa, realmente se mostra adequada. Isso porque permite ao consignante a adoção de medidas executivas concretas para diminuir o seu prejuízo quando o consignatário está insolvente, mas a coisa permanece íntegra. Nesse caso, será possível recuperar a coisa que lhe foi entregue, por conta da alternatividade da obrigação.

---

25. Com esse entendimento, minoritariamente, perfilham-se SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 43; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 122.

5. INVERSÃO DA TEORIA DOS RISCOS

A teoria dos riscos nos negócios jurídicos é estabelecida a partir da máxima *res perit domino*, ou seja, *a coisa perece para o dono*. Dessa maneira, na hipótese de perecimento acidental (não culposo) da coisa entregue a um terceiro – normalmente por caso fortuito ou força maior –, o prejuízo será suportado pelo proprietário ou credor.

Com isso, a perda não culposa (por fato não imputável ao devedor) provoca, como regra geral, a extinção do dever de restituir, liberando o devedor do vínculo, em razão do caráter acidental do perecimento.

A aplicação genérica dessa regra no contrato estimatório provocaria a absurda conclusão de que o consignatante teria de suportar os riscos do perecimento não culposo do bem que se encontra com o outorgado para ser alienado. Perfilhando essa percepção, o art. 535 do Códex inverteu a teoria dos riscos nessa específica figura negocial, atribuindo responsabilidade ao consignatário pelo perecimento acidental da coisa. É a regra *res perit debitoris*.

Com isso, se o bem consignado perecer ou deteriorar, quando da posse do consignatário, a responsabilidade recairá sobre ele mesmo, mantida a sua obrigação de pagar o preço de estima. Exatamente por isso, se o consignatário alienou o bem onerosamente e não recebeu o pagamento devido, a sua responsabilidade está mantida,[26] devendo pagar ao consignante e adotar providências cabíveis para a cobrança de seu crédito em relação à contraparte, sendo ilegítimo o direcionamento da ação contra o terceiro adquirente.

Mesmo que a perda tenha decorrido de caso fortuito ou força maior, sem qualquer conduta culposa, o *accipiens* será compelido a entregar o valor correspondente, cuidando-se de interessante hipótese de *responsabilidade objetiva com risco integral*.

Seguindo essas pegadas, a jurisprudência vem reconhecendo a subsistência da responsabilidade do consignatário ainda que o perecimento decorra de roubo ou furto. Veja-se:

> *"Contrato verbal estimatório. Ação de cobrança do preço. Motocicleta. Ocorrência de roubo. Responsabilidade do consignatário pela perda da coisa, ainda que em caso fortuito ou força maior. Inteligência do art. 535 do Código Civil de 2002" (TJ/SP, Ac. 30a Câmara de Direito Privado, Ap. Civ. 9056696-59.2007.8.26.0000 – comarca de Santo André, Rel. Des. Edgard Rosa, j. 10.11.10).*

Confere-se, pois, uma responsabilidade jurídica e ética ao consignatário mais profunda e extensiva do que a grande maioria dos negócios jurídicos, fincando

26. Sobre o tema, veja-se a posição dos Tribunais: "Contrato estimatório. Venda de automóvel em consignação. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Pretensão deduzida em face do terceiro adquirente. Descabimento. Cobrança que deveria ser voltada em face do consignatário. Loja de automóveis. Relação jurídica que não alcança o terceiro. Loja responsável pela venda que tem a obrigação de repassar o preço estimado ao consignante" (TJ/SP, Ac. 25ª Câmara de Direito Privado, Ap. Civ. 9179788-11.2006.8.26.0000 – comarca de São Paulo, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 5.10.10).

justificativa "na necessidade de que o consignante sinta segurança para deixar a coisa em mãos do consignatário, vez que imediatamente nenhuma contraprestação receberá".[27]

Bem por isso, se o objeto consignado é um bem de maior valia econômica (como automóveis, por exemplo), é recomendável ao outorgado a adoção de providências acautelatórias, como a contratação de um seguro, garantindo-se de eventuais infortúnios, como um roubo ou furto, na medida em que o fato externo não exonerará a sua responsabilidade.

Noutra interessante hipótese, a Corte de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a responsabilidade do outorgado, em contrato consignatório que tinha por objeto a entrega de cães para a venda, quando um deles veio a falecer, independentemente de culpa do possuidor:

> *"Ação de indenização por danos materiais e morais. Consignação de animais para venda. Contrato estimatório em que o consignatário não se exonera de pagar o preço se impossível a restituição dos animais consignados. Doação de um dos filhos de yorkshire sem consentimento e morte do outro pela omissão no tratamento dispensado" (1º Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rec. Cível 71001396399 – comarca de Porto Alegre, Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, j. 29.11.07, DJRS 4.12.07).*

Alerte-se, porém, que não se deve confundir a inversão da teoria dos riscos com a possibilidade de perda ou deterioração em razão da existência de vícios redibitórios sobre a coisa (defeitos estruturais). Se o perecimento da coisa decorreu da existência de vícios redibitórios, a responsabilidade é do alienante (CC, art. 441), que, neste particular, é o consignante. Nesse caso, não haverá responsabilidade do outorgado.

6. O DESFAZIMENTO DO CONTRATO ESTIMATÓRIO E A PROTEÇÃO DO TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ

Situação peculiar, a exigir especial cuidado e atenção do jurista, diz respeito ao desfazimento do contrato de venda por consignação e à proteção do terceiro que, de boa-fé, adquiriu a coisa.

Seria o exemplo da anulação do contrato (por algum vício formal ou material), com a restituição das partes ao *status quo ante*, com a obrigação do consignatário de devolver o bem, quando ele já foi alienado a um terceiro que, inclusive, já pagou o preço. Nesse caso, indaga-se, o terceiro (de boa-fé, repita-se à saciedade) poderia ser atingido?

A resposta tem de ser não. Com efeito, a desconstituição do contrato estimatório terá eficácia *ex nunc*, não retrotraindo os seus efeitos para atingir terceiros.

27. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 866.

Com o mesmo pensar, explica, lucidamente, Otávio Luiz Rodrigues Júnior que a perda de eficácia do contrato "terá sua expansão reconhecida a partir da sentença que reconhecer o defeito negocial ou a incapacidade relativa do agente. O terceiro adquirente de boa-fé deve ser protegido. As relações internas do consignante com o consignatário, dês que efetivamente caracterizada a boa-fé do *tertius*, não lhe podem afetar".[28]

A solução vem merecendo o reconhecimento da jurisprudência:

> *"Civil. Contrato estimatório. Loja especializada em venda de veículos. Veículo usado deixado em consignação. Compra e venda. Terceiro adquirente de boa-fé. Situação jurídica que merece proteção.*
>
> *Tendo voluntariamente o apelante firmado contrato estimatório com loja especializada em venda de carros usados, tendo ali deixado espontaneamente o seu veículo, indene de dúvidas quando à autorização concedida para que o bem fosse alienado, como de fato o foi.*
>
> *Em havendo a concretização da alienação a terceiro, que adquiriu de boa-fé o veículo e pagou integralmente o preço divulgado pela agência consignatária, resta inalcançável o retorno das partes ao status quo ante. Contudo, remanesce ao consignante o direito de recompor as perdas e danos em relação à empresa consignatária que não lhe repassou o produto da venda" (TJ/DFT, Ac. 1a T. Cível, Ap. Civ. 2005.0110553883, Rel. Des. Natanael Caetano, j. 17.4.06, DJU 18.5.06, p. 85).*

A referida solução (com a proteção do terceiro de boa-fé) encontra amparo, inclusive, no princípio geral da *função social do contrato* (CC, art. 421), na medida em que a relação contratual entre duas partes (outorgante e outorgado) não pode prejudicar um terceiro. É a proteção jurídica do *terceiro ofendido* (terceiro lesado).

7. CAUSAS EXTINTIVAS DO CONTRATO E OS EFEITOS DA EVENTUAL FALÊNCIA DO CONSIGNATÁRIO

O modo normal, aguardado pelas partes, para o término do contrato estimatório é o pagamento do preço estimado ou a restituição da coisa pelo consignatário, adimplindo a obrigação que surgiu para si, em decorrência da relação contratual. Relembre-se que o outorgado tem o dever jurídico de pagar o preço mesmo se a coisa tiver perecido sem culpa sua.

Como apontado alhures, é irrelevante para o negócio jurídico acertado o adimplemento, ou não, da venda realizada pelo consignatário ao terceiro adquirente, uma vez que se trata de *res inter allios*.

Não havendo cumprimento espontâneo, contudo surge para o consignante o direito de cobrar, em juízo, o pagamento do preço de estima ou a restituição da coisa consignada.

28. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 616.

Se, ao revés, há recusa do outorgante para o recebimento do valor ajustado, será caso de consignação em pagamento.

Aponte-se, ademais, que a morte de uma das partes, ou de ambas, não determina a extinção da relação jurídica, estando os sucessores vinculados ao cumprimento da avença salvo disposição contrária, constante do próprio instrumento contratual.

Por outro lado, admite-se a resilição bilateral (distrato) quando as partes não mais possuem interesse na continuidade da relação jurídica.

Também vem se tolerando,[29] em face da peculiar natureza do negócio, a resilição unilateral – chamada de *denúncia*. Por isso, pode o consignatário restituir a coisa, antes do prazo estipulado contratualmente, comunicando que não mais tem interesse em vendê-la. Igualmente, o outorgante pode denunciar a avença, antes do termo previsto para o seu término, requerendo a imediata restituição da coisa ou o pagamento do preço, caso já tenha sido alienada ou caso tenha perecido.

In fine, não é demais registrar que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, corretamente, que a falência do consignatário – quando se tratar de pessoa jurídica – gera o direito do consignante à retomada da coisa, *se ainda não foi vendida*. Isso porque o consignante, a toda evidência, manteve consigo a titularidade da coisa. Assim, pode pleitear a devolução do bem, através de um *pedido de restituição* (Lei nº 11.101/05 – Lei de Falências, art. 85) ou, se o bem já estiver sendo constrito judicialmente, por meio de *embargos de terceiros* (CPC, art. 674 e Lei nº 11.101/05 – Lei de Falências, art. 93). Se a venda do bem a um terceiro foi efetivada antes da decisão judicial de falência, o consignante terá direito ao recebimento da quantia pecuniária correspondente, sem ter de participar do concurso de credores. Isto porque entende a Corte Superior que o valor não pertencia ao falido, motivo pelo qual não pode ser levado à contabilidade da empresa, devendo ser devolvido ao outorgante – que é o seu legítimo proprietário. Louva-se o Tribunal Superior no fato de que o dinheiro apurado com a venda a terceiro não pertencia ao outorgado (e, via de consequência, não poderia entrar no seu patrimônio para fins de divisão com os demais interessados na falência), já que ele não tinha "disponibilidade nem propriedade do dinheiro da venda", que, por força de contrato, pertencia ao outorgante. Assim, afirma que o consignante tem *status* jurídico de um "credor reivindicante e não de simples credor quirografário".

Veja-se a orientação jurisprudencial:

> *"– Se o consignatário vendeu as mercadorias entregues antes da decretação da sua falência e recebeu o dinheiro da venda, inclusive contabilizando-o indevidamente, deve devolver o valor devidamente corrigido ao consignante. Incidência da Súmula 417 do STF.*
>
> *– A arrecadação da coisa não é fator de obstaculização do pedido de restituição em dinheiro quando a alienação da mercadoria é feita pelo comerciante anteriormente à decretação da sua quebra" (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp. 710.658/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6.9.05, DJU 26.9.05, p. 373, in RSTJ 200:336).*

29. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 615.

A orientação da jurisprudência superior é digna de encômios. Com efeito, em se tratando de obrigação alternativa, a falência do consignatário não retira do consignante o direito de obter a restituição da coisa que, sem dúvidas, lhe pertence.

De qualquer sorte, registre-se a existência de uma contundente crítica doutrinária,[30] por entenderem alguns autores que, se o bem ainda não foi vendido, de fato, pertence ao consignante, cabendo o pedido de restituição da coisa. Porém, se a venda do bem consignado a um terceiro já se operou, o consignante passaria a ter direito de reclamar o pagamento e, decretada a falência do consignatário, deveria habilitar o seu crédito (quirografário – isto é, comum), junto com os demais credores, no concurso aberto pela falência. Do contrário, reclama essa parcela dos doutos, estaria se transformando o outorgante em um tipo de credor especial, apesar da falta de expressa previsão legal, subvertendo a ordem de privilégios creditícios na falência.[31]

30. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino afirma que "se a coisa consignada já fora vendida pelo consignatário no momento da quebra, o consignante terá direito a receber o seu crédito relativo ao preço de estima *como credor quirografário* (art. 115 da Lei nº 11.105/05)". *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 47.

31. Também apresentando censura ao entendimento jurisprudencial, Otávio Luiz Rodrigues Júnior argumenta que "o valor recebido pela coisa transferida a outrem integra o patrimônio comum do consignatário e dele há de ser extraído com suporte em um mero escrito (*graphos*). O consignante não ocupa posição de preeminência em face dos demais cocredores do outorgado. Inexiste garantia real sobre pecúnia. Se fosse diferente, em um negócio entre outorgante e outorgado, sem falência, o inadimplemento do preço de estima daria ao *tradens* uma pretensão executória privilegiada sobre o dinheiro correspondente". *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 610.

CAPÍTULO IV

Contrato de Doação

Sumário • 1. Generalidades sobre a doação – 2. Noções conceituais e características fundamentais – 3. Classificação do contrato de doação – 4. A promessa de doação – 5. Elementos componentes do contrato de doação: 5.1 Prolegômenos; 5.2 O sujeito; 5.3 O objeto; 5.4 Mútuo consentimento; 5.5 Forma – 6. Vedações legais à doação: 6.1 Noções gerais; 6.2 Proibição de doação universal; 6.3 Proibição de doação inoficiosa; 6.4 Proibição de doação ao cônjuge adúltero (vedação de doação à concubina); 6.5 Proibição de doação pelo devedor insolvente – 7. Situações especiais de doação: 7.1 Generalidades; 7.2 Doação pura e simples e doação com condição (condicional), a termo ou com encargo (modal); 7.3 Doação remuneratória; 7.4 Doação mista; 7.5 Doação contemplativa ou meritória; 7.6 Doação conjuntiva ou em comum a mais de uma pessoa; 7.7 Doação de ascendente para descendente; 7.8 Doação para entidade futura; 7.9 Doação em contemplação de casamento futuro com pessoa certa e determinada (doação propter nupcias) – 8. Doação de bens públicos – 9. Revogação da doação: 9.1 A extinção da doação; 9.2 A revogação da doação; 9.3 Irrenunciabilidade antecipada do direito de revogar a doação; 9.4 Revogação da doação por descumprimento do encargo; 9.5 Revogação da doação por ingratidão do donatário.

"Eu vou doar o meu coração,
porque no leilão não tive nenhum lance;
Dentro de mim, ele sofre de paixão,
Só vai melhorar se ela me der outra chance."

(Cesar Menotti e Fabiano, Eu vou doar meu coração, de João Bosco e Vinícius)

"Sinto absoluto o dom de existir,
não há solidão, nem pena;
Nessa doação, milagres do amor;
Sinto uma extensão divina."

(Vanessa da Matta, *Amado*, de Marcelo Jeneci e Vanessa da Matta)

1. GENERALIDADES SOBRE A DOAÇÃO

Remontando priscas eras,[1] a doação traz consigo a ideia de prática de uma liberalidade. Trata-se da transferência gratuita de patrimônio e vantagens para outra pessoa.

Lembre-se que o direito de propriedade traz em seu conteúdo (CC, art. 1.228) diferentes faculdades reconhecidas ao titular: usar, gozar (fruir), livremente dispor e reivindicar de quem injustamente detenha a coisa. Ou seja, as referidas faculdades compõem a estrutura do direito de propriedade, conferindo poderes ao titular.

Um dos poderes da propriedade, portanto, é a *livre disposição da coisa*, consubstanciando a mais ampla forma de concessão de destinação econômica à coisa. Realmente, ao usar e ao fruir o proprietário não se priva da substância da coisa, pois aqueles poderes podem ser destacados em favor de terceiros, sem que seja atingida a condição jurídica do proprietário. O ato de disposição da coisa pode ser material ou jurídico, permitindo a mudança da própria substância do bem. O ato de *disposição material da coisa* é percebido pela prática de condutas físicas, importando a perda da propriedade, como, por exemplo, através da destruição do bem ou do seu abandono. Em ambas as hipóteses, o proprietário pratica atos físicos que importam em perda da propriedade (CC, art. 1.275, III e IV). A outro giro, o ato de *disposição jurídica da coisa* diz respeito à prática de atos de alienação, implicando mutação subjetiva do direito real (mudança do titular). A alienação pode ser onerosa (venda) ou gratuita (doação). Nos dois casos, o adquirente sucederá ao alienante em todas as faculdades do domínio.[2]

Ora, a doação é ato de *disposição gratuita da coisa*, decorrente do exercício do direito de propriedade. Destarte, é uma *liberalidade*, praticada pelo titular ainda em vida.

Aliás, é ato bastante comum em algumas relações jurídicas, como no Direito das Famílias, praticada comumente entre pais e filhos, por exemplo.

Historicamente, alguns autores explicitavam verdadeira repulsa e hostilidade pela doação, entendendo que caracterizava um *desfalque patrimonial sem contraprestação*. Chegou mesmo Cujácio a dizer que *doar é perder (donare est perdere*, em língua latina).[3]

Entrementes, a estrutura da doação traz consigo, ao revés, uma *enorme grandeza de caráter, uma explícita generosidade*. Enquanto a venda está baseada na reciprocidade das vantagens econômicas, a doação funda-se em uma manifestação de ajuda ao próximo. Daí, inclusive, a sua origem etimológica: *donatio*, significando

1. Washington de Barros Monteiro afirma que a origem histórica do contrato de doação "se perde na noite dos tempos", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 145. Por outro turno, Paulo Nader assegura que a doação é a mais antiga "prática de transmissão de propriedade", "anterior mesmo ao escambo", refletindo o espírito de solidariedade existente nos seres humanos, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 223.
2. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: Reais*, op. cit., p. 189.
3. Apud GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato*, op. cit., p. 227.

dar de presente. Cuida-se, então, de ato decorrente da *solidariedade humana*, de um sentimento de ajuda ao próximo, sem contrapartida. Não custa lembrar, a respeito, a *Oração de São Francisco*, que já pontuava: *é dando que se recebe...* Daí nos parecer que, bem diferentemente, através da doação *é possível ganhar – e muito mais do que se doou*.[4]

Com as palavras de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a doação representa "um gesto de generosidade ou filantropia que resulta da vontade desinteressada do doador de praticar uma liberalidade".[5]

Vislumbramos, inclusive, uma relevante *função social, ética e econômica* na doação, por permitir circulação de riqueza e acréscimo patrimonial.[6]

Todavia, submetendo a doação a uma leitura civil-constitucional (como não poderia deixar de ser), é de se realçar a importância da proteção da pessoa humana e de sua dignidade. Com isso, é preciso compreender as normas jurídicas que regulamentam a matéria *restritivamente*, obstando uma provocação dolosa de doação, bem como um atentado ao doador e à sua família, violando o seu mínimo existencial.

Nota-se, assim, uma dupla via de preocupações jurídicas na doação: *de um lado, a permissão da prática da liberalidade como legítima e espontânea manifestação de vontade; de outra banda, o estabelecimento de uma proteção fundamental à pessoa do doador, evitando prejuízos a quem pratica um ato de generosidade.*

2. NOÇÕES CONCEITUAIS E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

Conquanto não deva o legislador se dedicar à apresentação de conceitos (tarefa que melhor recai sobre a doutrina), ao regulamentar a doação, a Codificação Reale, evitando especulações acerca de sua natureza jurídica, afirmou, *verbo ad verbum*, em seu comando 538:

Art. 538, Código Civil: "Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra."

A clareza solar do dispositivo legal mostra que a doação é uma relação jurídica pela qual uma pessoa física ou jurídica (o *doador* ou *benfeitor*) assume a obrigação de transferir um bem jurídico ou uma vantagem para o patrimônio de outra pessoa (*o donatário* ou *beneficiário*), decorrente de sua própria vontade e sem qualquer contraprestação.

---

4. Anuindo a essa reflexão, Fábio Ulhoa Coelho lembra que o doador se alimenta da autoestima, obtendo o "reconhecimento dos amigos ou da sociedade, a construção da imagem de benfeitor ou o apaziguamento de culpas (no sentido psicológico do termo) individuais ou sociais", apontando "ganhos não econômicos buscados por quem faz a liberalidade", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 217.
5. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 60.
6. Em sentido bastante próximo, Agostinho Alvim vislumbra que "também a economia pública lucra com as doações", Da doação, op. cit., p. 7.

No ponto, nota-se uma grande influência dos Códigos Civis suíço (art. 239),[7] alemão (art. 516),[8] italiano (art. 769)[9] e lusitano (art. 940),[10] que tratam da matéria com o mesmo espírito.

A partir da intelecção do texto legal, cuida-se, em síntese apertada, porém completa, de liberalidade praticada pelo doador, em vida, em benefício desinteressado de outrem.

Merece cuidado o referido dispositivo por terminar insinuando que, através do contrato de doação, haverá a *transferência de bens ou vantagens* para o beneficiário. Todavia, o dispositivo reclama uma interpretação sistêmica, observando-se que, no direito brasileiro, a transferência de patrimônio somente ocorre através da *tradição* (para os bens móveis) ou do *registro em cartório* (para os imóveis) – atos subsequentes à celebração da doação. Logo, a doação – como qualquer outro negócio jurídico (como a compra e venda ou a troca, por exemplo – não implica efetiva transferência de patrimônio, mas, sim, assunção da obrigação de transferir a titularidade sobre a coisa. São obrigacionais, pois, os seus efeitos jurídicos.

Com base nessas considerações, afirma-se que a *doação é o contrato em que uma das partes (doador) se obriga a transferir, independentemente de remuneração ou contraprestação, o domínio de um bem para a outra parte.*[11] Com a mesma preocupação, veja-se a lição do notável Orlando Gomes: "doação é, pois, contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir gratuitamente um bem de sua propriedade para o patrimônio da outra, que enriquece à medida que aquela empobrece".[12]

Essa conceituação, inclusive, confere realce à natureza *contratual* da doação, superando históricas discussões doutrinárias. É bem verdade que durante vasto período negou-se a natureza negocial da doação. Talvez porque o Código Civil francês (e na sua esteira, outras tantas legislações que a ele foram se alinhando, como os Códigos do Chile, da Colômbia e da Espanha), em seus arts. 892 e 894, notadamente, não a listou como figura contratual típica, considerando se tratar de uma modalidade autônoma e particular de aquisição de propriedade, ao lado do testamento.

7. No Código Civil da Suíça, a doação, igualmente, desfila na quadra das figuras contratuais, afirmando-se, em seu art. 239, que se trata de "toda a atribuição pela qual uma pessoa, à custa de seu patrimônio, enriquece uma outra sem uma correspondente contraprestação".
8. A legislação germânica é expressa: "uma atribuição pela qual alguém enriquece a outra à custa do seu patrimônio, é doação se ambas as partes estão de acordo que a atribuição se realize gratuitamente".
9. O art. 769 do Código Civil da Itália, apesar de não ter encartado a doação dentre as demais espécies de contratos, expressamente reconhece a sua natureza contratual: "a doação (*la donazione*) é o contrato com o qual, por espírito de liberalidade, uma parte enriquece a outra, dispondo em favor desta um direito seu ou assumindo em relação a ela uma obrigação".
10. Art. 940, Código Civil português: "1. Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu patrimônio, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contratante. 2. Não há doação na renúncia a direitos e no repúdio de herança ou legado, nem tampouco nos donativos conformes aos usos sociais."
11. Com o mesmo senso, vide COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 224.
12. GOMES, Orlando, *Contratos*, op. cit., p. 253.

Hodiernamente, porém, a maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive o nosso, vem optando pela afirmação textual da sua natureza contratual, com o intuito de explicitar que se trata de um negócio jurídico, embora contendo peculiaridades específicas. O acerto da posição contratual abraçada pelo Código Civil de 2002 é evidenciado pelo comentário de Washington de Barros Monteiro: "caracteriza-se realmente a doação pela sua natureza contratual, porque reclama intervenção de duas partes: o doador e o donatário, cujas vontades hão de convergir, entrosando-se e completando-se, para que se aperfeiçoe o negócio jurídico".[13] Cuida-se de contrato, sim, estando bem desenhado o ajuste de vontades. De fato, a doação é contrato por trazer consigo como pressuposto natural (*conditio sine qua non*) o ânimo de generosidade do doador (*animus donandi*) e a vontade do donatário de receber o beneplácito. Destaque deve ser dado ao fato de que, embora não seja exigida, em determinadas hipóteses, a aceitação do donatário, a doação é contrato por estar ancorada na intervenção volitiva de duas diferentes partes.

A outro giro, fixadas essas premissas conceituais, exsurgem, com clarividência, os demais elementos caracterizadores da doação, ao lado de sua *natureza negocial*:

i) o *animus donandi* (intenção do doador de praticar liberalidade);

ii) a transferência de bens ou vantagens em favor do donatário;

iii) a aceitação de quem recebe (que não precisa, necessariamente, ser expressa).

A doação, destarte, consubstancia uma conjugação de elemento subjetivo e objetivo. Trata-se de uma simbiose entre a *vontade do doador de realizar a liberalidade* (além da vontade do donatário de receber o benefício) e a *efetiva transferência do patrimônio transmitido*.

Washington de Barros Monteiro é enfático: "sem o concurso do elementos objetivo e do elemento subjetivo inexiste doação; se alguém abandona, por exemplo, sua propriedade, que é ocupada por outrem, não realiza doação, porque lhe falta o ânimo liberal, o elemento subjetivo. Se, ao revés, presente está o *animus donandi*, que não se traduz, todavia, de modo positivo e concreto, há mero impulso interno, que não chega a interessar ao direito, por lhe faltar o elemento objetivo".[14]

O elemento subjetivo da doação (*animus donandi* ou liberalidade) significa a ação desinteressada de ceder a outrem um determinado bem, sem contraprestação. O doador deve estar premido pela vontade de enriquecer o donatário, através de sua própria conduta, sem a obtenção de uma contraprestação. É o que se chamou no Código Civil italiano e no português de *espírito de liberalidade* (arts. 769 e 940, respectivamente). Com efeito, não basta a *gratuidade* do ato, sendo necessária a

13. MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 146. No mesmo diapasão, PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 213; RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, op. cit., p. 198; GOMES, Orlando, *Contratos*, op. cit., p. 211; DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 209.

14. MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 147.

presença da *liberalidade*, ou seja, da vontade efetiva de doar. Faltando esse propósito, de doação não se tratará.

Frise-se, além de tudo isso, que nem toda liberalidade resultante de um ato jurídico se monopoliza no contrato de doação. Aqui não se ajusta a figura da *doação indireta*. A remissão (negócio bilateral) e a renúncia (negócio unilateral) provocam atribuições patrimoniais gratuitas em benefício de devedores ou outras pessoas. Contudo, apenas na doação localiza-se o deslocamento de um bem de um patrimônio a outro, gerando o justificado empobrecimento do doador e correlativo enriquecimento do donatário. Nas duas figuras citadas não se percebe aquela transferência que acarreta o empobrecimento. Aliás, daí é possível perceber a distância entre a renúncia e a cessão gratuita de herança. Na primeira, o renunciante abdica de um patrimônio que não lhe pertence em prol do acervo hereditário (apenas um fato gerador tributário); na cessão, o cedente aceita a herança e, em seguida, transfere-a gratuitamente a um ou mais herdeiros ou a terceiros, gerando o seu empobrecimento pelo fato da disponibilização de bens que já lhe pertenciam.

Nessa linha de intelecção, infere-se que o *animus donandi* requer a intenção de transferir a propriedade sem qualquer contraprestação ou atribuição patrimonial e, por isso, também se afastam da doação os atos de cortesia, como o gesto de presentear amigos por ocasiões especiais. Estes costumes sociais se excluem do âmbito maior de uma doação. De qualquer maneira, é fundamental frisar que não há de se investigar os motivos da doação.[15] Ou seja, se a liberalidade decorreu de uma atitude despojada do doador ou de uma vaidade apenas com efeitos promocionais. Até mesmo porque a reserva mental não tem significado jurídico em nosso ordenamento, exceto quando conhecida pela outra parte (CC, art. 110).

Lado outro, revela a doação, ainda, um elemento objetivo, caracterizado pela efetiva *transferência de bens ou vantagens patrimoniais* do doador para o donatário. Como ressalta Carlos Roberto Gonçalves, impõe-se uma "relação de causalidade entre o empobrecimento, por liberalidade, e o enriquecimento (*pauperior et locupletior*)".[16] Realmente, o que se impõe na doação, sob o prisma objetivo, é a efetiva transferência patrimonial, que ocorrerá através da tradição, para os bens móveis, ou do registro em cartório, por escritura pública, para os imóveis. É válido registrar que essa transmissão de patrimônio é fato gerador da incidência de tributo, como reconhecido, de há muito, pela Suprema Corte, na Súmula 328: "é legítima a incidência do imposto de transmissão *inter vivos sobre a doação do imóvel*". Porém, de acordo com a repartição constitucional de competências tributárias, especificamente no art. 155, I, do Texto Constitucional, o imposto de transmissão *causa mortis* e doação (conhecido como ITCMD) foi reservado para a competência dos Estados federados, distinguindo-se do

15. Com esse pensamento, Luiz Roldão de Freitas Gomes reflete que o *animus donandi* será "válido, ainda que haja sido feita (a doação) por interesse, confessável ou não (doação de subsídios a político; de monumentos a lugares públicos por comerciantes e empresários)", *Contrato*, op. cit., p. 228.

16. GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 257.

imposto de transmissão *inter vivos*. Trata-se de tributo devido por toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que receber bens ou direitos gratuitamente, como a herança e a doação. A finalidade é a arrecadação de recursos financeiros para os Estados e o Distrito Federal.

Além disso, não se pode esquecer que a *aceitação* é elemento essencial para o aperfeiçoamento da doação. É o consentimento de quem se beneficia. Até porque a pessoa que se beneficia de uma doação (por menor que seja o valor econômico do bem doado) assume deveres éticos, morais e jurídicos para com o seu benfeitor. Trata-se de compromisso de evidente relevância ética. Tanto que a própria Codificação de 2002, no seu art. 557, autoriza a revogação da doação por ingratidão do donatário. Por conseguinte, impõe-se reconhecer ao beneficiário da doação o direito de recusar a assunção de tais obrigações. E, nessa ordem de ideias, detecta-se induvidosa a necessidade de consentimento do donatário para a perfectibilização do contrato. A doação, enfim, não se aperfeiçoa sem a aceitação do beneficiário.[17]

Sobreleva pontuar, entretanto, uma posição doutrinária dissonante, embora minoritária. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, em interpretação positivista do art. 538 da Lei Civil, a aceitação do donatário já não mais pode ser erigida ao *status* de elemento essencial da doação, caracterizando-se, tão somente, como um "elemento complementar para a tutela dos interesses do donatário porque ninguém é obrigado a receber ou aceitar doação de coisas ou vantagens, inclusive por razões subjetivas".[18] Mais acertada é a posição majoritária dos doutos, sublinhando que "dentro do conceito contratualista, a doação *requer o acordo ou manifestação de convergente de vontades do doador e do donatário*", consoante a cátedra elegante de Caio Mário da Silva Pereira.[19] Para além desse argumento, deve se observar que, se a doação estivesse validada com a simples manifestação de vontade do doador, independentemente da aquiescência do donatário, não seria possível anular a aceitação, quando decorresse de vício de vontade, como o erro, o dolo e a coação, por exemplo – o que se mostra completamente estapafúrdio. Afinal, se o donatário somente anuiu à doação por coação, ilustrativamente, poderá anular o negócio, a toda evidência. Nota-se, pois, a imprescindibilidade do consentimento para o ajuste negocial na doação.

É bem verdade que, em determinadas situações concretas, previstas na própria legislação, a aceitação do beneficiário pode ser dispensada ou presumida – o que,

17. Em adesão ao raciocínio exposto, Fábio Ulhoa Coelho expõe que "não somos obrigados a receber nada de graça, de quem quer que seja, para não nos constrangermos a ser gratos contra nossa vontade. Mesmo quando o dever moral de gratidão é irrecusável – como em certas relações de parentesco: filhos em relação aos pais, por exemplo –, a doação não ser perfaz sem a aceitação do donatário", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 222.

18. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 279. Apoiando a posição do professor alagoano, veja-se, também, Flávio Tartuce, *Direito Civil*, op. cit., p. 310.

19. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 211. No mesmo sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino é enfático: "a doação é contrato e, consequentemente, além da manifestação de vontade do doador, exige, também, em regra, o consentimento do donatário, que é o 'animus donum accipiendi'", *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 65.

em nada, descaracteriza o consentimento como elemento essencial para a formação do contrato. Trilhando essas pegadas e buscando uma posição ainda mais realística, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino expõe que "na maioria das doações, continua presente a aceitação do donatário" e que "a única hipótese em que efetivamente existe uma dispensa de consentimento do donatário é a do art. 543 do Código Civil de 2002, relativa à doação aos incapazes".[20]

3. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DOAÇÃO

Explicitadas as suas características básicas, é chegado o momento de promover a classificação do contrato de doação, modelando a figura de acordo com as regras gerais do sistema contratual.

Em visão genérica, a sua classificação pode ser apresentada assim:

i) é contrato típico e nominado;

ii) é contrato benéfico;

iii) é contrato unilateral;

iv) é contrato gratuito;

v) é contrato solene.

Vejamos, então, minuciosamente.

Prima facie, a doação é um *contrato típico e nominado*, regulamentado a partir do art. 538 da Lei Civil, com disciplina específica.

Também é contrato *benéfico* ou *benévolo*. E, bem por isso, a sua interpretação tem de ser, sempre, restritiva – inteligência do art. 114 do Código de 2002. Outrossim, em razão desse enquadramento e das peculiaridades desse tipo de negócio jurídico, o doador não é obrigado, por óbvio, a pagar juros moratórios e, tampouco, estará submetido à responsabilidade por evicção ou vícios redibitórios. Se assim não fosse, estar-se-ia impondo ao doador um agravamento de sua situação financeira, decorrente da prática de mera liberalidade. Excepcionalmente, nas *doações com encargo* e nas *doações remuneratórias*, o doador estará obrigado até o limite do ônus imposto ou do serviço prestado pelo beneficiário. Além disso, nas *doações contemplativas de casamento com certa e determinada pessoa (propter nuptias)*, o benfeitor ficará sujeito à evicção, salvo disposição em contrário (CC, art. 552). Trata-se de uma presunção legislativa de dolo do cônjuge que ofereceu um bem ao seu nubente, considerando que tal liberalidade teve intenção de atrair o interesse do outro para as núpcias. Em tempos nos quais se afirma o fundamento *afetivo da família*, é de se suscitar a falta de razoabilidade da norma legal, na medida em que confere um caráter patrimonial

20. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 69.

ao casamento. De qualquer modo, o sistema ainda permite a responsabilização do doador pela evicção quando a doação ocorreu para o casamento.

Cuida-se de *contrato unilateral* por impor obrigações apenas para uma das partes, notadamente o *doador*. É da essência da doação a unilateralidade. Aliás, mesmo na doação onerosa (doação com encargo e doação remuneratória), a característica da unilateralidade continua presente, uma vez que o ônus que se impõe ao donatário não tem o peso da contraprestação exigida, a ponto de desnaturar a avença. Isto porque, mesmo a doação onerosa carece de sinalagma, uma vez que não há reciprocidade de direitos e obrigações. Não há, pois, linha de equivalência entre a doação e o encargo imposto ao beneficiário. Se, por ventura, o peso da contraprestação imposta ao beneficiário for de tal modo significativo, já não se tratará mais de doação, uma vez que restará superado o caráter de liberalidade. Nesse caso, haverá uma outra figura contratual atípica.[21]

Outra característica da doação é a sua *gratuidade*, tendo em vista que o donatário terá o seu patrimônio acrescido sem qualquer contrapartida financeira. Em outras palavras: a doação gera vantagens econômicas, tão somente, para uma das partes (o beneficiário).

Por derradeiro, convém o registro de que se trata de um contrato *solene, formal*. Isto porque o art. 541 da Codificação esclarece, textualmente, que a doação deve ser realizada por escrito, especificamente "por escritura pública ou instrumento particular". Assim sendo, trata-se de negócio solene, exigida a forma escrita, sob pena de nulidade (CC, art. 166, V). E mais: não se aperfeiçoa, de regra, por manifestação verbal. Justifica-se a exigência em face da gratuidade do contrato, uma vez que a liberalidade é excepcional, devendo revestir-se de uma formalidade mínima para conferir um maior grau de certeza e segurança ao ato praticado.

Em se tratando de bens imóveis, a doação tem de se perfazer, ordinariamente, por escritura pública. Contudo, em se tratando de bem de raiz, vale lembrar a incidência do art. 108 do Código Civil, estabelecendo o teto de 30 salários-mínimos como limite para a validade de uma doação por instrumento particular. Via de consequência, somente quando o bem doado tiver valor superior a este limite é que a escritura pública será da substância do ato, sob pena de nulidade.

Já a forma particular será da essência da doação de bens móveis, exceto no tocante a bens de pequeno valor, que, excepcionalmente, podem ser doados *verbalmente*, pela própria exigência de dinamicidade no tráfego jurídico. É a chamada *doação manual* (ou *main chaude*): doação de bens móveis de pequeno valor, caracterizada pela efetiva entrega da coisa (tradição), tão comum na vida social cotidiana, conforme previsão do parágrafo único do art. 541 do *Codex*. É o exemplo da concessão de esmolas, dízimos nas Igrejas e mesmo a doação de pequenos objetos de uso pessoal. Afora a exceção, qualquer outro negócio jurídico que envolva a transmissão

21. MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 186.

da posse ou da propriedade de bens móveis de pequeno valor tem de ser realizado por escrito, sob pena de se presumir a doação, na ausência de retribuição imediata (*verbi gratia*, o penhor e a locação).

Ao exigir a tradição para a sua formação, a *doação manual* torna o *contrato real*, excepcionando a natureza formal dessa avença. Em se tratando de situação excepcional, não se olvide que a interpretação da doação manual tem de ser restritiva, por regra elementar de hermenêutica.

Questão interessante diz respeito ao conceito de *pequeno valor*. Em alguns sistemas jurídicos é estabelecido um valor máximo para a doação manual. Andou bem o legislador ao deixar de estabelecer limites valorativos para a doação manual.[22] Apesar disso, entre nós, alguns autores[23] sugerem que o conceito de pequeno valor seja aquele não superior a um salário-mínimo, por influência da legislação penal (CP, art. 155, § 2º), quando da previsibilidade do fruto privilegiado. A melhor solução, porém, parece ser outra, envolvendo um juízo de razoabilidade, mais dinâmico do que o estabelecimento de um critério rígido, estático. Como a expressão *pequeno valor* é um conceito jurídico indeterminado, deve se interpretar o seu significado à luz da diretriz da concretude, utilizando um critério finalístico, a partir da situação econômica do doador, do donatário e do próprio valor da coisa. Equivale a dizer: impõe-se uma combinação do elemento objetivo (valor do bem) com circunstâncias subjetivas (a condição socioeconômica das partes). Até porque o que significa *pequeno valor* para uma pessoa, seguramente, pode sofrer variações em relação a outra, por conta de seus diferentes patrimônios. Para uma pessoa de vultoso patrimônio, talvez a doação de uma joia possa se enquadrar como *pequeno valor*, mas, para a maioria da população brasileira, provavelmente não se pode dizer o mesmo. Também é preciso considerar os usos e os costumes de cada lugar, afinal tais circunstâncias também influenciam a doação manual.[24] Ou seja, as circunstâncias do caso e as condições econômicas das partes (em especial, as do doador) determinarão o critério de razoabilidade para aferir se é ou não possível dispensar a forma escrita. A orientação jurisprudencial da Corte Superior amolda-se a esse entendimento:

> *"Direito Civil e Processual Civil. Doação à namorada. Empréstimo. Matéria de prova. I – O pequeno valor a que se refere o art. 1.168 do Código Civil de 1916 (art. 541 do Código Civil de 2002) há de ser considerado em relação à fortuna do doador; se se trata de pessoa abastada, mesmo as coisas de valor elevado podem ser doadas mediante simples doação manual (Washington de Barros Monteiro)" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 155.240/RJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 7.11.00, DJU 5.2.01, p. 98).*

22. "Prudente foi o legislador ao deixar de fixar limites pecuniários para se aferir o valor da coisa, impondo, assim, que também se obedeça a um critério subjetivo, que diz respeito às condições econômicas e financeiras do doador", como ressalta Sylvio Capanema de Souza, *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 131.

23. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 97.

24. Anuindo a estes argumentos, vale colacionar a opinião de Francisco Glauber Pessoa Alves: "o preceito comporta um conceito vago, a saber: o quem vem a ser coisa de pequeno valor. Fluido o seu conteúdo porque há de ser tem em mente uma série de premissas antes de se concluir o que se pode entender por pequeno valor: *patrimônio do doador, patrimônio do donatário, patrimônio médio do natural da localidade onde se deu o contrato etc.*", *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 893.

De qualquer maneira, convém frisar que o aperfeiçoamento da doação manual exige a efetiva e imediata entrega do bem doado (tradição). Seria o caso da doação de uma folha de caderno por um aluno ao outro, durante a aula, ou mesmo a entrega de pequenas quantias de dinheiro.

Ainda no que tange à solenidade do contrato de doação, é pertinente a lembrança de que, além da forma escrita, o negócio precisará, por vezes, de *requisito específico* (leia-se *legitimação*) para a sua validade. Assim ocorrerá quando se tratar de doação de bem imóvel por pessoa casada (CC, art. 1.647), salvo se o regime de bens for a separação convencional. Nesse caso, não havendo o consentimento do consorte, a doação será anulável, no prazo de dois anos, contados do término do casamento (CC, art. 1.649). Também é a hipótese da doação de bem pertencente ao filho menor (CC, art. 1.691), ao tutelado (CC, art. 1.749, II) ou ao curatelado (CC, art. 1.781), que será nula, se não for precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público. Note-se, portanto, que nestes casos (e noutros tantos, previstos no ordenamento jurídico) impõe-se, além da forma escrita, o atendimento ao requisito específico contemplado em lei, sob pena de invalidade da doação.

4. A PROMESSA DE DOAÇÃO

Questão que sempre aflorou debates doutrinários e jurisprudenciais diz respeito à possibilidade, ou não, da promessa de doação, também conhecida como *pactum de donando*. Seria possível exigir de alguém, juridicamente, o cumprimento de uma promessa de que, no futuro, faria uma doação?

De um lado, importantes doutrinadores[25] negam validade e eficácia ao pré-contrato de doação. Sustentam a necessidade de presença do *animus donandi* no momento específico da celebração do negócio. Assim, permitem o arrependimento pelo promitente-doador, não autorizando a execução da promessa no caso de inadimplemento.

A outro giro, não menos autorizadas vozes,[26] em corrente majoritária, defendem o cabimento da promessa de doação. *Primus*, argumentam a inexistência de dispositivo legal proibindo o ato, o que termina por facultá-lo ao interessado, com esteio na autonomia privada.[27] *Secundus*, advogam que a liberalidade (ou seja, a vontade de doar) está presente no momento da presença, vinculando, posteriormente, o pro-

25. RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, op. cit., p. 200; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 161; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 114.

26. MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 224; NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 229; LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 284; GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 262; ALVES, Francisco Glauber Pessoa, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 878; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 78; MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 188; TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*, op. cit., p. 329; GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato*, op. cit., p. 230.

27. "Inexiste, porém, razão para excluir tal promessa, cuja possibilidade jurídica é expressamente admitida pelo direito alemão. Ela não contraria qualquer princípio de ordem pública e dispositivo algum a proíbe", MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 148.

mitente-doador.[28] Até mesmo porque o *animus donandi* não pode ser visto como um relance ou um relâmpago desregrado do doador.

A nosso juízo, o *puntum saliens* da questão não está situado no plano da validade, mas, em verdade, no plano da eficácia. Assim, não havendo qualquer proibição (expressa ou tácita) no sistema jurídico, entendemos válida a realização de uma pré-doação ou promessa de doação, até mesmo em homenagem à autonomia privada.

Ademais, a espontaneidade (*animus donandi*) está presente no momento da celebração do *pactum de contrahendo* (promessa), como em qualquer outra modalidade contratual, como no exemplo da promessa de compra e venda. Até porque o contrato definitivo é mera consequência lógica do ajuste anterior.

No que tange à sua eficácia, deve se partir da premissa de que o contrato preliminar caracteriza uma *obrigação de fazer*. Assim, considerada a possibilidade de inadimplemento da promessa, será caso de *execução específica* da obrigação de fazer assumida quando da promessa – celebração do contrato definitivo de doação, sob pena de adjudicação compulsória determinada pelo juiz ou, caso prefira o interessado, perdas e danos.

Na promessa de doação a liberalidade está patente no momento em que se declarou a vontade no contrato preliminar. Esta liberalidade não pode ser reputada imatura ou inconsistente.

Aliás, mostra-se bastante comum no cotidiano jurisprudencial o *pactum de donando* nas dissoluções de casamento e de união estável. Quando da ruptura afetiva, não é raro que os cônjuges ou companheiros, em especial quando a dissolução é amigável, estipulem uma promessa de doar bens comuns para os filhos. Fazem, então, constar do acordo de divórcio ou de dissolução de união estável uma cláusula de contrato preliminar de doação para a prole. Havendo, entretanto, recusa posterior à celebração da doação, surge o direito à execução da promessa, com supedâneo na combinação dos arts. 497 e 536 do Código de Processo Civil de 2015. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça terminou cimentada nessa esteira, como se pode notar:

> *"Doação. Promessa de doação. Dissolução de sociedade conjugal. Eficácia. Exigibilidade. Ação cominatória. O acordo celebrado quando do desquite amigável, homologado por sentença, que contém promessa de doação de bens do casal aos filhos, é exigível em ação cominatória" (STJ, Ac. 2ª Seção, EREsp. 125.859/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 26.2.02, DJU 24.3.03)*[29]

28. É de Carlos Roberto Gonçalves a razoável ponderação de que, na promessa de doação, não falta "a espontaneidade, pois se ninguém pode ser compelido a praticar uma liberalidade, pode, contudo, assumir voluntariamente a obrigação de praticá-la", *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 262.

29. Mais recentemente o entendimento foi reiterado: "a promessa de doação feita aos filhos por seus genitores como condição para a obtenção de acordo quanto à partilha de bens havida com a separação ou divórcio não é ato de mera liberalidade e, por isso, pode ser exigida, inclusive pelos filhos, beneficiários desse ato. Precedentes" (STJ, Ac. unân., 3ª T., REsp. 742.048/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.4.09, *DJe* 24.4.09).

Para além desses argumentos, entendemos que deve se levar em conta o princípio fundamental do direito contratual da *boa-fé objetiva*. Por isso, tendo o promitente despertado a confiança de terceiros, no sentido de que a promessa seria realizada, impõe-se o seu cumprimento, sobreleva o seu atendimento, sob pena de serem acobertadas *expectativas desleais*.

Ademais, o Código Civil prestigiou, particularmente, o contrato preliminar, obstando o arrependimento do promitente, reconhecendo o direito de exigir a concretização da vontade anunciada, como se nota da simples – e ainda que perfunctória – leitura do art. 463 da Codificação. Por isso, se o promitente doador se recusa a lavrar o instrumento escrito de doação, pode o promissário donatário requerer ao juiz o *suprimento de vontade* do inadimplente, conferindo caráter definitivo ao pré-contrato de doação (CC, art. 464).

Por outro turno, não se deixe de lembrar que o próprio Código Civil, em seu art. 546, permite a doação em contemplação de casamento futuro, cuja eficácia está submetida à celebração futura do matrimônio entre a pessoa donatária e a que foi indicada pelo benfeitor.

A tudo isso, Francisco Glauber Pessoa Alves acrescenta outro argumento esclarecedor em prol do cabimento da promessa de doação, chamando a atenção para o fato de que "se necessário fosse a entrega da coisa para se considerá-lo como existente, o contrato de doação não seria *meramente consensual*, mas *real*, por imposição dogmática e mesmo lógica".[30]

5. ELEMENTOS COMPONENTES DO CONTRATO DE DOAÇÃO

5.1 Prolegômenos

O contrato de doação traz em sua essência alguns elementos caracterizadores, cuja análise se impõe:

i) o sujeito;

ii) o objeto;

iii) o consentimento; e

iv) a forma.

Vejamos, agora, minudentemente, cada um deles.

5.2 O sujeito

Dois são os sujeitos da doação: de um lado, quem pratica a liberalidade (o *doador*) e do outro quem se beneficia (o *donatário*).

30. ALVES, Francisco Glauber Pessoa, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 879.

Naturalmente, é exigida a *plena capacidade jurídica* (ou seja, a plena aptidão para a prática de atos jurídicos) das partes envolvidas, como em qualquer outro contrato, sob pena de invalidade.

De qualquer sorte, é possível a declaração de vontade por meio de mandatário, desde que lhe sejam concedidos poderes específicos, inclusive especificando o objeto da doação e o sujeito beneficiário, garantindo o caráter de liberalidade. Bem por isso, calha a ponderação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, no sentido de que a "para a validade da escritura de doação realizada por procurador, não bastam poderes para a liberalidade, de modo genérico. É indispensável a menção do donatário, bem como o objeto respectivo".[31] A nossa jurisprudência superior, indo mais longe, em posição digna de elogios, exige, para a validade do instrumento procuratório, que nele conste, expressamente, o beneficiado pelo ato de disposição e a coisa que será objeto do negócio, sendo insuficiente a declaração de poderes gerais na procuração concedida.[32]

Além da plena capacidade do doador, é mister a titularidade do bem, afinal, em se tratando de uma liberalidade, somente pode ser praticada pelo proprietário.

O *incapaz, como regra geral, não pode realizar doação*. Todavia, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, oa depender da extensão da curatela, em conformidade com o projeto terapêutico individualizado estipulado na sentença pelo juiz, é possível a prática de atos jurídicos pelo relativamente incapaz, inclusive, se for o caso, a celebração de negócios jurídicos. Lado outro, em se tratando de absolutamente incapaz (o menor de dezesseis anos de idade, como exsurge do art. 3º do Código Civil, com a nova redação, emprestada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), a prática de doação será nula de pleno direito, salvo se houver prévia autorização judicial, após a intervenção do Promotor de Justiça (CPC, art. 178), em procedimento de jurisdição voluntária.[33]

Bem por isso, se o pródigo realizar uma doação, o ato poderá ser invalidado a requerimento dos interessados, por comprometer o patrimônio mínimo da pessoa humana e, via de consequência, a sua dignidade.

---

31. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, op. cit., p. 211.

32. "1. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei a exigir expressamente. A doação, no entanto, é negócio jurídico contratual essencialmente formal, porquanto a própria lei especifica que ocorrerá por escritura pública ou instrumento particular, notadamente quando perfectibilizado por intermédio de mandato, cuja outorga está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. 2. Para a validade de escritura de doação realizada por procurador não bastam poderes para a liberalidade, de modo genérico, é indispensável a menção do respectivo objeto e do donatário, o que não ocorreu na espécie. 3. Ademais, no caso, é incontroverso o fato de que não houve a indicação do donatário do imóvel, bem ainda que a primeira procuração é falsa, a sugerir, a partir da cronologia dos fatos, que o negócio jurídico fora entabulado com a figura do *falsus procurator*." (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.575.048/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 23.2.16, DJe 26.2.16).

33. Caio Mário da Silva Pereira anota que, em se tratando de um menor que "já foi autorizado a contrair matrimônio, pode, no contrato antenupcial, fazê-lo (doação) ao outro nubente, ficando a eficácia do pacto antenupcial condicionada à aprovação do seu representante legal", *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 210.

Curiosamente, porém, o incapaz pode receber a doação, uma vez que, nessa posição, será o beneficiário do ato. Há referência legal à possibilidade de doação em prol do absolutamente incapaz (CC, art. 543),[34] dispensada, nesse caso, a aceitação, quando se trate de doação pura e simples.

Outrossim, o Código Civil chega a aludir, expressamente, à doação realizada em favor do nascituro (CC, art. 542),[35] que valerá sendo aceita pelo seu representante legal – que podem ser os pais ou o curador nomeado judicialmente. Por evidente, a eficácia da doação feita ao nascituro fica condicionada ao seu nascimento com vida. Em se tratando de natimorto, o bem reverte para o patrimônio do benfeitor, em razão da caducidade do negócio. O dispositivo reforça a tese do reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro.

No ponto, exsurge um palpitante debate: seria possível uma doação em favor de embriões laboratoriais? Apesar do silêncio legislativo, Flávio Tartuce advoga o cabimento da doação ao embrião por analogia à admissibilidade de testamento em seu favor: "o raciocínio aplicado para o testamento serve para a doação, pela similaridade entre os institutos".[36] Admitida a possibilidade de doação ao embrião criogenizado, vale ressalvar que ele deverá ser concebido uterinamente no prazo máximo de dois anos, contados a partir da abertura da sucessão do doador, em analogia ao § 4º do art. 1.800 da Lei Civil.[37]

As pessoas jurídicas, por lógica, podem realizar e aceitar doações. Em se tratando de pessoa jurídica de direito público, contudo, exige-se o atendimento às exigências legais. Aliás, é muito comum, em todo o país, o Poder Público realizar doações de imóveis para fins de assentamento rural ou para a garantia do direito de habitação, através da entrega de casas populares, vindo a jurisprudência a acobertar a prática do ato.[38]

Lembre-se, outrossim, que, se a doação está sendo realizada por pessoa casada, exigir-se-á o consentimento do seu cônjuge, sob pena de anulabilidade do negócio, no prazo decadencial de dois anos, fluindo a partir do término da relação conjugal. Somente não será exigida a aquiescência do cônjuge se o casamento estiver submetido ao regime de separação convencional de bens (porque, nessa hipótese, a lei dispensa a vênia conjugal)[39] ou, se realizado sob o regime da participação final nos aquestos, o

34. Art. 543, Código Civil: "se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura".

35. Art. 542, Código Civil: "a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal".

36. TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*, op. cit., p. 317.

37. Em sentido inverso, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho reputam "inviável, inclusive por falta de previsão legal, a doação feita ao embrião", *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 133.

38. "A promessa de doação com a ulterior entrega pública das chaves de imóveis que já se encontravam ocupados por terceiros invasores, concretamente representa a transferência, pela municipalidade, de poderes inerentes ao domínio, situação de fato que bem evidencia a posse solene da recorrida e o esbulho possessório na hipótese considerada" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 261.256/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 23.10.07, *DJU* 5.11.07, p. 267).

39. É justificável. Em se tratando de casamentos celebrados pelo regime da separação convencional de bens (chamada comumente de separação total), não há qualquer ponto de interseção entre os consortes, não se

pacto antenupcial dispensar a outorga do marido ou da esposa.[40] Exige-se a anuência do consorte mesmo que o bem objeto da doação não integre a meação do casal. É o exemplo de uma pessoa casada, sob o regime de comunhão parcial, que pretende doar um imóvel que já possuía antes das núpcias. Conquanto o bem não integre a comunhão, será necessária a outorga do cônjuge. Isto porque, embora o bem não se comunique, os frutos dele entram na comunhão, justificando a exigência da outorga.

É bem verdade que o Código Civil (art. 1.648) permite o suprimento judicial do consentimento do cônjuge. Ou seja, se um dos consortes não quer ou não pode (por incapacidade, por exemplo) anuir à doação que o outro pretende realizar (e para a qual se exige a vênia conjugal), poderá o juiz, analisando a razoabilidade, ou não, da recusa, supri-la, integrando o ato e permitindo a sua prática, com validade e eficácia. Efetivamente, não há como precisar, em abstrato, o que poderia significar a inexistência de *justo motivo* para a recusa do consentimento. Até porque a concessão, ou não, da outorga submete-se a critério pessoal de cada consorte, a partir das razões de conveniência familiar. Assim, somente em cada caso concreto, consideradas as peculiaridades da situação que se lhe apresenta e o impacto sobre os interesses do grupo familiar, é que o juiz averiguará a relevância do motivo da recusa do consentimento e, diante das provas, suprirá, ou não, a vênia conjugal. Nesse sentido, inclusive, lembrando que a regra é a deliberação pessoal de cada cônjuge, é importante deixar claro que, em se tratando de recusa *justa*, não caberá o suprimento.[41] O magistrado pode, portanto, suprir a recusa (injustificada e abusiva) de consentimento de um cônjuge para a doação de imóvel que, embora somente pertença ao outro, reclama a sua vênia para a validade e a eficácia do ato. É preciso sublinhar, entrementes,

---

justificando a exigência de outorga, pois, neste regime, a administração e os frutos dos bens particulares também são particulares. A regra, todavia, não alcança o regime de separação legal, obrigatória (CC, art. 1.641). Até porque a ressalva feita pelo Código, dispensando a necessidade de consentimento, dirige-se, tão somente, ao regime de *separação absoluta de bens*, conforme texto expresso do art. 1.647, parte final. Assim, não há de se aplicar à separação legal, em que a diáspora de bens não é absoluta. Dessa forma, na separação compulsória, a vênia conjugal permanece relevante, na medida em que há um ponto de interseção entre os cônjuges, a partir da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, determinando a partilha dos bens adquiridos onerosamente durante a constância do casamento (os chamados aquestos). Ora, se os aquestos serão partilhados no regime da separação legal, fatalmente, há necessidade de consentimento do cônjuge para que o outro pratique atos que podem impactar este patrimônio comum. Sobre o tema, remeta-se, para maior aprofundamento, ao nosso volume dedicado ao *Direito das Famílias*, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil:* Famílias, op. cit., p. 289.

40. Parece que o legislador assim deliberou, no art. 1.656 da Codificação Reale, por considerar que a participação final nos aquestos é um regime misto, mesclando regras da separação convencional de bens (durante a constância do matrimônio) com regras da comunhão parcial (no instante da dissolução do casamento, seja em vida, seja por morte). Assim, considerou-se que na participação final nos aquestos não haveria um direito à comunhão, porém mera *expectativa de comunhão*. Ora, levando em conta a essência do regime de participação final nos aquestos (que somente permite a partilha dos bens adquiridos, a título oneroso, na constância da sociedade), é justificável a permissão de que o pacto antenupcial, expressamente, dispense a outorga do cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis particulares, uma vez que inexistirá interesse jurídico do consorte durante a convivência.

41. "O suprimento de outorga uxória, como medida de natureza excepcional que é, está condicionado sempre à anuência de justo motivo na recusa apresentada" (TJ/SC, Ac. unân., 1ª Câm. Cív., Ap. Civ. 32.573, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, *DJSC* 9.4.1990, *in Adcoas*, 1990, nº 127.915).

que *não se admite o suprimento judicial de consentimento quando o bem objeto da doação também pertence ao cônjuge que se recusa à concessão da vênia conjugal.* Nesse caso, o consorte está se recusando a doar um bem que *também é seu* e, por conseguinte, afastando a liberalidade do ato. Aqui, será possível ao cônjuge que se entenda prejudicado ajuizar uma ação de divisão de condomínio ou, sendo indivisível a coisa, alienação judicial do bem, mas não caberá o suprimento de consentimento, afinal ninguém pode ser compelido a realizar uma doação.

5.3 O objeto

A partir da própria intelecção do art. 538 da Lei Civil, é fácil perceber que o objeto do contrato de doação diz respeito a *bens ou vantagens econômicas*. Assim, todo e qualquer bem livre e desembaraçado pode ser doado pelo seu titular, em linha de princípio.

Para tanto, basta que tenha expressão patrimonial (*economicidade*) e que esteja disponível ao titular.

Nota-se, de saída, a impropriedade da expressão *doação de órgãos humanos para fins de transplantes*. Em se tratando de órgãos e tecidos humanos, não se pode falar em doação, exatamente por faltar economicidade ao objeto. Por isso, quando uma pessoa humana cede órgãos ou tecidos para fins de transplantes (regulamentados pela Lei nº 9.434/97), denomina-se, tecnicamente, *dação de órgãos e tecidos humanos*, não incidindo, naturalmente, as regras do contrato de doação (CC, arts. 538 a 564).

A doação pode incidir sobre bem móvel ou imóvel, singular ou universal (universalidade de fato ou de direito).

Se a doação recair sobre bens incorpóreos, como na hipótese de direitos autorais, ganha a denominação de *cessão gratuita*.

Admite-se *doação em subvenções periódicas* (CC, art. 545).[42] Cuida-se da possibilidade de realizar uma doação em prestações periódicas (mensais, bimensais, semestrais etc.). Nesse caso, a doação tem por objeto donativos ou auxílios pecuniários destinados à manutenção do beneficiário. É o exemplo do auxílio dado, periodicamente, a entidades assistenciais ou instituições de caridade. A doação em prestações periódicas extingue-se com a morte do doador, salvo disposição contrária. Poderá, portanto, o benfeitor estabelecer um prazo inferior ou mesmo um prazo posterior ao seu óbito. Neste último caso, a doação não pode ultrapassar a vida do donatário e, evidentemente, não pode ultrapassar as forças da herança e o limite natural do respeito à legítima. Essa possibilidade de vinculação dos herdeiros não caracteriza uma *doação post mortem*, que é proibida pelo sistema. O que se tem é um contrato no qual os herdeiros, por disposição expressa do doador, ficam obrigados a dar continuidade,

42. Art. 545, Código Civil: "a doação em forma de subvenção periódica ao beneficiado extingue-se morrendo o doador, salvo se outra coisa dispuser, mas não poderá ultrapassar a vida do donatário".

cumprindo a manifestação volitiva. Como a finalidade do ato, ordinariamente, é a manutenção do beneficiário, a doação por subvenção periódica tem natureza jurídica de *alimentos voluntários*. Apesar de sua natureza alimentícia, contudo, o sistema processual brasileiro não admite o uso do mecanismo coercitivo da prisão civil do devedor, previsto no art. 528 do Código de Processo Civil de 2015, como forma de execução para os alimentos espontâneos (doação por subvenção periódica).

Também é tolerada a *doação com cláusula de reversão* (CC, art. 547).[43] É a possibilidade de previsão de que o bem doado voltará ao patrimônio do benfeitor, caso o beneficiário venha a ser premoriente (morrer primeiramente). Trata-se de típica condição resolutiva expressa, evidenciando a vontade do doador de beneficiar o donatário, mas não os seus sucessores. Por se tratar de contrato benéfico e gratuito, traduzindo gesto de liberalidade, é possível ao benfeitor querer beneficiar somente o donatário, afastando os seus sucessores.[44] O pacto de reversão, contudo, somente terá eficácia se o doador sobreviver ao donatário. Falecendo primeiramente o benfeitor, o bem incorpora-se, automaticamente, ao patrimônio do donatário, gerando regular transmissão aos seus sucessores, quando de seu falecimento. A cláusula de reversão é personalíssima, não podendo beneficiar terceiros – inteligência do parágrafo único do comando 547 da Lei Civil. A existência do pacto reversivo implica a caracterização de *propriedade resolúvel*. Por isso, embora a cláusula de reversão não torne o bem *inalienável*,[45] podendo o donatário, livremente, alienã-lo (vendê-lo ou doá-lo), na hipótese, a transmissão será de propriedade resolúvel e a subsequente morte do beneficiário antes da do doador gera a extinção da titularidade. No ponto, vale invocar a explicação de Sylvio Capanema de Souza: "a reversão opera os seus efeitos como cláusula resolutiva, com o desfazimento dos atos realizados pelo donatário, e restituição do bem doado, ainda que tenha havido alienação, já que isso é consequência natural da propriedade resolúvel".[46] O terceiro não pode alegar boa-fé subjetiva (desconhecimento da cláusula de reversão) porque ela tem de ser expressa, estando devidamente registrada no instrumento de doação e no registro imobiliário.

Merece referência ainda a possibilidade de doação com *cláusula de fideicomisso*. O fideicomisso é a disposição negocial pela qual se transfere uma propriedade a diferentes pessoas, sucessivamente. Seria o exemplo de uma doação condicional. Imaginando-se uma doação condicional (evento futuro e incerto), enquanto não implementada a condição, não poderá o beneficiário reclamar o bem. Sabendo disso, o benfeitor pode nomear um substituto para o donatário, enquanto não cumprida a condição. Assim, a propriedade é transmitida para o substituto (fiduciário) até que

43. Art. 547, Código Civil: "o doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro".

44. A explicação de Sílvio Rodrigues é elucidativa, destacando se tratar "de disposição peculiar àqueles negócios em que o *intuitu personae* é relevante, pois ao doador repugna assistir à passagem do bem de que abriu mão aos sucessores do donatário", *Direito Civil*, op. cit., p. 203.

45. MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Código Civil Anotado*, op. cit., p. 198.

46. SOUZA, Sylvio Capanema de, *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 180.

o beneficiário (fideicomissário) atenda à condição e adquiria a titularidade. Evidentemente, o fiduciário terá propriedade resolúvel, que se extinguirá automaticamente pelo implemento da condição. Na hipótese de óbito do beneficiário sem cumprir a condição, consolida-se a propriedade plena com o fiduciário. O Código Civil alude ao fideicomisso como mecanismo de substituição testamentária (CC, art. 1.952), silenciando quanto à sua possibilidade na doação. Apesar disso, com esteio na *autonomia privada*, norteadora das relações obrigacionais, é de ser admitida a inserção de cláusula fideicomissária na doação, permitindo ao doador estipular a sucessividade da titularidade do bem transmitido. Não se vê qualquer ilicitude na determinação de que uma doação se resolva pelo advento de um termo ou pela ocorrência de uma condição.[47] E não se afirme, sequer, que a proibição de cláusula de reversão em favor de terceiros serviria como um óbice ao fideicomisso na doação, na medida em que a proibição do parágrafo único do art. 547 do *Codex* é específica, não podendo ser interpretada extensivamente.

É possível, noutra quadra, a *doação com imposição de cláusulas restritivas ou limitadoras (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade)*.[48] Em se tratando de liberalidade, é possível ao titular do patrimônio impor restrições sobre os bens transmitidos, aniquilando, até mesmo, o *poder de dispor* reconhecido ao beneficiário sobre o patrimônio transmitido. São as chamadas *cláusulas restritivas*, que consistem na *inalienabilidade*, na *impenhorabilidade* e na *incomunicabilidade*. Impende destacar que o poder do doador de gravação dos bens transmitidos (respeitada a legítima) é pleno. Assim, poderá inscrever quaisquer das cláusulas sobre os bens que compõem a parte disponível. Poderá, inclusive, estabelecer sanções para a hipótese de violação da cláusula restritiva gravada, através de *cláusula penal de resolução da liberalidade*. Entretanto, com relação à *doação de ascendente para descendente* (que caracteriza *antecipação de legítima*, como reza o art. 544 do *Codex*), somente é possível gravá-la com cláusulas restritivas *se houver justa causa declarada no testamento e confirmada judicialmente* (CC, art. 1.848). É que não se mostra razoável permitir ao doador gravar livre e imotivadamente a legítima,[49] indisponibilizando um patrimônio que, por força de lei, já pertence ao beneficiário livremente. Exemplo típico seria o temor de dilapidação do patrimônio comprometendo a própria subsistência do sucessor. *A contrario sensu*, a parte disponível pode ser gravada, independente de justificação

47. Também admitindo o fideicomisso por ato *inter vivos*, nos contratos de doação, veja-se GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 273.

48. O art. 1.911 do Código Civil estabelece que a cláusula de inalienabilidade gravada sobre bens que compõem a herança implica, automaticamente, as cláusulas de *"impenhorabilidade e incomunicabilidade"*. O entendimento cimentado na Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal era mais restrito, afirmando que *"a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens"*.

49. Cabe invocar a lição do bom baiano Pedro Lino de Carvalho Júnior, pugnando a reafirmação de "que a declaração do motivo há de reportar-se a fatos ou ações determinadas. Pensar diferentemente seria fazer letra morta do dispositivo do art. 1.848 do Código Civil e trazer à memória o incômodo alerta de Tomasi di Lampedusa no seu romance 'O Leopardo' (1957), quando este autor muito ironicamente, em outras palavras, conclui que às vezes é preciso que tudo mude para que tudo continue como está", "Das cláusulas restritivas da legítima", op. cit., p. 78.

do fato gerador (motivação) da clausulação. De grande relevo, ainda, assinalar a *relativização das cláusulas restritivas*, sendo possível o seu *levantamento ou a sua sub-rogação*, em situações excepcionais, como nos casos de perigo de perecimento da coisa, para garantir a sua utilidade, ou mesmo para assegurar a integridade física e psíquica do titular do patrimônio (no caso do titular que, sem outros bens a dispor, precisa de um tratamento de saúde, por exemplo). Enfim, trata-se da imperativa leitura das cláusulas restritivas sob a ótica civil-constitucional, visando ao respeito integral dos princípios constitucionais.[50] Efetivamente, não teria sentido garantir a alguém um patrimônio, privando essa pessoa, contudo, de obter a sua utilidade, mesmo quando necessário para a sua sobrevivência. Nas oportunas palavras de Pedro Lino de Carvalho Júnior, "se o herdeiro encontra-se acometido de doença grave, é inaceitável que se sobreponha à vida um valor patrimonial, numa completa e absurda inversão dos valores constitucionais que inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana no vértice do sistema jurídico pátrio. Logo, conquanto isto, na prática, implique a extinção gradativa dos vínculos, é de se autorizar a alienação dos bens e a liberação progressiva dos valores para custeio do tratamento e para a mantença do sucessor".[51] A orientação emanada de nossas Casas Judiciais é nesse sentido proclamando-se a "necessidade e conveniência de ser interpretada razoavelmente (as cláusulas restritivas), considerando os fins sociais da propriedade e a finalidade de preservação do patrimônio", como desfechou com precisão cirúrgica a Corte potiguar.[52] Com este espírito, o § 2º do art. 1.848 do Livro Civil é de clareza solar ao contemplar a possibilidade de levantamento ou sub-rogação da cláusula restritiva, através de autorização judicial proferida pelo juiz da vara de registros públicos, ouvido o Ministério Público, em procedimento especial de jurisdição voluntária. Ilustrativamente, é possível invocar *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, afirmando, coerentemente, que a cláusula impositiva de restrições

> *"Deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar a entidade familiar, sobretudo aos pósteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura. Todavia, não pode ser tão austeramente aplicada a ponto de se prestar a ser fator de lesividade de legítimos interesses, sobretudo quando o seu abrandamento decorre de real conveniência ou manifesta vantagem para quem ela visa proteger associado ao intuito de resguardar outros princípios que o sistema da legislação civil encerra, como se dá no caso em exame, pelas peculiaridades que lhe cercam" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp.10.020/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 9.9.96, DJU 14.10.96, p. 39.009).*

50. Nessa esteira, o Tribunal de Justiça gaúcho já teve oportunidade de asseverar que as regras proibitivas emanadas da clausulação da legítima devem "ser lidas na ótica de princípios constitucionais fundamentais, admitindo sua relativização em casos de exceção, quando o gravame representar palpável prejuízo para o proprietário, TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Ap. Cív. 7000.5810338 – comarca de Santa Maria, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 18.6.03.

51. CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de, "Das cláusulas restritivas da legítima", op. cit., p. 82.

52. TJ/RN, Ac. unân., 2ª Câm. Cív., Ag. Instr. 2001.001553-1 – comarca de Natal, rel. Des. Osvaldo Cruz, j. 20.9.02. No mesmo sentido, TJ/RS, Ac. 8ª Câm. Cív., Ap. Cív. 7000.3128204 – comarca de Rio Pardo, rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, j. 13.3.03.

Por derradeiro, cumpre discutir o cabimento, ou não, da doação de bens futuros e alheios (doação *a non domino*). Apesar de alguma resistência doutrinária,[53] tratando-se de verdadeira *promessa de doação*, não se vislumbra motivo suficiente para a negativa, ficando, naturalmente, a sua eficácia submetida à posterior aquisição da coisa. É, inclusive, a posição de Francisco Glauber Pessoa Alves, chegando a advertir que "está na hora de o Direito Civil, apressando o passo, evoluir no sentido de se admitir anseios contratuais cujas inspirações legais e dogmáticas são plenamente aceitáveis à luz do estágio atual de evolução da sociedade".[54]

Em sentido diametralmente oposto, não é possível que a doação tenha como objeto a *herança de pessoa viva*, em razão da vedação ao pacto sucessório (*pacta corvina*), contida no art. 426 do Código Civil.[55] Assim, a eventual doação da herança de uma pessoa ainda viva será nula de pleno direito.

Igualmente, não é possível a doação de bens gravados com cláusula restritiva de inalienabilidade, por estarem fora do comércio, sendo inidôneos para o trânsito jurídico.

5.4 Mútuo consentimento

É elemento da doação, também, a declaração de vontade das partes.

Como visto alhures, a manifestação volitiva pode ser apresentada por meio de procurador com poderes específicos.

Além da (imprescindível) declaração de vontade do doador, a doação exige o consentimento (aceitação) do beneficiário para o aperfeiçoamento da avença.

Essa aceitação, por sua vez, pode ser *expressa, tácita, presumida* ou *ficta*.

A *aceitação expressa* é aquela manifestada por declaração de vontade inequívoca do donatário, por escrito ou verbalmente. Um exemplo esclarecedor é a hipótese de o beneficiário declarar, na própria escritura pública, perante o tabelião, a sua aquiescência.

Tácita é a aceitação comportamental. Revela-se por meio de condutas praticada pelo beneficiário evidenciando o seu desejo de aceitar o beneplácito que lhe foi dedicado. É o caso do donatário que, sem manifestar expressamente a sua vontade, recolhe o imposto de transmissão ou concede o bem em garantia a um terceiro. Sílvio Rodrigues apresenta interessante exemplo, aludindo à doação de um automóvel, cujo donatário, "a despeito de silente, o recebe, licencia, emplaca-o e passa a usá-lo como dono".[56]

53. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 212.
54. ALVES, Francisco Glauber Pessoa, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 879.
55. Art. 426, Código Civil: "não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".
56. RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, op. cit., p. 199.

Será *presumida a aceitação* quando o doador fixou um prazo para que o beneficiário manifestasse a sua vontade e o lapso temporal transcorreu *in albis*, sem qualquer manifestação expressa ou tácita. Nesse caso, o silêncio é interpretado como aceitação, até porque não poderia ser admitido como renúncia. O próprio art. 539 da Codificação menciona a possibilidade, apenas advertindo a impossibilidade de se aplicar a presunção quando se tratar de doação onerosa – afinal, havendo contraprestação, a aceitação não pode ser presumida por lei.[57]

Há, ainda, a *aceitação ficta*. É a hipótese de doação feita em prol do absolutamente incapaz, uma vez que o art. 543 do *Codex* dispensa, expressamente, a aceitação quando se tratar de doação pura e simples, sem a imposição de encargo. Isto porque as regras legais tendem à proteção do incapaz e ele não pode, a toda evidência, manifestar a sua aquiescência, motivo pelo qual o sistema entende dispensável a manifestação do representante legal. Certamente, em se tratando de doação com encargo em prol de incapaz, a necessidade de aceitação, através do representante, será imperiosa, pois o encargo (ou modo) imporá obrigações para aquele. Aliás, mesmo em se tratando de doação pura, provando-se ao juiz que a liberalidade é desvantajosa ao incapaz, a doação poderá ser reputada como ineficaz.

No que tange à *doação em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa* (doação *propter nupcias*), haverá uma presunção de aceitação da doação pela simples celebração do matrimônio, dispensada uma manifestação expressa ou tácita. Assim, celebradas as núpcias, tem-se a aceitação por presunção legal. É que a celebração do casamento funciona como implemento da condição imposta.

Quando a doação é feita *em prol do nascituro*, a aceitação deve ser manifestada pelo seu representante legal – recaindo a anuência sobre os seus pais ou, na hipótese de morte, ausência ou destituição do poder familiar do pai e de incapacidade ou destituição do poder familiar da mãe, sobre o curador ao nascituro, nomeado judicialmente, como reza o art. 1.779 da Codificação.

Como a aceitação é *conditio sine qua non* para o aperfeiçoamento do contrato, enquanto não manifestada pelo donatário, a doação pode ser revogada imotivadamente pelo doador. É que o contrato, antes da aceitação do beneficiário, ainda não se aperfeiçoou, admitida a retratação.

Igualmente, a morte ou a declaração judicial de ausência do donatário, sem manifestar a sua aceitação, descaracteriza a avença. Nesse caso, o bem permanece sob a titularidade do doador, que é o seu legítimo proprietário.

57. Art. 539, Código Civil: "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".

5.5 Forma

A partir da leitura do comando do art. 541 do Código de 2002, dúvida inexiste acerca do caráter *formal* do contrato de doação, exigida a forma escrita, por escritura pública ou instrumento particular.

Como antes destacado, a doação será, obrigatoriamente, por escritura pública quando se tratar de bem imóvel, acima do valor mencionado pela legislação (CC, art. 108), de 30 vezes o salário-mínimo. Nos demais casos (bem móvel ou bem imóvel com valor inferior a 30 salários-mínimos), a doação pode ser realizada por instrumento particular.

Violada a forma escrita exigida pela Codificação Civil para o contrato de doação, ele será nulo (CC, arts. 107 e 166). Com isso, sequer será possível a sua convalidação, na medida em que a nulidade não admite sanação dos vícios existentes. De todo modo, com o propósito de conservar o negócio jurídico, aproveitando a vontade nele manifestada, seria possível cogitar a conversão substancial de uma doação nula (por conta do vício de forma existente) em comodato por tempo indeterminado. Isso porque estariam presentes os elementos assinalados pelo art. 170 do Código Civil, permitindo-se ao juiz aproveitar a vontade manifestada (de praticar o ato de disposição gratuitamente em favor de outrem) por meio de recategorização em outro negócio, cuja forma seja válida, permitindo o recebimento de maneira idônea daquela vontade.[58] Cuida-se de mecanismo relevante para a preservação da vontade manifestada pelo disponente.

Não se olvide da possibilidade constante do parágrafo único do art. 541 da Lei Civil: a chamada *doação manual,* quando se tratar de bem móvel de pequeno valor, com a imediata tradição (entrega efetiva) da coisa. Aqui, afasta-se o caráter formal do ajuste, caracterizando a avença como um *negócio jurídico real*, em face da necessidade de tradição. É o caso dos presentes de aniversário ou de casamento. Por evidente, a caracterização do *bem de pequeno valor* depende da extensão patrimonial do doador e da própria natureza do objeto, oscilando de uma pessoa para outra.

58. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, tem simpatia pelo entendimento: "(...) 3. O contrato de doação é, por essência, solene, exigindo a lei, sob pena de nulidade, que seja celebrado por escritura pública ou instrumento particular, salvo quando tiver por objeto bens móveis e de pequeno valor. 4. A despeito da inexistência de formalidade essencial, o que, a priori, ensejaria a invalidação da suposta doação, certo é que houve a efetiva tradição de bem móvel fungível (dinheiro), da recorrente a sua filha, o que produziu, à época, efeitos na esfera patrimonial de ambas e agora está a produzir efeitos hereditários. 5. Em situações como essa, o art. 170 do Código Civil de 2002 autoriza a conversão do negócio jurídico, a fim de que sejam aproveitados os seus elementos prestantes, considerando que as partes, ao celebrá-lo, têm em vista os efeitos jurídicos do ato, independentemente da qualificação que o Direito lhe dá (princípio da conservação dos atos jurídicos). 6. Na hipótese, sendo nulo o negócio jurídico de doação, o mais consentâneo é que se lhe converta em um contrato de mútuo gratuito, de fins não econômicos, porquanto é incontroverso o efetivo empréstimo do bem fungível, por prazo indeterminado, e, de algum modo, a intenção da beneficiária de restituí-lo. 7. Em sendo o negócio jurídico convertido em contrato de mútuo, tem a recorrente, com o falecimento da filha, legitimidade ativa e interesse de agir para cobrar a dívida do espólio, a fim de ter restituída a coisa emprestada." (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.225.861/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.4.14, DJe 26.5.14).

Com a revogação dos arts. 227 do Código Civil e 401 do Código Processual anterior, pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, mesmo que o valor do bem doado ultrapasse o décuplo do salário-mínimo vigente, é admissível o uso de prova testemunhal para demonstrar a existência do negócio jurídico.

6. VEDAÇÕES LEGAIS À DOAÇÃO

6.1 Noções gerais

Malgrado se trate de um ato de liberalidade, decorrente da vontade do titular de um patrimônio, o ordenamento jurídico estabelece proibições para a realização da doação, com o intuito de proteger o próprio disponente ou terceiros, como, por exemplo, o seu núcleo familiar.

A justificativa dessas vedações repousa no interesse pessoal do doador ou no interesse social (da coletividade ou de terceiros). Até porque, em se tratando de negócio gratuito, sem contraprestação, os sistemas jurídicos passaram a estabelecer limites para a eficácia da doação. Os cuidados se iniciam com a própria exigência de forma prescrita em lei e se concretizam com algumas restrições à prática da liberalidade.

Fábio Ulhoa Coelho enfatiza que "o sujeito de direito não é inteiramente livre para doar o que quiser dos seus bens, porque em algumas hipóteses a lei o proíbe ou estabelece condições para a validade ou eficácia do ato. As limitações na liberalidade de doar visam tanto a proteção do próprio doador quanto a de terceiros estranhos ao contrato".[59]

Com isso, louvando o altruísmo e a solidariedade do benfeitor, o sistema defere uma proteção fundamental para si e as outras pessoas, cuja tutela jurídica se impõe.

6.2 Proibição de doação universal

Conforme inspiração do art. 548 do Código Civil, é *nula a doação universal*, isto é, a disposição *de todos os bens, sem reserva de parte ou renda suficiente para a manutenção do próprio benfeitor.*

No ponto, convém chamar a atenção para o fato de que o fundamento da nulidade não diz respeito à proteção do núcleo familiar, mas sim do próprio titular, garantindo o seu direito ao *patrimônio mínimo*, como exteriorização de sua intangível dignidade.[60]

O exercício da autonomia privada e do direito de livre disposição da propriedade, por conseguinte, não é ilimitado, encontrando limites na preservação da dignidade do titular. Dessa forma, é lícito verberar que o reconhecimento da fundamentalidade

59. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 227.

60. Como bem explicita Sílvio Rodrigues, a regra tem o "propósito direto de proteger o doador, não permitindo que, por sua leviandade ou imprevidência, caia em penúria", *Direito Civil*, op. cit., p. 204.

da *dignidade da pessoa humana* produz como consectário lógico a reapreciação (em outras palavras, uma revisita) dos velhos institutos (e dogmas) civilísticos, dentre os quais, a autonomia da vontade, o patrimônio, o contrato e a propriedade. Impõe-se um novo comportamento aos juristas (normalmente refratários a mudanças), garantindo a utilidade social da ciência jurídica. Até porque, como bem adverte Daniel Sarmento, "a realização concreta do valor da pessoa humana não depende só do Direito. Depende muito mais da consolidação, nos corações e mentes, de uma ética altruísta, voltada para 'o outro'".[61]

Importante frisar que a dignidade humana não é criação da ordem constitucional, muito embora seja por ela tutelada. Note-se que a Constituição da República atribuiu-lhe "o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática", como percebe Maria Celina Bodin de Moraes,[62] passando o referido valor a permear todas as relações jurídicas entabuladas em nosso país. A *dignidade da pessoa humana*, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consectários naturais: *i)* o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; *ii) o reconhecimento da existência de pressupostos materiais (patrimoniais) mínimos para que se possa viver*; e *iii)* o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade.[63] Enfim, é o valor máximo da ordem jurídica brasileira. É o centro de gravidade ao derredor do qual se posicionaram todas as normas jurídicas. Uma espécie de *Aleph* imaginado pela pena sensível de Jorge Luís Borges: um lugar para onde tudo (o grande universo e suas muitas coisas) converge ao mesmo tempo e em um só ponto, fluindo e confluindo.[64]

Surge, pois, em razão dessa nova perspectiva jurídica proporcionada pela *Lex Mater*, um conceito contemporâneo de personalidade jurídica, desenhada a partir de um *"mínimo ético"* e de um *"mínimo existencial"*, que não podem ser violados nem pelo Poder Público, nem pelos demais membros da sociedade privada, nem pelo próprio titular. Muito mais do que isso, a personalidade jurídica, antenada no valor máximo da dignidade humana, diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de garantias e de direitos fundamentais reconhecidos à pessoa para que possa viver dignamente. E é fulcrada nessa perspectiva de garantir o *mínimo existencial* que se encontra a proibição de doação universal, por periclitar a dignidade do titular.

Nessa arquitetura, a nulidade da doação universal não decorre de uma análise *objetiva* da doação, mas sim de sua compreensão *subjetiva*, considerada a dignidade do doador.

O ato será nulo quando o volume de patrimônio doado (mesmo que não se trate da integralidade do patrimônio do benfeitor) comprometer a subsistência do doador,

61. SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 379.
62. MORAES, Maria Celina Bodin de, *Danos à pessoa humana*, op. cit., p. 83.
63. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil*: Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 83.
64. Fazendo múltiplas referências à obra de Borges e ao *Aleph*, como esse grande ponto imaginário de confluência, vide a obra *O cantor de tango*, do romancista portenho Tomás Eloy Martínez, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

periclitando a sua dignidade. Nessa mesma tocada, o ato será válido mesmo que a doação abranja integralmente o patrimônio do doador, quando há reserva de renda ou parte idônea para a sua subsistência. É o caso da pessoa que, apesar de ter doado todo o seu patrimônio, gravou-o com cláusula de usufruto vitalício em seu favor. Aliás, "frequentemente, os pais realizam partilhas em vida da totalidade de seus bens para evitar desavenças futuras entre os herdeiros por ocasião do inventário. Como podem fazer para assegurar a validade dessa doação? A melhor solução é a reserva de usufruto vitalício da totalidade ou de parte dos bens integrantes do seu patrimônio", como salienta Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.[65] Por evidente, nesse caso, o usufruto permanecerá até a morte do doador, com o fito de garantir a sua subsistência, não sendo possível a renúncia à garantia usufrutuária.[66] Também é a hipótese do doador que, apesar de se desfazer integralmente de seus bens, tem renda mensal suficiente para a sua manutenção. Bem por isso, a nulidade textual do dispositivo (CC, art. 166, VII) será aferida na diretriz da concretude. Em cada circunstância, será aferido o limite entre o possível e o vedado, em termos de disponibilidade patrimonial, perquirindo-se as circunstâncias econômicas do doador.

Sem dúvida, a norma possui um forte conteúdo ético, pois impede que o ser humano seja privado do *mínimo existencial*. Equivale a dizer, fique desprovido de um mínimo patrimonial, de onde possa extrair rendas ou alimentos imprescindíveis à sua sobrevivência.

O entendimento dos nossos Pretórios acolhe, expressamente, essa formulação, como se pode notar:

> *"1. A proibição inserta no art. 548 do Código Civil em vigor destina-se a impedir que o autor da liberalidade reduza-se a situação de pobreza, em razão da doação. Caráter social do preceito em testilha.*
>
> *2. A vedação à doação universal realiza a mediação concretizadora do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, da Constituição Federal). Recursos financeiros suficientes para que as necessidades elementares da pessoa humana sejam atendidas" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 285.421/SP, rel. Des. convocado Vasco Della Giustina, j. 4.5.10, DJe 12.5.10).*

Aliás, a própria vedação à prodigalidade é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), eis que abaixo de certo patamar material a pessoa perde a sua dignidade e se torna uma coisa, é reificada e instrumentalizada. Há uma tendência no Estado Democrático de Direito de conceber hipóteses protetivas da dignidade patrimonial mínima da pessoa humana, como na impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90).

---

65. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 123.

66. Nesse diapasão, as Cortes de Justiça asseveram que "efetuada a doação do único imóvel do casal aos seus filhos, impossível a extinção do usufruto a que se reservaram, porquanto, a teor do prescrito no art. 548 do Código Civil, 'é nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador'" (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70010401115, rel. Desa. Maria Berenice Dias, j. 14.2.05).

Faculdade 7 de Setembro FA7 781 Fortaleza Ceará

Em suma, a vedação à doação universal é uma forma de tutelar a sobrevivência do doador que não mede as consequências futuras de suas liberalidades. Lembre-se que a dignidade não é um conceito pessoal, mas social e envolve uma noção de solidariedade.

Nessa linha de intelecção, defendemos a possibilidade de reconhecimento de uma *invalidade relativa* na doação universal, com espeque no princípio da conservação da vontade (CC, art. 184), promovendo o juiz uma redução parcial da invalidade. Nessa hipótese, o juiz, aproveitando a vontade manifestada, poderia reconhecer a validade da doação no limite em que não afrontasse a dignidade do titular.[67]

6.3 Proibição de doação inoficiosa

Outra limitação ao poder de dispor do titular emana do art. 549 do *Codex*, que estabelece a *nulidade da doação inoficiosa*, objetivando a preservação da expectativa patrimonial dos herdeiros necessários do doador.

A doação inoficiosa é caracterizada pela prática de uma liberalidade ultrapassando a metade disponível do patrimônio líquido do doador, ao tempo da prática do ato. Isto porque toda e qualquer alienação gratuita que ultrapasse a metade disponível (invadindo a legítima, pertencente aos herdeiros necessários, que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente, a teor do art. 1.845 da Lei Civil)[68] será passível de nulificação por estes interessados, eis que eles detêm, de pleno direito, a legítima (CC, arts. 1.789 e 1.846).

A caracterização da nulidade depende da concorrência de dois diferentes elementos: (*i*) existência de herdeiros necessários; (*ii*) doação ultrapassando o limite disponível.

A terminologia é explicada por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: "como o doador contraria o seu ofício de pai (deveres paternos), essa infração é qualificada como doação inoficiosa".[69]

É possível deduzir a intenção do legislador: proteger esta categoria de parentes (herdeiros necessários), garantindo um mínimo patrimonial, impedindo o autor da herança de dispor, *a título gratuito*, da integralidade de seus bens. A regra geral,

67. Compartilhando do entendimento apresentado, defendendo que o juiz poderá "reconhecer a nulidade meramente parcial da doação, para conservá-la no que tange ao *quantum* excedente do rendimento básico necessário à mantença do doador", veja-se GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 111.

68. Registre-se, oportunamente, a nossa posição de que o *companheiro*, que vive em união estável, também deve ser reconhecido como *herdeiro necessário*, seja por conta de uma interpretação conforme a Constituição Federal (CF, art. 226, § 3º), seja pela própria literalidade do art. 1.790 da Codificação, que estabelece, *in litteris*, que o companheiro ou a companheira *"participará"* da sucessão do outro, quando de seu falecimento.

69. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 126.

contudo, é a livre disposição patrimonial pelo titular. Inclusive pode ele, a título *oneroso*, dispor do seu patrimônio na inteireza.

Em sendo assim, o fundamento da *vedação à doação inoficiosa* é a proteção da legítima, explicitando um verdadeiro encontro entre a autonomia privada e a solidariedade familiar: a autonomia privada é explicitada pela possibilidade de o doador determinar, livremente, o destino da metade disponível do seu patrimônio; já a solidariedade familiar se concretiza pela garantia de uma preservação mínima de patrimônio para os componentes do núcleo familiar, visando ao bem comum.

Na doação inoficiosa a nulidade é parcial, apenas incidindo naquilo que exceder o limite da legítima (CC, art. 2.007, § 3º). Por isso, a doação é válida no que tange à parte disponível do patrimônio do disponente.

Ora, se ao tempo da morte são redutíveis as disposições testamentárias que excedam a metade disponível (CC, art. 1.967), simetricamente não se poderá alcançar tal excesso mediante doações, eis que a tutela da metade indisponível dos herdeiros necessários já existe em vida do doador e não apenas para o tempo de seu óbito.

Perceba-se que a nulidade alcança apenas a doação que ultrapasse o valor disponível, aquela na qual houve o excesso, e não as doações anteriores que se encontravam harmônicas com o limite da legítima. Portanto, se alguém possuía R$ 100.000,00 e realizou uma primeira doação no valor de R$ 20.000,00, uma segunda na quantia de R$ 30.000,00 e, finalmente, uma terceira doação no valor de R$ 10.000,00, apenas esta última será nulificada, preservando-se as anteriores em que não houve necessidade de redução.[70]

O cálculo da legítima (e, por conseguinte, do excesso, ou não, da doação) será realizado no momento da realização da doação e, por conta disso, eventuais variações patrimoniais para mais ou para menos, posteriores à liberalidade, não validam o que é inválido ou invalidam o válido. Fundamental é a aferição do valor do patrimônio contemporâneo a cada ato dispositivo. Por isso, a doutrina afirma que *"se torna irrelevante qualquer variação patrimonial do doador, após a celebração do negócio, podendo ele enriquecer ou empobrecer"*. A explicação é lógica: se assim não fosse, o doador continuaria doando a metade que possui, a cada momento, até promover o total esvaziamento de seu patrimônio.[71]

Havendo um único herdeiro necessário, aplica-se o dispositivo em toda a sua intensidade. Certamente, excluiremos os bens doados antes do surgimento deste herdeiro, bem como as doações remuneratórias e onerosas.

O sistema da vedação às doações inoficiosas apenas não se aplica quando a liberalidade é realizada de ascendentes para descendentes ou entre cônjuges, no patrimônio particular de cada um. Incide nestas hipóteses – qualquer que seja o valor

70. GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 271.

71. SOUZA, Sylvio Capanema de, *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 194.

da doação com relação ao patrimônio – o regramento do adiantamento da legítima e a posterior colação, conforme o observado no art. 544 do Código Civil.

Provado o excesso de doação, invadindo a legítima dos herdeiros necessários, o interessado pode ajuizar uma *ação de redução das doações inoficiosas*. A legitimidade ativa é dos herdeiros necessários, diretamente prejudicados, apesar de se tratar de nulidade e, via de consequência, de matéria de ordem pública.[72] A outro giro, no polo passivo da relação processual haverá um *litisconsórcio necessário e unitário* entre o doador e o beneficiário.

Registre-se, inclusive, a possibilidade de propositura da citada demanda ainda durante a vida do doador, não sendo necessário aguardar o seu falecimento. Equivocam-se, no particular, os que pensam se tratar de discussão sobre herança de pessoa viva, que é proibida por lei (CC, art. 426). Em verdade, o que se tem é um contrato de doação, negócio jurídico *inter vivos*, cuja nulidade surge ao tempo da liberalidade. Assim, nasce uma pretensão imprescritível[73] (CC, art. 169) de obter, em juízo, a redução do excesso, em razão da violação do direito subjetivo à legítima do herdeiro necessário. No ponto, nosso entendimento é majoritário, contando com a simpatia da jurisprudência superior.[74] Não se confunda a hipótese com o testamento, negócio jurídico cuja eficácia é postergada para o tempo da morte, só então passível de discussão quanto ao seu conteúdo.

Procedente o pedido de redução da doação, a parte excedente será restituída aos herdeiros necessários.[75]

De qualquer modo, lembrando que se trata de norma de ordem pública, o juiz poderá conhecer, *ex officio*, a nulidade da doação inoficiosa, quando provada em alguma outra demanda, como, por exemplo, no inventário.

Por derradeiro, cumpre aludir a uma questão nova e pujante. É que, apesar de minoritário o nosso entendimento, confessamos não ter simpatia pela restrição *sub occulis*. É que, ao nosso viso, a impossibilidade de doação da legítima somente se justifica quando um dos herdeiros necessários é incapaz, em razão da necessidade de proteção integral do incapaz. Todavia, em se tratando de herdeiros necessários maiores e capazes, não vislumbramos motivo plausível para obstar o ato de disposição

72. Com o mesmo pensar, MELO, Marco Aurélio Bezerra de, cf. *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 201.

73. Também defendendo a imprescritibilidade da pretensão de redução da doação, TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*, op. cit., p. 324.

74. "Civil. Doação inoficiosa. A ação anulatória com base no art. 1.176 do Código Civil (de 1916, atual art. 549 da Codificação de 2002) *pode ser intentada mesmo em vida do doador*" (STJ, Ac. 3ª T., REsp.7879/SP, rel. Min. Costa Leite, j. 24.2.94, *DJU* 20.6.94, p. 16.100).

75. "Doação inoficiosa. Redução. Procedência parcial da ação. Pretensão que visa a desconstituição de sentença, tendo em vista a desconsideração de bens descritos no IR e de outro imóvel para a verificação do patrimônio do *de cujus* à época da doação... Demonstrada a existência de doação inoficiosa, impõe-se a restituição do excesso ao acervo hereditário, para integrar a legítima dos demais herdeiros..." (TJ/RS, Ac. 8ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70037153756 – comarca de Sarandi, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 2.9.10, *DJRS* 12.11.10).

gratuito pelo titular. Até porque o ofício do pai se impõe *em razão do exercício do poder familiar* – o que não haverá se todos os descendentes forem plenamente capazes. Cuida-se de uma *interdição parcial* na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica. Não nos parece, ademais, que um pai, por exemplo, seja obrigado a deixar patrimônio para o seu filho, em especial no momento em que a proteção do sistema jurídico centra-se na essência da pessoa humana e em sua dignidade. Entendemos, pois, que o juiz, casuisticamente, poderá acobertar com o manto da validade e da plena eficácia a doação feita pelo titular com invasão da legítima (ultrapassando o limite patrimonial disponível), quando os herdeiros necessários são maiores e capazes. Assim, resguardará a dignidade do titular, podendo dispor livremente de seu patrimônio.[76]

6.4 Proibição de doação ao cônjuge adúltero (vedação de doação à concubina)

Estabelece o art. 550 do Código Civil uma vedação à doação pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (no adultério). Diz, *in litteris*, o preceito legal:

> *Art. 550, Código Civil: "A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal."*

Trata-se de disposição legal *excessivamente moralista e preconceituosa*, explicitando uma exacerbada preocupação com o adultério e ignorando as novas formas de composição de núcleos familiares, baseadas no afeto.

Proíbe-se uma pessoa casada de dispor, gratuitamente, de seu patrimônio em favor de seu concubino ou de sua concubina. Com isso, o sistema termina promovendo uma *interdição parcial* de uma pessoa plenamente capaz, pois retira do titular o direito de livre dispor de seu patrimônio, como se fosse incapaz para tanto.

São exigidos dois elementos para a caracterização da hipótese: *i)* a existência de uma doação em prol do concubino ou da concubina; *ii)* a prova da relação adulterina, independentemente de ser com pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo (sendo despicienda a demonstração de que a relação perdurou por algum tempo). Presentes os requisitos, o contrato poderá ser anulado, no prazo decadencial previsto.

Há, sem dúvidas, uma influência da moral cristã, que repugnava as formas de constituição de família apartadas dos rituais do Código Canônico. Prova disso é que

76. Em anuência ao nosso posicionamento, encontra-se a posição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: "temos sinceras dúvidas a respeito da eficácia social e justiça dessa norma (preservadora da legítima), a qual, na grande maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis brigas judiciais, quando não a própria discórdia ou até mesmo indolência. Poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade de preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição. Mas, estender a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes, em nosso sentir, é demais!", *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 105.

a proibição vem de tempos longíquos, nos quais a ciência jurídica sofria a ascendência da Religião. Assim, atravessaram as Ordenações Alfonsinas (Livro IV, Título 13), Manuelinas (Livro IV, Título 8) e Filipinas (Livro 4º, Título 66)[77] para ganhar cores bem nítidas no Código Civil de 1916 (art. 1.177).[78]

No ponto, inclusive a legislação brasileira ignora toda a evolução da matéria no direito comparado, deixando de perceber que os mais contemporâneos Códigos Civis não apresentam norma semelhante, como se pode notar no português, no italiano, no francês e no alemão.

Apesar de alguma tentativa doutrinária de justificativa da vedação legal,[79] parece-nos se tratar de um injustificável conservadorismo. E não se tente alegar que a norma tem o seu fundamento na proteção do núcleo familiar.[80] É que a família é protegida pela *limitação da legítima*, obstando que o titular possa dispor, gratuitamente, além da metade do seu patrimônio líquido. Logo, a proibição de doação ao cúmplice no adultério não está assentada na tutela jurídica da família, restando explícito o seu viés moralista. Talvez por tudo isso, mereceu de Paulo Luiz Netto Lôbo a pecha de que "essa norma *é de duvidosa constitucionalidade*", tendo sido."transcrita literalmente do artigo equivalente do Código Civil de 1916, em época na qual a concepção de família, os valores sociais e constitucionais eram outros. Até a Constituição de 1988, a única família admitida legalmente era a constituída pelo casamento... *A punição do adúltero no campo penal ou civil era consequência inevitável*. Não só mudaram os valores na sociedade brasileira, de franca admissão dos vários arranjos familiares e da primazia do afeto para identificá-los; mudaram os fundamentos do direito, que levam à desconsideração da ilicitude do adultério, que passa a ser mero fato social e da intimidade dos casais, principalmente no que concerne às repercussões civis".[81]

Ao nosso viso, é preciso ter na tela da imaginação a existência de um novo conceito de família, aberto, plural e multifacetário. Não se pode ignorar a existência de diferentes núcleos afetivos, afastando-se uma concepção única. Por tudo isso, o adultério deve despertar efeitos jurídicos exclusivamente no âmbito privado, através de reparação de danos, por exemplo. Até mesmo para preservar a intimidade do cônjuge prejudicado. De nenhum modo, contudo, se mostra razoável invalidar um negócio jurídico gratuito exercido dentro do limite da parte disponível – o que caracteriza, por vias transversas, uma interdição parcial do titular de um patrimônio.

77. Constava, preconceituosamente, das Ordenações Filipinas: "se algum homem casado der a sua barregã coisa móvel ou de raiz, ou a qualquer outra mulher, com que tenha carnal afeição, sua mulher poderá anular e haver para si a coisa que assim foi doada".

78. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 133.

79. Com esse ponto de vista, Marco Aurélio Bezerra de Melo chega a expor que "o dispositivo objetiva punir o comportamento imoral de quem beneficia patrimonialmente o(a) amante em detrimento da sociedade conjugal estabelecida", *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 202.

80. "Tal proibição tem o propósito de proteger a família e repelir o adultério, que constitui afronta à moral e aos bons costumes", GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 275.

81. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 339.

Enfim, a aparente finalidade moralizadora da norma legal pode não corresponder às finalidades éticas erigidas pela Constituição Federal e pelo próprio Código Civil. Até porque os padrões sociais vigentes já não admitem o tratamento do adultério como ilícito penal e muito menos a denominação do parceiro do "adúltero" qualificado como "cúmplice".[82] Bem por isso, e vislumbrando o seu caráter punitivo, há de se realizar uma interpretação restritiva da norma.

De mais a mais, em se tratando de bem imóvel, não se olvide que a doação dependerá da anuência do cônjuge (CC, art. 1.647), mesmo que o bem não pertença ao patrimônio comum, sob pena de anulabilidade (CC, art. 1.649), salvo se o casamento estiver submetido ao regime de separação de bens. Assim, restará protegida a entidade familiar – servindo como argumento extra para a demonstração da falta de razoabilidade da vedação *sub examine*.

De qualquer maneira, não se invalidará, evidentemente, o negócio jurídico se o doador, apesar de ainda ser casado, *já estiver separado de fato, independentemente do prazo*. Isto porque, harmonizando o aludido dispositivo com o § 1º do art. 1.723 da Codificação de 2002, é de se notar que a simples separação de fato já permite a caracterização de união estável, uma vez que a convivência e o afeto já cessaram. Assim sendo, estando separado de fato o benfeitor, a doação feita à pessoa com quem mantiver relação afetiva é válida e eficaz, respeitados os demais limites impostos por lei. A jurisprudência, inclusive, aplaude esta solução, como se pode notar:

> *"Direito Civil. Doação. Aquisição de imóvel em nome da companheira por homem casado, já separado de fato. Distinção entre concubina e companheira.*
>
> *As doações feitas por homem casado à sua companheira, após a separação de fato de sua esposa, são válidas, porque, nesse momento, o concubinato anterior dá lugar à união estável" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 408.296/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.6.09, DJe 24.6.09)*

A consequência jurídica da doação para o "cúmplice do adultério" é a *anulabilidade do ato*, como dispõe o próprio dispositivo legal – e não a *nulidade*. Portanto, em se tratando de anulabilidade, o contrato produzirá efeitos regularmente até que lhe sobrevenha uma decisão judicial invalidante, proferida em ação anulatória.

Sobre a ação anulatória – que tramitará na vara cível –, convém repisar que a legitimidade recai, exclusivamente, sobre o cônjuge prejudicado, independentemente do regime de bens do matrimônio, ou, após o seu óbito, sobre os seus herdeiros necessários. Note-se que os herdeiros somente estarão legitimados depois do falecimento, havendo uma prioridade legitimatória do cônjuge, em face do caráter pessoal

82. A Lei nº 11.106/05 descriminalizou o fato social do adultério, afastando a tipicidade que, outrora, constou do art. 240 do Código Penal. Realmente, o dispositivo ocupava espaço desnecessário, já que a incidência do Direito Penal deve ser subsidiária, voltada para condutas realmente merecedoras de um juízo maior de reprovabilidade social, evidenciando um caráter fragmentário deste ramo da ciência.

da ofensa decorrente do adultério.[83] O Ministério Público não tem legitimidade por não se tratar de questão de ordem pública.

Outrossim, a ação anulatória da doação tem de ser promovida no prazo decadencial de dois anos, computados a partir do término da sociedade conjugal, pelo divórcio, pela morte ou pela declaração de ausência (CC, art. 1.571, interpretado a partir da Emenda Constitucional 66/10). Não significa, contudo, que o interessado tenha de aguardar a dissolução nupcial para a propositura da ação. É possível ajuizar a ação mesmo antes do fim da conjugalidade, na constância do matrimônio, ao tomar conhecimento da doação irregular, mesmo que não queira se divorciar.

O critério definido por lei para a contagem do prazo decadencial (iniciando-se com o término da sociedade conjugal) merece contundentes críticas. A uma, porque é possível que o cônjuge preterido *não tenha conhecimento da doação feita pelo seu consorte* no momento da dissolução nupcial, somente descobrindo a existência do contrato posteriormente. Nesse caso, para que o consorte enganado não seja prejudicado, por somente ter descoberto a doação posteriormente, entendemos que deve incidir a tese da *actio nata*, pela qual os prazos extintivos somente devem iniciar a sua fluência com o conhecimento do fato subjacente. A duas, por ser absolutamente crível que o cônjuge prejudicado descubra a doação feita pelo consorte e, perdoando o adultério, dê continuidade à relação afetiva, superando a questão. Tempos depois, caso venha a se dissolver o casamento por outro motivo, pensamos que não poderá se valer do critério legal de contagem do prazo para promover a ação anulatória. Isto porque, se assim procedesse, incorreria em ato ilícito objetivo – abuso do direito por *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório). É que, após descobrir o fato e perdoar, criou o cônjuge a justa expectativa de que não mais pleitearia, posteriormente, a invalidação do negócio jurídico. Portanto, ao demandar tempos depois a anulação, estará colidindo com o seu próprio comportamento antecedente, abusando do direito. Pelo fio do exposto, sustentamos a tese de que o prazo decadencial de dois anos para a anulação *deve fluir, sempre, a partir da data do conhecimento do contrato de doação*, independentemente da continuidade ou não da relação afetiva.

6.5 Proibição de doação pelo devedor insolvente

Outra limitação à liberdade de doar diz respeito à sua prática pelo devedor insolvente, buscando fundamento na proteção dos credores.

Em sendo assim, a doação feita pelo devedor, antes do reconhecimento de sua insolvência, pode ser invalidada pela caracterização de *fraude contra credores* (também chamada de *fraude pauliana*), caso o doador não mantenha um volume patrimonial suficiente para honrar com todas as dívidas que possuía no momento da liberalidade.

83. GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 275.

Bastará ao interessado a prova do estado de insolvência (o chamado *eventus damni* ou, em tradução jurídica, esvaziamento patrimonial), na ação pauliana (revocatória), para que seja anulado o negócio jurídico.

Sobre a matéria, inclusive, o art. 158 do Estatuto Civil presume fraudulentos os "negócios de transmissão gratuita de bens, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência".

Daí a lúcida assertiva de Carlos Roberto Gonçalves: "somente quem não tem dívidas insolúveis tem a faculdade de fazer liberalidades".[84]

7. SITUAÇÕES ESPECIAIS DE DOAÇÃO

7.1 Generalidades

Conquanto a doação seja um contrato essencialmente gratuito, unilateral e formal, o sistema jurídico reconhece a possibilidade de diferentes caracterizações, com regras específicas.

Assim sendo, sobreleva reconhecer e tratar das particularidades das diferentes situações jurídicas especiais envolvendo a doação.

Vejamos cuidadosamente.

7.2 Doação pura e simples e doação com condição (condicional), a termo ou com encargo (modal)

Em princípio a doação será pura e simples, pois a liberalidade não estará, de ordinário, sujeita aos elementos acidentais do negócio jurídico (condição, termo e encargo). É o sentimento puro de realizar a liberalidade. Nesse caso, a doação produzirá efeitos imediatos, a partir da aceitação do beneficiário – que, como visto, pode ser expressa, tácita, presumida ou ficta.

Enfim, *a doação pura e simples* é "feita por espírito de liberalidade. Com ela nada se pretende da outra parte. A finalidade é somente favorecer ao donatário", conforme o registro de Vera Helena de Mello Franco.[85]

No entanto, com fulcro na autonomia privada, balizadora de todo e qualquer contrato, concedendo à vontade humana a possibilidade de criar os efeitos desejados ao negócio jurídico, concede-se ao doador a possibilidade de restringir a eficácia da liberalidade, sem prejudicar a validade do negócio jurídico, uma vez atendidos os seus elementos essenciais. É a doação submetida à condição (também chamada de *condicional*), a termo ou doação com encargo (apelidada de *doação modal* ou *onerosa*).

84. GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 274.
85. FRANCO, Vera Helena de Mello, *Contratos:* Direito Civil e Empresarial, op. cit., p. 91.

Se a doação está submetida a uma *condição suspensiva*, considerando que se trata de um evento futuro e incerto, enquanto não for implementada, não haverá aquisição nem exercício de direitos pelo donatário. Somente com o cumprimento da condição é que o beneficiário poderá exercer seus direitos sobre o bem doado. Enquanto não concretizada a condição assinalada, não poderá o beneficiário exercitar qualquer direito sobre a coisa. *Doação condicional, portanto, é a que depende de um evento ou de uma circunstância incerta*, como na hipótese de uma doação contemplativa de casamento futuro com pessoa certa e determinada, cuja eficácia submete-se à posterior ocorrência das núpcias. Antes disso, poderá o donatário, tão somente, requerer ao juiz medidas acautelatórias para a preservação do objeto da doação, assegurando o seu direito futuro. Seria a hipótese de uma medida cautelar para garantir a incolumidade do bem contra um receio de perda ou deterioração.

A outro giro, a *doação submetida a um termo inicial* tem a sua eficácia modificada no tempo parcialmente. É que, enquanto não advier o termo (evento futuro e inevitável), o donatário, mesmo já sendo titular, ainda não terá o exercício sobre o bem. O pleno exercício da coisa somente será adquirido com a chegada do termo indicado.

A parte derradeira do art. 540 da Lei Civil é dedicada ao exame da *doação com encargo (onerosa)*. Diversamente do termo e da condição, salvo ressalva expressa, o encargo não suspende a aquisição ou o exercício do direito (CC, art. 136). Assim, a imposição de um encargo em uma doação não afetará a validade ou a eficácia, apenas permitirá a sua exigibilidade jurídica. *A doação modal ou doação com encargo caracteriza-se como uma verdadeira limitação da liberdade de dispor. Trata-se de obrigação acessória imposta ao donatário*,[86] no interesse geral ou no particular do próprio doador ou de um terceiro.

Quando o modo é inserido no contrato, perde a condição de elemento acidental e se converte em elemento essencial do negócio jurídico. Por isso, o seu descumprimento provoca a ineficácia superveniente do negócio jurídico por resilição unilateral ou resolução por inadimplemento (CC, art. 555).

O encargo é uma restrição à liberalidade, pois não implica uma contraprestação do donatário ao doador (o que causaria o desvirtuamento do negócio), mas a imposição de um pequeno sacrifício ao donatário. Exemplificando, se uma pessoa destina gratuitamente um apartamento a outra, com o encargo de esta auxiliar as obras de caridade da Igreja local, não há contraprestação, mas uma imposição de obrigação, de uma onerosidade.

Em razão da onerosidade acarretada com a doação, deverá ela ser objeto de aceitação expressa pelo donatário, não se admitindo a aceitação presumida ou tácita (CC, art. 539). Uma vez aceita a doação onerosa (com encargo), o beneficiário não

86. ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da, *Curso avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 176.

mais poderá se recusar ao seu cumprimento. Decorrendo de um negócio jurídico, com aceitação válida, não há motivo para a resilição unilateral (por vontade exclusiva do donatário).

Por isso, o comando do art. 553 do *Codex* enfatiza que o descumprimento do encargo não importa em perda de eficácia do negócio, podendo ser evitado mediante o ajuizamento da tutela específica, exigindo-se o seu cumprimento. Ora, se a aceitação gera a vinculação da doação ao cometimento do encargo, tanto o doador, quanto o terceiro beneficiário e os herdeiros de ambos estão plenamente legitimados para o exercício da pretensão em juízo.

Com relação ao encargo de prestações de fazer, até mesmo a autoexecutoriedade será cabível em hipóteses extremas, com posterior ingresso de demanda indenizatória em face do donatário (CC, art. 249, parágrafo único).

Tratando-se de cumprimento de encargo de interesse geral,[87] beneficiando a coletividade em caráter indivisível, está o Ministério Público legitimado ao exercício da tutela específica de execução do encargo, caso o doador não tenha agido em vida, ou, se iniciou a ação, não tenha sido esta concluída – caso em que o *Parquet* prosseguirá na ação.

Como a ação tem natureza condenatória, na falta de previsão específica, aplica-se o prazo prescricional geral de 10 anos para o exercício da pretensão, a contar da data em que se aperfeiçoou a doação, se outro prazo não foi assinalado. Não havendo prazo previsto para o cumprimento do encargo, antes do aforamento da demanda, será preciso interpelar o donatário, perfazendo a sua constituição em mora.

Aponte-se, de qualquer maneira, a possibilidade reconhecida ao doador de, expressamente, estabelecer um encargo sob forma de condição. Nessa hipótese, enquanto não cumprido o encargo, não haverá aquisição nem exercício de direitos pelo donatário. Seria a hipótese em que o doador afirma que realiza a liberalidade *se o beneficiário prestar serviços no hospital público da cidade*. Aqui, o descumprimento do encargo funciona como uma verdadeira cláusula de reversão. É cláusula bastante comum nas doações de bens públicos, cuja validade é reconhecida jurisprudencialmente.[88]

Se a doação é onerosa incide a responsabilidade do doador pelos vícios redibitórios e pela evicção.

87. "Por exemplo, nas doações de bens públicos, é comum o estabelecimento de cláusula de reversão para as hipóteses de descumprimento do encargo fixado na lei municipal autorizadora da doação (*v. g.*, instalação de indústria em determinado prazo; construção de hospital ou escola etc.). Nessa situação, a legitimidade para exigência do cumprimento do encargo é tanto do doador como do Ministério Público", SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 146.

88. "Doação com encargo. Cláusula de reversão. Condição resolutiva. Prescrição. Em se tratando de doação com encargo – *donatio sub modo* –, com cláusula de reversão, ocorre a condição resolutiva com o descumprimento da obrigação consubstanciada no encargo, retornando o bem ao domínio do doador. A inexecução do encargo – *causa non secuta* – dá ensejo à reversão do bem em razão da condição resolutiva, o que não se confunde com a revogação da doação" (TRF-1ª Região, Ac. 3ª T., Ap. Cív. 92.01.25241-2/MG, rel. Des. Vicente Leal, *DJU* 14.4.94).

7.3 Doação remuneratória

A *doação remuneratória* é aquela realizada em retribuição aos serviços prestados pelo beneficiário, sem exigibilidade jurídica de pagamento.

Aqui a liberalidade se conecta com serviços prestados anteriormente pelo donatário ao doador. Conjuga, por conseguinte, a prática de uma liberalidade e uma remuneração por serviços sem exigibilidade em juízo. Trata-se, assim, de uma espécie de recompensa.

O conceito de serviço é lato, abarcando, a um só tempo, aquele no qual haveria cobrança de valores, mas que, especificamente na hipótese, não se submeterá à cobrança por deliberação pessoal do credor (*v. g.*, a cirurgia realizada por um médico amigo do paciente ou a consulta prestada, graciosamente, pelo advogado) e, noutro quadrante, aquele serviço cuja essência não possua patrimonialidade (seria o exemplo de um aconselhamento afetivo).

Em qualquer caso (e observando cuidadosamente os exemplos apresentados anteriormente), a doação remuneratória está intimamente conectada com as obrigações naturais, nas quais há um débito moral, mas inexiste uma responsabilidade jurídica. Ou seja, podem ser pagas pelo devedor, mas não são exigíveis pelo credor (CC, art. 882).[89]

Bem por isso, uma vez realizada uma doação remuneratória (que, repita-se à exaustão, mais se aproxima de um pagamento espontâneo de obrigação natural), não se pode reaver o valor despendido e tampouco se pode revogá-la por ingratidão do donatário (CC, art. 564, III).

Acresça-se que o art. 2.011 da Codificação dispensa as doações remuneratórias da colação.

7.4 Doação mista

O cotidiano jurídico termina por explicitar uma prática de duvidosa validade: a inserção de cláusulas contendo liberalidades em outras modalidades contratuais, como a compra e venda.

São hipóteses nas quais, malgrado a intenção de doar seja clara, o declarante estabelece regras típicas dos negócios jurídicos onerosos. É o exemplo da venda de um bem a preço vil ou na aquisição de uma coisa por preço bastante superior ao real. No primeiro caso, a entrega do bem por um valor irrisório (chamada de *venda*

89. Em sentido muito próximo, Paulo Luiz Netto Lôbo prega que "na doação remuneratória, não há dever jurídico exigível pelo donatário, mas o doador sente-se no dever moral de remunerá-lo em virtude da prestação de algum serviço que aquele lhe prestou e, por alguma razão pessoal, renunciou à remuneração", *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 296.

amistosa),[90] e, no segundo, o pagamento do sobrepreço, explicitam a intenção de praticar a liberalidade, apesar de se nominar o contrato como oneroso.

Em casos tais, apesar de alguma vacilação no sentido de que seria preciso interpretar o negócio em partes separadas, a melhor solução é vaticinada por Carlos Roberto Gonçalves, devendo se "verificar a preponderância do negócio, se oneroso ou gratuito, levando-se em conta o art. 112 do Código Civil"[91] – isto é, apreciando com mais vigor a intenção do que o sentido literal da linguagem. Reza o dispositivo legal aludido: "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" (CC, art. 112).

7.5 Doação contemplativa ou meritória

Para além da possibilidade de *doação com encargo* ou *sob termo ou condição*, é possível que o doador queira justificar o motivo da prática da liberalidade. Cuida-se de *doação contemplativa* ou *meritória*, enunciada na primeira parte do art. 540 do *Codex* e realizada com espeque em alguma virtude do beneficiário. É, pois, uma liberalidade pura e simples, sem condição, na qual o benfeitor expressa a sua admiração pelo beneficiário.

Desse modo, poderá o doador anunciar que a doação decorre de um fato certo e específico, como a hipótese de ser o donatário o melhor aluno da classe e merecer um incentivo em seus estudos.

Distintamente da doação remuneratória, a doação em contemplação do merecimento do beneficiário não caracteriza uma contrapartida, uma recompensa de serviço prestado. Por isso, a doação é pura e simples, não exigindo a prova de que o donatário faz por merecer a dádiva. De qualquer sorte, com lastro no art. 140 do Código Civil, é possível pleitear a anulação da doação contemplativa por erro se provado que o "falso motivo" foi expresso como razão determinante da declaração de vontade. É a falsa percepção sobre os motivos de fato que conduziram o declarante a realizar a doação em benefício de uma determinada pessoa.

Cuidado deve se ter para não confundi-la com a promessa de recompensa, pois nesta anuncia-se um benefício ou uma gratificação para a pessoa que executar uma determinada tarefa, enquanto na doação meritória premia-se quem já realizou certa atividade significativa para o doador.[92]

7.6 Doação conjuntiva ou em comum a mais de uma pessoa

Autoriza o Código Civil, no seu art. 551, a doação em favor de duas, ou mais, pessoas, simultaneamente. É a chamada *doação conjuntiva*.

90. ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da, *Curso avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 179.
91. GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 265.
92. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 93.

Cuida-se de doação estabelecida em benefício de duas ou mais pessoas (naturais ou jurídicas), sem que o doador, expressamente, ressalve a parcela do bem doado que incumbirá a cada donatário.

Assim, presume-se, supletivamente, na ausência de disposição contrária, que os beneficiários foram agraciados em partes iguais. Ou seja, presume-se que o bem doado será distribuído em cotas iguais.

Ao contrário do que acontece no testamento, os donatários não serão beneficiados pelo direito de acrescer em caso de morte de um dos beneficiários (condôminos). A parte do falecido será direcionada, regularmente, aos seus sucessores, mantendo-se o estado de indivisão do bem, salvo disposição em contrário.

Contudo, incidirá o direito de acrescer – e tão somente – quando os donatários forem marido e mulher, prestigiando-se o cônjuge sobrevivente com a integralização da doação, desconsiderando-se os sucessores do falecido. A hipótese ganha cores mais vivas quando se lembra que o cônjuge falecido pode ter deixado descendentes que não são filhos ou netos do consorte supérstite. Se a doação, porém, favorece a apenas um dos consortes, não haverá o acréscimo.

Todavia, independente da qualificação (estado civil) dos donatários, a autonomia privada do doador permite a estipulação de cláusula expressa de direito de acrescer sobre o bem doado, seja no próprio título constitutivo da doação como em posterior testamento. Equivale a dizer que, o *direito de acrescer pode decorrer da vontade do doador.*

Registre-se nossa compreensão de que a regra é perfeitamente aplicável nas uniões estáveis, por analogia, respeitando a opção constitucional protetiva do companheirismo (CF, art. 226, § 3º). Até porque não há, no ponto, qualquer elemento que justifique um tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável.

7.7 Doação de ascendente para descendente

Dispõe o art. 544 do Código de 2002:

> *Art. 544, Código Civil: "A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança."*

Como se vê, estabelece o ordenamento que *a doação feita de ascendente para descendente, bem como de um cônjuge para o outro, importa em adiantamento da herança que, respectivamente, lhes caberia no futuro.*

Pois bem, a norma possui direta conexão com o Direito das Famílias e com o Direito das Sucessões. Ascendente, descendente e cônjuge são herdeiros necessários (CC, art. 1.845), pertencendo-lhes, de pleno direito, a legítima (metade indisponível do patrimônio líquido do titular).

Com o propósito de evitar qualquer ofensa à necessária igualdade sucessória entre os herdeiros necessários, o legislador ressalta que, qualquer doação de um ascendente a um descendente, ou de um cônjuge a outro, será considerada adiantamento da legítima, por mais ínfimo que seja o valor.

A colação é o mecanismo jurídico existente para que o sucessor favorecido venha a apresentar o que lhe foi adiantado em vida durante o inventário, repondo-se a igualdade das legítimas dos herdeiros reservatários (CC, art. 2.003). Não realizada a colação, caracterizam-se os sonegados, apenando-se aquele que deveria tê-la feito com a perda dos bens antecipados.

Não caracterizam doações de ascendentes em prol de um ou alguns dos descendentes as despesas e os gastos ordinários com educação, saúde e outras despesas essenciais para o beneficiado (CC, art. 2.010), bem como as doações remuneratórias (CC, art. 2.011).

Igualmente, estão dispensadas da colação as doações em favor de descendentes ou do cônjuge em que se consignou, expressamente, a liberação de colação pelo beneficiário, no próprio título da liberalidade, desde que, evidentemente, não excedam a metade disponível (CC, arts. 2.005 e 2.006). Essa dispensa do dever de colação *tem de ser expressa e estar contida no próprio instrumento de doação*, não podendo ser inserida posteriormente.[93]

Pontue-se, por oportuno, que o termo *descendente*, contido no citado comando legal, apenas abrange liberalidades em prol daquele que estiver na ordem de vocação hereditária em condições de suceder por direito próprio ou por direito de representação. Somente haverá a necessidade de colação quando o beneficiário participar da herança. Exemplificando, não há colação quando a doação é feita a um neto quando todos os filhos estão vivos.

Por idêntica fundamentação, as doações feitas por descendentes a qualquer dos seus ascendentes não se incluem no âmbito de incidência da norma. Ou seja, tudo aquilo que uma pessoa doa a alguém que não seja o seu descendente ou o seu cônjuge será passível de controle somente quanto à parte que exceder, eventualmente, à legítima, no momento da liberalidade (CC, art. 549). Nesses casos, poderá ocorrer uma redução de doações inoficiosas (quando ultrapassar o limite permitido), mas não haverá necessidade de colação do objeto do contrato.

Quanto aos cônjuges, a doação de um ao outro só acarretará adiantamento da legítima no que disser respeito aos bens particulares de cada cônjuge, pois, no que tange aos bens

93. Esta é, inclusive, a orientação jurisprudencial: "todo ato de liberalidade, inclusive doação, feito a descendente e/ou herdeiro necessário nada mais é que adiantamento da legítima, impondo, portanto, o dever de trazer à colação, sendo irrelevante a condição dos demais herdeiros: se supervenientes ao ato de liberalidade, se irmãos germanos ou unilaterais... *A dispensa do dever de colação só se opera por expressa e formal manifestação do doador, determinando que a doação ou o ato de liberalidade recaia sobre a parcela disponível de seu patrimônio*" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 730.483/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 20.6.05, p. 287).

comuns, os cônjuges não são herdeiros reciprocamente, mas, sim, meeiros. Destarte, "as doações entre cônjuges, embora permitidas pelo Código Civil de 2002, devem respeitar o regime de bens do casamento", como registra Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.[94] Sendo, então, o casamento sob o regime de comunhão universal, não pode haver doação entre os cônjuges porque todo o patrimônio é comum, com exceção dos bens mencionados no art. 1.668 da Codificação. Porém, estando sob o regime da separação convencional, a doação torna-se possível, afinal todos os bens são particulares.

Nota-se, por sinal, que o regime da doação entre familiares é bem distinto daquele aplicado à compra e venda entre ascendentes e descendentes. Nesta, a venda de ascendente a descendente é anulável quando não conta com o consentimento dos demais interessados (os outros descendentes e o cônjuge). Já na doação, o consentimento dos descendentes é despiciendo para fins de aferição do plano de validade, haja vista que qualquer controle apenas será exercitado ao tempo da abertura da sucessão. Vale dizer, a doação de ascendente para descendente é válida e eficaz, apenas gerando, em consequência, a antecipação da legítima. Por isso, pode um pai doar, validamente, para um (ou alguns) de seus filhos, sem a aquiescência dos outros, sabendo que o ato importará em adiantamento da herança, com necessidade de futura colação.[95]

Em arremate, convém frisar que a regra da antecipação de herança por doação não se aplica à união estável por se tratar de norma especial e restritiva, não admitindo aplicação da analogia ou da interpretação extensiva.[96] Além disso, convém lembrar que a legislação (CC, art. 1.845), indevidamente, não arrolou o companheiro como herdeiro necessário – o que, seguramente, será alterado, com uma interpretação conforme a Constituição (CF, art. 226, § 3º) ou mesmo com base na literalidade do art. 1.790 da Codificação que afirma, expressamente, que o companheiro *participará* da sucessão do outro, deixando claro o caráter obrigatório de sua herança.

7.8 Doação para entidade futura

Assim como é possível efetuar doação em prol de nascituro, sob a condição suspensiva de aquisição do patrimônio com o nascimento com vida, também se autoriza (CC, art. 554) a doação em prol de uma entidade futura, cuja existência é incerta.

94. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 110.

95. "Não é nula a doação efetivada pelos pais a filhos, com exclusão de um, só e só porque não contou com o consentimento de todos os descedentes, não se aplicando à doação a regra inserta no art. 1.132 do Código Civil de 1916 (art. 496 do Código Civil de 2002). Do contido no art. 1.171 do Código Civil de 1916 (art. 544 do Código Civil de 2002) deve-se, ao revés, extrair o entendimento de que a doação dos pais a filhos é válida, independentemente da concordância de todos estes, devendo-se apenas considerar que ela importa em adiantamento da legítima. Como tal – e quando muito –, o mais que pode o herdeiro necessário, que se julgar prejudicado, pretender é a garantia da intangibilidade da sua quota legitimaria, que, em linha de princípio, só pode ser exercitada quando for aberta a sucessão, postulando pela redução dessa liberalidade até complementar a legítima, se a doação for além da metade disponível" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 124.220/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 25.11.97, *DJU* 13.4.98, p. 126, *in RSTJ* 107:281).

96. Também assim, TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*, op. cit., p. 321; LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 313-314.

Cuida-se de norma inspirada no direito italiano (Código Civil da Itália, art. 786), permitindo a realização de uma doação sob condição suspensiva, sujeita ao prazo decadencial de dois anos para a sua constituição formal, sob pena de caducidade da liberalidade, com a manutenção dos bens doados em poder do doador.

Nessa hipótese, o contrato é válido, mas a sua eficácia fica diferida no tempo, contida até que seja implementada a condição suspensiva (constituição da entidade). Exatamente por isso, não sendo constituída a entidade no prazo decadencial previsto no dispositivo legal, o negócio perde a sua eficácia, mantendo-se o bem no patrimônio do disponente.

Por lógico, a *doação para entidade futura* dispensa a aceitação pelo simples fato de o beneficiário não existir ao tempo da liberalidade, tampouco possuindo um representante.

Outrossim, ao utilizar o vocábulo *entidade* o legislador não se referiu apenas às pessoas jurídicas, mas a qualquer ente personalizado ou não, com finalidade lucrativa ou assistencial. Pode-se imaginar, então, uma doação em favor de uma fundação ainda não criada ou para um condomínio ainda não constituído. Até mesmo porque qualquer entidade pode ser sujeito de direitos, legitimando-se a agir em juízo na defesa de seus interesses.

7.9 Doação em contemplação de casamento futuro com pessoa certa e determinada (doação *propter nupcias*)

Caso especial de doação condicional suspensiva, essa doação é aquela feita em contemplação de um matrimônio futuro com pessoa certa e determinada, indicada no instrumento do negócio. Para nós, a possibilidade, de certo modo, se coloca em rota de colisão frontal com uma nova perspectiva do casamento, baseado na *comunhão de afetos*. Nesse novo panorama, não parece razoável conceder patrimônio a uma pessoa para que venha a contrair casamento com o doador ou com terceiro por ele indicado. Estar-se-ia, de algum modo, patrimonializando uma relação fundamentalmente lastreada no afeto, na ética, na solidariedade e na dignidade das pessoas envolvidas.

Trata-se de contrato cuja eficácia está submetida à celebração posterior do casamento. Aliás, exatamente por isso, *dispensa a aceitação*, que é presumida nas próprias núpcias.

É uma espécie de *presente de casamento*, embora não se confunda com os presentes ofertados por terceiros aos noivos.[97]

A *donatio propter nupcias* pode ser realizada por um dos noivos ao outro, por um terceiro em favor de um deles ou de ambos ou, finalmente, em favor dos filhos que o casal vier a ter (prole eventual). Não celebrado o matrimônio e inviabilizada

97. GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 266.

a futura prole, o beneficiário tem de restituir o bem doado, com os mesmos efeitos do possuidor de boa-fé.

Conferindo um caráter ético a esta modalidade especial de doação, o legislador (CC, art. 564), andando muito bem neste ponto, obstou a sua revogação por ingratidão do beneficiário.

8. DOAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Pontua, lucidamente, como lhe é peculiar, Fernanda Marinela que "os bens públicos podem ser alienados pelas formas comuns do direito privado, como a venda prevista no art. 481 do Código Civil, a *doação*, a permuta e dação em pagamento".[98] Assim sendo, é possível a celebração de contrato de doação de bens públicos dominiais, combinando as regras contempladas no Código Civil e aqueloutras de natureza administrativa, previstas na Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações, notadamente em seu art. 17.[99]

É intuitivo que, para a Administração Pública, a doação assume caráter excepcional, em face da indisponibilidade dos bens públicos.

Bem por isso, a alienação gratuita de bens públicos *dominiais* (assim como a alienação onerosa) tem de ser precedida de autorização legislativa, sob pena de nulidade. Esta autorização legislativa há de ser "específica, indicando o bem a ser alienado e os limites a serem observados na alienação. Quando se tratar de imóvel de titularidade de entidade da Administração Indireta, não se exige a prévia autorização legislativa", consoante a lição de Marçal Justen Filho.[100]

Em se tratando de *bem público de uso especial*, a doação somente será possível após o procedimento legislativo de desafetação.

São casos bastante comuns, de certo modo cotidianos, de doações implementadas pelo Poder Estatal tendo como objeto, muitas vezes, terrenos públicos para fins de

98. MARINELA, Fernanda, *Direito Administrativo*, op. cit., p. 762.

99. Art. 17, Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações: "*A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas*: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: a) *dação em pagamento*; b) *doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i*; [...] § 1º Os imóveis doados com base na alínea *b* do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, *reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário*. [...]. § 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado; § 5º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador [...]."

100. JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, op. cit., p. 176.

assentamento rural ou de concessão de moradia para a população de baixa renda,[101] além de hipóteses outras de estímulo à atividade industrial ou mercantil.

Por lógico, a doação de bem público pressupõe a compatibilidade do ato com o interesse social e com o desempenho das funções estatais, além do atendimento das regras legais, sob pena de desconstituição da avença.[102] Não se tolera, naturalmente, a prática de liberalidades com bens públicos, em prol de interesses particulares, sob pena de nulidade do negócio jurídico.[103]

Pontue-se que a correta interpretação dedicada à alínea *b* do inciso I do art. 17 da Lei de Licitações, inclusive conforme a decisão prolatada pela Corte Excelsa na Ação Direta de Inconstitucionalidade 927-3/RS,[104] sinaliza no sentido de considerar que é dispensável a realização prévia de procedimento licitatório para doação de bem público quando o destinatário for órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera governamental.

Por outro turno, se a doação é em benefício de um particular, por óbvio, a regra geral é a obrigatoriedade de licitação.

A doação de bem público pode ser gravada com encargo, como a construção de um prédio em terreno público.[105] Havendo imposição de modo, o próprio instrumento de doação tem de definir a extensão do encargo e o prazo de seu cumprimento.

Caso o donatário do bem público deixe de cumprir o encargo imposto, haverá *reversão da doação*, de modo a garantir o interesse público. Também haverá reversão caso o donatário dispunha do bem. Em ambos os casos, cessarão as razões determinantes da celebração do contrato.

---

101. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade constitucional da lei estadual que prevê a doação de lotes rurais voltada à implantação de políticas habitacionais: "Autorização legislativa para venda e doação de lotes situados em área urbana específica. Política habitacional implantada na Capital de Estado em fase de consolidação. Ausência de violação à Carta Federal" (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADI 425/TO, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 4.9.02, *DJU* 19.12.03, p. 19).

102. "A doação de imóvel público, para fins de incentivo à atividade industrial, deve obedecer as exigências estabelecidas na legislação que desafetou o bem, sob pena de desconstituição do negócio jurídico e a reversão do imóvel ao patrimônio do ente público" (STJ, Ac. unân. 2ª T., REsp. 1.087.273/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 12.5.09, *DJe* 27.5.09).

103. " 1. A Lei 8.666/93 exige, nos casos doação de bens públicos a particular, prévia licitação. 2. Ato de ex-governador do Estado que, mediante decreto autônomo, doa a amigo particular veículo público é nulo de pleno direito" (STJ, Ac. unân. 2ª T., REsp. 685.551/AP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 1.3.05, *DJU* 18.4.05, p. 277).

104. "Constitucional. Licitação. Contratação administrativa. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. – Interpretação conforme dada ao art. 17, I, 'b' (doação de bem imóvel) e art. 17, II, 'b' (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, 'c' e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte" (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADI 927-3/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 3.11.93, *DJU* 11.11.94, p. 30.635).

105. "A título de exemplo, verificou-se situação em que um município desejava a construção de um estádio esportivo na cidade. Assim, foi efetivada doação de área imóvel para uma associação esportiva, com encargo de promover a construção à própria custa", JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, op. cit., p. 181.

Faculdade Ceará 099

9. REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO

9.1 A extinção da doação

Extingue-se o contrato de doação pelos mecanismos comuns de qualquer outra figura negocial: *invalidade* ou *perda superveniente de eficácia.*

A *invalidade da doação (nulidade ou anulabilidade)* submete-se às regras comuns do negócio jurídico.

Assim, a avença pode ser nula nos casos genericamente previstos em lei (CC, arts. 166 e 167), além das outras hipóteses especificamente indicadas nas disposições relativas a esta figura contratual (como, *verbi gratia*, no caso de *doação universal*).

Seguindo a mesma lógica, será, por outro turno, anulável a doação, além das hipóteses genéricas do sistema negocial (CC, art. 171, como, por exemplo, quando houver vício de vontade – erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo), nos casos expressos nas disposições de regência do contrato (podendo ser lembrada a figura da *doação feita pela pessoa casada ao seu cúmplice no adultério*, contemplada no art. 550 da Codificação Reale).

São casos de extinção, com análise do plano da validade.

A outro giro, o negócio jurídico também pode se extinguir por *perda superveniente da sua eficácia*. A mais comum – e esperada – forma de extinção por ineficácia é o *regular cumprimento do contrato*, executadas normalmente as suas cláusulas, com a entrega do bem doado e, se for o caso, o adimplemento do encargo, quando imposto.

Eventualmente, porém, causas anômalas, inesperadas, de extinção contratual, diversas do adimplemento regular, podem se apresentar no plano da eficácia. Exemplo disso é a *perda ou a deterioração da coisa, sem culpa, antes de sua efetiva entrega*. Na hipótese, o caso fortuito ou força maior extingue a obrigação de entregá-la e, consequentemente, a avença. A mais comum e habitual causa de perda superveniente de eficácia de uma doação é a *revogação judicial*, nas hipóteses de inexecução do encargo e ingratidão do donatário (CC, art. 555), merecendo estudo mais amiúde.

9.2 A revogação da doação

A revogação da doação é forma de *perda ulterior de eficácia por resolução judicial*, extinguindo a avença em face da ruptura da confiança, que, necessariamente, deveria permear o negócio. De fato, justifica-se a revogação da doação em vista do forte conteúdo moral que decorre da prática de uma liberalidade.

Explica Marco Aurélio Bezerra de Melo que *revogar* é expressão oriunda da "junção da palavra *re*, que significa *para trás*, com a palavra *vogar*, que guarda o sentido de *voz*, conferindo um sentido de voltar atrás na palavra dita".[106]

Pode causar certa estranheza a revogação da doação, afinal de contas não se pode olvidar que, após a aceitação do donatário, o contrato se torna perfeito e acabado, irretratável e irrevogável para as partes. Pois bem, de fato o negócio se torna irretratável para as partes, que não podem desfazê-lo pela simples manifestação volitiva. A revogação da doação autorizada por lei, por sua vez, depende de reconhecimento judicial da sua causa posterior, nas estreitas hipóteses contempladas no Código Civil (descumprimento de encargo e ingratidão do beneficiário), não comportando interpretação ampliativa.[107]

Em outras palavras, o direito brasileiro *não autoriza a revogação da doação por arbítrio do benfeitor, somente permitindo por decisão judicial, nos casos referidos no sistema legal.*

Aliás, bem por isso, outras causas, previstas em legislações esparsas, como a miséria superveniente do doador, não permitem a revogação do acordo.

Nos casos de revogação previstos em lei, a doação é existente, válida e eficaz. Todavia, a posterior ocorrência de um fato jurídico relevante e reconhecido judicialmente (após o respeito ao devido processo legal), abalando eticamente a relação existente entre doador e donatário, justifica a retirada da declaração de vontade pelo benfeitor, cessando a eficácia do negócio.

Não se há de confundir, por conseguinte, revogação com nulidade ou anulabilidade do contrato e, tampouco, com retratação unilateral pela vontade exclusiva do declarante.

O efeito jurídico da revogação é o desfazimento do vínculo negocial, impondo-se, via de consequência, ao donatário a restituição do bem recebido, caso esteja em sua posse. Trata-se de caso típico de propriedade resolúvel por causa superveniente (CC, art. 1.360). Estando na posse de terceiro, por força de uma nova doação realizada pelo beneficiário, também haverá o dever de restituir a coisa, extinguindo-se a propriedade. Contudo, se a coisa tiver sido adquirida onerosamente (compra e venda, *e. g.*) por terceiro, protege-se a boa-fé alheia, mantendo-se a coisa com o adquirente. Nesse caso, protegendo o terceiro adquirente de boa-fé, o doador terá direito contra o donatário alienante, que deverá devolver o valor do bem devidamente atualizado.

106. MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 206.

107. Explica Fabrício Zamprogna Matiello que "o vocábulo *revogação* se aplica com maior pertinência no plano jurídico, como sinônimo de ato unilateral capaz de dissolver determinada relação jurídica. Isso pode ocorrer até mesmo sem a tomada de providências judiciais, como se dá, por exemplo, no ato de revogar os poderes conferidos em procuração ao mandatário. Todavia, não é desse sentido que trata o legislador ao disciplinar a revogação das liberalidades", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 232.

9.3 Irrenunciabilidade antecipada do direito de revogar a doação

O direito de revogar a doação por ingratidão do donatário é *indisponível antecipadamente* para o doador, conforme disposição insita no art. 556 – que se constitui norma de caráter cogente:

> *Art. 556, Código Civil: "Não se pode renunciar antecipadamente o direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário."*

Nessa linha de intelecção, a cláusula de renúncia antecipada ao direito de revogação por ingratidão (chamada de *cláusula derrogatória* ou *derrogativa*) é nula de pleno direito, não surtindo qualquer efeito. A simples – e ainda que perfunctória – leitura do texto legal evidencia, por outra banda, a perfeita possibilidade de renúncia posterior ao direito de revogar a doação por ingratidão do beneficiário, uma vez que a intenção da lei é vedar, tão somente, a renúncia *antecipada*.

Paulo Nader apoia a opção legislativa, considerando que a renúncia antecipada não estaria justificada "na moral, do mesmo modo que o ato de perdoar por uma infração ainda não cometida. Além deste aspecto, soa estranho e mesmo contra a moral uma cláusula neste sentido e quando a relação entre doador e donatário é de harmonia".[108]

Da leitura do texto legal, extrai-se, outrossim, a possibilidade, por outro turno, de renúncia antecipada do direito de revogação da doação por inexecução do encargo – situação distinta da revogação da doação por ingratidão do beneficiário.

9.4 Revogação da doação por descumprimento do encargo

A inexecução do encargo imposto ao beneficiário na doação modal abre duas distintas possibilidades para o doador: a uma, pode ensejar a sua imediata execução em juízo, através de tutelas específicas, com o propósito de garantir o implemento da obrigação imposta ao beneficiário; a duas, lhe é possível, comprovada a mora do devedor, pleitear ao juiz a *revogação da doação*, a teor do art. 562 da Codificação de 2002.

São diferentes alternativas disponibilizadas para doador.

Nada impede que pleiteie, primeiramente, a execução judicial do encargo para, somente depois de frustrada a medida requerida em juízo, ajuizar a ação revocatória da doação.

Por exemplo, na doação feita em favor de uma entidade não lucrativa, com o encargo de prestação de serviços comunitários, havendo descumprimento, será possível a execução judicial do modo ou, de outra banda, a revogação da doação, por meio de ação ordinária.

---

108. NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 237.

A jurisprudência vem, por igual, reconhecendo essa possibilidade de imediata propositura da ação de revogação da doação por conta do descumprimento do encargo imposto:

> *"Doação modal. Donatários que assumem obrigação de trato sucessivo, consistente na prestação de atendimento familiar, alimentar e médico-hospitalar à doadora. Comprovação do descaso dos donatários e de que os encargos não foram cumpridos. Cabimento da revogação" (TJ/SC, Ac. 4ª Câmara de Direito Civil, Ap. Cív. 2005.034775-2 – comarca de Porto União, rel. Des. Ezequiel Schlemper, j. 22.7.09).*

A legitimidade para requerer a execução judicial do encargo não é, apenas, do doador, mas, identicamente, dos seus herdeiros, se morta a pessoa que praticou o ato de disposição, do terceiro-beneficiário do encargo e, finalmente, do Ministério Público, quando foi constituído em prol da coletividade.

Distintamente, a legitimidade para a propositura da ação de revogação da doação por violação do encargo é exclusiva do doador, e, quando muito, os herdeiros podem dar continuidade à demanda já iniciada por ele, após a sua morte. Trata-se, pois, de *ação personalíssima*.

De qualquer maneira, vale a lembrança de que a revogação da doação dependerá da comprovação da mora do beneficiário. Assim, havendo prazo expressamente previsto no contrato para o cumprimento do encargo, a mora será *ex re*, caracterizada de pleno direito, com o simples advento do termo, sem o adimplemento da contraprestação. Lado outro, se não havendo prazo estipulado para o cumprimento do encargo, a mora será *ex persona*, dependendo da prévia interpelação do devedor, judicialmente, com fixação de prazo razoável para o adimplemento, como dispõem os arts. 397[109] e 562[110] da Lei Civil.[111]

Evidentemente, com esteio na boa-fé objetiva, especificamente em sua variação do *substancial performance* (teoria do adimplemento substancial),[112] o donatário po-

109. Art. 397, Código Civil: "o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo Único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial".

110. Art. 562, Código Civil: "a doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinalando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida".

111. A jurisprudência é firme ao exigir a prévia interpelação judicial para a revogação da doação: "Realizada doação que prevê encargo mas não determina o prazo para seu cumprimento, incumbe ao doador notificar o donatário para adimplir a obrigação ajustada, mormente quando for de razoável porte, sob pena de não ser possível recorrer às vias judiciais para pedir a revogação da liberalidade" (TJ/SC, Ac. 3ª Câmara de Direito Civil, Ap. Cív. 2010.054253-0 – comarca de Caçador , rel. Des. Marco Túlio Sartorato, j. 19.11.10).

112. A título de esclarecimento, vale uma breve referência à teoria do adimplemento substancial, extraída de outra sede: "a tese do inadimplemento mínimo é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos. Atualmente, é possível questionar a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual pelo credor, em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor, mas em que, todavia, não tenha suportado adimplir uma pequena parte da obrigação. É que se apresenta abusivo o exercício de um direito pela parte que pretende ver resolvido

derá *purgar a mora*, cumprindo o encargo, desde que a prestação ainda seja possível e não tenha se tornado inútil (CC, arts. 395, parágrafo único, e 401).

Se a execução do encargo se tornou impossível, sem culpa do devedor, decorrendo de caso fortuito ou força maior, a doação permanecerá válida e eficaz, mantida em sua inteireza, com a consequente exoneração do beneficiário em relação ao cumprimento do encargo.

Uma questão palpitante, que vem agitando a doutrina e a jurisprudência, concerne à definição do prazo extintivo para a propositura da ação de revogação da doação por descumprimento de encargo.

Não há consenso. Ao revés, *auctores ultraque trahunt*, pertencendo o tema à área cinzenta do Direito.

De um lado, relevantes vozes,[113] em posição majoritária na doutrina, propugnam pelo reconhecimento do mesmo prazo decadencial de um ano, previsto para a revogação da doação por ingratidão do beneficiário. Defendem que se cuida de um prazo fatal para o exercício do direito potestativo à desconstituição do negócio jurídico, seguindo a mesma lógica do Código Civil de reservar os arts. 205 e 206 para sediar os prazos de prescrição, deixando espalhados por dispositivos esparsos os prazos de decadência. Ademais, como, muita vez, o fato não chega, imediatamente, ao conhecimento do doador, na medida em que o encargo, às vezes, é estipulado em favor de terceiros ou da coletividade, o *conhecimento do descumprimento do encargo* seria determinante para o início da contagem (consoante preconiza a teoria da *actio nata)*.

Em margem diametralmente oposta, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou um entendimento distinto – que nos parece mais provido de razoabilidade e aplicabilidade prática.[114] Segundo o entendimento pretoriano, a natureza da demanda judicial de revogação da doação por descumprimento de encargo seria *condenatória* (como uma sanção aplicável ao donatário que, inadvertidamente, deixou de cumprir a contraprestação imposta). Por isso, o prazo teria natureza *prescricional*, e

---

um negócio jurídico somente porque a contraparte descumpriu, minimamente, as suas obrigações. É o abuso do direito à rescisão de um contrato, porque os drásticos efeitos que podem decorrer afrontam o senso ético exigido das partes", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil*: Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 697.

113. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 362; MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 215; WALD, Arnoldo, *Direito Civil:* contratos em espécie, op. cit., p. 73. Sobre o assunto, Flávio Tartuce considera que o prazo extintivo para o ajuizamento da ação de revogação de doação por inexecução do encargo é decadencial de um ano porque "a ação é de natureza constitutiva negativa, fundada em direito potestativo", *Direito Civil*, op. cit., p. 332.

114. "A ação para tornar sem efeito a doação por motivo de inexecução do encargo prescreve em vinte anos (agora, dez anos, art. 205, Código Civil de 2002). Recurso especial não conhecido" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 472.733/DF, rel. Min. Ari Pargendler, j. 6.2.07, *DJU* 16.4.07, p. 181, *in RSTJ* 210:250) e "1. O prazo prescricional para revogação de doação de terreno público por inexecução de encargo é de vinte anos, nos termos do art. 177 do Código Civil de 1916 (dez anos, art. 205 do Código Civil de 2002). 2. O art. 178, § 6º, I, do Código Civil de 1916 (atual art. 559 do Código Civil de 2002) aplica-se apenas às hipóteses de revogação de doação por ingratidão do donatário. Precedentes. 3. Recurso especial provido" (STJ, Ac. unân. 2ª T., REsp 231945/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 3.8.06, *DJU* 18.8.06, p. 357).

não decadencial. Com isso, considerando a ausência de regra específica de prescrição no art. 206 do Livro Civil, entende a nossa Corte Superior de Justiça que é caso de aplicação da cláusula geral decenal de prescrição (CC, art. 205). Assim, afirma-se, em sede jurisprudencial, que o prazo decadencial de um ano para a revogação da doação concerne, tão somente, à hipótese de ingratidão do donatário, não se referindo à inexecução de encargo,[115] cuja natureza e *ratio essendi* são bem distintas valorativa e executivamente. E, assim, firma-se, nos tribunais, o prazo prescricional de um ano para a propositura da ação revocatória, no caso de descumprimento de encargo.

9.5 Revogação da doação por ingratidão do donatário

A possibilidade de revogação da doação por ingratidão do beneficiário é limitada, não se aplicando a todo e qualquer contrato. Cuidando especificamente do tema, o art. 564 do Código Civil reza:

Art. 564, Código Civil: "Não se revogam por ingratidão:

> *I – as doações puramente remuneratórias; II – as oneradas com encargo já cumprido; III – as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural; IV – as feitas para determinado casamento."*

De fato, a revogação da doação por ingratidão é peculiar às doações puras e simples. Logo, em se tratando de doação onerosa (com encargo cumprido), de doação remuneratória (em retribuição a um serviço prestado sem exigibilidade), de cumprimento espontâneo de obrigação natural (que, em verdade, tem natureza jurídica de pagamento, e não de doação) e de doação *propter nupcias*, a introdução de elemento estranho ao caráter liberal do ato justifica a irrevogabilidade. Assim, a solução se justifica na medida em que as quatro hipóteses selecionadas retratam doações vinculadas a determinados objetivos do doador, ao contrário do que ocorre na doação pura.

Mas o fato de a norma vedar a revogação da doação nas referidas situações não implica total isenção de responsabilidade do donatário. Além de eventual sanção penal, poderá o doador, ou os seus familiares – quando vítimas ou sucessores –, ajuizar ação de reparação pelo dano moral consequente à ofensa aos direitos da personalidade, além da indenização pelos danos materiais por prejuízos causados na órbita econômica.

Por outro lado, a ação de revogação por ingratidão tem de ser ajuizada no prazo decadencial de um ano (CC, art. 559).[116] O termo *a quo* para a fluência prazal será aquele em que o doador tiver a convicção de que o donatário praticou um dos fatos

115. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 175.

116. Art. 559, Código Civil: "a revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor".

caracterizadores da indignidade (é a incidência da teoria da *actio nata*). A inclusão da expressão "e de ter sido o donatário o seu autor" ao final do dispositivo poderá ser útil nos casos em que o ofendido seja um parente ou cônjuge do doador, havendo a necessidade de apuração da autoria. Nas hipóteses em que houver ação criminal contra o donatário, não poderá o doador se aproveitar do benefício estatuído no art. 200 do Código Civil[117] para iniciar a contagem do prazo da data do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois a norma é privativa para as hipóteses de prescrição, não sendo aplicável à decadência.

Enfatize-se, outrossim, o caráter *intuitu personae* da ação de revogação de doação também nessa hipótese. Por isso, a ação revocatória não será transmitida aos herdeiros do doador, falece com ele. Excepcionalmente, permite-se (CC, art. 561) que, em caso de homicídio doloso, os herdeiros do doador ajuízem a ação, naturalmente pela impossibilidade de a vítima agir. Aliás, é possível, no ponto, a cumulação do pleito desconstitutivo (revogação da doação) com a reparação pelos danos moral e material decorrente da morte do doador. Pelo fato de a lide não assumir contornos patrimoniais, não apenas os herdeiros chamados à sucessão imediatamente poderão ajuizar a demanda contra o donatário, como também outros sucessíveis mais distantes, diante da omissão dos mais próximos. Abre-se uma estranha exceção na parte final do citado dispositivo (de raríssima ocorrência prática), fazendo alusão aos casos em que, antes de falecer como consequência do crime, o doador *perdoar* o donatário, por escrito ou através de declaração verbal testemunhada por pessoas próximas. A estranheza se justifica, afinal não se concebe, ordinariamente, alguém manifestar o perdão logo após ser alvejado por um tiro certeiro ou uma facada letal. Logicamente, caberá ao donatário demonstrar a existência do aludido perdão, com base na distribuição dos ônus probatórios.

Contudo, se o doador já havia ajuizado a demanda, os seus herdeiros poderão ocupar a sua posição no processo em caso de falecimento do autor (é o fenômeno da sucessão processual). A pretensão de direito material ainda é do doador, os herdeiros apenas conduzirão o processo a seu destino. Caso o falecimento do donatário ocorra antes do ajuizamento da lide, não poderão ser os seus herdeiros colocados no polo passivo da lide, em razão de o fato ser personalíssimo. Todavia, se já havia ação revocatória em andamento contra o donatário quando de seu falecimento, não poderão os herdeiros responder por forças superiores às da herança (CC, art. 1.997), prestigiando-se a autonomia patrimonial entre o donatário e os sucessores.

O conceito jurídico de *ingratidão* é aberto, não podendo ficar enclausurado em molduras tipificadas previamente em lei. De qualquer modo, é certo que o balizamento jurídico da ingratidão, certamente, será mais restrito do que o seu conceito popular, que tende a abarcar situações irrelevantes para o sistema jurídico.

117. Art. 200, Código Civil: "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".

Com isso, repugna a ideia de um *rol taxativo das causas de ingratidão*, uma vez que as hipóteses em que uma pessoa pode ser traiçoeira contra quem lhe fez um gesto altruístico são incontáveis (e, pior, incontroláveis). Até porque *não há limites para a ingratidão humana*, como concluem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[118]

Não se pense, contudo, que toda e qualquer conduta humana poderia ser considerada *ingrata*, motivando uma revogação de doação. Mero aborrecimento, falta de afeto ou carinho do donatário para com o seu benfeitor não justificam a cessação da eficácia, pois uma pessoa não é obrigada a gostar de outra somente porque foi beneficiada por uma liberalidade.[119] Mas é preciso um tratamento ético.

Para a perfeita compreensão da matéria, é mister levar em conta a *tipicidade finalística*, através da qual o magistrado pode, no caso concreto, admitir outras hipóteses de ingratidão, não tipificadas expressamente em lei, desde que tenham a mesma *finalidade* dos tipos legais referidos no dispositivo legal (CC, art. 557) e estejam revestidas de idêntica gravidade.[120]

O referencial a ser levado em conta para a perfeita compreensão da tipicidade finalística tem de ser *a boa-fé objetiva* (a eticidade), afinal de contas a prática de uma conduta ingrata afronta contra os deveres anexos e a confiança presentes valorativamente em qualquer contratação (CC, art. 422).[121] Seria um caso de *ruptura da boa-fé objetiva pós-contratual* (pós-eficácia do contrato).

Nessa tocada, o Enunciado 33 da Jornada de Direito Civil é expresso:

> *Enunciado 33, Jornada de Direito Civil: "O novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses."*

De qualquer maneira, é fundamental conhecer as molduras jurídicas de ingratidão, aludidas no art. 557 da Codificação, estabelecendo as latitudes e as longitudes das hipóteses revocatórias.

No sentido comum do termo, a ingratidão seria um desrespeito qualquer por quem proporcionou um benefício. Todavia, juridicamente, a possibilidade de revogação é dedicada às situações mais graves valorativamente, em que o desrespeito importa

118. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de Direito Civil*, op. cit., p. 174.

119. Já se reconheceu, na jurisprudência, que o simples "desapego afetivo e atitudes desrespeitosas não bastam para deserdamento. É necessária a demonstração de uma das hipóteses previstas no Código" (STJ, Ac. unân., 3ª T., REsp 791154/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21.2.06, *DJU* 27.3.06, p. 272).

120. Anuindo ao raciocínio, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino é enfático ao asseverar a admissibilidade de revogação da doação "por outros casos não previstos expressamente na lei, desde que se mostrem igualmente graves e configurem ingratidão", *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 160.

121. "Em nenhum outro campo do Direito há tamanha correlação deste com a moral. De modo que, restando demonstrada a indiferença da autora para com aquela que lhe doou o único patrimônio de que dispunha, na expectativa de que lhe fossem despendidos cuidados em sua velhice, de todo justificado o pedido de revogação da doação" (TJ/RS, Ac. 20ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70015472632, rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 12.7.06).

em ofensa a valores sedimentados como relevantes na sociedade, sob o ponto de vista da eticidade. As referências legais são:

i) *crime de homicídio ou tentativa de homicídio pelo donatário contra o doador, na modalidade dolosa* – aqui, o legislador faz referência à possibilidade de revogação tanto pelo homicídio consumado quanto pelo tentado. Com o homicídio, a legitimidade para o ajuizamento da ação será dos herdeiros do doador (CC, art. 561). Independe de prévia condenação criminal, podendo a prova ser produzida diretamente no juízo cível, salvo quando houve prévia decisão do juízo penal, apreciando a materialidade e a autoria do delito. É a regra da relativa independência entre as instâncias cível e criminal (CC, art. 935).

ii) *lesões corporais* – sendo dolosa, em qualquer modalidade, admitida, até mesmo, a lesão corporal leve, consubstanciada em exame de corpo de delito. A nosso sentir, hipóteses em que há um entrevero entre doador e donatário, como vias de fato e agressões, não causando lesões relevantes para o Direito Penal, poderão ser sopesadas pelo magistrado com prudência, perseguindo-se o princípio da proporcionalidade, a fim de evitar sanções desmesuradas para atitudes não tão graves.

iii) *Injúria grave e calúnia* – a injúria alcança a honra subjetiva da pessoa, ferindo-lhe o decoro ou a dignidade mediante a utilização de qualificações depreciativas como "safado", "vagabundo". Deverá a injúria ser grave, causando constrangimento ao doador no meio social em que vive.[122] A calúnia é a falsa imputação de um crime contra o doador. Apesar de não haver expressa menção à difamação, o fato que fere a reputação da pessoa ensejará a revogação da doação. Não se exige a prévia condenação criminal para a revogação nesse caso.

iv) *Recusa injustificada de prestação de alimentos* – em princípio, o donatário não é sujeito passivo do dever de alimentar, quando não seja parente, cônjuge ou companheiro do doador (CC, art. 1.694). Mas a partir do instante em que este necessite de alimentos e o donatário possa ministrá-los em razão de sua posição econômica – por evidente, não do valor do bem doado ou das rendas que produza –, não será ético de sua parte recusar injustificadamente a sua concessão, deixando o doador em desamparo. Destarte, afigura-se desnecessário o ajuizamento de ação de alimentos para justificar a revogação da doação, sendo suficiente a demonstração da injustificada recusa e da inexistência de familiares do doador que possam fornecer o mínimo a seu sustento.

122. "Caracteriza injúria grave, a autorizar a revogação da doação por ingratidão, desferir a donatária, sem motivo, chute no rosto do doador, seu pai, que, velho e doente, o mínimo que deveria receber da filha – a quem devotou carinho, a ponto de lhe doar o único imóvel de seu patrimônio – era respeito" (TJ/DFT, Ac. 5ª T. Cív., Ap. Cív. 5.209.399, rel. Des. Jair Soares, *DJU* 2.2.00, p. 36).

Afirmando a diretriz da socialidade, pela lente da função social da família, permite-se que a revogação por ingratidão também se caracterize quando o ofendido for o cônjuge, o ascendente, o descendente ou mesmo o irmão do doador (CC, art. 558).[123] Naturalmente, a referência ao *cônjuge* deve ser ampliada, alcançando, por igual, o *companheiro. Outrossim, devem estar abrangidas as uniões afetivas-familiares hetero ou homoafetiva*, na medida em que são, todas elas, merecedoras da especial proteção do Estado dedicada pelo *caput* do art. 226 do Texto Constitucional.[124]

Dessa maneira, utilizando a técnica de *interpretação conforme a Constituição*, deve ser alargada a alusão ao *cônjuge* para alcançar, identicamente, o *companheiro*,

123. Os nossos Sodalícios já simpatizam com a possibilidade revocatória por ingratidão desferida contra descendente: "Circunstâncias do caso que autorizam a revogação da doação, ante os atos praticados pelo donatário *contra a neta do doador*, que estava sob os cuidados dele, disposição do artigo 558 do Código Civil" (TJ/RS, Ac. 20ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70032587099 – comarca de Lajeado, rel. Des. Rubem Duarte, j. 24.3.10, *DJRS* 1.4.10).

124. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4277/DF, afirmou, por unanimidade, que as uniões de pessoas do mesmo sexo possuem natureza de entidade familiar e, por isso, protegidas pelas regras do Direito das Famílias. Confira-se: "O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciá-la da 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', verbis: 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte' [...] Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva" (STF, Ac. unân. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.11, *DJe* 14.10.11).

sejam em relações hetero ou homoafetivas, evitando qualquer forma de discriminação por parte do legislador subalterno.

No ponto, inclusive, é de se notar que o individualismo jurídico que, outrora, permeava o Direito Civil havia restringido a discussão acerca da revogação da doação apenas entre os partícipes da relação patrimonial. Agora, procura-se enfatizar o fundamental papel da família e dos laços afetivos que envolvem as pessoas que a compõem. O vínculo existencial entre os membros da entidade familiar justifica que a lesão a um deles tenha a mesma carga de significado que a ofensa ao próprio doador. De certa maneira, o legislador despatrimonializa a discussão e afirma que todo ato de doação envolve um laço espiritual com o donatário, que será traído quando o cônjuge (o companheiro ou o parceiro homoafetivo), o ascendente ou o descendente, eventualmente, vier a sofrer as ofensas aludidas no artigo pregresso.

CAPÍTULO V

Contratos de Empréstimo: Comodato e Mútuo

Sumário • 1. Noções conceituais sobre o empréstimo como uma figura contratual – 2. O comodato: 2.1 Noções conceituais; 2.2 Elementos caracterizadores do comodato; 2.3 Prazo do empréstimo; 2.4 Classificação do comodato; 2.5 Promessa de comodato (pactum de commodando); 2.6 Obrigações do comodatário; 2.7 Obrigações do comodante; 2.8 Comodato de bem público; 2.9 Teoria dos riscos no contrato de comodato; 2.10 Extinção do comodato – 3. O mútuo; 3.1 Noções conceituais; 3.2 Elementos caracterizadores do mútuo; 3.3 Capacidade das partes envolvidas; 3.4 Classificação do mútuo; 3.5 Prazo do contrato de mútuo; 3.6 Mútuo em dinheiro (mútuo feneratício); 3.7 Extinção.

"Dinheiro não lhe emprestei, favores nunca lhe fiz,
Não alimentei o seu gênio ruim,
você nada está me devendo; Por isso, meu bem,
não entendo porque anda agora falando de mim."

(Chico Buarque, Injuriado, de Chico Buarque de Hollanda)

"Não faz mal não ser compositor,
Se o amor valeu, eu empresto um verso meu
Pra você dizer..."

(Roupa Nova, *Seguindo no trem azul*, de Cleberson Horsth e Ronaldo Bastos)

1. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O EMPRÉSTIMO COMO UMA FIGURA CONTRATUAL

Empréstimo é a convenção pela qual uma parte entrega a outra um determinado bem, sob a obrigação de posterior restituição.

De fato, a natural impossibilidade de uma pessoa obter todas as satisfações materiais que pretende justifica, de certo modo, o empréstimo, como um mecanismo de permitir o acesso a bens que, ordinariamente, não se poderia ter.

Carlos Roberto Gonçalves faz interessante reflexão, nessa esteira: "como as necessidades da vida se multiplicam e nem todas as pessoas têm posse que lhes permitam satisfazê-las, é comum se emprestar de amigos, de parentes ou, modernamente, de instituições financeiras, os bens e valores que estes possuem em excesso, com a promessa de restituição".[1]

A realização de empréstimos é ato que transcende os tempos, ajudando a manter os vínculos sociais e econômicos por encorajar a reciprocidade entre as pessoas.

Decorrem, sob o prisma histórico, de antigos costumes da humanidade, que sempre confiou nos empréstimos. Alguns acontecimentos históricos servem como ilustração. De há muito (por volta de 88 a. C.), o Banco Central da Confederação de Atenas, situado no Templo de Apolo, na aprazível Ilha de Delos,[2] realizava empréstimos à população – o que acarretou a expansão de suas riquezas, culminando por ser pilhado por Mitridates. Quase 12 séculos depois, ao se iniciarem as Cruzadas (1096), as Igrejas e os monastérios emprestavam dinheiro, com o ouro de suas reservas, normalmente sob a garantia de hipotecas.

Sem dúvida, o serviço do comércio e dos bancos sempre esteve intimamente ligado aos empréstimos onerosos.

Pois bem, a legislação brasileira (CC, arts. 579 a 585) regulamenta o empréstimo, através de duas diferentes figuras: o comodato e o mútuo. Aquele (comodato ou *prestito ad uso*, em língua espanhola, ou ainda *prêt à usage/commodat*, em francês) é um *empréstimo para uso*, enquanto este (mútuo ou *prestito ad consumazione* ou *prêt de consommation*) é *empréstimo para consumo*.

Comodato e mútuo aproximam-se e repelem-se. Aproximam-se na medida em que são espécies do gênero *empréstimo*, caracterizadas pela cessão temporária de uma coisa, com posterior restituição. Repelem-se, por outro turno, porque no mútuo a propriedade da coisa é transferida a quem tomou a coisa emprestada (uma vez que o seu objeto são bens fungíveis). O mutuário deve devolver coisa de igual espécie, gênero e qualidade. Já no comodato há, tão só, transferência de posse (por ter como objeto bens infungíveis), com o inexorável dever de restituir, especificamente, a coisa objeto da avença. Ademais, o comodato é sempre gratuito, enquanto o mútuo pode ser gratuito ou oneroso. Essa distinção corresponde, em linhas gerais, à própria essência do empréstimo, que, algumas vezes, se apresenta como manifestação de solidariedade humana; noutras oportunidades, desponta como negócios jurídicos intrincados para o fomento do desenvolvimento econômico e do crédito.

1. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 310.
2. A Ilha de Delos está situada no Mar Egeu, tendo se notabilizado por servir como santuário de Apolo, o Deus do Sol, na Antiguidade Clássica, chegando a ser considerada o seu berço. Sediou a Liga de Delos, congregando os aliados de Atenas contra Esparta, nos famosos embates. Também se tornou conhecida por guardar todo o tesouro desta Liga, razão pela qual o seu Banco Central incrementou empréstimos, com vistas à expansão dos negócios. Em 1990, foi declarada Patrimônio Mundial da Humanidade pela UNESCO.

Em sendo assim, o empréstimo de uma casa caracteriza comodato, enquanto o empréstimo de dinheiro é um mútuo. Nada impede que um único negócio abarque ambas as figuras. "Um empréstimo feito por um agricultor a outro de sementes de milho para o plantio e de um trator para o preparo da roça caracteriza-se como mútuo em relação às sementes e como comodato em relação à máquina agrícola", no lúcido exemplo aventado por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.[3]

A maioria dos Códigos (como, *verbi gratia*, o alemão, o italiano, o polonês, o venezuelano, o peruano etc.) não trata das duas figuras contratuais com conceitos e regras comuns. Ao revés, verifica-se que se trata de distintos negócios jurídicos. O nosso Código Civil de 2002, palmilhando as sendas do suíço e do francês, optou por solução diversa, estabelecendo um único capítulo, consagrado ao empréstimo, com duas seções, uma do comodato e outra do mútuo. É bem verdade que não há regras comuns a ambas as espécies, mas deixa claro a legislação o fato de pertencerem ao mesmo gênero.

2. O COMODATO

2.1 Noções conceituais

Sob o prisma etimológico, comodato é originado da expressão latina *commodum datum*, com o significado de coisa dada em cômodo e proveito daquele que a recebia. A expressão deriva de *commodare*, que significa *tomar de empréstimo*. Nesse diapasão, inclusive, as Ordenações Filipinas (Livro I, Título LIII) explicavam se chamar comodato este negócio jurídico porque a transmissão da coisa, gratuitamente, ocorre para cômodo e proveito de quem a recebe.

Em perspectiva clara, expressamente dispõe o art. 579 do Código Reale que "comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto".[4]

Trata-se de contrato extremamente habitual, em especial nos âmbitos familiar e filantrópico e nos círculos de amizade, sendo comum o empréstimo gratuito de livros, veículos, equipamentos médicos, objetos de arte, imóveis residenciais, dentre outros bens.[5] Bastante corriqueira a celebração de comodato nos divórcios e nas dissoluções de uniões estáveis, quando consensuais, permitindo um dos cônjuges ou companheiros que o outro permaneça residindo gratuitamente no imóvel particular,

3. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 260.

4. Bem perto dessa compreensão, o art. 2.255 do Código Civil argentino, inspirado nas lições do baiano Teixeira de Freitas, dispõe que "haverá comodato ou empréstimo de uso quando uma das partes entrega gratuitamente alguma coisa não fungível, móvel ou imóvel, com faculdade para ser utilizada". Na mesma direção, ainda, o art. 1.875 do *Code de France*.

5. "Entre estranhos não há motivação para o exercício desse contrato, dado o seu caráter gratuito, salvo a presença de outras modalidades de interesse", NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 268.

durante determinado tempo.[6] Também tem campo fecundo para a sua aplicação nas relações de trabalho, encontrando-se, muita vez, o empréstimo gratuito pelo empregador de imóvel residencial ao empregado que se muda de um lugar para outro, a pedido do tomador do serviço.

Ora, seguindo as pegadas do legislador, o comodato é empréstimo gratuito (sem contraprestação) de coisa infungível (não substituível por outra de igual espécie, qualidade e quantidade) para ser utilizada pelo beneficiário por tempo determinado ou determinável. Trata-se, portanto, de um *empréstimo para uso por terceiro*.

As partes envolvidas são o *comodante* (aquele que cedeu a coisa temporária e gratuitamente) e o *comodatário* (quem se beneficia do empréstimo). Podem ser pessoas físicas ou jurídicas e, como qualquer outro negócio, exige-se a plena capacidade geral (CC, art. 104).[7]

No comodato há uma transferência provisória da posse direta da coisa, mantida a propriedade com o comodante (o seu titular). Por isso, advindo o termo estabelecido para a avença, o bem tem de ser restituído, sob pena de caracterização de esbulho pelo comodatário, com a consequente possibilidade de pedido de reintegração de posse (ação possessória) pelo comodante.

Por não envolver a transferência de titularidade da propriedade, o comodante *não precisa ser o proprietário da coisa*, bastando que tenha o seu uso e fruição.[8] Com isso, o usufrutuário, o enfiteuta e o superficiário podem celebrar contrato de comodato, apesar de não terem a propriedade, mas apenas direitos reais sobre a coisa alheia. Isto é possível na medida em que o comodatário tem o dever de restituir a própria coisa, não exaurindo a sua substância.

Situação bem interessante diz respeito ao contrato de locação. Na locação comum, regida pelo Código Civil, não há necessidade de autorização especial do locador para o empréstimo da coisa (CC, arts. 569 e 579), podendo o locatário fazê-lo livremente. Já o locatário de imóvel urbano somente poderá emprestar a coisa se obtiver autorização prévia e escrita do locador, consoante exigência do art. 13 da Lei nº 8.245/91 – Lei de Locações de Imóveis Urbanos.

Outra intrigante discussão concerne à possibilidade de comodato celebrado pelo *próprio comodatário*. Quem recebe um bem em comodato pode emprestá-lo

6. A jurisprudência reconhece, com tranquilidade, a possibilidade: "Ocorrendo a separação do casal e permanecendo o imóvel comum na posse exclusiva do varão, *é de se admitir a existência de um comodato gratuito*, o qual veio a ser extinto com a citação para a ação promovida pela mulher. Daí ser admissível, a partir de então, o direito de a coproprietária ser indenizada pela fruição exclusiva do bem comum pelo ex-marido" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 178.130/RS, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 4.4.02, *DJU* 17.6.02, p. 266).

7. Frise-se, por oportuno, que o incapaz, absoluta ou relativamente, pode receber um empréstimo gratuito (ser comodatário), validamente, por interpretação analógica do comando do art. 543 do Código Civil, desde que não haja imposição de encargo.

8. Lembra Fábio Ulhoa Coelho que, em se tratando de uma liberalidade (empréstimo gratuito), não pode o "terceiro (herdeiro, por exemplo) reclamar contra o ato", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 238.

gratuitamente, de novo? É a hipótese de *subcomodato*. Pois bem, observando a *ratio essendi* deste contrato e a necessária confiança que permeia os negócios jurídicos (boa-fé objetiva), parece-nos que o empréstimo gratuito celebrado pelo comodante tem como alvo, fundamentalmente, a pessoa do comodatário. Por isso, entendemos que, somente com a expressa anuência do comodante, pode o comodatário celebrar subcomodato. Sem tal consentimento, trata-se de abuso do direito, com desvio da finalidade negocial. Desenvolvendo raciocínio idêntico no âmbito do direito argentino, Marcelo Urbano Salerno acrescenta que o comodato é um "contrato baseado na amizade", na medida em que "ninguém empresta bens a pessoas desconhecidas ou sem ter referências diretas sobre o seu modo de ser".[9]

Obtempere-se, de qualquer forma, que os tutores, curadores e em geral todos os administradores de bens alheios (como os inventariantes e os administradores de massa falida) somente podem celebrar comodato com prévia autorização judicial, ouvido o Ministério Público, como reza o art. 580 da Codificação.[10] Cuida-se de medida protetiva dos incapazes, tutelando os interesses daqueles que não possuem a plena disposição de seu próprio patrimônio. É justificável: o comodato é empréstimo gratuito, não podendo estar incluído nos poderes gerais de administração de patrimônio alheio. Tecnicamente, falta aos tutores, curadores e administradores em geral *legitimidade* (requisito específico para a prática de um ato específico) para a celebração do contrato de comodato – não se tratando de falta de capacidade jurídica. A hipótese não se aplica aos pais que, na conformidade do art. 1.394 do *Codex*, podem emprestar os bens pertencentes aos filhos menores, sem autorização judicial, por terem direito a posse, uso, administração e percepção de frutos. Assim, os pais estão excluídos do alcance da norma legal referida.

Caracterizado pela efetiva entrega da coisa (tradição), o comodato impõe ao beneficiário, quando do seu término, a imediata e efetiva devolução da coisa objeto do negócio – e não de outra, sob pena de inadimplemento contratual.

2.2 Elementos caracterizadores do comodato

Com esteio na lição de Orlando Gomes, "comodato é a cessão gratuita de uma coisa para seu uso com estipulação de que será devolvida em sua individualidade, após algum tempo".[11]

A partir desse conceito (correspondente, em linhas gerais, à previsão legislativa, aludida no art. 579 do *Codex*), é possível extrair as características fundamentais do comodato:

9. SALERNO, Marcelo Urbano. *Contratos civiles y comerciales*, op. cit., p. 593.
10. Art. 580, Código Civil: "Os tutores, curadores e em geral todos os administradores de bens alheios não poderão dar em comodato, sem autorização especial, os bens confiados à sua guarda."
11. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 385.

i) gratuidade;

ii) infungibilidade do objeto;

iii) efetiva entrega da coisa (tradição).[12]

A *gratuidade* é da essência deste contrato, não havendo qualquer contraprestação em favor do comodante. É um negócio jurídico decorrente do desprendimento do cedente. Distingue-se, por oportuno, da doação por não envolver a transferência de propriedade do bem, dizendo respeito a uma cessão temporária de posse da coisa, para utilização de uma determinada pessoa. Também se diferencia da locação porque, conquanto a transmissão de posse seja provisória, por tempo determinado, não envolve uma contraprestação (aluguel).

É de ser sublinhado, porém, que a eventual imposição de algum encargo (ou modo) ao comodatário não descaracteriza o comodato. Dessa maneira, mesmo que incida um eventual encargo sobre o comodato (*verbi gratia*, ter o beneficiário de entregar, semanalmente, dez litros de leite em uma creche) ou deva o comodatário arcar com determinadas despesas, mantém-se a gratuidade, eis que tais gastos não configuram contraprestações, mas meras restrições à liberalidade. Trata-se da figura conhecida como *comodato modal* ou *comodato com encargo*. Nesse caso, atribui-se ao beneficiário do contrato (comodatário) um encargo, correspondendo a um dever jurídico específico, como no exemplo do pagamento da taxa condominial do imóvel ou mesmo dos impostos no empréstimo gratuito de um imóvel residencial.[13] Não desnatura o comodato por se tratar de uma obrigação ligada, muito mais, à conservação da coisa, não correspondendo a uma contraprestação em favor do benfeitor. A orientação jurisprudencial é no sentido de que a imposição eventual de um dever jurídico ao comodatário não caracteriza onerosidade excessiva, como na hipótese do posto de combustíveis que se obriga a vender, com exclusividade, produtos da marca da empresa que lhe empresta, gratuitamente, equipamentos e material.[14] Identicamente, há precedente reconhecendo que a imposição ao comodatário do dever de

12. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 256.

13. Valendo-se de outros exemplos, é "o empréstimo de uma casa de campo, impondo-se ao comodatário o encargo de regar as flores do jardim e cuidar dos pássaros, bem como o empréstimo de bens, como a obrigação de o comodatário revender bens de fabricação do comodante, como sucede com as distribuidoras de derivados de petróleo quando fornecem equipamentos, tais como instalações, bombas, elevadores de veículos etc., desde que o posto de serviços de veículos comercialize unicamente produtos de sua bandeira. A obrigação de revenda exclusiva não representa remuneração ao comodato", GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 312-313.

14. "Posto de gasolina. Contratos de fornecimento e comodato entre a distribuidora e a revendedora. Obrigação contratual. Exclusividade. Ausência de demonstração da abusividade contratual. *Pacta sunt servanda*. Desprovimento. Tratando-se de um tipo de contrato extremamente usual nas companhias distribuidoras de produtos derivados de petróleo, não havendo, a princípio, qualquer nulidade por suposta abusividade de cláusula contratual, não se vislumbra desequilíbrio entre os contratantes, tendo em vista que, em contrapartida à obrigação de exclusividade, existe a obrigação da distribuidora de emprestar seus equipamentos, devendo prevalecer o *pacta sunt servanda*" (TJ/PB, Ac. unân. 4ª Câm. Cív., Ag. Instr. 2002.008012001300 2, rel. Des. Júlio Paulo Neto, j. 28.7.09).

realizar uma construção para garantir a finalidade da coisa emprestada não desnatura o contrato de comodato.[15]

Todavia, se a obrigação imposta tem natureza de compensação econômica ou mesmo se revelar contraprestacional (correspondendo a uma espécie de retribuição ao comodante), não haverá comodato, mas um contrato inominado. No ponto, convém a ressalva de que o *nomen juris* do contrato pouca relevância possui. O que realmente importa é a apreciação do seu conteúdo, de sua estrutura.

O objeto do comodato deve ser um bem *infungível e inconsumível*, seja móvel ou imóvel. A natureza *não fungível* do objeto do comodato decorre do natural dever de restituir a coisa, imposto ao comodatário. Se o objeto do contrato fosse um bem fungível, tratar-se-ia de mútuo. Aliás, exige-se, também, que a coisa seja *inconsumível*, além de *infungível*, exatamente porque não se permite que o uso esvazie a sua essência.

Não se olvide que a infungibilidade e a inconsuntibilidade podem decorrer da vontade das partes, não se tratando de um conceito puramente naturalístico. Seria o exemplo do empréstimo gratuito de moedas (bem fungível, por excelência) para uma exposição.

Excepcionalmente, admite-se um comodato de bens fungíveis. É o *commodatum ad pompam vel ostentationem*, cujo objeto são bens destinados à ornamentação e que, embora tenham estrutura fungível (como as flores, por exemplo), são idôneos para esta figura contratual. É o exemplo dos arranjos decorativos de uma festa ou cerimônia de casamento que, embora fungíveis por natureza, não se destinam à utilização.

Ademais, os bens incorpóreos, como o direito autoral e a marca comercial, também podem ser objeto de empréstimo gratuito.[16]

Pode incidir o comodato, também, sobre o direito de uso de um certo lugar (o chamado *commodatum loci*), como na hipótese de empréstimo gratuito de uma vaga de garagem ou de estacionamento gratuito para veículos.

Também os bens arrendados (no caso de *leasing*) podem ser emprestados, se há permissão para a cessão de uso no instrumento contratual.[17]

Por derradeiro, vale pontuar que somente com a *tradição* (efetiva entrega da coisa) se aperfeiçoa o comodato. Com a transferência da posse direta para o comodatário, mantém-se com o comodante a propriedade do bem e a sua posse indireta.

---

15. "A atribuição de encargo ao comodatário, consistente na construção de casa de alvenaria, a fim de evitar a 'favelização' do local, não desnatura o contrato de comodato modal" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.316.895/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.6.13, *DJe* 28.6.13).

16. Sobre o tema, Maurício Scheinmam assevera a possibilidade de serem dados em comodato os bens incorpóreos ou imateriais porque passíveis de quantificação econômica: "se pode haver transferência de domínio de bem incorpóreo, o mesmo também pode ser dado em comodato. Deve, no entanto, haver cautela para que não sejam desvirtuadas outras figuras contratuais", *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 28.

17. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, op. cit., p. 586.

Aliás, vale o registro de que o desdobramento da posse nessa figura contratual tem a exata intenção de fazer que o comodante continue qualificado como possuidor (agora indireto) e, como tal, tenha legitimidade para a adoção de medidas judiciais (como as ações possessórias) e extrajudiciais (como o desforço incontinenti, também chamado de legítima defesa da posse, permitido pelo § 2º do art. 1.210 do Código de 2002), na defesa da coisa. Inclusive vem se reconhecendo que o possuidor direto tem legitimidade e interesse para se defender contra o indireto e vice-versa.[18]

Por se tratar de desdobramento de posse (CC, art. 1.197), por evidente, o comodatário não poderá computar o prazo em que exerceu a posse por conta do empréstimo para fins de usucapião, por lhe faltar o *animus domini* – que é um dos requisitos para a aquisição originária da propriedade.[19]

Nada impede que o contrato estabeleça uma *composse* entre o comodante e o comodatário, permitindo que utilizem, simultânea ou alternadamente, a coisa.[20] Seria o exemplo do contrato que autoriza a utilização de um imóvel de praia ou de campo pelas partes em finais de semana alternados.

Sendo a efetiva entrega da coisa um elemento caracterizador do comodato, as simples inércia ou tolerância do titular de um bem não estabelecem o empréstimo, permitindo ao titular a imediata recuperação da posse.[21]

2.3 Prazo do empréstimo

A *temporariedade* também é elemento estrutural do comodato. Até mesmo porque a entrega gratuita de um bem sem prazo para a sua restituição caracterizaria doação – e não empréstimo. Dessa forma, só se configura o comodato com a condição de que a coisa emprestada seja devolvida. Enfim, o uso gratuito da coisa é temporário.

É, pois, inadmissível o comodato vitalício.

A teor do disposto no art. 581 da Lei Civil, o prazo para a restituição da coisa pode ser *determinado* ou *determinável* – este último apelidado de *comodato precário*.

---

18. Enunciado 76, Jornada de Direito Civil: "o possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este, contra aquele".

19. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de reconhecer a pertinência desse entendimento: "A posse oriunda de contrato de comodato impede a caracterização de *animus domini*, não podendo o período de vigência do contrato ser computado para aferição de usucapião" (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgRgAREsp. 133.028/MS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.4.12, *DJe* 8.5.12).

20. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 256.

21. "O contrato de comodato pressupõe a convergência volitiva dos contraentes acerca do empréstimo gratuito de coisa não fungível (consenso) e a efetiva entrega desta ao comodatário (tradição), não se configurando na hipótese em que os pais, em caráter precário e provisório, acolhem em seu lar a filha separada. A permissão concedida em caráter precário e provisório não induz posse e por isso pode ser revogada unilateralmente a qualquer tempo. Comete esbulho a filha que ignora a manifestação de vontade dos pais, legítimos proprietários e possuidores do imóvel residencial, no sentido de que desocupe por conta das divergências de convivência" (TJ/DFT, Ac. 6ª T., Ap. Cív. 2005.01.1.088521-2, rel. Des. James Eduardo Oliveira, *DJU* 16.8.07, p. 121).

1ª Vara Cível de Sobral Estado do Ceará

Por segurança, evitando futuras discussões judiciais, o ideal é que o contrato tenha prazo fixado pelas partes. Se o termo for contratualmente determinado, advindo o prazo estipulado, a coisa deve ser restituída, sob pena de caracterização automática da mora do comodatário (mora *ex re*). Não haverá, portanto, necessidade de interpelação para a constituição em mora do devedor – embora o comodante, querendo, possa proceder à interpelação. Havendo comodato com prazo certo, a não devolução do bem no prazo estimado importa na automática caracterização de *esbulho* (por conta da privação da coisa imposta ao titular),[22] autorizando a propositura de ação de reintegração de posse pelo comodante. Essa tese, inclusive, foi agasalhada pela nossa jurisprudência:

> *"A recusa do comodatário em restituir a coisa após o término do prazo do comodato, mormente quando notificado extrajudicialmente para tanto, implica em esbulho pacífico decorrente da precariedade da posse, podendo o comodante ser reintegrado na mesma através das ações possessórias" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 302.137/RJ, rel. Des. Convocado Honildo Amaral de Mello Castro, j. 15.9.09, DJe 5.10.09).*

A toda evidência, a medida processual cabível para a retomada da coisa pelo comodante é a ação de reintegração de posse, e não a ação de despejo, que é típica do contrato locatício. A jurisprudência vem tolerando o ajuizamento de ação reivindicatória, quando o comodante for o legítimo proprietário do bem.[23]

É comum, no entanto, a celebração do comodato verbal, caso em que, de ordinário, o termo não é previamente estabelecido. Pois bem, não havendo prazo convencionado, presume-se que o empréstimo ocorreu pelo tempo necessário para o uso concedido, não podendo o comodante retomar a coisa antes disso, salvo por necessidade imprevista e urgente. É dizer que o ordenamento jurídico (CC, art. 581) presume que o empréstimo sem prazo determinado tem como razão de ser um intervalo de tempo suficiente para o uso da coisa, conforme a sua destinação. Bem explicando a hipótese, veja-se a lição de Sílvio Rodrigues: "se alguém consegue emprestado um barco para uma pescaria, supõe-se que o empréstimo foi pelo prazo necessário para ultimá-la. Se um fazendeiro obtém em comodato de um vizinho um trator para arar certa área, supõe-se que o empréstimo se estenderá pelo intervalo suficiente à sua utilização".[24]

Mais complexa é a situação dos empréstimos de bens suscetíveis de *uso prolongado no tempo, indefinido*. Nessa hipótese, ao nosso sentir, a melhor solução é a fixação

22. "Se o comodatário se negar à restituição, praticará esbulho. Assiste então ao comodante o direito de reclamar judicialmente contra o ato espoliativo, através da competente ação de reintegração de posse", MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 200-201.

23. "Comodato. Ação reivindicatória. Legitimidade ativa. 1. Cabe ação reivindicatória para reaver a posse de imóvel objeto de contrato de comodato extinto. 2. O inventariante tem legitimidade para promover a ação em favor do espólio" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 81.967/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 12.2.96, *DJU* 17.3.97, p. 7.508).

24. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 259.

do termo de acordo com as regras gerais de interpretação do negócio jurídico, em especial com a boa-fé objetiva (CC, art. 113), a intenção das partes e não o sentido literal da linguagem (CC, art. 112) e o caráter restritivo das disposições gratuitas (CC, art. 114).[25] Assim sendo, casuisticamente, o magistrado, provocado pelo interessado, fixará o prazo de devolução de acordo com tais circunstâncias.

Celebrado um contrato sem prazo específico (comodato precário), o concedente não pode requerer a restituição da coisa (ou seja, não pode realizar resilição unilateral – denúncia) antes do tempo necessário para a sua utilização.

No comodato precário, a constituição em mora do devedor exige a sua prévia notificação (judicial ou extrajudicial). É a mora *ex persona*. Somente após a sua interpelação é que estará caracterizado o esbulho, permitindo o uso da via possessória em juízo. É que a interpelação tem o escopo de conceder ao comodatário um tempo suficiente para se organizar, sabendo que terá de devolver a coisa. Por isso, o prazo não deve ser demasiadamente exíguo, sob pena de ato ilícito, por abuso do direito (CC, art. 187). Caracterizada a mora do comodatário, através da sua notificação, viabiliza-se a propositura da ação possessória, com a reintegração de posse do comodante.[26]

Há de ser registrada uma situação peculiar. É que, a depender do caso concreto, é possível que a simples notificação do comodatário não seja suficiente, impondo-se a fixação de um prazo razoável para a restituição da coisa. Isto ocorre, por exemplo, quando o comodatário realizou investimentos e benfeitorias de vultoso valor. Assim, com esteio na função social do contrato (CC, art. 421), parece bem razoável a fixação de um prazo para a devolução do bem, permitindo-lhe pagar o investimento.[27] O argumento apenas completa o raciocínio de que, não havendo prazo expresso, a notificação do comodatário o constitui em mora, ensejando a reintegração de posse, em nada colidindo com esta regra geral.

Demais de tudo isso, na hipótese de não devolução do bem emprestado, o comodante tem o direito de arbitrar um valor, como se fosse uma espécie de aluguel, a partir da caracterização da mora do comodatário. O aluguel será devido a partir da caracterização da mora do comodatário, com a recusa à restituição da coisa

25. Identicamente, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 283.

26. "Dado em comodato o imóvel, mediante contrato verbal, onde, evidentemente, não há prazo assinalado, bastante à desocupação a notificação do comodatário da pretensão do comodante, não se lhe exigindo prova da necessidade imprevista e urgente do bem" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 605.137/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., *DJU* 23.8.04, p. 251).

27. A jurisprudência tem simpatia pelo argumento: "1. Civil. Comodato por prazo indeterminado. Retomada do imóvel. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido, salvo necessidade imprevista e urgente do comodante. 2. Processo Civil. Reintegração de posse. Medida liminar. A só notificação do comodatário de que já não interessa ao comodante o empréstimo do imóvel é insuficiente para que o juiz determine a imediata reintegração de posse; ainda que deferida a medida liminar, deve ser assegurado um prazo necessário ao uso concedido sem perder de vista o interesse do comodante, para não desestimular a benemerência" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 571.453/MG, rel. Min. Arí Pargendler, j. 6.4.06, *DJU* 29.5.06, p. 230).

emprestada.[28] O contrato não se transmuda em locação, permanecendo com a sua natureza primitiva. Trata-se, em verdade, de um *aluguel-pena*, servindo como um meio coercitivo (inibitório), atuando para que o comodatário restitua o bem.

De qualquer jeito, em qualquer comodato – com ou sem prazo determinado –, é possível ao comodante a retomada da coisa quando houver uma necessidade imprevista e urgente, reconhecida judicialmente.[29] A exceção é plenamente justificável. Havendo uma extraordinariedade não tem sentido prejudicar quem praticou uma liberalidade, privando-o da retomada de um bem que lhe pertence de pleno direito. Seria o exemplo do titular que, após emprestar um de seus dois imóveis, é vítima de um desabamento ou de uma desapropriação, ficando sem ter onde residir. Essa situação imprevista e urgente tem de ser reconhecida pelo juiz, que não deve atuar com rigidez, devendo ter na tela da imaginação o caráter da liberalidade praticada pelo benfeitor e a proteção da *dignidade humana* das partes envolvidas, procurando uma solução que garanta a justiça social e contratual. Somente após o reconhecimento da situação imprevista e urgente é que será autorizada a reintegração da posse.

2.4 Classificação do comodato

Mirando a conceituação do comodato, decorrente do Texto Codificado, é possível classificar esta figura contratual sem maiores dificuldades.

Trata-se de contrato:

i) real;

ii) unilateral;

iii) gratuito;

iv) não solene;

v) personalíssimo (*intuitu personae*).

Vejamos minudentemente cada um dos enquadramentos.

O comodato é *contrato real* por somente se perfectibilizar com a efetiva entrega da coisa (tradição). Não há empréstimo enquanto a posse não for transferida para o comodatário, caracterizando um verdadeiro pressuposto existencial da avença.

28. "Cessado o comodato e notificado o comodatário para a restituição do imóvel, negando-se este a desocupar o bem, fica obrigado ao pagamento de aluguel" (STJ, Ac. unân. 4ª T., AgRgAREsp 281.064/DF, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 16.5.13, *DJe* 31.5.13).

29. "A superveniência de necessidade imprevista e urgente do comodante autoriza, entretanto, a retomada do bem objeto do comodato sem a observância de qualquer interregno. Ou seja, independentemente do tipo de comodato (com ou sem prazo certo), a restituição da coisa poderá ser requerida pelo comodante, a qualquer tempo, quando verificada necessidade imprevista e urgente devidamente certificada pelo Judiciário." (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.327.627/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.10.16, DJe 1.12.16).

Prosseguindo, trata-se de *contrato unilateral* porque somente o comodatário assume obrigações, na medida em que obtém, por outro lado, vantagens. Deve, assim, cuidar da coisa como se sua fosse, além de restituí-la quando do advento do prazo. O comodante, ordinariamente, não assume deveres jurídicos a partir do aperfeiçoamento do negócio através da tradição. Todavia, não se pode ignorar que o benfeitor assume *deveres acidentais*, tendentes ao cumprimento do contrato, como o pagamento das despesas necessárias e urgentes. Tal situação fez que parcela da doutrina[30] passasse a vislumbrar, aqui, um *contrato bilateral imperfeito*, como uma subcategoria dos negócios unilaterais.

É contrato *gratuito, benéfico* e *desinteressado*. Isto porque somente uma das partes tem benefício patrimonial (o comodatário), na medida em que terá o uso e a fruição do bem objeto do contrato. Se houvesse retribuição, a figura seria da locação. Esta gratuidade, típica do comodato, não é incompatível com a possibilidade de atribuição de encargos ao beneficiário, como sustentado alhures. Vale ilustrar com o exemplo da imposição ao comodatário do pagamento de tributos (impostos e taxas) incidentes sobre um imóvel que lhe foi emprestado gratuitamente.

Não se exige solenidade para a sua formação. Por isso, diz-se que se trata de um negócio *não solene*. Aliás, o comodato pode ser estabelecido, inclusive, sem qualquer documento escrito – apelidado de *comodato verbal* e que se mostra corriqueiro nas relações familiares.[31] Excepcionando essa regra, não custa relembrar que o comodato de bens pertencentes ao tutelado e ao curatelado exige prévia autorização judicial, ouvido o Promotor de Justiça (CC, art. 580), como fiscal da ordem jurídica (custos juris, CPC, art. 178), impondo o cumprimento de uma formalidade.

Não sendo solene, em regra, o comodato admite qualquer meio de prova de sua existência. E, com a revogação do art. 227 do Código de 2002 pelo Código de Processo Civil de 2015, afasta-se qualquer limitação à produção de prova testemunhal para demonstrar a existência, a validade e a eficácia de um contrato, independentemente do seu valor.

Ordinariamente, o comodato tem *natureza personalíssima* (*intuitu personae*), salvo estipulação contrária. Certamente, esta modalidade contratual é celebrada em atenção às condições e às qualidades da pessoa do comodatário, estabelecendo em seu favor um benefício. Assim, a relação contratual não é transmitida para os sucessores

30. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 289; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, op. cit., p. 584.

31. Há precedente jurisprudencial reconhecendo exatamente a tese esposada: "Os documentos acostados aos autos indicam que, de fato, o apelante havia construído e emprestado o imóvel em discussão ao genro, ora apelado, por ocasião do casamento deste com sua filha. Apesar de inexistir documento que comprove o comodato, verifica-se a estreita relação familiar entre as partes envolvidas na presente ação, fato que enseja um maior suporte à existência de um comodato verbal, cuja extinção foi devidamente solicitada pelo apelante. Resta configurada a posse precária do apelado, porque decorrente de comodato verbal devidamente denunciado, não existindo, portanto, dúvidas de que a resistência deste em entregar o imóvel caracteriza esbulho e legítima a interposição da reintegração" (TJ/BA, Ac. 3ª Câm. Cív., Ap. Cív. 53557-4/2008 – comarca de Santo Estevão, rel. Desa. Rosita Falcão de Almeida Maia, j. 20.1.09).

do comodatário, extinguindo-se e permitindo a retomada do bem emprestado. Um bom exemplo é o comodato de imóvel em contrato de trabalho, quando o empregador empresta um bem para a residência de seu trabalhador, em especial quando a prestação de serviço exige a mudança de domicílio. Nesse caso, extinta a relação laboral, deve o empregado devolver imediatamente o imóvel (CC, art. 479, e CLT, art. 458). Aliás, por curiosidade, vale sublinhar que, corretamente, restou assentado o entendimento de que a competência para processar e julgar os conflitos decorrentes do comodato em contrato laborativo, inclusive a eventual ação possessória de reintegração, é da Justiça do Trabalho, após o advento da Emenda Constitucional 45.[32]

In fine, não se pode esquecer que o comodato pode despontar em uma relação de consumo, como no caso do assinante de televisão a cabo e a empresa prestadora de serviços, em que é entregue, gratuitamente, ao consumidor, a título de empréstimo, o equipamento de captação do sinal. Havendo relação consumerista, impõe-se a perfeita informação ao consumidor de todas as suas obrigações assumidas, sob pena de nulidade das cláusulas. De qualquer maneira, caracterizada uma relação de consumo, o comodato mantém as suas características fundantes, como a feição personalíssima, não podendo o consumidor ceder o bem a terceiro, sem prévia autorização do comodante.[33]

2.5 Promessa de comodato (*pactum de commodando*)

O pré-contrato (ou promessa) de comodato é admissível em nosso ordenamento a partir da intelecção do *contrato preliminar* (CC, arts. 462 a 466).

Com efeito, as partes podem, voluntariamente, assumir uma obrigação de fazer, consistente na celebração, no futuro, de um empréstimo gratuito de determinada coisa infungível e inconsumível.

É o que se vê, comumente, nos divórcios e nas dissoluções de uniões estáveis, quando consensuais, assumindo um dos cônjuges ou companheiros a obrigação de emprestar um imóvel para a residência do outro por tempo determinado, enquanto se restabelece a vida cotidiana.

Como a tradição é da essência do comodato (natureza real), enquanto o bem não for transferido para o comodatário a obrigação assumida (celebração do contrato de comodato) ainda não foi adimplida, cabendo ao interessado (promissário-comodatário)

32. "De acordo com entendimento desta Segunda Seção (CC 57.524/PR; CC 61.570/SP), a competência para processar e julgar ação possessória proposta por ex-empregador em face de ex-empregado, que detém a posse por força de comodato, é da Justiça do Trabalho para a hipótese do empréstimo, pactuado para moradia do empregado, estar diretamente relacionado ao contrato de trabalho e ter vigência concomitante a este" (STJ, Ac. unân. 2ª Seção, CC 105.134/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 14.10.09, *DJe* 5.11.09).

33. "Comodato. Tendo em vista o caráter *intuitu personae* do contrato de comodato, extingue-se este se houve a cessão dos direitos de exploração do serviço de televisão a cabo a outro titular" (TJ/RS, Ac. 19ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70008870230 – comarca de Capão da Canoa, rel. Des. José Francisco Pellegrini, j. 23.11.04).

adotar providências judiciais tendentes à satisfação do dever, sem prejuízo de pleitear perdas e danos.

2.6 Obrigações do comodatário

Em se tratando de contrato gratuito, benéfico, ditado pela benemerência de quem pratica da liberalidade, é natural a imposição de obrigações ao comodatário.

Didaticamente, os deveres jurídicos do comodatário são:

i) conservar a coisa, como se sua fosse;

ii) utilizar o bem de maneira adequada;

iii) não alterar a sua destinação;

iv) restituir a coisa quando do prazo ajustado ou quando cessado o seu uso.

Individualmente, vejamos cada uma dessas obrigações.

De fato, o beneficiário assume o *dever de conservação da coisa, como se esta lhe pertencesse*. Deve ter cuidado e zelo no seu uso (CC, art. 582, primeira parte) como um prudente administrador.

Essa obrigação de conservar a coisa é de tal magnitude que, correndo risco o objeto do contrato, juntamente com as coisas pertencentes ao beneficiário, lhe é imposto o dever de salvar, primeiramente, o bem emprestado, sob pena de responder pelo dano ocorrido, mesmo que proveniente de caso fortuito ou força maior, como reza o art. 583 da Codificação.[34] Como se vê, é um caso típico de *responsabilidade civil objetiva com risco integral*, atribuída ao comodatário, decorrente de um *especial dever de cuidado "superior ao cuidado singelo"*, como pontua Jones Figueirêdo Alves.[35]

Como corolário do dever de conservação, o comodatário responde pelas despesas ordinárias, necessárias para a sua utilização, sem direito ao ressarcimento (CC, art. 584). Um bom exemplo é o abastecimento do veículo ou a lubrificação das máquinas. Obviamente, tais despesas decorrem do próprio uso da coisa, não sendo razoável imputá-las a quem emprestou gratuitamente. Somente as despesas extraordinárias e necessárias podem ser cobradas do titular.[36] Com o mesmo espírito, as benfeitorias úteis implementadas pelo beneficiário no seu interesse (facilitação ou melhoramento do uso da coisa emprestada *gratuitamente*) não serão ressarcidas, afastando a regra

34. Art. 583, Código Civil: "se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior".

35. ALVES, Jones Figueirêdo. "Do comodato", op. cit., p. 521.

36. "Sem dúvida, o comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas normais, necessárias, indispensáveis feitas com o uso e gozo da coisa emprestada. Observe-se, é importante reiterar: despesas normais, necessárias e indispensáveis. Não, porém, despesas extraordinárias. Quanto a essas, é devido o reembolso" (TJ/DFT, Ac. 2ª T. Cível, Ap. Cív. 2004.10.1.001361-8, rel. Des. Waldir Leôncio Jr., *DJU* 29.11.05, p. 414).

geral do direito privado (CC, art. 1.219).[37-38] Já as necessárias devem ser ressarcidas, evitando um enriquecimento sem causa e gerando, consequentemente, o direito de retenção do bem emprestado até que o interessado pague. Volvendo a visão para as benfeitorias voluptuárias (também ditas suntuárias), percebe-se que podem ser levantadas (retiradas), se for possível, sem afetação da estrutura da coisa. Havendo prévia e expressa anuência do comodante, todas as benfeitorias serão ressarcíveis. Do mesmo modo, também vislumbramos validade na cláusula de renúncia antecipada à indenização e à retenção pelas benfeitorias úteis e voluptuárias, não abrangendo as necessárias.

Deve o comodatário, ainda, *utilizar a coisa de maneira adequada, sem alterar a sua finalidade* (CC, art. 582, segunda parte). Em sendo assim, considerando que a própria essência do comodato é de um empréstimo gratuito para uso, não pode alugá-la ou emprestá-la (subcomodato) sem a aquiescência do comodante.

Advindo o termo ajustado ou cessada a utilização da coisa, surge para o comodatário o *dever de restituí-la*, sob pena de caracterização de esbulho e consequente autorização para o requerimento de reintegração de posse.

Como afirmado alhures, a caracterização do esbulho, porém, depende da constituição em mora do devedor. Se o comodato é por tempo determinado, a mora é constituída automaticamente pelo advento do prazo (mora *ex re*). Por outra banda, sendo por tempo indeterminado, depende da interpelação, em juízo ou não, do devedor.

Estando em mora o comodatário (ou seja, não restituindo a coisa), haverá *responsabilidade objetiva com risco integral*. Assim, responde o comodatário pela perda ou pela deterioração da coisa que havia sido emprestada, mesmo que decorrente de caso fortuito ou força maior. Como se nota, é uma segunda hipótese de responsabilidade objetiva com risco integral do comodatário (ao lado da responsabilidade pelos danos à coisa emprestada, quando salvar primeiramente os seus próprios bens).

Ademais, na hipótese de não devolução do bem emprestado, o comodante tem o direito de arbitrar um valor, como se fosse uma espécie de aluguel, a partir da caracterização da mora do comodatário. O aluguel será devido a partir da caracterização da mora do comodatário, com a recusa à restituição da coisa emprestada.[39] O contrato não

37. Concordando com essa reflexão, SCHEINMAM, Maurício. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 61.

38. Esta é a posição dos nossos Sodalícios: "Comodato. Indenização pelas benfeitorias realizadas. Inaplicabilidade. Despesas realizadas para uso e gozo do bem. Nos termos do Código Civil/2002, havendo a cessão gratuita do bem infungível, a comodatária deve conservar o bem como se seu fosse, sem poder recobrar do comodante as despesas realizadas para o uso e o gozo da coisa emprestada, seja de que natureza for, como nos ensina o art. 584. Neste passo, à comodatária não cabe qualquer tipo de indenização ou restituição pelos gastos com a construção do restaurante e lanchonete, pois realizada para que pudesse usar e gozar a coisa emprestada [...]" (TJ/MG, Ac. 17ª Câm. Cív., Ap. Cív. 1.0693.03.023617-0/001 – comarca de Três Corações, rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. 5.10.06, *DJMG* 9.11.06).

39. "Cessado o comodato e notificado o comodatário para a restituição do imóvel, negando-se este a desocupar o bem, fica obrigado ao pagamento de aluguel" (STJ, Ac. unân. 4ª T., AgRgAREsp. 281.064/DF, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 16.5.13, *DJe* 31.5.13).

se transmuda em locação, permanecendo com a sua natureza primitiva. Trata-se, em verdade, de um *aluguel-pena*, servindo como um meio coercitivo (inibitório), atuando para que o comodatário restitua o bem.[40] Buscando explicação para a natureza do *aluguel-pena*, procurando deixar claro o caráter punitivo, sustenta Caio Mário da Silva Pereira que este valor pode ser fixado "mesmo que em cifra elevada, pois não se trata de retribuição correlativa da utilidade, mas de uma pena, a que se sujeita o comodante moroso".[41] Obtemperando um pouco, Carlos Roberto Gonçalves prefere sustentar que, se o arbitramento do aluguel "for manifestamente excessivo e puder propiciar o enriquecimento ilícito do comodante, ou caracterizar abuso de direito, deve o juiz reduzi-lo".[42] De nossa parte, entendemos que o *aluguel-pena*, realmente, não precisa ser correspondente ao valor da locação naquela área, no mercado imobiliário. Se tivesse de corresponder à média locatícia não teria feição sancionatória. Todavia, nos parece ser lícito ao juiz reduzir o valor da pena aplicada pelo titular, quando se revelar excessiva (abusiva), evitando uma afronta à própria função social do contrato e à proibição de enriquecimento sem causa. Essa possibilidade de redução pelo magistrado decorre da própria *função social da cláusula penal*, evitando a própria desnaturação da punição (CC, art. 413). Pensar de modo diferente poderia propiciar uma conduta abusiva do comodante, desvirtuando, ainda, a *ratio essendi* do próprio *aluguel-pena*. Bem por isso, se o comodatário não aceitar o valor arbitrado pelo comodante, deve o magistrado fixá-lo.[43]

O Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu precedente sobre a matéria, lastreado exatamente nos argumentos aqui esposados, desde as primeiras edições da obra:

> *"1. Constituído em mora o comodatário para a restituição do imóvel emprestado, fica ele obrigado ao pagamento de aluguel arbitrado unilateralmente pelo comodante.*
>
> *2. O arbitramento, embora não deva respeito à média do mercado locativo, deve ser feito com razoabilidade, respeitando o princípio da boa-fé objetiva, para evitar a ocorrência de abuso de direito e do enriquecimento sem causa do comodante.*
>
> *3. Razoável o arbitramento do aluguel pelo comodante em valor inferior ao dobro da média do mercado locativo" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.175.848/PR, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.9.12, DJe 26.9.12).*

40. Em curioso precedente, o Superior Tribunal de Justiça fixou o aluguel-pena para o ex-marido que permanecia no imóvel do casal, após a ruptura da vida conjugal: "Ação de arbitramento de aluguel. Ocorrendo a separação do casal e permanecendo o imóvel comum na posse exclusiva do varão, é de se admitir a existência de um comodato gratuito, o qual veio a ser extinto com a citação para a ação promovida pela mulher. Daí ser admissível, a partir de então, o direito de a co-proprietária ser indenizada pela fruição exclusiva do bem comum pelo ex-marido" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 178.130/MG, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 4.4.02, *DJU* 17.6.02, p. 266).

41. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 346.

42. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 322. Também assim, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 288 e NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 274-275. Com o mesmo pensar e mais ênfase, Marco Aurélio Bezerra de Melo confessa a sua "perplexidade" ao vislumbrar a possibilidade de que "o comodante fixe a seu talante um valor para o aluguel", concluindo que, "se o magistrado entender que o aluguel arbitrado pelo comodante é manifestamente excessivo, poderá reduzi-lo a valores mais equânimes", *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 262.

43. No mesmo diapasão, GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 387.

Havendo dois ou mais comodatários, a responsabilidade entre eles será solidária, como estampa o art. 585 da Lei Civil (solidariedade passiva entre comodatários). Em face disso, havendo danos, o comodante pode cobrar o pagamento integral de um, de alguns ou de todos os cocomodatários solidários.

2.7 Obrigações do comodante

Partindo da premissa de que o comodato é contrato unilateral e gratuito, certamente causará estranheza e perplexidade afirmar que o comodante (que emprestou a coisa sem qualquer contraprestação) também assume obrigações.

Por isso, aperfeiçoado o contrato (com a entrega da coisa), o comodante, em princípio, não tem obrigações. Inclusive, vale lembrar que a gratuidade do contrato afasta a possibilidade de alegação de responsabilidade por evicção e por vícios redibitórios.

No entanto, é possível vislumbrar, *em caráter eventual*, alguns deveres jurídicos impostos a quem praticou a liberalidade para o perfeito desenvolvimento do contrato. É bem verdade que não são obrigações correspondentes às do beneficiário, inexistindo, por óbvio, um sinalagma negocial no comodato. Constituem, assim, obrigações impostas para a própria consecução do contrato. Aliás, é bem por isso que se diz ser o comodato, por vezes, um *contrato bilateral imperfeito*.

No dizer de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, são "deveres secundários do comodante" que "surgem apenas acidentalmente no desenvolvimento da relação contratual".[44]

Fundamentalmente, as obrigações impostas ao comodante são:

i) aguardar a data de restituição do bem, não requerendo a devolução antes da data avençada ou antes de efetivado o uso da coisa, quando não havia prazo assinalado;

ii) receber a coisa objeto do contrato, quando entregue pelo comodatário, sob pena de incorrer em mora (mora *creditoris*);

iii) não embaraçar o uso e a fruição da coisa pelo beneficiário (obrigação de não fazer), garantindo a posse tranquila do comodatário;

Além destes deveres jurídicos, o benfeitor deve, ainda, reembolsar as despesas extraordinárias, necessárias e urgentes, com a coisa. É o caso das benfeitorias necessárias, como a reforma da viga de sustentação de um prédio. Por outro ângulo, como visto, as despesas ordinárias serão suportadas pelo comodatário.[45] A regra se

44. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 275.

45. A jurisprudência realça que a responsabilidade do comodante cinge-se, tão só, ao ressarcimento das despesas *extraordinárias*, ficando as ordinárias sob a responsabilidade do beneficiário: "As despesas feitas pelo comodatário, com a fruição da coisa emprestada [...], são as ordinárias, para sua conservação normal

justifica em face da proibição de enriquecimento sem causa (CC, arts. 884 e 885), encontrando fonte de inspiração, ainda, no Código Civil da Argentina.[46]

Outrossim, terá de reparar o prejuízo suportado pelo comodatário em razão de vícios sobre a coisa, que eram de seu conhecimento e que, indevidamente, não foram informados ao comodatário (violação do dever de informação, que se apresenta como um dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva – CC, art. 422).

2.8 Comodato de bem público

Em linhas gerais, o contrato administrativo é regido pela Lei nº 8.666/93, devendo obedecer estritamente aos seus preceitos e regras, somente aplicando-se as normas do direito privado subsidiariamente, não havendo incompatibilidade. Veja-se, inclusive, o que dispõe o art. 54 do citado diploma legal:

> *Art. 54, Lei no 8.666/93: "Os contratos administrativos de que trata esta lei regulamentam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".*

É certo – e isso não se põe em dúvida – que a sistemática do direito público homenageia a supremacia do interesse público sobre o privado, distintamente do direito privado, cuja diretriz fundamental é a autonomia privada. Exatamente por isso, o contrato administrativo traz consigo determinadas condições ditadas pelas regras protecionistas do Poder Público.

Aplicando-se, supletivamente, os preceitos das relações privadas, nota-se a possibilidade de utilização do contrato de comodato pela Administração Pública, quando presente o interesse público. Invocando o escólio de José dos Santos Carvalho Filho, "a Administração também pode conceder o uso privativo de bem público em comodato, embora [...] deva priorizar a concessão gratuita de uso de bem público, por ser instituto de direito público. Se, mesmo assim, insistir no comodato, a Administração sujeitar-se-á às regras estatutídas no Código Civil".[47] Seria o exemplo do empréstimo de um automóvel público para atender a uma associação beneficente ou mesmo para atender à Justiça Eleitoral durante o pleito.

O comodato de bens públicos deve estar submetido, a toda evidência, ao interesse social. Sendo celebrado para acudir a interesses escusos, particulares, caberá

---

e manutenção regular. Despesas outras realizadas sem consentimento do comodante, ainda que impliquem na mais valia do bem, só são indenizáveis se urgentes e necessárias, quando se classificam como extraordinárias" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 249.925/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.11.00, *DJU* 12.2.01, p. 113, *in RSTJ* 142:295).

46. Art. 2.287, Código Civil argentino: "o comodante deve pagar as despesas extraordinárias realizadas durante o contrato para a conservação da coisa emprestada, sempre que o comodatário lhe dê conhecimento antes de fazê-las, salvo quando urgentes, não sendo possível antecipar o aviso, sem grave perigo".

47. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 859.

a anulação do contrato, sem prejuízo de imputação de responsabilidade civil e administrativa ao gestor.[48]

Adverte Carlos Pinto Coelho Motta para o fato de que não deve o Poder Público "substituir a concessão de direito real de uso pelo comodato. Entidades como sociedades-mistas e fundações públicas incorrem por vezes nesse equívoco, agravado, cumulativamente, pela falta de licitação".[49]

De resto, cumpre observar que o comodato de bem público deve estar submetido, ordinariamente, à concorrência (procedimento licitatório), salvo nas hipóteses permitidas em lei, sob pena de invalidade do ato, além da possibilidade de imputação de improbidade administrativa ao agente público que celebrou o contrato.[50]

2.9 Teoria dos riscos no contrato de comodato

Incide no comodato a regra *res perit domino* (a coisa perece para o dono), típica dos contratos unilaterais. Assim, a coisa perece para o comodante, que é o seu titular, se houver perecimento não culposo – ou seja, não imputável a alguma conduta culposa do comodatário. Por conta disso, o *desgaste natural* do bem emprestado, bem como aquele decorrente do uso natural não podem ser cobrados do comodatário.[51]

Havendo culpa do beneficiário, impõe-se o dever de indenizar, conforme as regras comuns da responsabilidade contratual.

A regra sofre temperamentos. Relembre-se que, tendo o comodatário salvado os seus próprios bens, anteriormente às coisas que lhe foram emprestadas, responderá pelos danos ocorridos, mesmo que provenientes de caso fortuito ou força maior (CC, art. 583). É o exemplo de alguém que recebe um trator em empréstimo. Se, durante a noite, cair um relâmpago sobre o galpão onde estiver guardado o veículo causando um incêndio,

48. "Ação civil pública. Contrato de comodato de imóvel firmado entre a Administração e particular. Bem de uso especial. Violação a princípios norteadores. Favorecimento pessoal em detrimento da coletividade. A disposição do uso, pela Administração Pública, de bem destinado a abrigar serviço público, para fim diverso, constitui afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa, pois objetiva favorecer apenas ao beneficiário da medida, em detrimento da coletividade" (TJ/PB, Ac. 1ª Câm. Cív., Ap. Cív. 00120040093583001 – comarca de Campina Grande, rel. Juíza Convocada Maria das Neves do E. S. Ferreira, j. 24.7.07).

49. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Aplicação do Código Civil às licitações e contratos*, op. cit., p. 173.

50. "Resolução de contrato de comodato de telefonia celular entre operadora e Município. Necessidade de prévia licitação. Consignação de aparelhos e valores. [...] Demonstrado pelo Município-autor a inviabilidade da contratação dos serviços da operadora ré, sem prévia licitação, do que alertado por sua Procuradoria, com comunicação à empresa de telefonia, tem-se por injustificada a recusa desta em receber em devolução os aparelhos celulares utilizados. Cabe também suspender-se a inclusão, nas faturas, dos valores correspondentes aos celulares disponibilizados, mas não utilizados. Plausibilidade do direito invocado e risco de lesão ao ente público, cujo gestor pode vir a ser responsabilizado pela inobservância do procedimento licitatório" (TJ/RS, Ac. 12ª Câm. Cív., Em. Decl. 70013279807 – comarca de Santiago, rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 22.12.05).

51. Fabrício Zamprogna Matiello exemplifica com o "envelhecimento da madeira de que é feito o armário emprestado", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 261.

e o comodatário salvar primeiro os seus objetos, em detrimento do bem emprestado, responderá pelo prejuízo causado fortuitamente. Mas, se nada for salvo (nem as suas coisas nem as do comodante), os prejuízos serão suportados pelo respectivo titular.

2.10 Extinção do comodato

Espera-se que o comodato seja extinto pelo regular cumprimento das obrigações pelo beneficiário, em especial pela restituição regular do bem emprestado. Ou seja, o advento do termo ajustado (ou, não havendo prazo, o exaurimento da utilização da coisa) é o mecanismo comum extintivo desta avença. Não se esqueça, contudo, que havendo necessidade imprevista e urgente, reconhecida judicialmente, poderá o comodante retomar a coisa, antes do lapso temporal estimado (CC, art. 581).

Admite-se a sua extinção, também, por resilição bilateral (distrato), havendo comunhão de vontades entre as partes.

Pode o contrato se encerrar, ademais, pela resilição unilateral (denúncia), realizada pelo comodante, nos casos de comodato precário (sem prazo determinado). Nesse caso, a parte interessada tem de providenciar a notificação, judicial ou extrajudicial, da contraparte, dando ciência da cessação negocial e estipulando um prazo razoável para a restituição da coisa. Ainda no campo da resilição unilateral, merece referência a possibilidade de extinção do empréstimo por conta de ruptura da confiança (fidúcia) pelo comodatário. Em casos nos quais o comodatário viola a boa-fé objetiva (lealdade e confiança), através, por exemplo, de desvio de finalidade, seria possível cogitar do direito à resilição. Sobre o tema, há um rico precedente do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a resilição de comodato por conta da conduta do comodatário (um pastor evangélico) que havia recebido o imóvel em empréstimo para realizar cultos religiosos para uma determinada Igreja, mas dela se desligou, passando a realizá-los para uma outra ideologia religiosa. Com sensibilidade e didática, em acórdão da relatoria do culto Ministro Luís Felipe Salomão, a Corte Superior decretou a extinção negocial.[52]

52. "(...) 9. Contudo, à luz das conclusões perfilhadas pelas instâncias ordinárias - com base nas provas produzidas nos autos -, sobressai o fato de que o pastor/comodatário, abusando da confiança do comodante, procedeu ao uso do imóvel em flagrante dissonância com o propósito da celebração da avença, qual seja, a realização de cultos da Igreja do Evangelho Quadrangular. De fato, ao se desligar da igreja, logo após o pacto, e ministrar cultos em outra instituição religiosa, o pastor/comodatário incorreu em evidente quebra de confiança, o que atinge a boa-fé do negócio jurídico, configurando causa apta a fundamentar a resilição unilateral (denúncia) promovida pelo comodante. 10. Desse modo, além da temporariedade, a natureza personalíssima e o caráter fiduciário do comodato também foram vulnerados pela conduta desleal perpetrada pelo comodatário, que não atendeu ao exato sentido da vontade demonstrada pelo comodante. Inteligência dos arts. 114 e 582 do Código Civil. 11. Consequentemente, infere-se a regularidade da resilição unilateral do comodato operada mediante denúncia notificada extrajudicialmente ao comodatário (art. 473 do Código Civil), pois o 'desvio' da finalidade encartada no ato de liberalidade constitui motivo suficiente para deflagrar seu vencimento antecipado e autorizar a incidência da norma disposta na primeira parte do art. 581 do retrocitado *codex*, sobressaindo, assim, a configuração do esbulho em razão da recusa na restituição da posse do bem a ensejar a procedência da ação de reintegração." (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.327.627/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.10.16, DJe 1.12.16).

Como o comodato não retira o poder de disposição da coisa pelo titular, também é possível o seu término pela alienação do bem. Nesse caso, em homenagem à função social do contrato, o adquirente tem de respeitar o uso garantido ao comodatário, afinal o contrato entre duas partes não pode prejudicar terceiros.

O perecimento ou a deterioração do bem (e a sua desapropriação pela Administração Pública) esvaziam o objeto negocial, implicando na sua extinção.

Ponto digno de reflexão diz respeito ao término, ou não, da relação negocial pela morte do comodatário. O ordenamento jurídico da França e o da Suíça foram expressos nessa esteira. Apesar do silêncio do nosso Código Civil, a solução, sem dúvida, deve ser a mesma: a morte do comodante não determina a extinção do contrato, que pode prosseguir com os sucessores do falecido; já a morte do comodatário pode, ou não, extinguir o negócio jurídico, a depender do seu caráter personalíssimo. Quando *o empréstimo ocorreu em vista das peculiaridades do beneficiário*, o seu falecimento extinguirá, naturalmente, o ajuste. É o exemplo do empréstimo de um imóvel em contrato de trabalho ou de uma cadeira de rodas a uma pessoa com deficiência. Todavia, se o comodato não foi celebrado em razão da peculiar situação do beneficiário, mas para a obtenção de um resultado objetivo, os seus sucessores podem dar continuidade à avença. Aqui, seria a hipótese de um vizinho que empresta a outro um trator ou uma junta de bois para arar a terra. Vindo o beneficiário a falecer, antes de concluído o trabalho, os herdeiros podem prosseguir com a tarefa.[53]

3. O MÚTUO

3.1 Noções conceituais

Deitando as suas mais profundas raízes no direito romano (no qual era denominado *mutuum* ou *mutui datio*), o mútuo era tratado como o gênero comum de todos os contratos reais. Tornou-se de muita frequência no mundo moderno, despertando a atenção dos ordenamentos jurídicos, em especial no que tange ao controle dos juros.

Diferentemente do comodato,[54] cujo objeto são bens infungíveis e inconsumíveis, o mútuo é o empréstimo de coisa fungíveis para consumo, obrigando-se o beneficiário a "restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade", como deflui da simples – e ainda que perfunctória – leitura do art. 586 do Código Civil:

53. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 251.

54. "O mútuo difere do comodato porque: a) é empréstimo de consumo, enquanto o segundo é de uso; b) tem por objeto coisas fungíveis, e este, bens infungíveis; c) o mutuário se desobriga restituindo coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade [...]; d) acarreta a transferência do domínio – o que não ocorre no comodato; e) permite a alienação da coisa emprestada", GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 325.

> *Art. 586, Código Civil: "O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade."*

A definição legal, com visível inspiração nos Códigos da Suíça (art. 312), da França (art. 1.892), da Itália (art. 1.813) e de Portugal (art. 1.142), autoriza um desdobramento mais específico e detalhado, como o fez Eduardo Espínola: "mútuo é o contrato pelo qual uma parte, entrega à outra uma determinada quantia de dinheiro ou outras coisas fungíveis, obrigando-se esta outra a restituir igual quantidade de coisas da mesma espécie e qualidade".[55]

As partes deste negócio jurídico são o *mutuante* (quem concede o empréstimo) e o mutuário (o beneficiário, que assume a obrigação de restituir).

Nota-se que a marca registrada do mútuo é a *transferência da plenitude dos poderes sobre a coisa emprestada*, podendo o mutuário atender aos seus interesses livremente, consumindo, alienando, dispondo, abandonando etc. Para tanto, exige-se a transferência não apenas da posse, mas também da propriedade da coisa mutuada, permitindo o seu consumo.

Bem por isso, inclusive, exige-se que o mutuante seja o proprietário do bem, não sendo possível a sua celebração por mero possuidor, como o locatário, o usufrutuário e mesmo o comodatário – que possuem o dever de restituição.

O cotidiano jurídico mostra que se trata de negócio bastante comum, em especial nos âmbitos mercantil e bancário. Como não lembrar o empréstimo de dinheiro, tão habitual nas instituições financeiras e de crédito.

O seu objeto são coisas *fungíveis e consumíveis* e, por isso, o dever de restituição recairá sobre coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade – e não do bem que efetivamente foi entregue.

Não é demais observar, então, que sendo possível a devolução de coisa diversa da que foi entregue, o contrato será de troca ou permuta. Por outro lado, se a restituição é em dinheiro, trata-se de compra e venda.

3.2 Elementos caracterizadores do mútuo

A partir de sua definição, cujas latitudes e longitudes defluem do próprio texto legal (CC, art. 586), já é possível os elementos caracterizadores do contrato de mútuo.

Atente-se:

i) efetiva transferência da propriedade da coisa mutuada;

ii) fungibilidade e consuntibilidade do bem;

iii) garantia de restituição da coisa emprestada.

55. ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 391.

Prima facie, sobreleva esclarecer que o mútuo implica transferência da propriedade, do domínio e da posse do bem mutuado, como fato imprescindível à possibilidade de livre consumo pelo mutuário. Não que o contrato de mútuo tenha por objeto a transferência da propriedade do bem. Evidentemente, o objeto do contrato é o empréstimo de coisa fungível. Em verdade, a transferência de titularidade é o *efeito natural* da avença, como pressuposto elementar para a perfeita utilização da coisa emprestada.

Transfere-se, pois, a plenitude dos poderes sobre a coisa em favor do mutuário. E, bem por isso, os riscos naturais da coisa correm por sua conta, em decorrência da regra *res perit domino* (a coisa perece para o dono). No ponto, a redação do art. 587 é de clareza meridiana:

> *Art. 587, Código Civil: "Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição."*

Assim, o agricultor que recebe sementes em empréstimo assume os riscos sobre elas. Havendo, por exemplo, um evento externo que gere a perda do bem, suportará o mutuário o prejuízo, mantido o dever de restituir a mesma quantidade e gênero emprestados.

O mútuo admite todas as espécies de tradição: (*i*) a *tradição real* (entrega efetiva e física da coisa); (*ii*) a *tradição simbólica* (caracterizada pela entrega de um objeto representativo da coisa, como no exemplo da entrega das chaves do imóvel); e (*iii*) *tradição ficta* (através do constituto possessório ou cláusula *constituti*, pela qual o próprio instrumento contratual estabelece a transmissão da coisa, por uma ficção negocial).

Pelo fato de o mutuário se tornar proprietário, assumirá, correspondentemente, as despesas com a conservação da coisa, sem a possibilidade de reclamar a restituição dos respectivos valores pelo mutuante.

O objeto do mútuo tem de ser um *bem fungível* – até porque a infungibilidade é típica do comodato. Nos termos do art. 85 da Codificação, são fungíveis *"os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade"*. É o exemplo das plantas, dos animais, das mercadorias e dos produtos agrícolas. O mais frequente, porém, é o mútuo de dinheiro. Nada impede, porém, que a fungibilidade seja determinada pelo interesse jurídico das partes ou pela sua destinação.

O terceiro elemento caracterizador do mútuo é a *restituição da coisa fungível*, na data de vencimento do contrato.

Cuida-se do mais saliente e relevante dever jurídico imposto ao mutuário: devolver o bem, atendendo à expectativa despertada. E é exatamente por isso que, ocorrendo notória mudança na situação econômica do mutuário, o mutuante pode exigir *uma garantia da restituição dos bens emprestados* (CC, art. 590).[56]

56. Art. 590, Código Civil: "o mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica".

Com conexão direta com o art. 477, também do Código Civil, o citado dispositivo legal tangencia a chamada *quebra antecipada do contrato* ou *inadimplemento antecipado*. Consiste no fato de um dos contratantes implicitamente demonstrar, por meio de sua situação patrimonial, que descumprirá futuramente a prestação assumida. Na espécie, a prestação do contrato de mútuo a ser adimplida ainda não é exigível pelo credor, mas provavelmente não será realizada ao seu tempo. O rompimento antecipado poderá ser pleiteado caso o contratante fragilizado não obtenha as novas garantias que lhe são exigidas. Poderá ele imediatamente ajuizar ação de resolução com pedido de indenização ou executar a prestação da contraparte antes do prazo previsto mediante a tutela específica das obrigações de dar, fazer ou não fazer, na forma da legislação processual.

Trata-se de imperativo de justiça contratual e da tutela jurídica das obrigações. Note-se que o mutuante não pode exigir o pagamento antecipado da dívida, mas, apenas, uma *garantia de seguridade*. A garantia a ser prestada pode ser real (incidindo sobre uma coisa, como no exemplo da hipoteca e do penhor) ou fidejussória (prestada por um terceiro, como o aval e a fiança).

3.3 Capacidade das partes envolvidas

Também é exigível a *capacidade das partes* para a validade deste negócio jurídico, como em qualquer outra figura contratual. Em se tratando de um contrato bilateral, o acordo de vontades demanda a capacidade negocial dos envolvidos, pois o mutuante deverá validamente dispor e o mutuário tem de, posteriormente, restituir.

Se a parte for incapaz, o empréstimo dependerá de autorização judicial, ouvido o Promotor de Justiça (CC, art. 1.691), sob pena de nulidade.

Aliás, além da plena capacidade, o mutuante precisa ser o *proprietário da coisa mutuada*, de modo a ter poderes de transferência da titularidade sobre o bem. Até mesmo porque *ninguém pode dar mais do que, efetivamente, possui*.

Questão muito interessante diz respeito ao mútuo feito a um menor, sem a prévia autorização do responsável. Em linhas gerais, o *mútuo feito a um menor, sem anuência prévia do representante ou do assistente, não pode ser reavido pelo mutuante, nem do mutuário (menor), nem dos fiadores* (CC, art. 588).[57] A citada regra guarda um curioso antecedente histórico, justificando a antipatia legislativa ao mútuo feito em favor de menor. Em Roma, um filho menor de um Senador, supostamente chamado Macedo, teria contraído um empréstimo e, na impossibilidade saldá-lo, culminou por matar o próprio pai, a fim de obter a herança necessária ao pagamento. Impressionado com o trágico desfecho do caso, o Senado teria, então, editado o *Senatus*

57. Restringe-se a regra, tão somente, aos *menores*, e não aos demais incapazes, indicados nos arts. 3º e 4º do Estatuto Civil, com a redação emprestada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em relação aos demais incapazes, o mútuo será inválido, como ocorreria com qualquer outro negócio, não se aplicando a regra específica deste dispositivo legal.

Consulto Macedoniano, por volta do ano 47, estabelecendo que o mútuo contraído, sem representação ou assistência, pelo incapaz não poderia ser posteriormente cobrado do mutuário ou de seus fiadores.[58] O direito brasileiro mantém a regra, que já foi extirpada da maioria dos ordenamentos contemporâneos, como o português, o italiano, o francês e o germânico. A ideia é desestimular o empréstimo feito a um incapaz. Trata-se, em verdade, de uma "exceção que deve ser invocada pela parte interessada (devedor demandado para o pagamento), atingindo a exigibilidade da dívida (eficácia)", como percebe Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.[59]

Enfim, trata-se de norma de ordem pública (por isso, o juiz e o Ministério Público podem conhecer de ofício, independentemente de provocação pelo interessado direto) expedida com a finalidade de impedir que a inexperiência de menores seja o fato gerador da contratação de negócio extorsivo e de sua própria desgraça, além da de seus familiares. O mutuante perderá o bem mutuado como sanção à quebra da boa-fé.

Não é despiciendo lembrar o comentário de Caio Mário da Silva Pereira: "trata-se de preceito protetor contra a exploração gananciosa da inexperiência do menor. E foi imaginado como técnica para impedir manobras especuladoras, mediante a punição ao emprestador, que perderá a coisa mutuada, se fizer empréstimo proibido".[60]

Entrementes, essa regra da vedação de cobrança de mútuo feito a pessoa incapaz é mitigada em alguns casos, nos quais o menor foi devidamente protegido. São hipóteses baseadas, visivelmente, na proibição de enriquecimento sem causa – que inspira as relações obrigacionais em nosso país (CC, arts. 884 e 885).

Assim, o mútuo feito a um menor pode ser reavido nas seguintes situações (CC, art. 589):

i) *ratificação posterior pelo responsável pelo incapaz*, através de um assentimento ulterior, ou pelo próprio menor, quando alcançar a maioridade civil;

ii) *quando o empréstimo se destinou aos alimentos habituais necessários à sobrevivência do menor*, na ausência do seu responsável (aqui, a restituição se justifica pelo fato de ter sido contraído o empréstimo com relevante motivação. O termo *alimentos* deve ser admitido em sentido lato, abrangendo os naturais (necessários ao mínimo vital) e os civis (despesas de educação, vestuário).[61] Caberá ao representante do menor realizar a restituição, excluindo-se a cobrança de juros, pois não nos parece lógico que alguém se prevaleça do estado de necessidade alheia para auferir proveito econômico. Aliás, o credor será reputado como gestor de negócios e, a

58. Há uma segunda versão, menos aceita doutrinariamente, pela qual a denominação do instituto decorreria do nome do usurário que negociava a corrupção dos menores.

59. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 319.

60. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 306.

61. "Os alimentos hão de se entender em sentido amplo (estudo, vestuário, tratamento), a configurarem justa causa para a tomada do empréstimo", como realça Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato*, op. cit., p. 271.

teor do art. 871 do Código Civil, poderá reaver do devedor a importância que desembolsou a título de alimentos prestados em prol do incapaz);

iii) *quando o menor tomou o empréstimo com rendimentos ganhos de seu próprio trabalho* (a hipótese revela uma contradição: se o menor tem renda própria como consequência de seu trabalho, já estará emancipado por possuir economia própria – CC, art. 5º, V –, convertendo-se em capaz e, portanto, sendo os seus empréstimos passíveis de restituição, como outro qualquer.[62] Mas, eventualmente, não havendo a emancipação legal, quando, por exemplo, o exercício do trabalho foi transitório, a execução do credor não ultrapassará o valor que o devedor auferiu em sua atividade econômica. Em qualquer das hipóteses, é fundamental preservar a *dignidade do devedor*, não podendo comprometer o seu mínimo existencial);

iv) *se o empréstimo reverteu em benefício do incapaz* (na hipótese de se demonstrar que o mútuo reverteu em benefício do incapaz, que não estava representado, poderá se responsabilizar o representante para obter o valor pago. Acentua-se, sem dúvida, a diretriz da *eticidade*, almejada pelo Código de 2002, pois haveria enriquecimento injustificado na conduta daquele que se recusa a restituir quando foi beneficiado economicamente em situação alheia a qualquer liberalidade);

v) *se o menor agiu maliciosamente para a obtenção do empréstimo* (quando o incapaz se apresentou, dolosamente, como maior, induzindo o outro contratante a erro quanto à sua condição.[63] Trata-se da aplicação do *tu quoque*,[64] vale dizer, quem viola uma norma não pode por ela ser posteriormente beneficiado).

---

62. É o caso dos contratos celebrados por jovens jogadores de futebol ou artistas que, por força de negócios milionários, desfrutam de uma situação financeira bastante superior à da sua família.

63. "Se o menor, dolosamente, oculta a sua idade para obter empréstimo, não pode socorrer-se do benefício outorgado pelo art. 589, V, do Código Civil de 2002, mesmo porque *malitia supplet aetatem*. Trata-se de aplicação do princípio constante do art. 180 da Lei Civil de 2002", MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 211.

64. Já tratamos da matéria, com mais minúcias, noutra sede, para onde remetemos o leitor, para maior aprofundamento: "*Tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?* – É, no original, a indagação que se atribui a Júlio César, em 44 a. C., ao reconhecer entre aqueles que haviam conspirado para o seu assassinato, Marco Júnio Bruto, a quem considerava como filho. *Tu quoque* significa, literalmente, 'até tu', 'também tu', e é expressão universalmente consagrada como forma de designar espanto, surpresa, decepção com a atuação inconsciente de certa pessoa: Em sentido jurídico, a expressão *tu quoque* refere-se à aplicação de critérios valorativos distintos para reger situações jurídicas substancialmente idênticas. É um tipo específico de proibição de comportamento contraditório na medida em que, em face da incoerência dos critérios valorativos, a confiança de uma das partes é violada.Isto é, a parte adota um comportamento valorativamente distinto daqueloutro adotado em hipótese objetivamente assemelhada. Ocorre o *tu quoque* quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação, com o fito de se beneficiar. Nesta figura, portanto, encontra-se um acentuado aspecto de deslealdade, malícia, gerando a ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra, por conta dos critérios valorativos antes utilizados", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 615.

3.4 Classificação do mútuo

Seguindo o caminho pavimentado pelo conceito adotado pelo Código Civil (art. 586), nota-se que o mútuo constitui-se como contrato típico e nominado, com uma natureza jurídica bem definida:

i) é contrato real, por exigir a tradição;

ii) é unilateral, por estabelecer obrigações para uma das partes apenas;

iii) é informal, não exigindo o cumprimento de formalidades;

iv) pode se apresentar como gratuito ou oneroso, a depender de sua finalidade.

A compreensão é lógica e fácil.

Trata-se de *contrato real*, tal qual o comodato, porque somente estará aperfeiçoado o mútuo com a efetiva entrega da propriedade da coisa mutuada, sendo o acordo de vontades insuficiente para a formação contratual. Enquanto a coisa não for transferida para o domínio do mutuário, o contrato é juridicamente inexistente.

A *unilateralidade* do negócio decorre do fato de que, formado o contrato pela entrega da coisa, somente o mutuário terá obrigações, como o dever de restituí-la.

Trata-se, ademais, de contrato *não solene*, inexistindo formalidade específica para a sua constituição. Vale repetir, na oportunidade, a advertência feita, quando da apreciação do comodato, no sentido de que a legislação processual não admite prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor exceda ao décuplo do salário-mínimo, o que termina por recomendar alguma cautela na celebração do contrato, para fins probatórios.

O contrato pode se apresentar como *gratuito* ou *oneroso*, cambiando conforme a sua finalidade. Se o mútuo não é remunerado por juros, assume feição *gratuita*, pois, nesse caso, somente uma das partes (o mutuário) se beneficia economicamente. Porém, havendo estipulação de pagamento em prol do mutuante ou assumindo finalidade econômica (como no exemplo do empréstimo bancário), "haverá também sacrifício patrimonial ao tomador do empréstimo, convertendo o contrato em oneroso", como anotam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[65]

Nota-se, então, que a gratuidade não integra a essência desse ajuste de vontades, diferentemente do comodato.

Havendo remuneração do mutuante, o contrato será denominado *mútuo feneratício, mútuo oneroso* ou *mútuo frutífero*. Compreendendo a matéria à luz do art. 591 da Lei Civil, é de se afirmar que o mútuo pode ser oneroso em duas hipóteses: (*i*)

65. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 256.

quando houver expressa disposição nesse sentido; (*ii*) em se tratando de contrato celebrado com finalidade econômica.[66]

3.5 Prazo do contrato de mútuo

O mútuo tem de ser *temporário*, sob pena de desvirtuação de sua finalidade, caracterizando contrato de doação.

De ordinário, as partes devem estipular o prazo para a restituição da coisa. Todavia, não havendo termo determinado, incidirá a regra do art. 592 da Codificação, presumindo-se que o mútuo será:

i) até a próxima colheita, quando se tratar de produtos agrícolas para o consumo;

ii) de, pelo menos, trinta dias, quando se tratar de empréstimo em dinheiro (mútuo feneratício);

iii) pelo espaço de tempo declarado pelo mutuante, se tiver como objeto qualquer outro bem fungível, não se admitindo, por óbvio, uma estipulação abusiva, sob pena de caracterização de ato ilícito objetivo (CC, art. 187).[67] Se o mutuário entender que o prazo fixado pelo mutuante não é razoável, o magistrado decidirá, atendendo ao parâmetro da razoabilidade para o empréstimo.

Evidentemente, o mutuante não pode exigir a restituição do mesmo gênero, qualidade e quantidade antes do vencimento. Apenas poderá, como visto anteriormente, exigir uma garantia se, antes do advento do termo final, o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica (CC, art. 590).

Acrescente-se que, em se tratando do mútuo oneroso, o mutuário deve pagar juros, além da restituição da coisa.

Demais de tudo isso, é de se pontuar que o mutuário tem de entregar a coisa devida integralmente, não podendo se obrigar o mutuante a aceitá-la em partes ou fracionadamente. Excepcionalmente, as partes podem estabelecer que a dívida é *amortizável*, sem perder a unidade.[68]

66. O Enunciado 34 da Jornada de Direito Civil é direto: "no novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuos destinados a fins econômicos presumem-se onerosos, ficando a sua taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual".

67. "Para o arbitramento de tal prazo, deverá o mutuante utilizar-se de bom senso ao fixá-lo, tendo sempre a faculdade de intimar o devedor do momento em que deseja a devolução, mas sempre fixando-lhe um prazo razoável e suficiente para a fruição da coisa, mas dentro do qual seja também razoável o pagamento", SCHEINMAM, Maurício. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 158.

68. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 392.

3.6 Mútuo em dinheiro (mútuo feneratício)

Dedicando especial atenção ao mútuo feneratício, o art. 591 do Código Civil, captando influências portuguesa e italiana, estabeleceu que "destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos os juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual". Presume-se, pois, a onerosidade do mútuo pela sua *finalidade econômica*.

O aludido dispositivo constitui importante inovação do legislador de 2002, uma vez que, na vigência do seu antecessor (CC/16, art. 1.262), este contrato era, em regra, gratuito, sendo a sua onerosidade excepcional, dependendo de cláusula expressa no instrumento contratual. Inspirava-se a legislação revogada na máxima de Santo Agostinho de que o juro era abominável (*mammona iniquitatis*). Chegou mesmo a dizer que "os juros são o custo do dinheiro no tempo", e que, em sendo o tempo pertencente a Deus, seria um pecado cobrar por ele.

Confirmando a origem bíblica do repúdio aos juros, consta do Velho Testamento, notadamente em Ezequiel (18:31), a advertência de que será reputado "filho ladrão se derramar o sangue ou cometer qualquer destas faltas", dentre elas "emprestar a juros e receber mais do que emprestou: acaso viverá ele? Não viverá. Antes, depois de ter executado todas estas ações detestáveis, infalivelmente morrerá, o seu sangue será contra ele mesmo".

A contemporaneidade exigia solução distinta: o tráfego jurídico impõe a presunção da cobrança de juros nos empréstimos com finalidade econômica. Assim, presumem-se devidos os juros no empréstimo com escopo financeiro (feito por um banco, por exemplo), e essa onerosidade apenas será afastada por convenção expressa em sentido contrário. Portanto, se A e B contraem contrato de empréstimo, os juros serão devidos ao tempo da restituição do capital mutuado, somente sendo elidida a sua exigência quando da natureza do contrato se inferir a gratuidade – normalmente em relações fraternas (*e. g.*, quando as partes são amigos de longa data), prevalecendo assim o mútuo comum, de fins não econômicos.

Além disso, o legislador não mais o restringiu ao empréstimo de dinheiro ou de coisas fungíveis, sendo possível pensar em uma extensão do objeto de tais contratos para outros bens.

Os juros aludidos pelo dispositivo são os denominados *compensatórios* ou *remuneratórios*, vale dizer, aqueles recebidos pelo mutuante como compensação pela privação do capital emprestado por um determinado período. A remuneração do credor equivale aos frutos civis por ser privado temporariamente da posse do bem (como no exemplo dos aluguéis, das rendas e dos dividendos). Sobre o tema, é preciso cuidado para não confundir os juros compensatórios com os *moratórios*, que se imputam ao mutuário como sanção pela mora no pagamento do débito, verdadeira pena civil estipulada pela lei para o caso de inadimplemento das obrigações (CC, art. 395).

A regra em enfoque não é direta. Remete ao art. 406 do próprio *Codex* para o alcance exato da taxa de juros. Volvendo a visão para o aludido dispositivo, constata-se que será a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Desdobram-se, então, dois possíveis caminhos. *Primus*, é possível afirmar, com base na Lei nº 9.065/95, que os juros compensatórios se filiam à taxa Selic, de natureza variável e fixada pelo Banco Central, com valor bem superior ao previsto na Lei de Usura. *Secundus*, seria possível, também, utilizar a referência ao art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, considerando o teto de juros em um por cento ao mês. Endossamos a segunda tese, afinal a taxa Selic afronta a confiança das partes, uma vez que inexiste um critério previamente estabelecido para o seu cálculo; é, sem dúvida, volátil, até porque se mostra frequentemente alterada. Demais disso, não se trata de uma taxa pura de juros, na medida em que abrange, ainda, a atualização monetária. Demonstra, portanto, alto grau de dificuldade operacional, causando turbulências ao cálculo. Tudo isso sem esquecer, por fim, a excessiva onerosidade que impõe ao valor da obrigação.

O entendimento mereceu acolhida pelo Enunciado 20 da Jornada de Direito Civil:

> *Enunciado 20, Jornada de Direito Civil: "A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1o, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3o, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano."*

A doutrina apoia a tese aqui esposada: "a melhor orientação é no sentido da inaplicabilidade da taxa Selic para complementar a regra do art. 406 do Código Civil de 2002", como dispara, com precisão cirúrgica, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.[69]

A Corte Superior de Justiça, contudo, adotou posição intermediária. Admite a cobrança de juros com base na taxa Selic, mas sem cumulação com outros índices e encargos, sejam de atualização monetária, sejam de juros, considerando que o cálculo da mencionada taxa abarca, concomitantemente, o índice inflacionário e a taxa de juros real.[70]

---

69. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*, op. cit., p. 335.

70. "Contratos de mútuo. Comissão de permanência limitada à taxa Selic. Possibilidade. I. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção (AgR-REsp 706.368/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 8.8.2005), a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios que, previstos para a situação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela. Todavia, constatada a presença dos juros moratórios e da multa para o período de inadimplência, inviável seria a concessão da comissão de permanência conforme contratada. Mantida, contudo, sua cobrança limitada à taxa Selic, conforme disciplinada pelo Tribunal de origem, sob pena de *reformatio in pejus*. II. Agravo improvido" (STJ, Ac. unân. 4ª T., AgRg no REsp 895.075/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 28.11.06, *DJU* 5.3.07, p. 306).

Faculdade Farias Brito FAT Ceará

No que concerne à capitalização de juros, o art. 5º da Medida Provisória nº2.170-36/01 admitia a prática do anatocismo com periodicidade inferior a um ano. Todavia, a parte final do art. 591 do Código Civil somente autorizou a capitalização anual como regra geral para o mútuo. Aliás, a vedação à contagem de juros dos juros mensais ou semestrais já era referida na Lei de Usura – Decreto nº 22.626/33, bem como na Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal.[71]

Em princípio, as instituições financeiras estão liberadas da limitação imposta pela legislação ordinária e, particularmente, pela norma constante do art. 591 da Codificação, inclusive no que tange à periodicidade da capitalização dos juros.[72] Do mesmo modo, estão liberados os financiamentos de crédito rural, comercial e industrial.[73]

Dessa maneira, a capitalização de juros em contrato de mútuo celebrado com instituição financeira pode ser mensal ou anual, a depender da previsão negocial respectiva, ressalvados os casos previstos em norma especial, nos quais são possíveis outras formas de capitalização.Confira-se o posicionamento jurisprudencial:

> "A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior é no sentido de que a cobrança de juros capitalizados em periodicidade mensal ou anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação. " (STJ, Ac. unân. 4ª T., AgRg no AREsp 832.638/PR, rel. Min. Marco Buzzi, j. 2.8.16, DJe 16.8.16)

Acrescente-se, inclusive, que, alterando o entendimento anterior, a Corte Superior de Justiça autorizou a cobrança da capitalização de juros nos contratos para a aquisição de imóvel para moradia, através do Sistema Financeiro Nacional, consoante posição cimentada no enunciado 539 da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula, 539, Superior Tribunal de Justiça:
>
> "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada".

Todavia, ao nosso viso, é fundamental perceber que a adoção das cláusulas gerais da boa-fé objetiva (CC, art. 113), de abuso do direito (CC, art. 187) e da função social do contrato (CC, art. 421) permite que o magistrado possa limitar o exercício excessivo do direito subjetivo ao crédito pelas instituições financeiras.

---

71. Súmula 121, Supremo Tribunal Federal: "é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada".

72. A jurisprudência afirma que as entidades financeiras não estão submetidas ao limite de periodicidade estabelecido no Código Civil: "Não é aplicável aos contratos de mútuo bancário a periodicidade da capitalização prevista no art. 591 do Código Civil, prevalecente a regra especial do art. 5º, *caput*, da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001), que admite a incidência mensal" (STJ, Ac. unân. 4ª T., Resp. 915.572/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 7.2.08, *DJe* 10.3.08).

73. Súmula 93, Superior Tribunal de Justiça: "a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros".

Lembre-se, em abono à tese que estamos sustentando, que as cláusulas gerais não são apenas normas abertas, mas, também, móveis e flexíveis, pois circulam pelo sistema jurídico como um todo, sendo aplicadas pelo julgador de modo a atenuar o rigor e a rigidez de determinadas regras do código. Bem por isso, pode o julgador, a qualquer tempo e de ofício – eis que as cláusulas gerais são normas de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único) –, reduzir juros que se mostrem extorsivos, modificando as cláusulas contratuais que ultrapassem os limites éticos do sistema e aniquilem direitos fundamentais do contratante.

A jurisprudência superior nutre simpatia pelo argumento:

> *"1 – Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios raticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.*
>
> *2 – Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados" (STJ, Ac. unân. 2ª Seção, REsp. 1.112.879/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.5.10, DJe 19.5.10).*

A jurisprudência superior, inclusive, chegou a editar a Súmula 382, vazada em termos claros: "a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade". Portanto, para o Superior Tribunal de Justiça a taxa de juros remuneratórios do mútuo bancário[74] não está limitada a doze por cento ao ano, escapando à incidência da Lei de Usura. Não significa, contudo, que haveria um cheque em branco para que as Instituições Financeiras estabeleçam patamares abusivos. Pode o julgador, casuisticamente, exercer o controle da taxa, evitando atos ilícitos objetivos (abuso do direito de cobrar juros).

Não haverá, sequer, necessidade de discutir se o Código de Defesa do Consumidor incide sobre os contratos bancários de mútuo. Isso porque, independentemente do entendimento cristalizado na jurisprudência,[75] nos contratos civis, consumeristas e, até mesmo, empresariais, as aludidas cláusulas gerais do Código Civil possuem incidência, impedindo o desequilíbrio contratual, sendo facultada ao magistrado a utilização de seu poder integrativo para desenhar a solução mais adequada à especificidade do caso, como demanda a diretriz da concretude – almejada pelo Código Civil em vigor.

---

74. A possibilidade não alcança os contratos de mútuo celebrados por entidades fechadas de previdência privada, que estão limitadas ao patamar de doze por cento ao ano em relação aos juros de seus empréstimos para os seus participantes: "2. Em consonância com a Súmula 563 do Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável apenas às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas. 3. O mútuo feneratício, contratado com entidade fechada de previdência privada, submete-se aos limites da Lei de Usura e ao art. 591 do Código Civil, de modo que a taxa efetiva de juros não pode exceder a 12% ao ano." (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.304.529/SC, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 15.3.16, DJe 22.4.16).

75. A questão ficou superada pelo julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn 2.591/06, reconhecendo a incidência das normas consumeristas sobre as instituições financeiras. A Súmula 297, do Superior Tribunal de Justiça, na mesma levada, já afirmava que *"o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."*

Sendo assim, seguindo a didática orientação do Superior Tribunal de Justiça, é possível afirmar, em relação aos juros do contrato de mútuo:

> a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do Código Civil de 2002; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do Código de Defesa do Consumidor) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. (STJ, Ac. 2ª Seção, REsp 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.08, DJe 10.3.09).

Por óbvio, na hipótese de não constar do contrato de mútuo cláusula estipulando os juros, o magistrado deve fixar o índice de juros de acordo com as regras da economia de mercado.[76]

Sob o prisma processual, vale a referência à necessidade de propositura de uma ação de revisão contratual pelo devedor, não sendo possível discutir a alteração das taxas de juros em sede de ação de exigir contas, em razão da especificidade do seu procedimento especial.[77]

Outra especificidade do contrato de mútuo oneroso é a figura conhecida como *contrato de vaca-papel*, típica dos contratos de parcerias agrícolas, utilizada para mascarar um contrato de mútuo com juros excessivos. Fernando Gaburri explica a mecânica do contrato de vaca-papel: "um parceiro-proprietário simula entregar ao outro, parceiro-arrendatário, certa quantidade de gado, cem cabeças, por exemplo. O outro parceiro obriga-se, após determinado prazo (três anos, por exemplo), a entregar a mesma quantidade de gado acrescida de vinte e cinco a cinquenta por cento. Contudo, não há entrega de gado pelo parceiro-proprietário, mas simples entrega de dinheiro, correspondente àquelas cem cabeças", originalmente devidas. "Assim, além de não haver a entrega das vacas objeto da parceria, o que caracteriza simulação, a taxa de juros cobrada do parceiro-arrendatário excede os limites da Lei de Usura".[78] A jurisprudência, inclusive, vem reconhecendo a invalidade dos contratos de vaca-papel, como se nota:

> *"Contrato simulado de parceria pecuária. 'Vaca-papel'. Mútuo com cobrança de juros usurários. Anulação do negócio jurídico. Pedido de um dos contratantes. Possibilidade.*

76. "Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.080.507/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 1.2.12).

77. "O rito especial da ação de prestação de contas não comporta a pretensão de alterar ou revisar cláusula contratual, em razão das limitações ao contraditório e à ampla defesa." (STJ, Ac. 2ª Seção, REsp. 1.497.831/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.9.16, DJe 7.11.16).

78. GABURRI, Fernando. *Contratos*, op. cit., p. 278-279.

> *– É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 441.903/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.2.04, DJU 15.3.04, p. 265).*

Demais de tudo isso, é de se lembrar a incidência do *princípio do nominalismo* (CC, art. 315), uma vez que a importância devida pelo mutuário corresponderá ao *valor nominal da dívida*, atribuído pelo Estado. O devedor do mútuo, por conseguinte, se exonera entregando ao mutuante a quantia em moeda correspondente ao valor do contrato, independentemente de eventual fenômeno inflacionário. Nada impede que as partes disponham em sentido contrário, estimando fatores de atualização.

Outrossim, o contrato deve ter valor ajustado em moeda nacional (real), conforme preconiza a Lei nº 9.069/95, sob pena de nulidade. Somente se admite uma contratação em moeda nos casos de dívidas oriundas de importação ou exportação de mercadorias ou assumidas em país estrangeiro.

Sobre os encargos moratórios (decorrentes do atraso do mutuário no cumprimento de suas obrigações), o Superior Tribunal de Justiça terminou por entender que a existência de *comissão de permanência*, referida contratualmente, obsta a cobrança de juros e de correção monetária. Acertadamente, percebeu a Corte que a aludida comissão tem larga abrangência, impedindo a sua cumulação com outros encargos, sob pena de *bis in idem*:

> *"Nos contratos de mútuo bancário, os encargos moratórios imputados ao mutuário inadimplente estão concentrados na chamada comissão de permanência, assim entendida a soma dos juros remuneratórios à taxa média de mercado, nunca superiores àquela contratada, dos juros moratórios e da multa contratual, quando contratados; nenhuma outra verba pode ser cobrada em razão da mora. Recurso especial não conhecido" (STJ, Ac. 2ª Seção, REsp. 863.887/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 14.3.07, DJe 22.11.08).*

Para além disso, merece alusão a Circular nº3.466/09 do Banco Central do Brasil, vigente a partir de 14 de setembro de 2009, vedando, expressamente, em seu art. 1º, a cobrança da tarifa de renovação de cadastro (TRC) pelas instituições financeiras.[79]

Outrossim, vem se entendendo abusivo e, por conseguinte, nulo o repasse ao pagador de despesa referente a tarifa cobrada para a emissão de boleto bancário – que, em última análise, é de interesse direto do credor.[80]

---

79. O entendimento da jurisprudência superior é no sentido de que a cobrança da tarifa no período anterior ao citado ato normativo do Banco Central era válida: "É válida a cláusula contratual que prevê a cobrança da tarifa de renovação de cadastro (TRC) nos contratos bancários celebrados no período de vigência da Circular n. 3.371/2007 do Banco Central do Brasil." (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.303.646/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.5.15, DJe 23.5.16).

80. "(...) 3. O fato jurídico que enseja a cobrança de tarifa pela emissão de boleto bancário desencadeia uma série de relações jurídicas correlacionadas – entre o varejista/comprador e o fornecedor/distribuidor, quando da contratação de dado produto, e entre o fornecedor/distribuidor e o banco para fins de cobrança do valor pactuado na relação anterior – das quais são partícipes o comprador, o fornecedor e a

3.7 Extinção

A extinção normal, esperada, do contrato de mútuo ocorre pela *restituição da coisa equivalente*, quando do advento de seu termo. Até porque se trata de *contrato temporário*.

Anomalamente, contudo, é possível concluir o contrato pela resolução culposa, judicialmente reconhecida, quando o mutuário descumpre as suas obrigações, em especial quando descumpre o dever de restituir o bem emprestado (e os juros convencionados, quando se tratar de mútuo feneratício).

Também é possível a resilição bilateral (distrato), por ajuste de ambos os contratantes.

Vale a lembrança de que a resilição unilateral (denúncia) é admitida em favor do mutuário, quando decidir "restituir antecipadamente bem equivalente ao que lhe foi emprestado, o que se aceita ante a presunção de que o prazo concedido para a restituição foi estipulado em seu favor", como assinala Sílvio Luís Ferreira da Rocha.[81] Nesse caso, é de bom tom a lembrança de que, em se tratando de mútuo consumerista (submetido ao Código de Defesa do Consumidor), o mutuário (consumidor) terá direito à *redução proporcional de juros e demais acréscimos*, consoante previsão do § 2º do art. 52 da legislação específica.

instituição financeira. 4. Em regra, o meio de pagamento utilizado pelo comprador, ao adquirir junto ao fornecedor mercadorias do ramo farmacêutico, é o boleto bancário. Consequentemente, o fornecedor, que passa à condição de cedente do título, e a instituição financeira negociam o valor da tarifa pelo serviço de emissão do boleto, documento em que o comprador/varejista figura como sacado. 5. O art. 1º, § 2º, II, da Resolução nº 3.919/2010 do Conselho Monetário Nacional veda expressamente o repasse ao sacado do ônus pelo pagamento da despesa referente à tarifa de emissão de boleto bancário." (STJ, Ac.unân. 3ª T., REsp 1.568.940/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 1.3.16, DJe 7.3.16).

81. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso Avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 276.

CAPÍTULO VI

Contrato de Prestação de Serviços

Sumário • 1. Breve introdução à prestação de serviços humanos – 2. Noções conceituais da prestação de serviços e suas características: os confins divisórios com os contratos de trabalho, de empreitada e de consumo – 3. Classificação do contrato de prestação de serviços – 4. Objeto da prestação de serviços – 5. Remuneração do prestador de serviços; 5.1 Generalidades; 5.2 Arbitramento da remuneração pelo juiz; 5.3 Remuneração acima do décuplo do salário-mínimo e a (des)necessidade de prova escrita; 5.4 Periodicidade da remuneração; 5.5 Compensação ao prestador de serviço não habilitado profissionalmente – 6. Prazo de duração da prestação de serviços – 7. Aliciamento do prestador de serviços – 8. Obrigações recíprocas na prestação de serviços – 9. Competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos decorrentes da prestação de serviços – 10. Extinção do contrato de prestação de serviços e o direito à certificação.

"Nosso dia vai chegar, teremos nossa vez.
Não é pedir demais: quero justiça,
Quero trabalhar em paz.
Não é muito o que lhe peço,
Eu quero um trabalho honesto,
Em vez de escravidão.
Deve haver algum lugar
Onde o mais forte, não consegue escravizar
Quem não tem chance."

(Legião Urbana, *Fábrica*, de Renato Russo)

1. BREVE INTRODUÇÃO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HUMANOS

É certo e incontroverso que o trabalho é uma atividade ontológica inescapável e se insere nos direitos da personalidade, reconhecido como um verdadeiro atributo essencial que se vincula à sua própria existência, afinal de contas, a partir dele é alcançável o *mínimo vital* (ou *patrimônio mínimo*), como um desdobramento da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Assim, por essa perspectiva, o trabalho, em última análise, integra a própria natureza humana: *o homem sempre trabalhou*, desde os primórdios, *quando precisou*

obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida.[1]

Efetivamente, não se pode duvidar que o trabalho atribui à pessoa uma especial dignidade, distinguindo-a dos objetos, que são instrumentalizados à serviço de outrem.

Aliás, o conteúdo mínimo da dignidade humana traz consigo, além do direito ao *mínimo existencial*, a garantia de liberdade de autodeterminação, permitindo a cada pessoa atuar livremente, conforme o seu esforço físico e intelectual. E, bem por isso, a dignidade não é algo que se pode simplesmente possuir por natureza, como os olhos azuis. *Ela marca, antes, uma intangibilidade que só pode ter significado concreto e real nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas*, consoante a percepção aguçada de Jürgen Habermas.[2]

Por mais exaustivo e enfadonho, através do labor a pessoa humana se renova cotidianamente, reiterando a busca de um porvir próspero e feliz. O filósofo e escritor argelino Albert Camus,[3] recontando o mito grego de Sísifo,[4] em obra de rara beleza e aguda apreensão do horror das armadilhas do cotidiano laborativo humano, chegou mesmo a provocar qual seria o *sentido da vida* diante de incontáveis trabalhos realizados inutilmente e sem esperança pelos homens. Aliás, a atualidade e o oportunismo de *O Mito de Sísifo* são palpáveis. No mundo pós-moderno, por mais que o trabalho humano seja, muita vez, mal reconhecido e pouco valorizado, é o mecanismo mais seguro para a realização humana e a afirmação de sua dignidade. Metaforicamente, *pode-se deixar que a pedra continue a descer, cotidianamente, após ser levada ao topo da montanha, desde que, nos intervalos desta labuta, se renovem a consciência e a obstinação para alcançar um futuro melhor – mais digno, humano e solidário. O que não se pode, na contemporaneidade, é se deixar, tão só, rolar também ladeira abaixo com a pedra.*

Na pós-modernidade a prestação de serviços alcançou dimensões tamanhas que, nos países centrais do sistema capitalista, chegam a representar cerca de sessenta por cento do produto interno bruto – PIB,[5] evidenciando a sua valorização social e econômica.

---

1. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 27.
2. HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*, op. cit., p. 47.
3. CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*: ensaio sobre o absurdo, Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.
4. Segundo a mitologia, Sísifo foi condenado pelos deuses a empurrar, sem descanso, um rochedo até o cume de uma montanha, de onde ele caía novamente, em consequência do seu peso e da natural regra da gravidade. Com esta tarefa repetitiva e sem perspectiva de êxito, impuseram os deuses um terrível castigo, caracterizado por um trabalho inútil e sem esperança. Quanto ao motivo da sanção imposta, Camus é particularmente sarcástico, porém preciso: "a acreditar em Homero, Sísifo era o mais ajuizado e o mais prudente dos mortais. No entanto, segundo outra tradição, tinha tendências para a profissão de bandido. Não vejo nisto a menor contradição. As opiniões diferem sobre os motivos que lhe valeram ser o trabalhador inútil dos Infernos".
5. Fábio Ulhoa Coelho indica que, nos Estados Unidos da América, a prestação de serviços já responde por três quartos do produto interno bruto, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 276.

Mas nem sempre o trabalho teve esta importância.

No Direito Romano, eram localizadas três distintas modalidades de negócios jurídicos ligados ao trabalho humano: a *locatio rei* (atualmente tratada como *contrato de locação*), a *locatio operis faciendi* (agora batizada como *empreitada*) e a *locatio operarum* (cuja aproximação com o contrato de prestação de serviços é evidente). Nesta última, um sujeito – normalmente um escravo –, independentemente de sua especialização, colocava os seus serviços à disposição de outrem, em determinado período, em troca de alguma retribuição.

Desde o alvorecer da Idade Média, contudo, os pensadores e filósofos construíram um novo arcabouço ideológico de sociedade, com o reconhecimento de que o progresso da humanidade impunha um novo tratamento ao trabalho. Afirmam-se direitos mínimos reconhecidos à condição humana, impondo um ajuste da ordem jurídica. O apogeu dessa nova sistemática jurídica foi com a Revolução Francesa, mas a influência capitalista e burguesa terminou por fazer que o contrato de trabalho fosse regulamentado como um tipo de *locação*, mantendo tradições romanas. Por outro lado, valorizou, sobremaneira, o interesse do patrão, como medida ditada pela proteção burguesa. Se alguma evolução existiu, sem dúvida, foi a proibição de trabalho perpétuo, evitando o ressurgimento da escravidão, chegando a constar da Exposição de Motivos do *Code de France* que *a condição de homem repele toda espécie de escravidão*.

O passar dos tempos, contudo, terminou por desmascarar aquela feição individualista e patrimonialista da locação de serviços humanos, impondo um divórcio (sem reconciliação) entre os fatos sociais e a previsão legislativa. E o Direito não poderia dar as costas àquela realidade fenomênica da vida, afinal, como advertia Georges Ripert, *quando o Direito ignora a realidade, ela se vinga, ignorando o Direito*. Assim, o Estado foi obrigado a intervir nos contratos laborativos, a fim de organizá-los de maneira mais justa e equânime, coibindo abusos da parte mais forte e evitando uma asfixia do hipossuficiente. Restringiu-se a *liberdade de contratar* e o *individualismo*, em fenômeno denominado *dirigismo contratual* ou *intervenção do Estado na relação privada*. Organizou-se, com isso, o Direito do Trabalho – que passou a regulamentar o contrato de trabalho, diferençando-os, significativamente, da antiga figura da *locação de serviços* romana.[6-7]

Hodiernamente, há evidente distinção, no Brasil e no mundo, entre o *contrato de prestação de serviços* e o *contrato de trabalho*, cujas bases e efeitos são consideravelmente

6. No Brasil, o reconhecimento da proteção do trabalho ganhou fôlego a partir da Revolução de 1930, passando a contar "com intensificação febril da legislação ordinária e extensa adoção, no País, da regulamentação internacional do trabalho, elaborada durante vários anos de atividade pela Organização Internacional do Trabalho", GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 7.

7. O fenômeno não ocorreu apenas em solo brasileiro, sendo detectado em quase todo o mundo. Ilustrativamente, o *Internacional Labour Office do Canada* reuniu uma coleção de textos de quatrocentos e cinquenta países e unidades governamentais, em 1944, demonstrando a importância que as medidas de proteção e auxílio à classe trabalhadora haviam atingindo nas legislações, apud ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 404.

distintos. Bem por isso, inclusive, é possível desmentir a afirmação[8] de que as regras do Código Civil de 1916, em relação à locação de serviços, estariam revogadas pelo advento da Consolidação das Leis do Trabalho, regulamentando o contrato de trabalho.[9] Já se pode notar que as regras codificadas tendem à disciplina de uma figura contratual distinta, ontologicamente, daqueloutra, regida pelo Texto Consolidado.

Ademais, vale observar que, enquanto o Código Civil de 1916, por apego à tradição, ainda adotava a expressa *locação de serviços*, o Código Civil de 2002 preferiu denominar esta figura contratual como *contrato de prestação de serviços*. No ponto, merece elogios afinal a locação "no mundo contemporâneo, é somente de coisas e, dentro do respeito à dignidade do ser humano, não cabe mais, como na época do período antigo da humanidade, na qual a escravidão era um fato e as pessoas eram coisas, a denominação *locação de serviços*", como testifica Teresa Ancona Lopez.[10-11]

Realmente, "o trabalho veio a se constituir neste século a preocupação máxima do legislador. E há, mesmo, forte tendência de considerá-lo centro das relações humanas, substituindo a propriedade a que os monumentos legislativos do século XIX emprestavam pertinência. Não foi, portanto, em virtude de mero luxo de nomenclatura que a expressão locação de serviços desprestigiou-se, encontrando nessa outra, prestação de serviços, o substitutivo preferencial, mas pelo fato de ter parecido a primeira, a muitos juristas, atentatória da dignidade humana", como pontua Caio Mário da Silva Pereira.[12]

2. NOÇÕES CONCEITUAIS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E SUAS CARACTERÍSTICAS: OS CONFINS DIVISÓRIOS COM OS CONTRATOS DE TRABALHO, DE EMPREITADA E DE CONSUMO

Buscando inspiração no comando do art. 594 da Codificação de 2002,[13] a *prestação de serviços* (ou *Dientvertrag*, como preferem os alemães) *pode ser percebida como o negócio jurídico pelo qual uma das partes, mediante remuneração (normalmente em dinheiro), se*

8. Ao tempo da votação do texto do Código Civil de 2002 na Câmara dos Deputados, alguns chegaram a questionar a manutenção da prestação de serviço, eis que a matéria seria objeto de tratamento pela legislação trabalhista ou pelo contrato de empreitada. Chegaram mesmo a afirmar: "as hipóteses de 'prestação de serviços' ou seriam regidas pelas leis trabalhistas ou pelas normas que regem a empreitada, nada, assim, lhe restando de próprio" (ALVES, Jones Figueiredo, "Da prestação de serviços", op. cit., p. 531). Porém, entre as atividades exercitadas com vínculo empregatício e as realizadas mediante empreitada, há ainda um considerável espaço de atividades autônomas que não se confundem com aquelas, restando absolutamente justificada a manutenção deste contrato típico e autônomo.

9. MEIRELES, Edílton. *O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*, op. cit., p. 95.

10. LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 189.

11. No mesmo diapasão, Miguel Maria de Serpa Lopes é contundente: "a expressão *locação de serviços* já não mais pode ter aceitação no direito moderno. Era explicável quando ainda preponderava a ideia romanista de se considerar o trabalho humano como coisa e, deste modo, possibilitando torná-lo objeto de relações jurídicas só adequadas aos bens", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 151-152.

12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 378-379.

13. Art. 594, Código Civil: "toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição".

vale de toda espécie de serviço ou trabalho lícito e possível, material ou imaterial, da outra parte, sem afetar a dignidade humana desta e sem subordinação jurídica.

Em linguagem simples e direta, é a assunção de obrigação de fazer por uma parte (prestador de serviço ou executor), consistente em realizar atividades que geram proveito para outra (tomador de serviço ou solicitante), mediante uma retribuição.[14]

Ideia distinta não se colhe da análise doutrinária. Desde os clássicos, como o saudoso cearense Clóvis Beviláqua, até os contemporâneos, como os bons baianos Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os civilistas não se afastam da conceituação aqui apresentada:

> *"É o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a prestar certos serviços a uma outra, mediante remuneração" (BEVILÁQUA, Clóvis, cf. Direito das Obrigações, op. cit., p. 449).* É o negócio jurídico por meio do qual uma das partes, chamada de prestador, se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra, denominada tomador, mediante remuneração" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 273)

Da simples apreensão destas noções conceituais, depreende-se, sem qualquer dificuldade, que o âmbito de incidência do contrato de prestação de serviços é uma *atividade humana*, manual ou intelectual.

Alguns exemplos falam por si: a prestação de serviços médicos, odontológicos, arquitetônicos ou advocatícios, além dos serviços comumente contratados de diaristas e pintores.

No entanto, não se pode deixar escondida uma realidade inexorável: como a atividade humana é o ponto de relevo de outras figuras contratuais, é fundamental atentar para a necessidade de delimitação dos marcos divisórios, das latitudes e das longitudes entre a prestação de serviços e outros contratos análogos, como o contrato de trabalho, o de empreitada e o de consumo.

Aliás, pontue-se, nessa levada, que o âmbito de incidência do contrato de prestação de serviços é *residual*, como deflui da redação do art. 593 do Texto Codificado.[15]

Assim, havendo legislação especial regulamentando eventuais atividades humanas, não será caso de incidência do Código Civil. A título ilustrativo, é de se ver a existência de regras específicas para o contrato de emprego e para o contrato de empreitada, afastadas, por conseguinte, as regras da prestação de serviços. É o caso, também, dos serviços bancários e de telecomunicações, igualmente disciplinados por legislação especial.

---

14. O Código Civil da Argentina é preciso ao conceituar este negócio jurídico: "a locação de serviços é um contrato em que o serviço deve ser entregue por uma das partes. Tem lugar quando uma das partes se obriga a prestar serviços e outra a pagar por este serviço em dinheiro. Os efeitos desse contrato serão julgados pelas disposições deste Código sobre as obrigações de fazer".

15. Art. 593, Código Civil: "a prestação de serviço, *que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial*, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo".

Enfim, somente haverá submissão de um contrato às normas da prestação de serviços quando outra figura negocial não estiver configurada – solução que é compartilhada por outros sistemas jurídicos.[16]

De qualquer sorte, em face dos inúmeros pontos de interseção existentes, releva, particularmente, traçar os confins divisórios entre o contrato de prestação de serviços e os contratos muito assemelhados, como o de emprego e o de empreitada.

Primeiramente, distingue-se a prestação de serviços do contrato de emprego, em face da inexistência de *subordinação jurídica* (no sentido de hierarquização), uma vez que a *prestação de serviços* é autônoma, visando à obtenção de um resultado determinado, sem que o prestador esteja hierarquicamente inferiorizado. A explicação de Orlando Gomes é alvejante: "a parte que presta o serviço estipulado não o executa sob a direção de quem se obriga a remunerá-lo e utiliza os métodos e processos que julga convenientes, traçando, ela própria, a orientação técnica a seguir, e assim exercendo sua atividade profissional com liberdade. Na realização do trabalho, não está subordinada a critérios estabelecidos pela outra parte. Enfim, é o juiz do modo por que o serviço deve ser prestado".[17] Verticalizando, a explicação de Marcelo Urbano Salerno é de clareza solar: "entre as partes (da prestação de serviços) não existe uma relação de subordinação. É um vínculo autônomo, celebrado em pé de igualdade. De maneira que se distingue do contrato de trabalho, pois neste o trabalhador ou empregado se acha abaixo da dependência econômica ou direção do patrão".[18]

Um exemplo ilumina a hipótese: o médico que é contratado por um paciente para auxiliá-lo na cura de uma patologia é quem decide a melhor maneira e a melhor técnica de atuação, com vistas à obtenção do êxito almejado. Aqui, vislumbra-se um ótimo exemplo de prestador de serviços, afinal ele é quem delibera o horário de atendimento, o valor da consulta e os métodos empregados para a cura do paciente.[19]

Enfim, se há subordinação jurídica (além de pessoalidade, continuidade e remuneração), o contrato é de trabalho, regido pela legislação especial (cuidadosamente protecionista). Não havendo subordinação jurídica, trata-se de prestação de serviços, submetida ao Direito Civil. O que interessa, pois, é a essência do negócio. É a sua percepção ontológica. Não se leva em conta a indicação constante

16. Propaga Carlos Alberto Ghersi, a partir do direito portenho, que "o contrato de prestação de serviços mais importante excluído é a relação laborativa ou trabalhista, que é de ordem pública", *Contratos civiles y comerciales*, op. cit., p. 556.

17. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 325. Disso não discrepa Maurício Godinho Delgado, para quem a "autonomia laborativa consiste na preservação, pelo trabalhador, da direção cotidiana sobre sua prestação de serviços; subordinação laborativa, ao contrário, consiste na concentração, no tomador de serviços, da direção cotidiana sobre a prestação laboral efetuada pelo trabalhador", DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 571.

18. SALERNO, Marcelo Urbano. *Contratos civiles y comerciales*, op. cit., p. 393.

19. Fábio Ulhoa Coelho apresenta outro curioso exemplo: "se o jardineiro é contratado para cuidar do jardim do tomados às quinta-feiras alternadas, mas presta seus serviços com plena autonomia (decidindo que procedimentos adotar, usando suas próprias ferramentas etc.), não há eventualidade, mas verifica-se a ausência de subordinação. O contrato é, por isso, civil", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 333.

do instrumento contratual. Assim, é irrelevante se o instrumento intitula o negócio como *contrato de prestação de serviços* quando estão presentes os elementos caracterizadores do *contrato de emprego* e vice-versa. Leva-se em conta a situação *fática* existente. Até mesmo porque ambas as figuras negociais são informais, não exigindo formalidade na sua celebração.

No Brasil, a Consolidação das Leis Trabalhistas é desdobramento do Direito Civil que alcançou autonomia pela necessidade de tutela ao trabalhador, visto como vulnerável. O Código Civil só incidirá quando o serviço realizado não detiver a característica da subordinação hierárquica, que atrai a incidência da legislação especial protetiva (CLT, art. 3º).[20] Toda relação de emprego é uma espécie de relação de trabalho qualificada por uma subordinação jurídica (funcional), com sujeição do empregado às ordens legítimas emanadas do empregador. O prestador de serviços não se emprega nem se faz empregado, pois não se afirma o estado de dependência econômica e a submissão a ordens. Inexiste direção técnica e controle sobre o modo de execução do serviço prestado, pois a sua natureza é eventual.

Enfim, na essência, não há distinção ontológica entre o contrato de trabalho e a prestação de serviços civil, uma vez que ambas estão assentadas na atuação humana em prol de uma finalidade. Apenas, considerando a existência de *subordinação jurídica*, a relação trabalhista conta com uma especialização da matéria, a partir de legislação adequada e protetiva, consubstanciada em normas de ordem pública para a tutela jurídica e social do obreiro. Na dúvida entre a existência de autonomia ou subordinação, prefere-se a relação de trabalho, tendo-se em consideração a tutela do hipossuficiente.

De qualquer maneira, essa aparente tensão entre os dois ramos da ciência jurídica parece arrefecer a cada dia, tendo em vista a busca de uma base protetiva para a pessoa humana, a partir da solidariedade social. Vaticinava Orlando Gomes: "ainda não é possível traçar, com rigor geométrico, os lineamentos gerais do futuro ordenamento jurídico da sociedade. Mas, uma interpretação honesta das tendências econômicas hodiernas permite asseverar que os princípios informativos da legislação social contemporânea serão, mais cedo ou mais tarde, os alicerces uniformes de todo o direito".[21] Sem dúvida, a ideia de proteção da pessoa humana e de solidariedade social podem servir para uma socialidade da normatividade relativa ao contrato de prestação de serviços, diminuindo as suas distinções protetivas do trabalhador em relação ao Direito do Trabalho. E, nesse ponto, merece referência a cuidadosa e futurista reflexão de Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Renata Queiroz Dutra:

20. Art. 3º, Consolidação das Leis do Trabalho: "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual".

21. GOMES, Orlando. *Direito do Trabalho*: estudos, op. cit., p. 4.

> *"O caminho aberto pelo Direito do Trabalho em seus primórdios e consolidado com a Constituição Cidadã de 1988 há de ser prospectivo, visando à concretização do trabalho como fator de inclusão e dignidade."*[22]

Demais de tudo isso, vale sublinhar que o contrato de emprego exige *pessoalidade*, além da subordinação jurídica. Por isso, distintamente da prestação de serviços, não pode ser travado por pessoa jurídica, mas somente por pessoa física, não admitindo, ainda, a transferência da obrigação para terceiros.

Aliás, convém repisar um comentário sobre o fenômeno da terceirização de serviços – que resulta da contratação de um serviço especializado com redução de custos, em razão da natureza autônoma do vínculo que se forma entre o tomador e o prestador de serviços, já que aquele transfere os encargos sociais para a pessoa jurídica prestadora que contratará os empregados. Em suma, as atividades-meio das empresas são terceirizadas – com descentralização operacional – a fim de que possa exercer com maior afinco e competitividade a sua atividade-fim. O enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho[23] regula e limita a contratação de trabalhadores por pessoa interposta a serviços ligados à atividade-meio do tomador, salvaguardando a sua adequada proteção.

Diferencia-se, por igual, a prestação de serviços do negócio jurídico de empreitada, em que há um resultado prático e concreto, especificamente almejado. Nesta, tem-se por meta o resultado da atividade específica e determinada, e não a atividade em si, que é objeto da prestação de serviços. Na empreitada, pois, assume-se *obrigação de resultado*, ao revés da prestação de serviços, em que a obrigação assumida pode ser de *meio* ou de *resultado*, a depender do caso. É o exemplo do construtor e do marceneiro. Em comum, existe uma atividade humana em favor de outrem. Contudo, na empreitada, aquele que promete uma determinada obra assume um compromisso de obtenção do resultado concluído, pois toda a sua atividade é dirigida àquela finalidade. Quem promete serviços apenas deve a atividade em si, ou seja, assume uma obrigação em que cada fração da atividade representa o seu adimplemento. Aqui, serve o exemplo genérico do médico, cuja atividade não pode ser imaginada como uma empreitada, na medida em que não se vincula a um resultado específico. Trata-se, a toda evidência, de prestação de serviços, com obrigação de meio.

---

22. MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; DUTRA, Renata Queiroz. "Contratos de locação de serviços, de prestação de serviços e de trabalho: um retorno às origens?", op. cit., p. 246.

23. Súmula 331, Tribunal Superior do Trabalho: "I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial."

In fine, é fundamental pontuar que a prestação de serviço pode estar submetida às regras especiais protetivas do Código de Defesa do Consumidor, caracterizando uma *relação jurídica contratual de consumo*. Isto ocorre quando o prestador se enquadrar no conceito de fornecedor habitual de serviço, em suas relações com o consumidor vulnerável (aqui, o tomador do serviço). Aplicam-se, então, as regras decorrentes dos arts. 2º e 3º[24] do Código de Defesa do Consumidor, quando caracterizada uma relação de consumo.[25] É lógico que, subsidiariamente, continuará sendo aplicável o Código Civil naquilo que não conflite com a legislação especial ou quando apresentar norma jurídica mais favorável, no chamado *diálogo das fontes*.[26] Por isso, não se pode afirmar que há uma absoluta exclusão da legislação civil quando estiver caracterizada a relação consumerista. Exemplificando, a contratação de um serviço de marcenaria ou uma consulta médica são hipóteses de prestação de serviços caracterizadas como contrato de consumo; por conseguinte, estão, simultaneamente, apanhadas pela

24. Art. 3º, Código de Defesa do Consumidor: "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. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

25. O Superior Tribunal de Justiça abraça uma concepção finalística de consumidor, como se nota de suas decisões: "I – Não enquadrável como relação de consumo a prestação de serviços entre empresas de porte, não se caracterizando hipossuficiência da contratante de conserto de caminhão de transporte de cargas, situação em que não se tem consumidor final, mas, apenas, intermediário, afasta-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor. II – Ainda que se aplicasse o Código de Defesa do Consumidor, a regra da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) não seria suficiente para afastar a prova contrária à pretensão inicial, tal como detidamente analisada, inclusive quanto à perícia, pela sentença e pelo Acórdão. III – O Código de Defesa do Consumidor define consumidor como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, noção que, como a de fornecedor, é ideia-chave para a caracterização da relação de consumo" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 1.038.645/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.10.10, *DJe* 24.11.10).

26. Colhe-se de nossa obra *Direito Civil:* Teoria Geral explicação sobre o significado do diálogo das fontes: "assim, o *diálogo das fontes* (*dialogue de sources*, na expressão originária) permite 'a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente... Uma solução flexível, aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)', como assinala Cláudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamim e Bruno Miragem. A utilização do *diálogo das fontes* propicia uma conexão interdisciplinar entre o Código Civil, como norma geral, e as demais normas especiais, como normas disciplinadoras de determinadas relações entre particulares, autorizando uma aplicação da norma jurídica que maximizar vantagens para aquele que ocupa uma posição que exige tratamento diferenciado e protetivo. Trilhando esse caminho, é de se compreender que no âmbito das relações jurídicas privadas específicas, a aplicação da norma jurídica deve estar submetida a um *diálogo das diferentes fontes normativas*, com o propósito de garantir a aplicação da norma mais favorável aos interesses tutelados. Enfim, trata-se de um verdadeiro *diálogo de complementaridade*. Flávio Tartuce, também defendendo a utilização dessa técnica nas relações privadas, justifica esse *diálogo de conexão* para que sirva 'como um leme nessa tempestade de complexidade' decorrente das inúmeras normas jurídicas existentes em nosso ordenamento. Sem dúvida, a técnica de compreensão do sistema jurídico através do *diálogo de complementaridade* está a serviço da constitucionalização das relações privadas, permitindo que os valores constitucionais estejam permeando uniformemente todo o sistema de direito privado", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 90.

regulamentação protecionista do consumidor e, subsidiariamente, pelas leis civis, onde não houver conflito ou quando se mostrar em mais benéficas.

O âmbito de incidência do contrato de prestação de serviços, portanto, é *residual*. Haverá contrato de prestação de serviços regido pela legislação civil quando não restar caracterizada uma relação trabalhista e um contrato de empreitada. Além disso, é preciso realçar a possibilidade de submissão deste negócio jurídico às regras do Código de Defesa do Consumidor.

As partes do contrato de prestação de serviços precisam ser *capazes juridicamente*, sob pena de invalidade do negócio jurídico (nulidade ou anulabilidade, a depender do tipo de incapacidade), conforme a regra geral do sistema jurídico.

Não se olvide, contudo, que a Constituição da República, em seu art. 7°, XXXIII, considera menor o trabalhador entre dezesseis e dezoito anos de idade. E, segundo a legislação trabalhista, *é proibido o trabalho do menor de dezoito anos de idade em condições perigosas ou insalubres* – sob pena de nulidade do negócio celebrado.[27] Já os trabalhos técnicos ou administrativos serão permitidos, desde que realizados fora das áreas de risco à saúde e à segurança.

A outro giro, ao menor de dezesseis anos de idade é proibido todo e qualquer trabalho, exceto na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade. Aliás, a partir desta idade é possível o contrato de aprendizagem, a ser celebrado por escrito e por prazo determinado (CLT, art. 428). Com menos de dezesseis anos de idade, somente é possível o trabalho do menor quando devidamente autorizado pelo juiz – que, nesse particular, será o da vara da infância e juventude, e não o juiz do trabalho,[28] através de procedimento de jurisdição voluntária. É o caso de menores que trabalham como artistas, por exemplo.

Ao menor trabalhador, havendo autorização, será devido, naturalmente, o salário-mínimo (salvo disposição contratual estipulando contraprestação superior, jamais inferior!), inclusive ao menor aprendiz será garantido o salário-mínimo calculado proporcionalmente por hora, uma vez que a sua jornada de trabalho será, no máximo, de seis horas diárias, ficando vedada a prorrogação e a compensação de jornada, podendo chegar ao limite de oito horas diárias, desde que tenha

27. "Alvará de autorização para trabalho de menor de idade. Atividade insalubre. Reconhecido pela Convenção Coletiva de Trabalho que a atividade a ser exercida pelos adolescentes é insalubre, não há como se deferir a autorização pleiteada, em respeito à previsão do artigo 7°, XXXIII, da Constituição Federal" (TJ/RS, Ac. 8ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70033593807 – comarca de Viamão, rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 28.1. 10, DJRS 10.2.10).

28. "A autorização de atividade laborativa de menor não é uma ação mandamental e sim, de procedimento especial de jurisdição voluntária, e desta forma, não está sujeita à imperatividade da remessa obrigatória, prevista no artigo 475, II do CPC. *A competência para o processamento e julgamento do pedido de alvará consistente na autorização para trabalho de menor é da Justiça Estadual da Infância e da Juventude.* Ao se tratar de menor, a competência é da Justiça Comum em face da legislação vigente, pois o art. 61 do ECA remete à CLT que regula a proteção ao trabalho dos adolescentes e a esta define como competente o Juiz de Menores" (TJ/MG, Ac. unân. 8ª Câm. Cív., Ap. Cív. 1.0000.00.281595-9/000(1) – comarca de Pouso Alegre, rel. Des. Pedro Henriques, j. 16.10.03, *DJMG* 20.4.04).

857

completado o ensino fundamental e nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica.

Outra função que pode ser exercida por menores é o estágio, que está regrado pela Lei nº 11.788/08. Como bem esclarece o art. 1º do citado Diploma Legal, "estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos". Assim, alunos que estiverem frequentando cursos de nível superior, profissionalizantes, de ensino médio, de educação especial ou dos anos conclusivos do ensino fundamental podem ser contratados como estagiários, sem qualquer vinculação empregatícia pela legislação especial. O estagiário poderá receber uma bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada,[29] devendo, em qualquer hipótese, estar segurado contra acidentes pessoais.[30]

Não se tratando de trabalho de aprendizagem ou estágio, na forma da legislação, o trabalho do menor é vedado, por mandamento constitucional, uma vez que lhe é dedicada *proteção integral*.[31]

O atleta não profissional em formação, maior de quatorze anos de idade, poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes.

A propósito do tema, o art. 427 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que, ao disponibilizar trabalho para o menor, o tomador do serviço deve conceder o tempo preciso para a frequência às aulas. E, bem por isso, considerada a natureza fundamental da aprendizagem, a realização de horas extras pelo menor somente é autorizada em caso excepcional, por motivo de força maior e desde que o trabalho do menor seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento. Exatamente por isso, é proibido, ainda, de prestar serviços entre as 22h e as 5h, durante o que se considera *período noturno*.

29. Art. 12, Lei nº 11.788/08: "o estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório".

30. Art. 14, Lei nº 11.788/08: "aplica-se ao estagiário a legislação relacionada à saúde e segurança no trabalho, sendo sua implementação de responsabilidade da parte concedente do estágio".

31. "Menor. Trabalho de aprendiz. Pedido de autorização. Se a atividade laboral a ser exercida pelo menor não se presta à formação técnica profissional, não tendo qualquer vínculo com programa oficial de formação de aprendizes, o pedido de autorização deve ser indeferido" (TJ/RS, Ac. 8ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70002987089 – comarca de Estrela, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 11.10.01).

3. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Palmilhando as pegadas da definição apresentada alhures e tendo na tela da imaginação as diretrizes distintivas entre o contrato de emprego e o de empreitada, podemos pinçar a classificação da prestação de serviços, certamente sem maiores dificuldades.

De saída, convém reconhecer que se trata de *contrato típico e nominado*, disciplinado pelo Código Civil. Além disso:

i) é contrato *bilateral*;

ii) é uma relação negocial, necessariamente, *onerosa*;

iii) o contrato é *comutativo*;

iv) é um negócio jurídico *causal*;

v) é contrato *não solene*, informal;

vi) de ordinário, trata-se de contrato *personalíssimo*.

Primeiramente, não se pode negar a natureza *bilateral* e *sinalagmática* da prestação de serviços. Efetivamente, o prestador de serviços assume obrigação de meio (realizar uma atividade humana com proveito para o tomador de serviços) com uma retribuição econômica. Salta aos olhos, pois, a *bilateralidade* da avença.

E, nesse passo, considerando a existência de uma certa equivalência entre as prestações das partes, nota-se o traço da *onerosidade*. Ambos (prestador e tomador de serviços) obtêm vantagens financeiras.

Aliás, vale pontuar que essas recíprocas vantagens econômicas são previamente conhecidas dos contratantes, o que explicita, de uma vez por todas, a sua feição *comutativa*. Não há, é certo, espaço para a aleatoriedade na prestação de serviços – o que seria incompatível com a sua essência.

Há, outrossim, um *motivo determinante* para a celebração da prestação de serviços, confirmando a sua natureza *causal*. A existência eventual de vícios sobre esses motivos determinantes, inclusive, pode conduzir à invalidade do contrato, quando forem falsos, imorais ou ilícitos.

A prestação de serviços *não exige forma prescrita em lei*, podendo ser celebrada, até mesmo, verbalmente. Cuida-se, a toda evidência, de negócio jurídico *não solene*. Logo, a declaração volitiva para a celebração da prestação de serviços não precisa ser expressa, pode ser tácita – e, aliás, no mais das vezes, é tácita mesmo, pelo comportamento das partes, notadamente quando o prestador evidencia a prestação de serviços pela sua conduta.

De qualquer forma, as partes podem celebrá-lo por instrumento escrito, procurando uma maior segurança e garantia. Nesse caso, quando celebrado por escrito (de acordo com a faculdade das partes), se uma delas não souber ler nem escrever,

o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas.[32] Procura-se, com isso, facilitar a celebração do contrato por instrumento escrito, afastando formalismos desnecessários no cotidiano da sociedade.

A falta do número de testemunhas não acarreta a invalidade do negócio jurídico, na medida em que são admitidos outros meios de prova deste contrato.[33]

Não se pode deixar esconso um interessante comentário ainda a respeito da forma do contrato de prestação de serviços. É que, na contemporaneidade, é possível a celebração de negócios de prestação de serviços por meio eletrônico, virtual, como a *Internet*, por exemplo. Em razão da evolução tecnológica, a cada dia se vislumbra, com mais ênfase, a possibilidade de contratação eletrônica.[34] Ilustrativamente, seria a hipótese de serviços eletronicamente prestados. Nesse caso, já foram desenvolvidas, inclusive, técnicas de assinatura criptográfica ou digital, com vistas a conferir segurança ao ajuste. Por evidente, o contrato celebrado eletronicamente há de respeitar os mesmos requisitos exigidos para os negócios jurídicos.

Demais de tudo isso, é da essência desta figura negocial o caráter *personalíssimo* (*intuitu personae*). Registra, a propósito, Carlos Roberto Gonçalves: "a obrigação de fazer assumida pelo prestador de serviço não pode ser transferida a terceiro, sem a anuência da outra parte, assim como não pode esta, em respeito ao trabalho humano, ceder a outrem os serviços que lhe seriam prestados, pois pode ocorrer de serem piores as exigências do novo contratante".[35]

Reconhecendo o caráter personalíssimo da prestação de serviços, o art. 605 da Codificação de 2002 assevera: "nem aquele a quem os serviços são prestados poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste".

A leitura – ainda que perfunctória – do citado texto legal reforça a natureza *intuitu personae* da prestação de serviço. A obrigação de fazer é personalíssima e alcança ambos os contratantes, sendo-lhes vedado unilateralmente transferir a outrem a execução dos serviços (no caso do prestador) ou o direito aos serviços ajustados (no caso do tomador do serviço). Qualquer cessão contratual exige o assentimento expresso do outro contratante, em uma verdadeira *assunção de dívida* ou *cessão da posição contratual*. Esta intransmissibilidade se estende à sucessão *causa mortis*, inclusive. Logo, o falecimento de um deles gera a extinção contratual ordinariamente.

32. Art. 595, Código Civil: "no contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas".

33. "Na verdade, não importa o número de testemunhas, e nem que venha a sua presença. Muito menos se exige que venha escrito o contrato, já que a maioria das prestações de serviços se realiza ou executa mediante um simples acerto verbal", RIZZARDO, Arnaldo. *Contrato*, op. cit., p. 615.

34. Sobre o tema, para maior aprofundamento, veja-se Maurício Scheinmam, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 338.

35. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 339-340.

Conforme dispõe o art. 247 do Código Civil, cuida-se de obrigação de fazer infungível por convenção, sendo o seu inadimplemento penalizado pela tutela ressarcitória, caso o contratante lesado não opte pela adoção da tutela inibitória (CPC, art. 461), constrangendo o parceiro a praticar aquele ato que voluntariamente recusa a efetuar. Note-se que a diretriz da operabilidade adotada pelo Código Civil é direcionada à máxima efetividade das normas de direito material. No plano das obrigações, isto importa em conferir ao contratante amplas possibilidades de alcançar o término fisiológico da relação contratual com a satisfação da prestação almejada, sendo o inadimplemento algo patológico e excepcional.

A toda evidência, essa permissão para substituição do prestador de serviços não caracteriza *terceirização* (ou *outsourcing*), que se caracteriza como a contratação da prestação de serviços por uma pessoa jurídica interposta para disponibilizar mão de obra para outra empresa, em uma atividade de interposição para fins de apoio empresarial. É prática comum para minimizar custos nas empresas e maximizar qualidade do serviço. Exemplo corriqueiro é a terceirização das atividades de limpeza e serviços gerais. Por evidente, exige limites, sob pena de fraude e consequente nulidade da avença, somente sendo possível terceirizar atividades-meio, jamais atividades-fim, dentro do espectro de atuação da empresa.[36]

Pontue-se, demais disso, que o art. 609 da Lei Civil[37] excepciona a infungibilidade e a pessoalidade dos contratos de prestação de serviço, admitindo que, ao tempo da alienação da propriedade rural onde se execute o serviço, possa o prestador manifestar a vontade de prosseguir a relação contratual com o adquirente do bem imóvel. Em outras palavras, duas opções se abrem para o prestador do serviço: poderá manter o contrato originário ou se vincular ao adquirente. Caso delibere pela primeira alternativa e não mantenha o dono do serviço interesse na prestação do serviço, será o prestador despedido sem justa causa e se enquadrará nas consequências do art. 603 do Código Civil. Mas, se preferir continuar onde está, servindo ao novo proprietário, este terá de se submeter à cessão do contrato, incidindo o direito potestativo do prestador à manutenção da relação contratual, agora com a substituição do alienante pelo adquirente do imóvel rural.

36. Veja-se, ilustrativamente, a posição da jurisprudência trabalhista: "Havendo prova de que o empregado de empresa prestadora de serviços exerceu suas atividades laborais de forma pessoal e diretamente subordinada a prepostos da empresa tomadora dos serviços, além de ter exercido funções ligadas à atividade-fim desta, revela-se ilícita a terceirização perpetrada e, na esteira do entendimento cristalizado no item III da Súmula nº 331 do Colendo TST, reconhece-se a existência de vínculo empregatício entre o empregado e a tomadora" (TRT – 5ª Região/BA, Ac. 2ª T., Ac. 046090/2011, RO 0064200-78.2009.5.05.0020, rel. Desa. Débora Machado, *DJ* 4.2.11).

37. Art. 609, Código Civil: "a alienação do prédio agrícola, onde a prestação dos serviços se opera, não importa a rescisão do contrato, salvo ao prestador opção entre continuá-lo com o adquirente da propriedade ou com o primitivo contratante".

4. OBJETO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O objeto do contrato de prestação de serviços é amplíssimo, como se nota a partir da fórmula utilizada pelo art. 594 da Codificação Civil,[38] abarcando *toda e qualquer atividade humana, física ou intelectual* (material ou imaterial),[39] *doméstica* (inclusive aquelas realizadas pela *Internet) ou externa*.

Neste rol, inserem-se, em idênticas condições, serviços intelectuais (de natureza artística, científica, literária etc.) e serviços braçais.[40] Todos são igualmente merecedores de proteção jurídica, por dignificar em a pessoa humana.

Assim, a prestação de serviços compreende uma ampla gama de atividades lícitas realizadas por aquele que pratica um serviço especializado, alcançando, a um só tempo, o *exercício remunerado de um ofício* (como no caso do bombeiro e do carpinteiro), a atuação de *um profissional liberal* (*exempli gratia*, na hipótese do advogado e do médico) e *a realização de atividades por empresas especializadas* (*e. g.*, as empresas de dedetização e de vigilância), que terceirizam serviços.

Como visto alhures, a prestação de serviços alcança uma faixa residual de trabalhos que não é regulamentada pela legislação trabalhista ou estatutária, alcançando o trabalho autônomo, o eventual e o trabalho levado a efeito por pessoas jurídicas. É o campo em que prepondera a autonomia privada, pois alguém livremente convenciona a sua retribuição sem se submeter às normas cogentes da legislação especial.

Em síntese apertada, porém completa: a prestação de serviços tem amplas latitudes e longitudes, dizendo respeito às obrigações de fazer, alcançando condutas físicas (materiais) ou intelectuais (imateriais).

Tratando-se de atividade ilícita – neste sentido, abrangendo aquela que fere os bons costumes –, o negócio jurídico será reputado nulo, a teor do art. 166, II e III, do próprio *Codex*. Por igual, se o serviço se posicionar em contrariedade à função social do contrato e à boa-fé objetiva, é possível aventar de sua ilicitude (CC, art. 187).

É de se notar, inclusive, que a obrigação assumida pelo prestador de serviços pode ser *de resultado* ou de *meio*, a depender da sua vinculação, ou não, a um específico êxito a ser obtido. No caso do engenheiro e do dentista, a obrigação é

38. Art. 594, Código Civil: "toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante remuneração".

39. Maurício Scheinmam pontua interessante distinção entre o objeto da atividade material e o da imaterial, afirmando que, comparativamente aos bens materiais, os imateriais guardam algumas dessemelhanças: "enquanto os primeiros são escassos (quando alienados o antigo possuidor deixa de poder tirar proveito do bem), os segundos não o são, já que uma ideia ou obra podem ser copiadas do autor sem que este deixe de poder utilizá-la; os bens tradicionais são frutos do trabalho, ou seja, são produzidos com a finalidade de inserção no mundo do homem para serem depois trocados; já os bens imateriais são frutos da ação, pois as ideias são intrinsicamente livre e não controladas", *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 328.

40. Diz, sobre o ponto, Washington de Barros Monteiro que todo e qualquer tipo de serviço é igual, fazendo nascer direitos: "não há trabalho vil e não há baixo ofício", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 231.

de resultado. Por isso, respondem civilmente pela frustração do objeto contratado, presumindo-se a sua culpa.[41] Já o advogado e o médico assumem obrigação de meio, comprometendo-se a se esforçar para o resultado, mas não se vinculando a ele.[42] A sua eventual responsabilidade dependerá de prova de sua culpa, portanto.

Aliás, a respeito da natureza da obrigação do médico e a sua correlação com a obrigação do hospital em que foi prestado o serviço, registre-se que a jurisprudência superior estabeleceu entendimento no sentido de que, se a obrigação do médico é de meio, a do hospital não pode ser de resultado, sob pena de desnaturação do dever jurídico imposto ao médico. Assim, o fato de existir solidariedade entre médico e hospital não impõe a este uma obrigação de resultado, prevalecendo a obrigação de meio do prestador de serviços de saúde. Até mesmo porque o hospital somente responderá quando provada a culpa do médico.[43]

Demais de tudo isso, a prestação de serviços pode ser *genérica* ou *específica*.

Será específica quando o contrato indicar a quantidade e a qualidade do serviço a ser prestado. Em se tratando de uma obrigação específica, entende-se que o prestador somente se obrigou a realizar as atividades convencionadas, sem qualquer outro dever. Seria o caso do despachante, que se obriga a proceder ao reconhecimento de firma do tomador em um determinado contrato. Essa obrigação é, sem dúvidas, específica.

Quando o objeto do contrato for genérico, *presume-se que o prestador se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas condições e forças*, como indica o comando do art. 601 do Código Civil.[44] Trata-se de uma *presunção relativa* de que o prestador foi para todo e qualquer serviço compatível com o objeto contratado, salvo disposição contrária. No entanto, não se pode imaginar que o prestador deveria executar serviços de maneira ilimitada. Por isso, havendo dúvidas a respeito da

41. "A obrigação assumida pelo cirurgião dentista, em regra, é de resultado, e sua responsabilidade é subjetiva, com culpa presumida, sendo do profissional o ônus de comprovar que não agiu com culpa em qualquer das modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Entendimento doutrinário e jurisprudencial [...]" (TJ/RS, Ac. 10ª Câm. Civ., Ap. Cív. 70036941821 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 16.12.10, *DJRS* 24.1.11).

42. "A prestação de serviço médico, salvo exceções (*v. g.*, cirurgia estética, tratamentos odontológicos etc.), é obrigação de meio e não de resultado, uma vez que a asseguração da cura ou da melhora do paciente está limitada ao conhecimento científico humano e aos recursos que para tanto podem ser disponibilizados. É, *pois, necessária a demonstração da culpa do médico para responsabilizá-lo* (assim como, em determinadas circunstâncias, o estabelecimento hospitalar) pelo resultado terapêutico indesejado, ou ao menos o nexo de causalidade entre as sequelas verificadas no indivíduo tratado e os procedimentos realizados" (TJ/SC, Ac. 3ª Câmara de Direito Civil, Ap. Cív. 2010.078429-3, comarca de Capinzal, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 4.2.11).

43. Vale a pena conferir o entendimento pretoriano: "O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.216.424/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9.8.11, *DJe* 19.8.11).

44. Art. 601, Código Civil: "não sendo o prestador de serviço contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições".

extensão das atividades, caberá ao prestador demonstrar quais eram os limites de sua atividade, de acordo com a razoabilidade esperada do negócio jurídico.[45]

É bem verdade que, normalmente, o próprio contrato de prestação de serviço especifica a atividade a ser desempenhada pelo prestador. A obrigação de fazer é objeto de convenção.

No entanto, mesmo no silêncio do negócio jurídico, a própria especialização técnica do prestador de serviços é suficiente para qualificar os serviços que deverá praticar. Vale dizer, ninguém pode admitir que um médico contratado para fazer visitas semanais a um doente crônico também se ocupará da faxina da residência, sob o argumento de que o serviço é "compatível com as suas forças e condições". Diferentemente, ao se contratar um advogado para a defesa em um processo, subentende-se, salvo disposição contrária, que o seu trabalho abrange a sustentação oral perante o Tribunal respectivo.

A questão, portanto, avulta no tocante à contratação que envolve atividades físicas, manuais. É possível exigir de uma diarista que também corte a grama do jardim, simplesmente por possuir condições físicas para tanto? Seguramente afirmamos que o citado art. 601 da Lei Civil exige interpretação em harmonia com a cláusula geral da boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), que impõe uma relação cooperativa entre as partes, a fim de que se obtenha o adimplemento da obrigação da forma mais proveitosa ao credor e menos onerosa ao devedor. Nesse sentido, a imposição de um sacrifício desmesurado a uma das partes, em decorrência da omissão do contrato, converte-se em abuso do direito – que é um ato ilícito objetivo (CC, art. 187) –, já que o dono do serviço exerce o direito subjetivo de forma manifestamente excessiva, lesando a confiança do parceiro contratual e desequilibrando a relação jurídica.

A proporcionalidade será a medida da correção e da aferição de quais são os serviços "compatíveis" com a posição do prestador, bem como com as suas "forças e condições". A título exemplificativo, deve se entender que há limitações no que tange à duração e ao horário do serviço,[46] afastadas as atividades exaustivas e atentatórias à dignidade humana.

Evidentemente, se o prestador for obrigado a realizar serviços incompatíveis com as suas forças e condições, poderá demitir-se por justa causa, extinguindo a relação negocial. Seria o caso de imaginar um advogado contratado para defender o cliente em Porto Alegre, sendo obrigado a realizar, às suas expensas, uma viagem até Brasília, para fazer uma sustentação oral perante os tribunais superiores. Visivelmente, o objeto da prestação de serviços não alcançaria a referida viagem, com despesas financeiras e sacrifício de tempo, por estar além das "forças e condições" do prestador.

45. Também assim, LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 219.
46. SCHEINMAM, Maurício. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 355.

A amplitude conceitual da prestação de serviços, inclusive, já permite que se fale, contemporaneamente, em prestação de serviços públicos – por óbvio, submetida às regras do Direito Administrativo, por despertar evidente interesse da Administração Pública, do administrado e da coletividade.[47]

5. REMUNERAÇÃO DO PRESTADOR DE SERVIÇOS

5.1 Generalidades

Não há prestação de serviços gratuita – que se aproximaria de uma servidão humana, lembrando tempos não saudosos da escravidão. A onerosidade, pois, é da essência deste contrato, não se presumindo, em nenhuma hipótese, a gratuidade. Até mesmo porque, em se tratando de negócio jurídico bilateral, há contraprestação implícita.

Nessa linha de intelecção, o prestador de serviços faz jus a uma contraprestação pela atividade realizada. Ela é chamada de *remuneração*, também dita *honorários, preço, soldadas* ou *salário civil*.[48]

A remuneração somente pode ser dispensada por disposição contratual expressa, submetida a uma interpretação restritiva (CC, art. 114). Nessa hipótese (de dispensa expressa da remuneração do prestador de serviços), caso o tomador, espontaneamente, resolva efetuar uma contraprestação, caracterizar-se-á uma *doação remuneratória*, não admitindo revogação por ingratidão do beneficiário.

No silêncio da manifestação de vontade expressa pelas partes, é de se presumir que o pagamento da remuneração será diferido no tempo, após a prestação dos serviços. Cuidando-se de presunção relativa, nada impede que as partes estabeleçam diferentemente, estipulando o pagamento antecipado ou parcelado (em prestações mensais, por exemplo). Por evidente, se o prestador receber a remuneração antecipadamente, por força de estipulação contratual expressa, e não prestar integralmente o serviço, terá de restituir ao tomador do serviço o valor recebido antecipadamente, evitando enriquecimento sem causa.[49]

---

47. Exatamente por despertar interesses tão amplos, o Superior Tribunal de Justiça vem legitimando o Ministério Público para demandas que tenham como objeto a prestação de serviços públicos: "É assente neste Tribunal a orientação de que o Ministério Público ostenta legitimidade para atuar em defesa de direitos coletivos *lato sensu*, inclusive na seara da prestação de serviços públicos. Precedentes: REsp 1.150.392/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 20/9/2016; AgRg no REsp 1.221.289/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 16/8/2016." (STJ, Ac. unân. 1ª T., AgRg no AREsp 395.824/TO, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 17.11.16, DJe 30.11.16).

48. Alguns autores se insurgem contrariamente à utilização da expressão *salário*, sob o argumento de que seu alcance estaria restrito à relação empregatícia. Chegam a afirmar que "salário é toda retribuição diretamente devida pelo empregador, como contraprestação da energia pessoal posta pelo empregado à sua disposição, por força do contrato individual de emprego", PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*, op. cit., p. 461.

49. Nesse sentido, há precedente jurisprudencial, confirmando o entendimento da necessidade de restituição: "Celebrado contrato de prestação de serviços entre a universidade e os recorrentes, e não tendo sido

5.2 Arbitramento da remuneração pelo juiz

Ordinariamente, a remuneração decorre da vontade dos contratantes. Caso não seja estipulada pelas partes (ou havendo conflito entre elas sobre o valor, a forma e a periodicidade), o juiz a fixará de acordo com os costumes do lugar, o tempo e a qualidade do serviço.[50] A solução é adequada, na medida em que o Direito é linguagem e cultura, sendo necessário um constante diálogo entre o sistema jurídico e a sociedade. Isto implica uma ampliação necessária das fontes do direito, reconhecendo que ele emana de diversas fontes – e não, simplesmente, da vontade soberana do legislador. Daí a preocupação com os costumes, como manifestações legítimas e criativas do Direito, aptas a revigorar a letra da norma, concedendo-lhe eficácia e concretude. Trata-se de verdadeira utilização da equidade,[51] na sua acepção de justiça equitativa, no ideal aristotélico de que a virtude está no meio (*in medio virtus*), nem tanto ao mar nem tanto à terra.

Na hipótese, o magistrado se servirá dos usos e costumes locais para alcançar a remuneração do prestador de serviço, observando ainda o tempo despendido com a execução do serviço e a sua qualidade e complexidade. Sendo o magistrado um *homem de seu tempo e meio social*, avaliará o tráfego jurídico no local em que se prestou o serviço, interpretando o contrato com base na boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), a fim de alcançar a remuneração que duas pessoas razoáveis alcançariam em uma relação de cooperação. Este será o *iter* para alcançar o livre convencimento motivado.

Sendo a gratuidade inaceitável nas atividades prestacionais de serviços humanos, seja no Código Civil ou na legislação espacial, é de se fazer referência ao fato de que a Consolidação das Leis do Trabalho apresenta um critério de arbitramento de remuneração, levando em conta a percepção do salário por trabalhador que realize serviço em função equivalente em outra empresa (CLT, art. 460).[52] Nada impede (ao revés, tudo aconselha) que o juiz do contrato de prestação de serviços se valha de idêntica formulação para a formação de seu juízo de valor acerca da remuneração devida ao prestador.

---

ministrado o número de créditos avençados, deve esta restituir o que recebeu a maior, indevidamente, sob pena de enriquecimento ilícito" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 895.480/SC, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 16.11.10, *DJe* 22.11.10).

50. Art. 596, Código Civil: "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".

51. A jurisprudência corrobora a tese: "Demonstrada a prestação dos serviços contratados e não havendo prova da quitação dos honorários, impõe-se o arbitramento de honorários em favor do causídico, ficando o *quantum debeatur* para ser apurado na fase de liquidação. [...] Sendo assim, em fase de liquidação, deve ser arbitrado, equitativamente, o valor devido por cada uma das contratantes" (TJ/PE, Ac. unân. 1ª Câm. Cív., Ap. Cív. 0300103623 – comarca de Recife, Ac. 123445-9, rel. Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves, j. 6.7.10).

52. Art. 460, Consolidação das Leis do Trabalho: "na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante".

Evidente que, a depender da complexidade e da especificidade do objeto contratado, o magistrado poderá se servir do apoio técnico de um perito para arbitrar, com precisão, a remuneração devida.

5.3 Remuneração acima do décuplo do salário-mínimo e a (des)necessidade de prova escrita

A redação primitiva do art. 227 do Código Civil[53] estabelecia limites objetivos à produção de prova testemunhal em contratos cujo valor excedesse o décuplo do salário-mínimo fixado pelo Governo. Nessas hipóteses, a prova testemunhal não se mostrava bastante, exigindo-se alguma prova escrita.

Como já apontávamos desde a primeira edição dessa obra, a restrição legal caracterizava um indevido resquício de discriminação social em face da condição econômica da parte, retirando daquele que celebra negócios mais vultosos o direito (constitucional) de produzir prova testemunhal. Ademais, se mostrava incompatível com o novo espírito jurídico emanado do Texto Magno, limitando o direito de produzir prova e influenciar o julgador.[54]

Em boa hora, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, atendendo às nossas ponderações, foi expressamente revogado (CPC, art. 1.072, II) o art. 227 do Código Reale (além do próprio art. 401 do Código de Processo Civil de 73), eliminando do sistema brasileiro qualquer limitação à produção de prova testemunhal para fins de demonstração da existência, da validade e da eficácia de um negócio jurídico.

Com isso, o contrato de prestação de serviços, como sói ocorrer em qualquer outra figura negocial, admite comprovação por todas os meios de prova admitidos na sistemática processual (testemunhal, documental, pericial etc), sem restrições indevidas.

Por evidente, com vistas à obtenção de maior segurança jurídica e negocial, certas situações podem recomendar a celebração de contrato escrito, até mesmo para constituir título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, III), facilitando a adoção de providências executivas, se necessário.

---

53. Art. 227, Código Civil: "salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados. Parágrafo Único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito".

54. O Superior Tribunal de Justiça já vinha mitigando a dureza do texto codificado primitivo. Por isso, chegou a afirmar que "a Constituição da República admite qualquer espécie de prova. Há uma restrição lógica: obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Note-se: integra o rol dos direitos e garantias fundamentais". Logo, qualquer "restrição afeta a busca do direito justo". E desfechou: "a prova testemunhal (não se confunde com a forma testemunhal da prova) é constitucionalmente consentida. Em consequência, nenhuma lei pode estabelecer restrições para alguém demonstrar, em juízo, a existência, ou inexistência, do fato da *causa petendi*" (STJ, Ac. 6ª T., REsp. 177.214, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 22.9.98, *in Revista Forense* 346:268).

5.4 Periodicidade da remuneração

Obedecendo às diretrizes da autonomia privada, a periodicidade do pagamento da retribuição fica submetida à vontade das partes, de acordo com o que restar avençado. Podem, então, estipular que o pagamento será *por período determinado* ou por *serviço realizado*, de acordo com os seus interesses.

Evidentemente, é possível ajustar que o pagamento será feito não apenas em dinheiro, envolvendo o fornecimento de outras utilidades, como moradia e alimentação.[55]

Podem, também, estabelecer que o pagamento será *antecipado* ou *diferido no tempo*, posterior à prestação dos serviços. Subsidiariamente, no silêncio do contrato, o art. 597 da Codificação de 2002 estabelece que "a retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações". Há de se perquirir, destarte, acerca dos costumes da região em que se praticou o serviço para compreender perfeitamente o momento do pagamento. Os usos do local serão úteis para definir se o pagamento será adiantado, será pago em prestações periódicas, por etapas ou, apenas, remunerado ao final do serviço.

Finalmente, diante da ausência de definição convencional e na impossibilidade de estabelecer através do tráfego jurídico dos usos e costumes locais, aplica-se o enunciado da regra legal citada (CC, art. 597), de caráter visivelmente supletivo,[56] retribuindo-se o serviço apenas após a sua efetiva prestação, o que é natural em qualquer contrato sinalagmático.

5.5 Compensação ao prestador de serviço não habilitado profissionalmente

É possível que o prestador de serviços não possua qualificação profissional adequada e necessária para o exercício da atividade a que se comprometeu. Pois bem, nem mesmo assim se respalda a gratuidade do contato.

Se, nessa hipótese, o tomador do serviço conhecia a ausência de qualificação do prestador, nenhum efeito jurídico decorrerá, uma vez que o negócio jurídico foi entabulado a partir da autonomia privada dos contratantes. Por isso, o prestador fará jus à retribuição que será devida em conformidade com o ajuste contratual. Trata-se de regular pagamento pelo adimplemento de uma obrigação contratual. Evidentemente, o tomador não pode se recusar ao pagamento, na medida em que *conhecia a falta de habilitação e, mesmo assim, entabulou o negócio jurídico*. Afinal, *ninguém pode se valer de sua própria torpeza*.

Contudo, não havendo valor estipulado, o magistrado arbitrará o *quantum* conforme os costumes do lugar, o tempo do serviço e a qualidade da atividade desempenhada,

55. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, op. cit., p. 249.

56. "O tomador deverá efetuar o pagamento na época e modo previstos contratualmente ou no costume do lugar, mas, na falta de previsão, o momento será o que se seguir à entrega do serviço", NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 363.

consoante assinalado alhures (CC, art. 597). Porém, faltando habilitação profissional ao prestador, incide a regra do art. 606 da Lei Civil, em redação que exige atenção:

> *Art. 606, Código Civil:*
>
> *"Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.*
>
> *Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública."*

Assim sendo, no caso de *falta de habilitação profissional ao prestador de serviços*, o juiz, ao invés de fixar o valor comum de mercado para aquele tipo de contrato, *determinará uma compensação razoável em favor do prestador que agiu de boa-fé*, apesar de haver exercido irregularmente uma atividade. Aqui, o valor arbitrado pelo magistrado será atenuado, considerada a falta de habilitação do contratado.

Como explica Jones Figueirêdo Alves, se quem prestou não tinha habilitação necessária, "não pode, daí, exigir o preço compatível ao serviço realizado".[57]

Exemplificando, se um *personal trainer* é contratado, apesar de não ser graduado em Educação Física, por possuir experiência em treinamentos corporais, o magistrado estipulará em seu favor uma retribuição razoável, por ter cumprido o serviço. Seria, também, o caso de estabelecimentos de ensino que não recebem autorização (ou que têm cassada a autorização de funcionamento) para oferecer determinados cursos educacionais. Provados a boa-fé da empresa e o benefício propiciado ao aluno, o juiz fixará uma compensação razoável.

Conecta-se, a mais não poder, essa regra do art. 606 da Codificação à proibição de enriquecimento injustificado do dono do serviço (CC, arts. 884 e 885).

Contudo, se o prestador omite a sua falta de qualificação ou, pior, ilude o dono do serviço, com base em falsas premissas, nada poderá receber dos serviços prestados, aplicando-se o instituto do *tu quoque*.[58] Ou seja, quem viola uma norma

57. ALVES, Jones Figueirêdo. "Da prestação de serviços", op. cit., p. 543.

58. Sobre o *tu quoque*, para a perfeita compreensão da matéria, transcrevemos trecho de nosso *Direito Civil:* Teoria Geral, para onde remetemos o leitor para um estudo mais vertical do instituto: "O *tu quoque* é um tipo específico de proibição de comportamento contraditório na medida em que, em face da incoerência dos critérios valorativos, a confiança de uma das partes é violada. Isto é, a parte adota um comportamento valorativamente distinto daqueloutro adotado em hipótese objetivamente assemelhada. Ocorre o *tu quoque* quando *alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação*, com o fito de se beneficiar. Nesta figura, portanto, encontra-se um acentuado aspecto de deslealdade, malícia, gerando a ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra, por conta dos critérios valorativos antes utilizados. Para Franz Wieacker, a exceção de aquisição de direitos de má-fé tem o seu fundamento na conhecida regra de ouro da tradição ética: 'não faça aos outros aquilo que não quer que lhe façam'. Ou, então, com base no brocardo inglês, *equity must come in clean hands*. Por isso, quem não cumpre os seus deveres também não pode exigir os seus direitos com base na norma violada, sob pena de abuso. Imprescindível é que sempre exista um nexo entre a obtenção indevida do direito e

jurídica não pode por ela ser beneficiado, incidindo em ato ilícito objetivo (abuso do direito), ao constituir, deslealmente, uma relação jurídica a pessoa que atrai a confiança alheia com base em inverdades e, posteriormente, deseja se beneficiar da própria norma – no caso, receber uma compensação. Alcança-se, aliás, um resultado similar àquele almejado pelo art. 883 do Código Civil.[59]

Pontue-se, portanto, que o prestador de serviços *somente terá direito à compensação da remuneração no caso de lhe faltar habilitação profissional* quando presentes alguns requisitos: (*i*) boa-fé (isto é, quando não escondeu do tomador a falta de habilitação); (*ii*) existência de benefício propiciado ao tomador pelo serviço prestado.[60]

Conclusivamente, vale o registro de que o parágrafo único do art. 606 do *Codex* exclui a possibilidade de fixação de compensação razoável em favor daquele que executa serviço sem qualificação, quando alguma *norma de ordem pública* reservar o exercício da profissão apenas em favor de determinados profissionais. Conquanto seja de duvidosa razoabilidade o uso da expressão "*norma de ordem pública*" (até porque não existem normas legais que não sejam públicas), é preciso compreender a referência legal a partir de situações concretas em que periclite o interesse público. Desse modo, o exercício de algumas profissões tocam um interesse público, exigindo-se o atendimento de requisitos específicos traçados em lei; assim, advogados, médicos, odontólogos, farmacêuticos, dentre outros, são profissionais que não podem ser substituídos, pelo risco à integridade física e patrimonial de terceiros. Por isso, qualquer prestador de serviço desprovido de qualificação profissional para o exercício de tais atividades, além de poder ser responsabilizado criminalmente,[61] não receberá qualquer remuneração pelas atividades realizadas.

A disposição legal, cuidadosamente analisada, é merecedora de críticas. Isto porque, mesmo ferindo disposições de ordem pública, se o serviço prestado gerou proveito para o tomador (contratante), parece estar em rota direta de colisão com a vedação de enriquecimento sem causa deixar o prestador sem uma compensação razoável.[62]

---

o seu posterior exercício abusivo", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil:* Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 615.

59. Art. 883, Código Civil: "não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei".

60. Ou seja, "constatada a ausência de título de habilitação ou insatisfação de requisitos legais, mas constatada boa-fé e benefício à outra parte, o juiz fixará compensação razoável", conforme a explicação de Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, "A prestação de serviços", op. cit., p. 579.

61. A legislação penal tipifica como crime, no art. 282 do Código Penal, o exercício irregular de determinadas profissões: "exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites: Pena – detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único – Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa".

62. No mesmo diapasão: "será que o indivíduo que presta efetiva orientação jurídica, tecnicamente adequada, mesmo sem ser bacharel, não merece uma retribuição?", GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 282.

6. PRAZO DE DURAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O contrato de prestação de serviços submete-se a um *tempo máximo de duração de quatro anos*, conforme ressalta o art. 598 do Código de 2002:

> *Art. 598, Código Civil:*
>
> *"A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra."*

A aludida regra legal pode ser explicada em suas raízes históricas, em face da necessidade de acautelamento do prestador de serviços, evitando-se uma contratação por prazo superior a quatro anos, a fim de que ele não seja submetido à instrumentalização por parte do tomador de serviços em uma relação desprovida de limites temporais. Justifica-se, pois, na proteção avançada da pessoa humana contra negócios aviltantes.

Bem por isso, a partir da compreensão legal, fixado, eventualmente, um contrato por prazo superior a quatro anos, o excesso será *ineficaz*, reduzido até se enquadrar no limite estabelecido. Note-se: o contrato é existente e válido, apenas sendo ineficaz no que exceder o quadriênio legal.

Não obstante, nos tempos atuais, a norma vem se mostrando, de certo modo, injustificável por diferentes razões. *Primus*, porque o fato de superar o período de quatro anos não significa que a relação negocial caracterizou-se como um contrato de emprego. *Secundus*, porque, esgotado o quadriênio, nada impede que as partes ajustem um novo período contratual, renovado nas mesmas bases ou não, sem que isto implique a caracterização de uma relação empregatícia. Basta imaginar a prestação de serviços advocatícios por longos períodos de tempo.

Não havendo estipulação convencional de prazo entre as partes, reputa-se celebrado o contrato pelo tempo necessário à prestação da atividade contratada, conforme a sua própria natureza ou os costumes do lugar. No caso de uma prestação de serviços agrícolas, por exemplo, reputa-se celebrado até o término da colheita.

Caso a prestação de serviço tenha sido estipulada sem prazo e não sendo possível determinar o seu instante derradeiro pela natureza do serviço realizado ou pelo costume do local, qualquer das partes poderá denunciá-lo de acordo com o tempo em que se fixou a percepção da retribuição, como acena o art. 599 do Livro Civil:

> *Art. 599, Código Civil:*
>
> *"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.*
>
> *Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I – com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II – com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena; III – de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias."*

Em verdade, tem-se uma evidente hipótese de *resilição unilateral* (também denominada de *denúncia*) e não de resolução contratual, como, equivocadamente, indica o *caput* do pré-falado dispositivo. Efetivamente, não se trata de extinguir o contrato pelo inadimplemento (como sugere o art. 475 do Código Civil ao tratar da resolução), mas de exercício do direito potestativo à desconstituição do negócio jurídico, com submissão da outra parte ao término do contrato.

Aliás, basta observar o uso dos termos *"arbítrio"* e *"prévio aviso"* para se concluir que o dispositivo em referência está conexo ao art. 473 do Código Civil, no qual a primeira palavra é substituída por *"resilição unilateral"*, e a segunda, por *"denúncia"*.

O parágrafo único do art. 499 do *Codex* aplica uma regra de proporcionalidade, pois pretende adequar o aviso prévio (denúncia) ao ajuste da periodicidade do pagamento da retribuição. Portanto, quanto maior a contratação, maior será o prazo para o exercício da denúncia: (*i*) oito dias, se o pagamento do salário for ajustado por mês; (*ii*) quatro dias, se o pagamento for semanal ou quinzenal; (*iii*) de véspera, quando a remuneração for devida em prazo menor do que sete dias.

Sem dúvidas, ao estabelecer diferentes lapsos temporais de aviso prévio, o dispositivo rende homenagens à boa-fé objetiva, resguardando, de algum modo, as expectativas dos contratantes.

Registre-se, de qualquer sorte, que se trata de regras mínimas, podendo as partes estabelecer outros períodos de tempo, de acordo com a autonomia privada, desde que não afrontem a garantia mínima estabelecida pelo legislador.[63]

Se um dos contratantes exercer o seu direito potestativo à resilição unilateral sem o necessário aviso-prévio, deverá indenizar a contraparte por perdas e danos.[64]

Ademais, procurando afirmar normas de boa convivência entre o prestador e o dono do serviço no prazo convencionado para o serviço, previu o art. 600 da Lei Civil que, se o prestador deixou de comparecer ao serviço sem justificativa (ou seja, por negligência ou comportamento inadequado), não receberá a retribuição no aludido período. Suspende-se o contrato, sem o pagamento. Exemplificando, caso a falta decorra de embriaguez ou em virtude da realização de outros serviços, não poderá o prestador ser remunerado. A *contrario sensu*, decorrendo a falta ao serviço de um evento que não seja imputável ao comportamento culposo do prestador, será ele remunerado da mesma forma, computado o período regularmente. É o caso do não comparecimento em razão de uma greve geral dos transportes ou por um acidente provocado por terceiro. Da mesma forma, o prestador será remunerado se a paralisação decorreu de culpa do próprio dono do serviço.

Aliás, em tais hipóteses, será possível ao dono do serviço pleitear a resolução contratual, cumulada com pedido de perdas e danos, se o inadimplemento resultante

63. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 366.

64. OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil Anotado e Comentado*, op. cit., p. 460.

da falta ao serviço for significativo, a ponto de prejudicar seriamente os objetivos da contratação.

Com outro espírito, no campo da legislação trabalhista, não há previsão para a suspensão do contrato, diferentemente do que ocorre na seara do Direito Civil. Isso porque, na estrutura da Consolidação das Leis do Trabalho, não são transferidos "ao trabalhador os riscos da atividade econômica, solitariamente assumidos pelo empregador, detentor do lucro".[65]

7. ALICIAMENTO DO PRESTADOR DE SERVIÇOS

Ao reconhecer a autonomia dos deveres de conduta em relação às prestações voluntariamente assumidas, no âmbito de uma relação contratual complexa e dinâmica, vislumbra-se não ser necessária a coincidência temporal entre o nascimento da obrigação principal e os deveres laterais, eis que afloram mesmo antes da contratação, mantendo-se, inclusive, depois do cumprimento da avença.

É o que se chama *pré* e *pós eficácia obrigacional.*

Ou seja, os deveres anexos (frutos da boa-fé objetiva) antecedem a assunção das obrigações e extravasam o adimplemento delas, caracterizando hipóteses de verdadeira *responsabilidade civil pré* e *pós-contratual.*

No entanto, não é apenas nesse quadrante que se nota a possibilidade de desencontro. A consciência da independência dos deveres de conduta, em relação ao nível do cumprimento dos deveres contratuais, viabiliza, noutra esfera, uma ampliação quantitativa dos sujeitos ativos e passivos aos quais se impõem os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, de modo a atingir igualmente aqueles que se relacionam com o contrato, ainda que indiretamente.

Todo dever de cuidado envolve, em maior ou menor grau, uma forma de cooperação para com o álter e para com a própria sociedade. Nessa cooperação é afirmada uma ideia solidarista, veiculada a partir da fórmula do art. 3º, I, da Constituição da República.

Bem por isso, em interessante projeção, Luis Renato Ferreira da Silva considera que o binômio cooperação *versus* solidariedade pode ser considerado de duas maneiras: (*i*) dentro da relação contratual ele atua por meio do princípio da boa-fé (CC, art. 422); (*ii*) já os reflexos externos das relações contratuais que podem afetar a esfera de terceiros impõem um comportamento solidário cooperativo, que é atuado pela noção da função social do contrato (CC, art. 421).[66]

Afirma-se, pois, um direito contratual mais solidário e humano, vocacionado para a preservação da dignidade das pessoas envolvidas, apartando-se de ideais egoísticos,

65. PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. "A prestação de serviços", op. cit., p. 578.

66. SILVA, Luís Renato Ferreira da. "A Função Social do Contrato no Novo Código Civil", op. cit., p. 133.

de que o contrato deveria ser um ambiente para o mais esperto. No lúcido pensamento do argentino Jorge Mosset Iturraspe, a relação contratual *não mais pode ser o reino do egoísmo, do puro interesse individual, sem pôr em grave risco o bem comum e a paz social*, exigindo-se, via de consequência, uma concepção mais socializada.[67]

Assim, a *violação do dever de proteção contratual pode se caracterizar também quando um terceiro contribuir para o descumprimento de uma relação contratual (obrigacional) em curso*, tentando cooptar, aliciar, alguém que já se obrigou perante outrem. Com isso, o terceiro estará frustrando as finalidades do primeiro contratante, propiciando o inadimplemento contratual e, consequentemente, afrontando a função social do contrato.

É a figura denominada *terceiro ofensor* ou *terceira lesante*.

Perlustrando o caminho pavimentado pela sólida base da função social do contrato[68] e da prevalência da eticidade e da socialidade (diretrizes almejadas pelo Código Reale), enxerga-se, com facilidade, a existência de uma verdadeira *tutela externa do crédito*, por meio da qual o terceiro ofensor pode vir a ser responsabilizado civilmente – não porque tenha violado propriamente obrigações decorrentes do ajuste negocial, mas pela ofensa a uma relação contratual alheia, indevidamente vulnerada.

Até porque é inadmissível que terceiros (e a sociedade como um todo) comportem-se como se o contrato não existisse ou, se existisse, fosse algo estranho a eles, a ponto de ser ignorado em sua compreensão ética.

Dúvida não há de que essa possibilidade de responsabilização civil do terceiro ofensor por lesão do contrato alheio é uma solução equilibrada aos valores da justiça social e equitativa, da boa-fé objetiva e da função social do contrato (valores perseguidos por um Direito Civil Constitucionalizado), harmonizando os princípios da reparação do dano e da liberdade contratual.

Com isso, aumenta-se a confiança nas relações contratuais e em sua estabilidade, evitando eventuais interferências materiais de terceiros no crédito alheio.

Não se ignora que, em princípio, os terceiros não possuem o dever de conhecer a existência de um crédito alheio. Porém, conhecendo (ou devendo conhecer) um contrato entre outras partes e sua configuração mínima, exsurge um dever geral de respeito, limitando a sua liberdade de agir.

---

67. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Justicia contractual*, op. cit., p. 79.

68. Com esteio na concepção social do contrato, Teresa Negreiros verbera: "o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe a terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)", *Teoria dos Contratos*, op. cit., p. 265.

Daí o uso da expressão *terceiro cúmplice*, afinal o terceiro lesante viola diretamente interesses de uma das partes do negócio jurídico.

Otavio Luiz Rodrigues Júnior lembra o interessante exemplo de um artista de televisão que, contratado para um período de cinquenta meses, rompe o contrato sem justo motivo e passa a se exibir na empresa televisiva concorrente. E arremata: "ao garantir-lhe um suporte negocial, jurídico e econômico (o terceiro cúmplice, que, no caso, é a sua nova emissora), agiu como um *tiers complice*, coadjuvando-o e favorecendo-se com sua conduta, o que daria ensanchas a admitir que os efeitos da responsabilidade contratual estender-se-iam a um terceiro".[69] Já Teresa Negreiros faz alusão a outro excelente exemplo da quebra de dever de conduta: no filme *O informante*, discute-se o risco de uma emissora de televisão ser processada por uma companhia de cigarros, pelo fato de um ex-executivo revelar publicamente informações sigilosas, objeto de contratação de confidencialidade em razão de seu antigo trabalho na empresa.[70]

Louvando-se, a toda evidência, na *função social do contrato*, notadamente considerando a figura do *terceiro ofensor*, o art. 608 do Código de 2002 desestimula o aliciamento de mão de obra alheia, afirmando, *verbum ad verbo*, que "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".

O dispositivo é de clareza solar. O ordenamento repugna a ofensa por terceiro a uma relação contratual já ajustada e em andamento, sancionando o terceiro lesante, sem prejuízo de outras sanções aplicáveis ao contratante descumpridor de suas obrigações.

Ora, fundado nos valores éticos e jurídicos supracitados (especialmente na função social do contrato e na ruptura do princípio da relatividade dos efeitos dos negócios jurídicos entre as partes), é possível efetuar uma distinção entre a eficácia das obrigações contratuais e a sua oponibilidade. A eficácia das obrigações mantém-se restrita às partes, respeitando-se o princípio da relatividade contratual, pois as prestações de dar, fazer e não fazer só poderão ser exigidas reciprocamente dos contratantes. Porém, o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual de terceiros, pois torna o contrato oponível *erga omnes*. Toda a coletividade tem o dever de abster-se de entabular negócios jurídicos que comprometam ou perturbem a realização de obrigações anteriormente assumidas entre sujeitos distintos.

O sistema jurídico não admite, destarte, que alguém viole uma prestação de serviço em andamento, impedindo que alcance o seu termo normal, pelo adimplemento.

69. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. "A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos", op. cit., p. 93.

70. NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos*, op. cit., p. 265.

Ofende o ordenamento a conduta daquele que, conhecendo a existência de uma prestação de serviço em curso, seduz o prestador com uma nova proposta, a ponto de acarretar a dissolução da relação contratual primitiva. Traduzindo: se uma pessoa celebrou contrato com outra, pelo qual prestará serviço técnico especializado, e um concorrente, ciente da relação contratual, oferece um novo contrato com condições mais vantajosas, gerando o inadimplemento, o prejudicado deve ser indenizado.

Cuida-se, como se nota, da tutela da função social externa do contrato, combatendo uma concorrência desleal.

Exemplo vivo dessa *proibição do aliciamento do prestador de serviços* (CC, art. 608) é o propagado caso do cantor Zeca Pagodinho, que, há alguns anos, foi convidado por uma cervejaria para romper o contrato que mantinha com outra. Não é difícil notar que o terceiro (a cervejaria AMBEV, detentora da marca Brahma) veio a prejudicar, intensamente, o contrato mantido entre o famoso sambista e a cervejaria Nova Schin, para quem vinha realizando campanha publicitária. Foi exatamente por isso que o aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo asseverou que "ainda que a AMBEV não tenha sido signatária do contrato entre Zeca Pagodinho e a Schincariol, sua conduta, ao deixar de observar o pacto de exclusividade nele contido, é potencialmente apta a gerar dano indenizável".[71]

Ora, a oponibilidade dos contratos gera um dever jurídico coletivo de abstenção – semelhante ao tradicionalmente reconhecido aos direitos reais –, atribuível a qualquer um que conheça o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte.

Estas ideias produzem imensa aplicação prática nas relações contratuais modernas, que, muitas vezes, são interrompidas bruscamente em razão da indevida intervenção de terceiros, que conhecem o contrato, mas atuam como se o desconhecessem, ofertando vantagens a um dos contratantes, de modo a provocar a desconstituição daquela relação negocial. Artistas, esportistas e outros profissionais vinculados, com exclusividade, a uma empresa, são constantemente assediados por ofertas de concorrentes, gerando a resilição unilateral do contrato com o pagamento de uma multa pela denúncia do contrato. Todavia, os concorrentes são solidariamente responsáveis pelo inadimplemento contratual, pois lesam um contrato alheio, impedindo que ele alcance os seus efeitos econômicos e sociais. Portanto, além da responsabilidade contratual imposta ao contratante culpado, caberá a imposição de indenização por responsabilidade extracontratual àquele que violar o dever de abstenção e, através de uma concorrência desleal, provocar danos a seu concorrente.

O princípio da relatividade dos contratos não pode mais ser elevado à condição de dogma. Dogmas são verdades incontestáveis, e sabemos que o direito é instrumento transformador, que atua com apoio na experiência – fator cambiante –, não

71. TJ/SP, Ac. unân. 7ª Câmara de Direito Privado, Ag Instr. 346.344.4/8 – comarca de São Paulo, rel. Des. Roberto Mortari, j. 31.3.04.

tolerando posições imutáveis. A necessidade de preservar a ordem econômica e a fidelidade às convenções demanda que terceiros se abstenham de violar contratos em andamento. O abuso no exercício da liberdade contratual gera responsabilidade de quem induz outrem à violação de contrato. A colaboração em grau mínimo da sociedade já é suficiente para preservar a confiança na circulação econômica dos créditos. Assim, há uma necessidade de relativização do próprio princípio da relatividade contratual.

Demais de tudo isso, acresça-se que o terceiro ofensor não será punido isoladamente, pois o prestador de serviço que romper a relação contratual também poderá ser responsabilizado, seja em virtude de cláusula penal compensatória (CC, art. 411), ou, em sua ausência, mediante fixação de perdas e danos pelo magistrado em decorrência do inadimplemento contratual.

Pontue-se, em arremate, uma justa crítica ao dispositivo legal mencionado (CC, art. 608) por exigir, indevidamente, a existência de *contrato escrito* para a caracterização do aliciamento do prestador de serviços. Ora, em se tratando de um negócio jurídico *não solene, informal*, mostra-se incoerente a alusão à existência de instrumento contratual escrito. Para nós, considerada a natureza informal do contrato de prestação de serviços, mesmo na ausência de instrumento escrito, é possível reconhecer a responsabilização civil do terceiro ofensor.

8. OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Em se tratando de contrato *bilateral* e *oneroso*, a prestação de serviços estabelece obrigações recíprocas, marcadas pela presença de um sinalagma obrigacional, já que os contratantes serão, a um só tempo, credores e devedores recíprocos.

Então, alguns deveres jurídicos são impostos às partes, afora a possibilidade de estabelecimento de outros, por força da relação contratual.

Ao *executor do serviço* impõem-se, fundamentalmente:

i) realizar o serviço com eficiência e cautela necessárias;

ii) guardar segredo e sigilo sobre as condições do serviço, em respeito à boa-fé objetiva, notadamente no que tange ao dever anexo de lealdade e respeito (obrigação de não fazer implícita).

A outro giro, ao *tomador do serviço* são impostas obrigações relativas a:

i) realizar o pagamento da remuneração, no período de tempo ajustado;

ii) fornecer condições mínimas de proteção e de desenvolvimento da atividade ao prestador.

9. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Dúvida não há acerca da existência de uma atividade humana no contrato de prestação de serviços.

Sobre o tema, então, é preciso estabelecer um paralelo entre esta figura contratual e o balizamento apresentado pela Emenda Constitucional 45/04, que alterou, significativamente, os limites de competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas, apresentando uma nova fórmula para o art. 114 da *Lex Mater.*

É certo que a competência material da Justiça do Trabalho é estabelecida em conformidade com a *natureza da lide*, isto é, da relação jurídica controvertida apresentada em juízo. Com o advento da Emenda Constitucional 45/04, restou definido que a competência da Justiça Especializada é firmada para toda e qualquer *relação jurídica em que o trabalho seja prestado por pessoa humana*, independentemente da específica caracterização de um contrato de emprego.

Vale dizer: mesmo que a relação jurídica conflituosa não se caracterize como um contrato de emprego, a Justiça do Trabalho é competente quando se tratar de atividade humana laborativa, alcançando, via de consequência, outras figuras jurídicas, como o contrato de prestação de serviços e o contrato de empreitada, dentre outros, quando a atividade for prestada por pessoa física.

Didaticamente, Manoel Antônio Teixeira Filho professa que o Poder Judiciário Trabalhista passou a ter competência para apreciar e julgar "não apenas lides envolvendo trabalhadores e empregadores, senão que lides nas quais, de um lado, figure como parte trabalhador, *lato sensu, independentemente da natureza jurídica do contrato a que esteja vinculado* e, de outro, o *tomador dos seus serviços, mesmo que não seja empregador*".[72]

Sob essa nova dimensão de competência judicial, os litígios envolvendo prestadores de serviços (como médicos, engenheiros, arquitetos, jardineiros, eletricistas, pintores, pedreiros, *personal trainers*...) estão submetidos à competência da Justiça do Trabalho, apesar da não caracterização de uma relação de emprego.[73] Isto porque dizem respeito *a ações oriundas da relação de trabalho humano*.[74] Exemplificando, seria o caso de ações para cobrança de remuneração não paga pelo tomador do

72. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. "A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional 45/2004", op. cit., p. 14.

73. Na mesma esteira, Orlando Gomes e Elson Gottschalk são precisos ao comentar que as demandas dos profissionais liberais *"recaem na jurisdição da Justiça do Trabalho, a partir da Emenda no 45/04"*, *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 86-87.

74. Anuindo a essa linha argumentativa, extrai-se da lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que não há sentido em limitar "a 'Justiça do Trabalho' a uma 'Justiça do Emprego' (ou, na prática, dos desempregados). Agora, todas as ações oriundas da relação de trabalho, no que não temos como desprezar os contratos civis ou outros contratos de atividade (quando se referirem a discussão sobre a valorização do trabalho humano), deverão ser ajuizadas, a partir da reforma do Judiciário, na Justiça do Trabalho", *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 294.

serviço ou para cobrar indenização por danos morais e materiais decorrentes de inadimplemento contratual.

A Justiça Trabalhista somente não terá competência para dirimir conflitos decorrentes de contrato de prestação de serviços quando o prestador contratado for *pessoa jurídica*, por faltar o elemento humano. Nesse caso, a competência será, a toda evidência, da Justiça Comum.

Impõe-se, contudo, fazer uma ressalva. Apesar da clareza solar da redação emprestada à norma constitucional pela citada Emenda Constitucional, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça cimentou na Súmula 363 o entendimento de que:

> *Súmula 363, Superior Tribunal de Justiça: "Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente."*

Dessa maneira, segundo o entendimento da jurisprudência superior, em se tratando de demanda promovida por profissional liberal (como o advogado, o arquiteto, o médico etc.) contra o seu cliente para a cobrança de sua remuneração, a competência não será da Justiça do Trabalho, mas sim das varas cíveis.

Em nosso sentir, *venia maxima permissa*, o entendimento desafia a nova perspectiva de competência da Justiça do Trabalho almejada pela Emenda Constitucional 45/04 e fragiliza a proteção dos prestadores de serviços quando se encaixarem no conceito de profissional liberal. Para nós, a competência para processar e julgar conflitos decorrentes de contratos de prestação de serviços humanos, inclusive envolvendo profissionais liberais, tem de ser da Justiça Trabalhista.[75]

Efetivamente, a expressão *relação de trabalho*, extraída da nova redação do art. 114 do Texto Magno, é genérica e não excludente, abarcando toda e qualquer relação jurídica fundada em atividade laborativa humana. Abrange, induvidosamente, as relações de emprego, os trabalhos eventuais, autônomos, avulsos etc., inclusive prestados por profissional liberal, não se justificando excluir parcela de trabalhadores do seu alcance.

Ademais, os Juízes do Trabalho possuem conhecimento técnico (e, mais do que isso, filosófico e cotidiano) mais apurado para processar e julgar os conflitos relativos ao trabalho humano (com todas as suas nuances e peculiaridades) do que o magistrado cível, que assume uma gama mais complexa de conflitos humanos genéricos.

Daí a merecida crítica que se dispara ao referido posicionamento jurisprudencial.[76]

---

75. Este entendimento foi sufragado, inclusive, pelo Enunciado 23 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: "A Justiça do Trabalho é competente para julgar ações de cobrança de honorários advocatícios, desde que ajuizada por advogado na condição de pessoa natural, eis que o labor do advogado não é prestado em relação de consumo, em virtude de lei e de particularidades próprias, e ainda que o fosse, porque a relação consumerista não afasta, por si só, o conceito de trabalho abarcado pelo art. 114 da Constituição Federal."

76. "Em primeiro lugar, frágil é a base de precedentes utilizada para a edição da Súmula 363, uma vez que parte dos conflitos de competência, tomados como pilares para o enunciado sumular, são anteriores às

879
FA7
Fortaleza
Ceará

10. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E O DIREITO À CERTIFICAÇÃO

No que diz respeito aos modos de extinção do contrato de prestação de serviço, vale a pena sistematizar as diferentes causas terminativas para fins didáticos (CC, art. 607):[77]

i) a morte de qualquer das partes;

ii) escoamento do prazo;

iii) conclusão da obra;

iv) denúncia do contrato por aviso prévio;

v) resolução por inadimplemento;

vi) resolução por força maior.

A *morte de qualquer das partes* gera a extinção do contrato, confirmando o caráter *intuitu personae* da prestação de serviço, pois, além da intransmissibilidade *inter vivos* (CC, art. 605), não há direito sucessório sobre a posição de credor ou devedor do referido contrato. Certamente, os herdeiros do dono do serviço deverão arcar com eventuais débitos vencidos e não pagos pelo *de cujus,* tratando-se de dívidas comuns perante o prestador de serviço.

A extinção do contrato pelo *escoamento do prazo* estabelecido para a prestação do serviço evidencia a sua temporariedade, posto limitada à duração máxima de quatro anos (CC, art. 598). Como visto, havendo o interesse na prestação de outros serviços, faz-se necessária a celebração de uma nova relação contratual.

---

modificações encampadas pela mencionada emenda constitucional, revelando a não utilização dos elementos sistemático, histórico e teleológico, quando da interpretação da Constituição e, ainda, demonstrando os ministros do Superior Tribunal de Justiça uma visão conservadora, mantenedora de uma ordem jurídica superada pela Reforma do Judiciário, o que nos leva, de consequência, a rechaçá-la. Em segundo lugar, a argumentação da Corte Superior de que as demandas que possuem como causa de pedir relações jurídicas fundadas em matéria de natureza unicamente civil não são da competência da Justiça Laboral é cristalinamente equivocada, dando a entender que o magistrado trabalhista deve exercer sua jurisdição de forma restrita e vinculada a um único ramo do direito material, qual seja, o Direito do Trabalho, o que não é verdade, porquanto, apesar de julgar um feito especialmente regido pelas normas processuais trabalhistas, pode e, até deve, caso necessário, aplicar normas de direito material distintas do Direito do Trabalho. A se pensar de outra forma, estaríamos afirmando ser o Direito uma ciência proibitiva quanto à comunicação entre seus diversos ramos, o que inviabilizaria a prestação efetiva da tutela jurisdicional pelo magistrado, bem como a obtenção da Justiça, enquanto fim a ser alcançado pelo jurisdicionado, quando da procura pelo Judiciário. Em linhas finais, há ainda o relevante aspecto social em causa, abarcado pelas mudanças causadas pela EC 45/2004, o qual não pode ser desprezado, no sentido de se disponibilizar a inúmeros trabalhadores, que não sejam empregados, o acesso a uma Justiça especializada no trabalho humano e, ainda, procedimentalmente, mais célere, como reflexo imperativo de política judiciária", FELIPE, Yara Peixoto, "Competência da Justiça do Trabalho e a Súmula do STJ", op. cit., *passim*.

77. Art. 607, Código Civil: "O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior."

A *conclusão da obra* também extingue a relação negocial. É que, mesmo não se tratando de contrato de empreitada (no qual prevalece o resultado alcançado), é possível que a prestação de serviço se relacione à execução de uma obra, momento em que sobejará concluída a obrigação pelo seu regular adimplemento.

Também há extinção contratual pela *denúncia do contrato por aviso prévio*. Permite-se, assim, o exercício do direito potestativo de resilição unilateral da prestação de serviço, quando ajustada sem prazo. De qualquer modo, melhor seria utilizar a expressão *denúncia imotivada*.

Já a *resolução por inadimplemento* diz respeito à recusa do dono do serviço em oferecer o pagamento ao prestador de serviço, acarretando a resolução contratual. Nessa hipótese, quem se beneficia do serviço não realizando o pagamento da remuneração devida, permite ao prestador do serviço resolver unilateralmente o negócio jurídico (denúncia do contrato). Porém, havendo o inadimplemento por parte do prestador, que se recusa a executar o serviço, poderá o dono do serviço insistir em obter o seu cumprimento, por meio de determinação judicial, com o uso dos mecanismos de tutela específica da obrigação de fazer (CPC, arts. 497 e 536) ou, noutra hipótese, pleitear perdas e danos, de acordo com a sua conveniência. Em ambos os casos, se o contratante adimplente preferir, pode deixar de exercer o seu direito à extinção do contrato por culpa da contraparte (resolução culposa), prosseguindo na contratação. Assim agindo, continuará obrigado ao pagamento da remuneração em relação ao serviço que lhe beneficiar e, no futuro, somente poderá resolver por culpa da outra parte por motivos supervenientes, não podendo invocar o mesmo motivo perdoado, sob pena de incorrer em comportamento visivelmente contraditório (venire contra factum proprium).[78]

Quanto à *resolução por força maior*, se o contrato não for executado em função de evento externo à conduta das partes, de caráter inevitável, também ocorrerá a sua extinção. Porém, nesse caso, sem a possibilidade de obtenção de perdas e danos pela parte prejudicada, pois a extinção do contrato não se relaciona com a conduta culposa do devedor.

Em todo e qualquer caso, é reconhecido ao prestador do serviço o direito subjetivo de exigir a declaração de que o contrato está concluído (certificação do término contratual).[79] Trata-se de reflexo natural do que consta do art. 319 do próprio Código

78. "O art. 607 do CC não impõe a rescisão do contrato de prestação de serviço a partir do inadimplemento de qualquer das partes, mas possibilita ao contratante adimplente sua rescisão unilateral, o que não foi efetuado no presente caso. Se o contrato se manteve hígido, com a agravante usufruindo dos serviços prestados, deve arcar com o seu pagamento." (STJ, Ac. unân. 4ª T., AgInt no AREsp 967.440/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 25.10.16, DJe 4.11.16).

79. Art. 604, Código Civil: "findo o contrato, o prestador de serviço tem direito a exigir da outra parte a declaração de que o contrato está findo. Igual direito lhe cabe, se for despedido sem justa causa, ou se tiver havido motivo justo para deixar o serviço".

Civil.[80] Afinal, o pagamento não é apenas um direito subjetivo do credor, o devedor também tem total interesse no adimplemento, pois recuperará a sua liberdade. E quem cumpre a obrigação tem direito subjetivo à quitação. É a demonstração de sua liberação, com a possibilidade que se abre de contratar com outrem.

Haverá, inclusive, a possibilidade de retenção da prestação de fazer caso o credor não lhe queira outorgar imediatamente o documento. Todavia, se toda a obrigação já tiver sido executada, poderá o prestador ajuizar uma ação de outorga específica da obrigação de fazer (CPC, art. 497 e 536), no sentido da emissão do recibo, sob pena de imposição de multa cominatória diária (*astreintes*) em face do dono do serviço.

Impõe-se mencionar, especificamente, uma hipótese de extinção contratual, aludida nos arts. 602 e 603 da Lei Civil:

> *Art. 602, Código Civil:*
>
> *"O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra.*
>
> *Parágrafo único. Se se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido por justa causa."*
>
> *Art. 603, Código Civil:*
>
> *"Se o prestador de serviço for despedido sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato."*

Realmente, toda e qualquer relação obrigacional nasce e se desenvolve com vistas ao regular adimplemento. A obrigação é um processo, cujo ápice é o cumprimento, resgatando-se aquela parcela de liberdade que fora cedida ao tempo da vinculação.

Na prestação de serviço não é diferente. O dono do serviço demanda a satisfação da obrigação de fazer por um tempo certo, sendo inviável, em linha de princípio, a resilição unilateral por parte do prestador de serviço, pois este direito potestativo apenas é reconhecido nos contratos sem prazo (CC, art. 599). Isto é natural na medida em que o desfazimento prematuro gera prejuízos ao dono do serviço e inviabiliza o alcance das funções econômica e social do contrato.

Portanto, o recesso unilateral do prestador lhe acarreta a responsabilização pelos danos causados ao dono do serviço, mas sem que isto implique perda da retribuição já vencida e ainda não paga. Em suma, tem a liberdade de se retirar imotivadamente, mas será responsabilizado por sua escolha, quando prejudicial à outra parte.

Todavia, se houver motivação para a denúncia contratual, será possível a desconstituição do contrato. A expressão "*justa causa*", utilizada pelo texto codificado, não se mostra adequada, pois remete às relações trabalhistas, em que está referida

80. Art. 319, Código Civil: "o devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada".

nos arts. 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho.[81] De qualquer forma, a motivação para a resilição pode ser apanhada pelas mesmas causas constantes do Texto Consolidado, como *o tratamento com rigor excessivo pelo dono do serviço, a exigência de serviços superiores às forças do prestador, a existência de ofensas físicas ou morais* etc. Enfim, atos que degradem a condição do prestador e inviabilizem a preservação da relação jurídica, posto ausente o elemento da confiança, piso de convivência entre seres humanos.

Impõe-se, ademais, perdas e danos em face do prestador de serviços que seja despedido sem justa causa. A sua retribuição é ressalvada, mas os seus atos desidiosos ou o abandono da atividade serão indenizáveis na medida dos prejuízos apurados judicialmente, se não houver cláusula penal convencionada.

Para além dessa possibilidade de resilição com justa causa pelo prestador do serviço, também se mostra possível a denúncia imotivada do contrato pelo dono do serviço. Cuida-se de hipótese de resilição unilateral no contrato com termo.

De forma simétrica ao que se aplica em favor do dono do serviço quando o prestador imotivadamente se demite (CC, art. 602), a extinção prematura do negócio jurídico pelo direito potestativo de denúncia do solicitante não poderá ofender a legítima expectativa do prestador de serviço que agiu corretamente para a consecução da finalidade contratual e aguardava a sua conclusão para retirar a almejada vantagem patrimonial.

81. Art. 482, Consolidação das Leis do Trabalho: "constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único – Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional".Art. 483, Consolidação das Leis do Trabalho: "o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. § 1o – O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço. § 2o – No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho. § 3o – Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo".

Como compensação pela quebra da confiança, o prestador receberá metade do que lhe tocaria caso o serviço alcançasse o termo originário além, é claro, das retribuições vencidas e não pagas. Cuida-se de emanação da importante inovação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil,[82] impeditivo do exercício abusivo do direito potestativo de denúncia. Exemplificando, se A deveria auferir R$ 10.000,00 em 6 meses de contrato, e a denúncia foi exercitada com 3 meses de prestação de serviço, A fará jus aos R$ 5.000,00 já trabalhados, além de outros R$ 2.500,00, equivalentes à metade da importância relativa ao tempo restante.

82. Art. 473, Código Civil: "a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte".

CAPÍTULO VII

Contrato de Empreitada

Sumário • 1. Prolegômenos sobre a empreitada – 2. Noções conceituais sobre a empreitada e distinções relevantes: 2.1 Tentativa conceitual; 2.2 O objeto da empreitada; 2.3 Possibilidade de caracterização da empreitada como relação consumerista – 3. Classificação do contrato de empreitada, a possibilidade de subempreitada e os efeitos da morte do empreiteiro – 4. Espécies de empreitada: 4.1 Generalidades; 4.2 Empreitada de lavor ou de mão de obra; 4.3 Empreitada de materiais ou mista; 4.4 Empreitada por administração; 4.5 Engineering – 5. O preço da empreitada: 5.1 Noções gerais sobre o preço; 5.2 Espécies de empreitada em relação ao preço; 5.3 Empreitada por preço determinado; 5.4 Empreitada por unidade de medida – 6. O recebimento da obra – 7. Prazo de garantia e responsabilidade do empreiteiro: 7.1 Responsabilidade do empreiteiro pela segurança e pela solidez da obra entregue ao proprietário; 7.2 Responsabilidade do empreiteiro quando a relação é consumerista; 7.3 Responsabilidade do empreiteiro perante terceiros pelo fato da coisa (responsabilidade pela ruína do prédio construído) – 8. Competência judicial para processar e julgar eventuais conflitos decorrentes da empreitada – 9. Proteção do direito autoral ao projeto de construção – 10. Suspensão do contrato de empreitada – 11. Extinção do contrato de empreitada.

"Tá vendo aquele edifício, moço?, ajudei a levantar
Foi um tempo de aflição, eram quatro 'condução',
duas pra ir, duas pra voltar, hoje depois dele pronto
Olho pra cima e fico tonto, mas me chega um cidadão
E me diz desconfiado, tu tá aí admirado, ou tá querendo roubar?
Meu domingo tá perdido, vou pra casa entristecido
Dá vontade de beber e pra aumentar o meu tédio
Eu nem posso olhar pro prédio que eu ajudei a fazer
Tá vendo aquele colégio, moço?, eu também trabalhei lá
Lá eu quase me arrebento, pus a massa, fiz cimento
Ajudei a rebocar
Minha filha inocente, vem pra mim toda contente
'Pai vou me matricular', mas me diz um cidadão
Criança de pé no chão, aqui não pode estudar
Esta dor doeu mais forte, por que que eu deixei o norte
Eu me pus a me dizer, lá a seca castigava,
mas o pouco que eu plantava
Tinha direito a comer
Tá vendo aquela Igreja, moço?, onde o padre diz amém
Pus o sino e o badalo, enchi minha mão de calo
Lá eu trabalhei também, lá, sim, valeu a pena
Tem quermesse, tem novena e o padre me deixa entrar
Foi lá que Cristo me disse, rapaz deixe de tolice

Não se deixe amedrontar
Fui eu quem criou a terra, enchi o rio, fiz a serra
Não deixei nada faltar, hoje o homem criou asas
E na maioria das casas, eu também não posso entrar."

(Zé Ramalho, *Cidadão*, de Lúcio Barbosa)

"Amou daquela vez como se fosse a última
Beijou sua mulher como se fosse a última
E cada filho seu como se fosse o único
E atravessou a rua com seu passo tímido
Subiu a construção como se fosse máquina
Ergueu no patamar quatro paredes sólidas
Tijolo com tijolo num desenho mágico
Seus olhos embotados de cimento e lágrima
Sentou pra descansar como se fosse sábado
Comeu feijão com arroz como se fosse um príncipe
Bebeu e soluçou como se fosse um náufrago
Dançou e gargalhou como se ouvisse música
E tropeçou no céu como se fosse um bêbado
E flutuou no ar como se fosse um pássaro
E se acabou no chão feito um pacote flácido
Agonizou no meio do passeio público
Morreu na contramão atrapalhando o tráfego"

(*Construção*, de Chico Buarque de Hollanda)[1]

1. PROLEGÔMENOS SOBRE A EMPREITADA

A expressão *empreitada* deriva do grego *empractos*, significando, genericamente, *aquilo que se faz*.

Nas suas longínquas origens, no Direito Romano, o contrato de empreitada se apresentava como um subtipo de locação. Era a chamada *locatio conductio operis*, que atribuía a uma parte o direito de obter uma obra e à outra a obtenção de uma remuneração ajustada.

Aquela ideia se mostra obsoleta e, de certo modo, incompatível com um sistema jurídico assentado na premissa intransponível de proteção à dignidade humana, na medida em que se cogitava de uma *locação de trabalho humano*, transformando a pessoa humana em objeto – e não em sujeito da relação jurídica contratual. Não se

1. A respeito da canção *Construção*, Chico Buarque de Hollanda revelou que a sua ideia de narrar "os últimos instantes de vida de um operário veio depois da música quase pronta". Com *Construção*, de 1971, o cantor e compositor alcançou a maturidade, recebendo elogios de quase todas as tendências por conta da "riqueza da melodia, do primor da letra em dodecassílabos, alternando rimas em proparoxítonas, associados aos arranjos do maestro tropicalista Rogério Duprat", HOMEM, Wágner. *Chico Buarque:* histórias de canções, São Paulo: Leya, 2009, p. 98.

olvide, inclusive, que "Roma foi uma sociedade cuja economia se baseava no trabalho escravo. A atividade produtiva não se realizava por meio de relações entre homens livres, como acontece atualmente. O trabalhador era propriedade viva de outro homem, sobre cujos ombros recaíam os encargos de produção da riqueza", como enfatizam Orlando Gomes e Elson Gottschalk.[2]

No ponto, inclusive, convém ressaltar a distinção de tratamento em relação ao sistema grego (notadamente no período helenístico) e ao egípcio, que, preocupados com a estabilização da vida social e econômica, disciplinavam a organização do trabalho, com garantias humanistas. Talvez fruto da própria concepção filosófica de mundo.[3]

Trata-se de figura contratual pela qual se encomenda a feitura de um bem jurídico a uma pessoa, física ou jurídica, que reúne condições artísticas, profissionais e técnicas para tanto. Por isso, "inerente à empreitada é a *encomenda de uma obra*".[4]

Assim, a empreitada se confunde, sob o prisma prático, com um contrato de trabalho autônomo, assumindo o empreiteiro uma obrigação de fazer, a partir de sua própria técnica e conhecimento.

Entre nós, quem primeiramente cuidou da empreitada foi o Código Comercial de 1850, que sobre ela dispunha em seus arts. 231 a 240.

Hodiernamente, é contrato extremamente comum, presente no cotidiano de inúmeras empresas e, por igual, de muitas pessoas que precisam contratar alguém para realizar uma atividade específica com vistas à obtenção de um determinado resultado. É o negócio jurídico pelo qual são ajustadas desde situações mais simples e corriqueiras, como a reforma de um imóvel com o pedreiro ou a pintura dos cômodos de uma residência com o pintor, passando pelo cultivo de plantações, até obras de maior envergadura, como a construção de um aeroporto ou de um moderno hospital.

Aliás, a própria Administração Pública, comumente, se vale do contrato de empreitada para obter a construção de prédios. Obviamente, a empreitada de obra

2. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 113.

3. A título de curiosidade, demonstrando essa diferente concepção em relação ao mundo romano, vale aludir à existência em Alexandria, antiga metrópole no Egito, da famosa *Biblioteca de Alexandria*, que foi destruída por um incêndio durante a Idade Média, há mais de 1.500 anos. Construída no início do terceiro século a. C., por Ptolomeu Filadelfo, a biblioteca tinha a intenção de *reunir os livros de todos os povos da Terra*, constituindo uma inesgotável fonte de conhecimento. Berço de ideias históricas, filosóficas, antropológicas, literárias, científicas e religiosas, a Biblioteca de Alexandria jamais teve paralelos no mundo, deixando um raro tesouro de sabedoria. Em tempos recentes, especificamente em 1995, a *Bibliotheca Alexandrina* foi reconstruída, em um suntuoso edifício de onze andares, com uma sala de leitura de trinta e oito mil metros quadrados e um acervo estimado em cinco milhões de livros. Para uma leitura romanceada sobre a história da Biblioteca de Alexandria e os mistérios e relatos que rondam a sua destruição, vale a pena conferir BERRY, Steve. *O elo de Alexandria*, Rio de Janeiro: Record, 2008, misturando ficção e realidade em interessantes passagens históricas.

4. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 279.

pública exige prévio procedimento licitatório e impõe ao empreiteiro determinadas restrições naturais decorrentes do interesse público, por se tratar de *contrato administrativo*, submetido à sistemática do Direito Público. O acompanhamento de obras e serviços de engenharia pelo Poder Público, inclusive, é prática regulamentada pelos arts. 66 a 76 da Lei nº 8.666/93. Acresça-se, por outro lado, que o conceito de *entrega de obra* para a Administração Pública envolve outras considerações tão relevantes quanto a sua solidez física. Dizem respeito, por exemplo, ao cumprimento das obrigações previdenciárias e trabalhistas pelo empreiteiro em relação aos seus obreiros. Cumpridas todas as exigências administrativas, o contratado, naturalmente, fará jus ao pagamento dos valores devidos, sob pena de responsabilização judicial da Administração Pública.[5]

Como bem diz Paulo Nader, cuida-se de um negócio jurídico extremamente "*prático*, que favorece tanto a quem encomenda, quanto a quem executa"[6] uma obra. Para aquele porque define previamente o preço da mão de obra e, se for o caso, do material. Para este, serve como estímulo para trabalhar mais celeremente, evitando desperdícios de tempo e material.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE A EMPREITADA E DISTINÇÕES RELEVANTES

2.1 Tentativa conceitual

A estrutura do contrato de empreitada parte da contratação de uma pessoa para o fornecimento de serviços (e, se for o caso, de materiais), com o escopo de entregar uma determinada obra, pronta e acabada. Trata-se, a toda evidência, de uma obrigação de *resultado* assumida pelo contratado.

Esgrimindo uma tentativa conceitual, é possível afirmar que a empreitada (também chamada de *arrendamiento de obra*, pelo direito espanhol; de *contrato de obras* pela legislação venezuelana; de *contrato para confeccion de uma obra material* pelo Código Civil do Chile; de *locación de obra*, consoante a legislação argentina; ou de *contrat d'entreprise*, como prefere o sistema francês) *é o negócio jurídico pelo qual uma das partes (empreiteiro) se obriga perante outra (dono da obra ou comitente) à realização de uma certa obra, por si ou com o auxílio de terceiros, mediante um preço, sem que se configure dependência ou subordinação.*

5. "Licitação – Empresa vencedora – Contrato administrativo de prestação de serviços sob regime de empreitada firmado com o município – Prova satisfatória – Serviço efetivamente prestado pela empresa – Pagamento parcial do serviço pelo ente municipal – Descumprimento contratual – Enriquecimento ilícito da edilidade – Impossibilidade – Dever da administração em cumprir o pactuado. Constitui dever do município, sob pena de enriquecimento sem causa, efetuar o pagamento pelos serviços efetivamente prestados pela empresa contratada, por meio de procedimento licitatório" (TJ/PB, Ac. unân. 2ª Câm. Cív., RecNec 03720040107080001 – comarca de Sousa, Rel. Des. João Machado de Souza, J. 6.6.06).

6. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 296.

No mesmo sentido, o art. 1.493 do Código Civil da Argentina afirma que se caracteriza este contrato *quando as partes se obrigam reciprocamente uma delas a executar uma obra e a outra a pagar por essa obra um preço determinado em dinheiro.*[7]

Disso não se afasta a nossa melhor doutrina. Note-se a proximidade conceitual:

> "Na empreitada uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou a prestar certo serviço, e a outra, a pagar o preço respectivo. Obriga-se a proporcionar a outrem, com trabalho, certo resultado" (GOMES, Orlando, cf. Contratos, cit., p. 362).
>
> "Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes (empreiteiro) assume a obrigação de fazer a obra encomendada pela outra parte (dono da obra), que, por sua vez, obriga-se a pagar à primeira a remuneração entre elas acertada" (COELHO, Fábio Ulhoa, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 280).
>
> "É um contrato pelo qual uma das partes – o empreiteiro – que pode ser uma pessoa física ou jurídica, se obriga a executar determinada obra ou trabalho, mediante preço único, com material próprio ou fornecido pela outra parte, de acordo com as instruções desta, mas sem subordinação" (ESPÍNOLA, Eduardo, cf. Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro, cit., p. 436).

Nota-se, sem dificuldades, que na empreitada o trabalho humano é empregado em sentido objetivo, como o resultado de uma atividade exercida, direcionada à obtenção de uma determinada obra. O que interessa, pois, é o resultado final. Daí o seu enquadramento como típica *obrigação de fazer qualificada pelo resultado* (não se confundindo com uma simples *obrigação de fazer*, em razão da imprescindibilidade do resultado almejado).[8]

Reitere-se à saciedade: no contrato em enfoque, o enquadramento da obrigação do empreiteiro como mera obrigação de fazer é insuficiente. Exige-se dele *um fazer qualificado*, pois ele será convocado para exercitar uma atividade em razão de suas especiais aptidões técnicas. Ademais, cuida-se de obrigação de resultado, pois é esperada a entrega de um produto final que atenda às legítimas expectativas do dono da obra quanto à qualidade almejada.

Dessa harmonização conceitual, é possível extrair os três elementos caracterizadores deste negócio jurídico: as partes (sujeitos capazes), o preço (decorrente da extensão do ajuste entre as partes) e a realização de uma obra (por parte do empreiteiro, conforme a encomenda do comitente).

---

7. Disso não diverge o art. 1.655 do Código Civil italiano: é o contrato por meio do qual uma parte assume, com organização dos meios necessários e com gestão sob o próprio risco, o cumprimento de um trabalho ou de um serviço em troca de um correspectivo em dinheiro.

8. "A obrigação contraída pelo empreiteiro na empreitada mista é de resultado. Caso a obra não seja entregue a contento, o proprietário pode rejeitá-la, ou aceitá-la mediante abatimento do preço. Como o requerente vendeu o imóvel, não possui interesse na feitura das obras inacabadas, estando ainda descartada a rejeição de toda a obra, já que alguns dos serviços envolvidos foram recebidos sem objeção. Resta apenas apurar o valor do abatimento. Quanto ao serviço não realizado pela empreiteira, consistente no reparo das infiltrações dos imóveis vizinhos, deve prevalecer o valor que lhe atribuiu a empresa na inicial da reconvenção, já que omissa quanto ao ponto a contestação do requerente" (TJ/ES, Ac. unân. 4ª Câm. Cív., Ap. Cív. 24069012078 – comarca de Vitória, Rel. Desa. Catharina Maria Novaes Barcelos, j. 30.6.09, *DJES* 18.8.09).

Urge um especial cuidado para não confundir a empreitada com o contrato de prestação de serviço. Neste (prestação de serviços), a atividade humana em si é o móvel da relação contratual. O prestador de serviços não se vincula a um resultado previamente acertado, cuja obtenção é inexorável. Naquela (empreitada), a atividade humana é, apenas, o meio para a obtenção do resultado desejado, que é a entrega da obra contratada, inexistindo qualquer subordinação jurídica entre as partes.[9]

Note-se, pois, que:

i) *o objeto* da empreitada é a própria obra em si mesma, e não a atividade do prestador, como na prestação de serviços;

ii) na empreitada *não há subordinação* (*e, via de consequência, não há fiscalização e direção* pelo dono da obra), uma vez que a obrigação do empreiteiro é a entrega da obra, não se subordinando ao dono da obra;

iii) os *riscos correm por conta do empreiteiro*, nesta figura contratual, distintamente da prestação de serviços.

Por evidente, caso o instrumento contratual designe como empreitada uma relação contratual em que há subordinação do contratado às ordens patronais, caracterizar-se-á *contrato de emprego*, submetido à legislação protecionista da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo irrelevante o enquadramento indicado pelas partes.[10] Por outro lado, igualmente será indiferente, se o objeto do contrato não for uma obra específica, mas, apenas, o esforço humano do contratado. No caso, tem-se uma prestação de serviços, submetida ao regramento do Código Civil, quando não caracterizar relação de trabalho.

2.2 O objeto da empreitada

A nomenclatura clássica utilizada comumente para designar os sujeitos deste contrato gera, seguramente, uma significativa confusão no que tange ao objeto do negócio jurídico.

Dono da obra, como se denomina o contratante, é expressão que termina por restringir o espectro de incidência deste contrato ao âmbito da construção civil. Termina conferindo a falsa impressão de que toda empreitada tem como objeto uma obra, em sentido físico e material, ligada à construção civil.

9. "Na empreitada, existe independência entre os contratantes, nenhum vínculo subordinativo ou de disciplina existe entre eles, o que importa é o *resultado*; já na prestação de serviços, o trabalhador põe sua atividade à inteira disposição do tomador, de quem recebe ordens ou instruções e a quem, portanto, se acha subordinado", MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 238.

10. Orlando Gomes designa a situação como *"pseudo empreitada"*, consistindo "em empreitar mão de obra a um empregado para que este assuma a posição patronal, subtraindo-se ao cumprimento das obrigações trabalhistas", o que é proibido pelo sistema, *Contratos*, op. cit., p. 363.

Contudo, malgrado uma significativa parte das empreitadas esteja localizada nesse setor da economia (como no exemplo do engenheiro que assume a obrigação de construir uma casa ou da construtora que se obriga a erguer um viaduto), nada impede que esta figura contratual compreenda a realização de outros tipos de atividades, *inclusive incorpóreas*,[11] como o negócio celebrado por um músico, se obrigando a preparar os arranjos de um trabalho musical, ou por um *promoter*, para organizar a recepção a uma grande personalidade.

Assim, podem servir como objeto da empreitada, além dos clássicos exemplos relacionados à construção civil, a abertura de estradas, o ajardinamento, o conserto de veículos, o corte de matas e florestas, os serviços de dragagem, a confecção do vestido da noiva, a fabricação de móveis etc.

Impõe-se, pois, uma ampla compreensão do objeto do contrato de empreitada (a obra encomendada), não podendo estar represado na ideia de obra relativa à construção civil.

Daí, inclusive, a precisa reflexão de Washington de Barros Monteiro sobre o objeto da empreitada: "infinito é o campo de sua aplicação, que se estende praticamente a todas as atividades humanas. Também os trabalhos intelectuais são suscetíveis de empreitada".[12]

Em sendo assim, a expressão *obra*, para fins de empreitada, significa todo e qualquer resultado que pode ser obtido através do trabalho dedicado pelo empreiteiro.

2.3 Possibilidade de caracterização da empreitada como relação consumerista

Não se pode negar que o contrato de empreitada, muita vez, pode restar caracterizado como uma relação de consumo, enfeixando-se o dono da obra como consumidor e o empreiteiro como fornecedor, a partir dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Realmente, em se tratando de contrato de empreitada no qual o empreiteiro "desenvolva tal atividade, em benefício de pessoa física ou jurídica que utilize seus produtos ou serviços como destinatária final, tipificam-se perfeitamente como relações de consumo", como adere Carlos Roberto Gonçalves.[13]

Nesse caso, o sistema de responsabilidade civil do empreiteiro seguirá a sistemática da legislação protecionista do consumidor, dispensada a discussão de culpa como regra (responsabilidade objetiva), salvo quando o empreiteiro for um profissional liberal, hipótese em que a responsabilidade se manterá subjetiva.

11. Também assim, MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 310.
12. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 241.
13. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 345.

Ademais, a interpretação das cláusulas contratuais, necessariamente, será realizada da maneira mais favorável ao consumidor.

3. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREITADA, A POSSIBILIDADE DE SUBEMPREITADA E OS EFEITOS DA MORTE DO EMPREITEIRO

Em se tratando de um contrato *típico* e *nominado*, tratado no Código Civil (arts. 610 *usque ad* 626), a empreitada tem fácil classificação:

i) é contrato *bilateral* ou *sinalagmático*;

ii) é uma relação negocial, necessariamente, *onerosa*;

iii) trata-se de um contrato *comutativo*;

iv) é um negócio jurídico *consensual*;

v) estabelece uma relação jurídica *de trato sucessivo* (de execução diferida ou continuada);

vi) caracteriza-se como um contrato *não personalíssimo*.

Pois bem, cuida-se de contrato *bilateral* por estabelecer obrigações recíprocas para ambas as partes (remuneração × entrega do produto). O sinalagma está presente a toda evidência.

É *oneroso*, impondo sacrifícios econômicos correspectivos para as partes, sendo a remuneração, mediante um preço, essencial à configuração da empreitada, mesmo que o pagamento não se dê em dinheiro, mas em outra espécie (*e. g.*, a entrega de um apartamento quando a construção ficar pronta).

Além de oneroso, o negócio é *comutativo*, sendo as prestações conhecidas e pré-estimadas pelas partes. De qualquer sorte, é possível a estipulação, pelas partes, expressamente, de uma característica aleatória na empreitada, caso em que haverá incerteza quanto à existência ou à quantidade da coisa (CC, arts. 458-459).

O contrato é, ainda, *consensual*, sendo suficiente o mútuo consentimento das partes para o seu aperfeiçoamento, dispensada qualquer formalidade ou solenidade legal (enfim, *não solene* por dispensar forma especial). Contudo, é interessante que seja documentado *ad probationem*, a fim de que os contratantes possam se resguardar quanto a direitos e obrigações.

Demais de tudo isso, é *de trato sucessivo*, também chamado de *execução diferida* ou *continuada*, por ser cumprido através de sucessivos atos concatenados, necessitando de um determinado período de tempo para o seu adimplemento integral. Nada impede, contudo, que as partes ajustem como um *contrato de execução única*, quando o empreiteiro tiver de entregar, em um momento singular, a obra encomendada.

Não se trata de relação jurídica *personalíssima*, razão pela qual o óbito dos contratantes não gera a extinção da avença. Ademais, permite ao empreiteiro se fazer substituir por outra pessoa, em subcontratação.

É o que se convencionou chamar de *subempreitada*.[14]

Ao contrário da prestação de serviço, a empreitada, ordinariamente, não é celebrada *intuitu personae*, consoante se extrai da leitura do art. 622 do Código Civil.[15] Portanto, é aceitável a conduta do empreiteiro que transfere a um terceiro as suas obrigações, chamado de *subempreiteiro*.

A definição da subempreitada é simples, estando caracterizada "quando o empreiteiro contrata com outra pessoa a execução da obra de que se encarregara".[16] Equivale a dizer: quem estava obrigado a executar uma obra repassa a outrem a sua realização total ou parcialmente.

Evidentemente, a subempreitada não obriga o dono da obra perante o terceiro, mas, tão somente, o próprio empreiteiro.[17]

Em linha de princípio, não há proibição de subempreitar, afinal o empreiteiro não se obriga, a rigor, a executar pessoalmente a obra. Apenas não se poderá confiar a obra a terceiro quando expressamente houver cláusula proibitiva ou quando o contrato for celebrado pelas qualidades pessoais do empreiteiro (como na hipótese de um artista renomado), transformando a empreitada em um negócio personalíssimo.

Mesmo diante de cláusula proibitiva, porém, nada impedirá a subempreitada parcial, que é algo normal e corriqueiro em tais relações jurídicas. Para perceber, basta atentar para a situação do empreiteiro engenheiro que transfere a execução dos serviços hidráulicos e elétricos para técnicos ou empresas especializadas.

Formado esse subcontrato, nasce uma segunda relação contratual derivada da primitiva, na qual o subempreiteiro (terceiro) se obriga perante o empreiteiro, e este mantém a empreitada com o dono da obra, inclusive respondendo civilmente, consoante a confiança que lhe foi deferida.

O Superior Tribunal de Justiça proclama esta tese:

14. O art. 1.213 do Código Civil lusitano é preciso ao definir a subempreitada como "o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou parte dela".

15. Art. 622, Código Civil: "se a execução da obra for confiada a terceiros, a responsabilidade do autor do projeto respectivo, desde que não assuma a direção ou fiscalização daquela, ficará limitada aos danos resultantes de defeitos previstos no art. 618 e seu parágrafo único".

16. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 371.

17. "Os direitos e obrigações decorrentes do contrato de empreitada não se transferem ao subempreiteiro. Tampouco induz solidariedade, por isso não obriga o dono da obra que responde tão só ao empreiteiro, tanto quanto subsistem por inteiro as responsabilidades deste. Apelo desprovido" (TJ/RS, Ac. unân. 21ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70021798566 – comarca de Charqueadas, rel. Des. Genaro José Baroni Borges, j. 7.11.07, *DJRS* 30.1.08).

> *"Quem contrata um engenheiro para levantar uma parede, ao invés de contratar um operário para empilhar tijolos, espera que esse profissional use conhecimentos técnicos e experiências para cumprir a empreitada. A lei exige que uma obra tenha responsável técnico, arquiteto ou engenheiro, na suposição de que será edificada segundo regras técnicas que garantam a segurança de pessoas e a conservação de bens.*
>
> *O trabalho humano tem sempre uma finalidade, que é projetada antes de ser alcançada, ou nas magníficas palavras de Marx: 'uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha envergonha mais de um arquiteto humano com a construção dos favos de suas colmeias. Mas o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho, obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e portanto idealmente. Ele não apenas efetua uma transformação da forma da matéria natural; realiza, ao mesmo tempo, na matéria natural seu objetivo, que ele abe que determina, como lei, a espécie e o modo de sua atividade e ao qual tem de subordinar sua vontade' (MARX, Karl, O Capital, São Paulo: Nova Cultural, 1985, v. I, p. 149-150).*
>
> *Consequentemente, quem quer que seja, e especialmente um engenheiro, só pode levantar uma parede se estiver convencido de que ela suportará as intempéries normais; construindo por instinto, sem estudo prévio da respectiva resistência, incorre em culpa, com a consequente responsabilidade pelo evento danoso – outro tanto ocorrendo com quem firmou perante a Municipalidade o compromisso resultante do Alvará de Construção da obra inteira" (STJ, Ac. 3a T., REsp. 650.603/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 3.4.07, DJU 18.6.07, p. 255).*

O terceiro que recebe a empreitada será o responsável, apenas, pelos defeitos previstos no art. 618, em seu parágrafo único da Codificação (CC, art. 622). Porém, se também assumir a direção e a fiscalização da obra, terá a mesma responsabilidade do empreiteiro. Apesar de não haver relação material entre o dono da obra e o subempreiteiro, poderá aquele responsabilizá-lo pelos danos causados em sede de responsabilidade extracontratual, com esteio na função social do contrato (CC, art. 421). Afinal, um terceiro (o dono da obra) não pode ser prejudicado pelo contrato alheio (a subempreitada, celebrada entre o empreiteiro e o subempreiteiro). É a proteção do *terceiro ofendido*.

Em se caracterizando uma relação de consumo, o subempreiteiro e o empreiteiro respondem solidariamente perante o consumidor (dono da obra), em razão de defeitos do produto ou serviço que lhe acarretem prejuízos, na conformidade do parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Acrescente-se, ademais, que a subempreitada não tem o condão de livrar o empreiteiro de obrigações trabalhistas, na medida em que o art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho[18] termina por estabelecer, expressamente, a possibilidade de

18. Art. 455, Consolidação das Leis do Trabalho: "nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único – Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva

sua responsabilização perante os trabalhadores contratados pelo subempreiteiro, no que tange às obrigações trabalhistas e previdenciárias. A jurisprudência trabalhista, inclusive, chega mesmo a afirmar que esta responsabilidade do empreiteiro pelas dívidas trabalhistas assumidas pelo subempreiteiro é solidária, a partir da intelecção do mencionado dispositivo consolidado.[19] Afasta-se, com isso, a configuração da denominada *marchandage*.[20]

Aqui, ressalta-se a solução adotada em relação à *responsabilidade do empreiteiro por dívidas trabalhistas com trabalhadores contratados pelo subempreiteiro*.

No que tange à *possibilidade de responsabilização do dono da obra por dívidas trabalhistas ou previdenciárias não adimplidas pelo subempreiteiro* a solução é distinta. Note-se, *prima facie*, que o aludido art. 455 do Texto Consolidado não autoriza, expressamente, a atribuição de responsabilidade ao dono da obra quanto aos débitos trabalhistas resultantes de contratos de empreitada ou de subempreitada. Destarte, diferentemente do empreiteiro, o dono da obra não responde solidária ou subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas do subempreiteiro. Entrementes, tendo em mira a *teoria do risco do empreendimento*, a jurisprudência trabalhista passou a admitir a responsabilidade do dono da obra quando se tratar de *empresa construtora ou incorporadora*, de modo a evitar fraudes. Justifica-se o entendimento na longa permanência de trabalhadores na construção civil, vinculados ao mesmo dono de diversas obras. Assim, em se tratando de subempreitada na área da construção civil, afasta-se a regra da irresponsabilidade do dono da obra. Nesse passo, inclusive, foi editada pelo Tribunal Superior do Trabalho a Orientação Jurisprudencial 191 (OJ-SDI1-191), com clara redação:

> Orientação Jurisprudencial 191, TST: "Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora".

Por fim, não se confunda a subempreitada com a *cessão do contrato*. Aqui, o cedente transfere a sua posição contratual completa (ativa e passiva) para o cessionário (terceiro), com o consentimento do cedido (dono da obra), sendo certo que o cedente se retira por

---

contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo".

19. "Contrato de subempreitada. Responsabilidade do empreiteiro. É solidária a responsabilidade do empreiteiro pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo subempreiteiro junto aos trabalhadores engajados na execução da mesma obra (art. 455, CLT)." (TRT – 5ª Região/BA, Ac. 1ª T., Ac. 025189/2009, RO 0115400-58.2008.5.05.0021, rel. Desa. Ivana Mércia Nilo de Magaldi, *DJ* 30.9.09).

20. "Modalidade interessante de subempreitada é a que se conhece pelo nome intraduzível de *marchandage*. Consiste no expediente de realizar-se diversas subempreitadas com o propósito de livrar o dono da obra de certas responsabilidade, notadamente das obrigações que lhe adviriam se contratasse diretamente os trabalhadores [...] Os empregados do subempreiteiro podem reclamar do empreiteiro, não contra o dono da obra, pois as relações entre o primeiro e o segundo são, quanto ao terceiro, *res inter alios acta*, isto é, estranhas a ele", GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 372.

completo da relação jurídica a partir desse momento, não mais respondendo ao dono da obra. Bem diferentemente, portanto, da subempreitada, na qual o terceiro apenas assume obrigações que, *a priori*, tocavam ao empreiteiro, na cessão de posição contratual, há ruptura do vínculo contratual originário, desobrigando o cedente por completo.

Sobre o tema, vale invocar a precisa lição de Marco Aurélio Bezerra de Melo: "a subempreitada não se confunde com a cessão do contrato, pois nesta última modalidade ingressa no pacto um novo contratante que responde sozinho perante o dono da obra".[21]

Considerando, ainda, o caráter não personalíssimo da empreitada, é de se lembrar que o contrato não se extingue pelo falecimento das partes, como deflui do art. 626 do Livro Civil:

> *Art. 626, Código Civil: "Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro."*

Nota-se, pois, a fungibilidade deste negócio jurídico, afastando-se, em definitivo, o seu cunho *intuitu personae*.

O dono da obra deseja o resultado da atividade, quer que a obrigação de fazer seja alcançada com a maior qualidade. Para se alcançar o desiderato do contrato, será possível a substituição do empreiteiro por um terceiro (subempreitada ou cessão do contrato) e, em caso de óbito, haverá a sua substituição pelos sucessores ou por um cessionário de direitos hereditários.

Dessa forma, a morte do dono da obra não prejudica a realização do negócio jurídico, assumindo o espólio a posição jurídico-econômica do *de cujus*, devendo remunerar o empreiteiro nas bases fixadas, dentro das forças da herança.

Todavia, o próprio texto codificado, em sua parte final, ressalta que, em certos contratos de empreitada, é possível inferir uma eventual natureza personalíssima, o que acarretará a extinção da relação jurídica, por resolução não culposa, em caso de morte – ou incapacidade – de qualquer das partes. Seria o caso da encomenda de uma obra a um famoso escritor ou da confecção de um vestido a um renomado estilista.

Evidentemente, dependerá das circunstâncias do caso concreto. Somente casuisticamente é que se poderá aferir se o contrato foi, ou não, celebrado levando em conta a especial atuação do empreiteiro, e não a obtenção do resultado da obra, por quem quer que seja.

Paulo Nader exemplifica: "se o objeto da obra consiste na pintura de um painel artístico ou na elaboração de comentários a um novo instituto jurídico, ter-se-á inequivocamente um contrato personalíssimo".[22]

21. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 334.
22. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 298.

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça navega nos mesmos mares, como se pode notar do didático precedente transcrito:

> *"Quando o que mais importa para a obra é que seja feita exclusivamente por determinado empreiteiro ou construtor, a obrigação desse é personalíssima e não se transmite aos seus herdeiros e sucessores, conforme dispunha o art. 878 do CC/1916 e agora dispõe a segunda parte do art. 626 do CC/2002.*
>
> *– Quando na contratação de uma obra o fator pessoal das habilidades técnicas do empreiteiro ou construtor não é decisivo para a contratação, a obrigação desse não é personalíssima e, por isso, transmite-se aos seus herdeiros e sucessores, nos termos do art. 928 do CC/1916 e da primeira parte do art. 626 do CC/2002.*
>
> *– Em regra, a obrigação do empreiteiro ou construtor não é personalíssima, porquanto a obra pode ser executada por várias pessoas, como ocorre em geral, a exemplo das obras feitas mediante concorrência pública com a participação de várias construtoras e das pequenas construções feitas mediante a escolha do empreiteiro que oferecer o menor preço.*
>
> *– Na presente hipótese, com a morte do construtor, a sua obrigação transmitiu-se aos seus herdeiros, pois a obra não demandava habilidades técnicas exclusivas do falecido" (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp.703.244/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.4.08, DJe 29.4.08).*

Sendo o empreiteiro uma pessoa jurídica, naturalmente não se aplica a referida situação. Veja, por conseguinte, que a sua eventual falência não implica, necessariamente, o término da relação contratual, pois o síndico avaliará o interesse da massa na manutenção da empreitada (arts. 21 e 43 da Lei nº 11.101/05).

4. ESPÉCIES DE EMPREITADA

4.1 Generalidades

A partir da sistematização do próprio Código Civil, especificamente de seu art. 610,[23] a empreitada pode se apresentar em duas diferentes espécies: *i) empreitada de lavor* ou *de mão de obra* e *ii) empreitada mista*, também chamada de *empreitada de materiais*.

Em ligeira visão, na *empreitada de lavor* o empreiteiro apenas executa a obra, utilizando materiais fornecidos pelo dono da obra, enquanto na *empreitada mista* realiza a obra contratada com material próprio, conjugando obrigações de dar (materiais) e fazer (a obra). De saída, já se percebe que nesta segunda modalidade há uma maior responsabilidade do empreiteiro, assumindo a obrigação de executar o trabalho e administrar os materiais. Naquela primeira espécie, como o empreiteiro apenas executa o trabalho (administrando e fiscalizando o trabalho humano necessário

23. Art. 610, Código Civil: "o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. § 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. § 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução".

para a consecução da obra), os riscos referentes aos materiais correm por conta do próprio comitente.

Fixando a visão nesse quadro distintivo, Eduardo Espínola assevera ser relevante a diferenciação "pelos efeitos sobre os direitos e obrigações das partes contratantes".[24]

No que tange ao alcance da responsabilidade do empreiteiro, vale colacionar a lição de Sílvio Rodrigues: "se a empreitada for unicamente de lavor, o dono da obra sofre o prejuízo pelo seu perecimento e o empreiteiro perde a retribuição; se a empreitada for de lavor e materiais, os prejuízos são sofridos pelo empreiteiro, exceto em caso de mora do dono da obra, caso em que este responde pelo prejuízo".[25]

O ordenamento jurídico disponibilizou regramento próprio para cada uma das modalidades desta figura contratual.

Vejamos.

4.2 Empreitada de lavor ou de mão de obra

Considerando que a empreitada mista não se presume (CC, art. 610, § 1º), exigindo convenção das partes ou imposição legal, é possível afirmar que a empreitada de lavor se apresenta como regra geral.

Na empreitada de lavor ou de mão de obra o prestador empresta a sua força de trabalho para a obtenção do resultado prático ajustado, submetendo-se ao material e às opções do dono da obra.[26] Trata-se de mera obrigação de fazer.

De regra, portanto, nesta modalidade contratual todos os riscos correm por conta do dono da obra, a quem compete fornecer o material utilizado. É simples projeção da regra de que a coisa perece para o dono (*res perit domino*). Na medida em que todos os materiais pertencem ao dono da obra, ele se responsabiliza pelo seu eventual perecimento ou deterioração. Por isso, o empreiteiro restringe os seus riscos à mão de obra contratada. Com isso, a eventual responsabilidade trabalhista e previdenciária decorrente de parcelas devidas aos trabalhadores (inclusive na hipótese de acidente de trabalho) recai, exclusivamente, sobre o empreiteiro, não se podendo questionar de eventual solidariedade (que não se presume, a teor do art. 265 do Códex), pelo fato de este não ser preposto do dono da obra.

A outro giro, o empreiteiro responderá civilmente pelos fatos decorrentes de sua culpa ou de seus prepostos.

---

24. ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 437.
25. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 249.
26. "Costuma ser mais econômico e racional o próprio dono da obra adquirir no mercado consumidor os materiais necessários à construção. Ele poderá escolher as peças do seu agrado, economizar na aquisição de itens que prioriza menos, tratar diretamente da negociação de preços e condições", COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 283.

Exemplificando, se, no curso da obra um terceiro, utilizando de violência ou grave ameaça, subtrai os materiais acondicionados na obra, o prejuízo corre por conta do dono. Porém, se houve desídia do empreiteiro (ou de seus prepostos) na guarda do material subtraído, por terem, *exempli gratia*, abandonado a obra, o empreiteiro indenizará o proprietário pelos danos sofridos.

O art. 617 da Lei Civil é singelo ao tratar da matéria: "o empreiteiro é obrigado a pagar os materiais que recebeu, se por imperícia ou negligência os inutilizar".[27] Enuncia, pois, um princípio geral do direito da responsabilidade civil subjetiva. Na empreitada de lavor quem fornece o material é o dono da obra, portanto, na qualidade de possuidor dos referidos produtos, deverá o empreiteiro agir com o máximo zelo e cautela na sua conservação, a fim de exercitar a atividade para cujo resultado está voltado. Qualquer falha na utilização dos materiais oriunda de sua imperícia ou de sua negligência gera a sua responsabilização. Naturalmente, para se eximir da responsabilidade, tem de provar a incidência do fortuito.

Ademais, assim como o dono da obra assume nesta espécie de empreitada os riscos pelos materiais entregues, o empreiteiro, por seu turno, assume o risco de não receber a sua remuneração em caso de perecimento da coisa antes da entrega. É o que deflui, inclusive, do art. 613 da Codificação:

> *Art. 613, Código Civil: "Sendo a empreitada unicamente de lavor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade."*

Vale dizer, se o perecimento da coisa não resultou de culpa de qualquer das partes, mas de um fortuito, haverá a *resolução da relação contratual*, com a restituição das partes ao estado anterior. E, por isso, o dono da obra tem de arcar com a perda dos materiais, e o empreiteiro perde a remuneração a que faria jus. Incide, aqui, uma concretização do que se imaginou na primeira parte do art. 234 do Código Civil.

Porém, há uma hipótese na qual o empreiteiro terá direito à percepção da remuneração acertada previamente: quando provar que o perecimento resultou de defeito dos materiais entregues pelo dono da obra, demonstrando ainda que, expressamente, advertiu o dono da obra sobre a qualidade ou a quantidade do produto, sem que este tivesse adotado medidas preventivas. Provando tais circunstâncias, culminará por receber a sua remuneração.

Nesse caso, duas soluções são possíveis, com o idêntico resultado prático. A primeira, premiar o empreiteiro por seu zelo com a atividade exercitada e com o cumprimento do dever anexo de informação (decorrente da boa-fé objetiva), além de punir o dono da obra pela desídia no trato com a empreitada. Uma segunda solução

27. Poder-se-ia indagar sobre a ausência do termo *imprudência* no texto legal. Contudo, seguramente, a imprudência está abrangida pelo sentido *lato* da expressão imperícia, que acolhe todo exercício de atividade especializada não realizada adequadamente.

passa por outra hipótese. Sendo constatado o vício redibitório (defeito) nos produtos e impossibilitada a verificação prévia quanto ao seu déficit qualitativo por parte do empreiteiro (quando o vício for de difícil constatação), também se justifica o pagamento da remuneração do contratado. Isso porque o dono da obra há de garantir a idoneidade das coisas que forneceu, assumindo os riscos de se tornarem impróprias para o uso. De qualquer sorte, o dono da obra terá direito regressivo contra quem, eventualmente, lhe vendeu o produto.

Demais de tudo isso, é de se registrar a possibilidade de perecimento da coisa pelo caso fortuito ou por força maior no caso de recusa do dono da obra em recebê-la (a chamada mora *creditoris* ou *accipiendi*). Nesse caso, não se discute a necessidade de preservação da remuneração do empreiteiro diante da expansão da responsabilidade civil do dono da obra, provocada pela sua recusa injustificada em recebê-la (CC, art. 400).

Ademais, se o empreiteiro for contratado para a elaboração de um projeto, a obrigação de resultado é alcançada com a sua entrega ao dono da obra, pois a sua execução ou fiscalização é atividade independente, consoante preconiza o § 2º do artigo 610. Enfim, projeto, fiscalização e execução são tarefas distintas, somente sendo aglutinadas por imposição contratual.

4.3 Empreitada de materiais ou mista

Na empreitada mista o empreiteiro assume a obrigação de executar a obra com os seus próprios materiais. Caso se comprometa somente à execução da obra, a empreitada será de lavor. Por outro lado, assumindo, tão só, a obrigação de fornecimento dos produtos, sem executar a obra, o negócio jurídico será de compra e venda.

Bem por isso, cabendo-lhe fornecer o material da obra, assume, consequentemente, os riscos até o tempo da entrega da obra.[28] Mais especificamente, pelo fato de se constituir em um fornecedor do produto, responde pelo resultado do trabalho contratado.

Na empreitada mista o empreiteiro assume uma obrigação de resultado, diferentemente da modalidade de lavor, em que a obrigação é de meio.

Nota-se, assim, que na empreitada mista há um agravamento da condição do empreiteiro, a ponto de assumir os riscos de eventual acidente (decorrente de fortuito, por exemplo) pelo fato de, temporariamente, ser o proprietário dos materiais. É, mais uma vez, a aplicação da regra de que a coisa perece para o dono (*res perito domino*), repercutindo a perda da coisa em seu patrimônio (CC, art. 237).

28. Art. 611, Código Civil: "quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos".

O dono da obra, pois, somente incorpora os materiais utilizados na empreitada ao seu acervo patrimonial no instante do pagamento – correspondente à entrega da obra. Daí a perfeita síntese de James Eduardo Oliveira, chamando a atenção para o fato de que na empreitada mista a obrigação do empreendedor *somente* "considera-se adimplida com a entrega da obra a contento. Até que isso ocorra, o empreiteiro tem inteira responsabilidade pelos riscos do contrato e suporta todos os prejuízos verificados".[29]

Porém, se o dono da obra estiver em mora no recebimento da obra já executada, recusando-se indevidamente, os riscos lhe são transferidos automaticamente, isentado o empreiteiro dali em diante. Curiosamente, é a mesma solução aplicada ao contrato de compra e venda (CC, art. 492, § 2º), decorrendo da regra geral, que retira do devedor, isento de culpa, a responsabilidade pela conservação da coisa quando há mora do credor.

Nesse caso de recusa ao recebimento da obra, o empreiteiro deve se acautelar de uma eventual imputação de responsabilidade, exercitando a pretensão de consignação em pagamento, depositando judicialmente a obra, como lhe faculta a legislação (CC, art. 335, e CPC, art. 539).

Aliás, registre-se que o Código de 2002 corrigiu, no ponto, um equívoco histórico. No Código Civil de 1916 (art. 1.238), a recusa do dono da obra em recebê-la no tempo, no local ou na forma ajustados, implicava responsabilidade conjunta com o empreiteiro. A regra mostrava-se absurda e altamente injusta. Ora, se a obra já estava finalizada e não havia sido entregue por culpa do credor (quando quem lhe encomendou, injustificadamente, se recusa a receber), não se poderia cogitar, sequer longiquamente, da responsabilidade do empreiteiro, que atuou de boa-fé, em parâmetros de confiança e retidão.

Lembre-se que se o dono da obra houver instruído o empreiteiro a concluir o produto e remetê-lo a um lugar distinto do qual foi produzido, a responsabilidade deste se exaure no momento em que entrega o produto em perfeitas condições de ser transportado (CC, art. 494). É o exemplo da confecção de dez vestidos por um costureiro para posterior envio a outro município, onde será realizada uma festa.

4.4 Empreitada por administração

Além das hipóteses de empreitada antes aludidas, há a *empreitada por administração* ou *construção por administração*, com estruturação mais simples.

Nesta modalidade, o empreiteiro será remunerado em um percentual previamente definido a ser aplicado sobre os valores alocados na obra. No caso, o empreiteiro assume a função de um mero administrador da obra, e a sua principal função consiste em obter os melhores preços de materiais e mão de obra, reduzindo os custos do dono da obra.

29. OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*, op. cit., p. 466.

Em resumo: *na empreitada por administração, o contratado apenas gerencia as pessoas contratadas pelo dono da obra e o material fornecido para o preparo da obra.*

A doutrina vislumbra na *empreitada por administração* o negócio jurídico "em que o construtor se encarrega da execução de um projeto, mediante remuneração fixa ou percentual sobre o custo da obra, correndo por conta do proprietário os encargos econômicos do empreendimento", como registra Hely Lopes Meirelles.[30]

De fato, nesta espécie há uma acentuada redução de sua responsabilidade por não ter se obrigado ao fornecimento de material e, tampouco, à execução efetiva de um resultado. Somente quando provada a sua culpa na atuação de adquirir produtos para o dono da obra é que será possível a sua imputação.

Bem por isso, chega-se a duvidar que se trate de um contrato de empreitada propriamente dito, pela ausência de assunção de encargos técnicos pelo empreiteiro.[31] Todavia, predomina a compreensão de que *o contrato de administração é, igualmente, de empreitada*: "a diferença específica entre ele e o de empreitada propriamente dito está em que, no primeiro, a remuneração do empreiteiro é proporcional ao valor ou custo da obra. É forma contratual em que o empreiteiro se acha a coberto dos riscos oriundos da constante elevação de salários e dos preços dos materiais, tendo o seu ganho limitado a uma porcentagem sobre o *quantum* da obra. No segundo, a remuneração é *à forfait*, preço de antemão ajustado pela obra completa", consoante o magistério de Washington de Barros Monteiro.[32]

De qualquer maneira, aplicam-se à empreitada por administração as regras gerais do Código Civil relativas ao contrato de empreitada de lavor, correndo os riscos por conta do dono da obra, salvo a hipótese de comprovação de culpa do contratado.

4.5 *Engineering*

O contrato de *engineering (em tradução livre: contrato de engenharia)* pode ser definido, em linhas gerais, como uma empreitada de grande porte destinada a construções de maior vulto e valor econômico, envolvendo, de ordinário, subcontratações e a posterior administração de um bem. Envolve a construção de indústrias de alta tecnologia, que, seguramente, provocam o desenvolvimento tecnológico do país, na medida em que permitem a modernização do parque industrial e econômico.

É o caso da construção de grandes hospitais, aeroportos ou indústrias.

30. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, op. cit., p. 240.
31. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 348. Igualmente, Fábio Ulhoa Coelho chega a verberar que se o empreiteiro se obriga "não a executar a obra propriamente, mas a gerenciá-la, presta serviços ao dono da obra – cotação de preços e compra dos materiais, seleção de empreitada, sugestão de soluções técnicas etc. – diferentes dos abrangidos pela empreitada", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 282.
32. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 240-241.

Trata-se de figura negocial complexa, destinada à realização de grandes obras, associadas à necessidade de elaboração não apenas de uma obra (coisa), mas à criação de uma infraestrutura. Bem por isso, em percepção ampla, o contrato de engineering carrega consigo, em seu conteúdo, três outras figuras negociais: (i) um contrato de engenharia em sentido estrito; (ii) um contrato de gestão de compras e administração da obra em si; e, finalmente, (iii) um contrato de construção. É bem por isso que nos países de língua inglesa, o contrato de engineering é conhecido pela sigla EPC: Engineering, Procurement and Construction, isto é, engenharia, gestão de compras e construção.

Pois bem, através do *engineering*, pretende-se obter uma infraestrutura construída e instalada. Seria o exemplo de uma grande indústria. Também é o exemplo de grandes obras realizadas para conferir estrutura para a realização de uma Copa do Mundo de Futebol ou de Olimpíadas. Assim, o empreiteiro (normalmente, empresas ligadas à engenharia civil) se obriga não apenas à apresentação de um projeto de construção, mas também assume o dever de construção e o de viabilizar o efetivo funcionamento do bem construído (assumindo, se preciso, a sua administração), fazendo jus a uma retribuição previamente ajustada. Assume, pois, uma gama considerável de diferentes obrigações, de diferentes índoles, podendo abranger, até mesmo, a prestação posterior de assistência técnica, em especial dos produtos e das máquinas que instalou. Daí a natural necessidade de subcontratações diversas. Por isso, somente empresas com grande envergadura conseguem figurar como empreiteiras no *engineering*.

Exatamente por isso, explica Fábio Ulhoa Coelho que "a obra, no *engineering*, é comumente executada mediante uma ou mais subempreitadas, em que a remuneração é assumida pelo empreiteiro (subempreitador), que se torna credor do dono da obra pelos valores pagos aos subempreiteiros acrescidos dos juros convencionados, sem prejuízo da taxa de administração".[33]

O empreiteiro, nessa figura contratual, pode se restringir a um papel de mero financiador, subcontratando diferentes pessoas (físicas e jurídicas) para promoverem desde a construção até a administração.

No caso do *engeneering*, a empreitada se caracteriza, normalmente, por preço certo, com data determinada de conclusão, comprometendo-se o empreiteiro a entregar uma determinada obra pronta para o seu regular funcionamento.

5. O PREÇO DA EMPREITADA

5.1 Noções gerais sobre o preço

Em se tratando de contrato bilateral e oneroso, a principal obrigação imposta ao dono da obra é o pagamento da remuneração devida ao empreiteiro, chamada *preço*.[34]

33. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 285.

34. Nessa esteira, Carlos Alberto Ghersi pontua que "a principal obrigação assumida pelo comitente é pagar o preço pactuado", *Contratos civiles y comerciales*, op. cit., p. 572.

O preço, de ordinário, será ajustado pelas partes, mas não havendo ajuste, o magistrado o fixará, arbitrando uma justa remuneração, com esteio nos costumes do lugar e na qualidade da obra.

5.2 Espécies de empreitada em relação ao preço

Considerando as diferentes maneiras de acerto do preço entre os contratantes, observam-se duas diferentes categorias de empreitada: (*i*) *por preço certo* e (*ii*) *por medida*.

Na *empreitada por preço determinado*, apelidada de *marche à forfait* pelos franceses, as partes estipulam uma remuneração prévia e fixa para a realização da obra. O valor é determinado em atenção à obra como um todo, conjuntamente, sem se considerar o fracionamento da atividade ou o fato de ser o preço pago parceladamente ao empreiteiro. Não a descaracteriza a fixação prévia de eventual possibilidade de reajustamento, em razão de variação no preço final, em face de eventuais acréscimos no custo da mão de obra ou dos materiais.

Já na *empreitada por unidade de medida* ou *por medição* há um fracionamento da obra, consideradas as partes em que é dividida. É a chamada *marche à devis* do direito gaulês. A remuneração, via de consequência, é quitada de acordo com a conclusão das medidas satisfeitas. Em se tratando, por sinal, de obra com partes distintas, poderá o contratado entregá-las separadamente. Ilustrativamente, na construção de dez chalés em um lote, pode o proprietário remunerar o empreiteiro ao cabo da conclusão de cada uma das habitações, sem ter em vista o conjunto da obra.

Singrando estes mares, Eduardo Espínola, de há muito, explica, com clarividência: "no primeiro caso (empreitada por preço determinado), o empreiteiro deverá entregar a obra pelo preço certo convencionado, sem direito à compensação de qualquer diferença que resulte do aumento no custo: No segundo (empreitada por unidade de medida), a remuneração final que caberá ao empreiteiro será a da quantidade do trabalho e dos materiais empregados de acordo com os preços tabelados ou tarifados. Nesse caso, o empreiteiro indicará em seu orçamento as previsões e cálculos, ficando o preço total na dependência do conjunto dos trabalhos realizados. Esse preço total contemplará, consequentemente, as modificações autorizadas e trabalhos suplementares".[35]

Nota-se, com facilidade, que na empreitada por valor certo há uma vantagem evidente para o dono da obra, ficando ao abrigo de eventuais riscos e surpresas depreciativas. Por outro turno, o empreiteiro assume um volume considerável de riscos relativos a eventuais variações econômicas e financeiras. Distintamente, na empreitada por medida, o empreiteiro fica resguardado de eventuais oscilações na economia e na própria contratação.

35. ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 439-440.

5.3 Empreitada por preço determinado

Em se tratando de empreitada por preço certo para a totalidade da obra não há, por lógico, previsão de reajuste da remuneração, mesmo que incida eventual acréscimo nos materiais ou na mão de obra. Aqui, a regra é não se admitir a variação do preço.

Na empreitada por preço global e determinado há uma antecipada previsão de gastos e lucros. Assim, o empreiteiro (pessoa física ou jurídica) recebe um certo valor para a consecução de toda a obra. Naturalmente, o preço ajustado antecipadamente somente pode ser alterado se houver ajuste entre as partes ou no caso de modificação de projeto ou das condições preestabelecidas.

O ajuste do preço fixo pode se mostrar interessante para ambas as partes em tempos de estabilidade monetária. Para o dono da obra, é garantia de que não será surpreendido pela má-fé ou por equívocos do empreiteiro; para este, não haverá surpresa, pois, como especialista na matéria, poderá calcular um preço satisfatório dentro dos acontecimentos ordinários. Aliás, mesmo na empreitada por preço certo, é possível convencionar cláusula de escala móvel, sem descaracterizar a modalidade do negócio, à medida que se estabeleça o aumento progressivo das prestações como proteção em face da atualização monetária (CC, art. 316).

O art. 619 da Codificação de 2002[36] admite acréscimo de preço mediante ajuste expresso entre as partes (uma vez que se trata de norma dispositiva) ou, noutra hipótese, existindo instruções escritas do contratante. Além disso, também será possível o aumento do preço tendo o proprietário um claro conhecimento do acréscimo realizado pelo empreiteiro, ensejando a ampliação da obra. Isto porque, tendo conhecimento do aumento da obra e não reclamando imediatamente, estará anuindo tacitamente, justificando-se o aumento do preço, mesmo em se tratando de empreitada por preço certo.

Vislumbra-se, aqui, a ocorrência do fenômeno da *supressio* e *surrectio*. Isto porque se o dono da obra *tem conhecimento, por algum motivo, dos acréscimos da obra* (por exemplo, através de sua presença na obra) *e não reclama imediatamente,* cria no empreiteiro a expectativa de que está anuindo e que irá honrar o pagamento respectivo. Enfim, é norma jurídica de evidente caráter principiológico e de densidade ética, cimentada na boa-fé objetiva.[37]

36. Art. 619, Código Civil: "salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou".

37. Assim, o direito do empreitante ao preço fixo somente é mitigado se as "modificações forem efetivadas a pedido seu, através de instruções escritas ou se este assistiu as modificações e contra elas não protestou, na hipótese de serem visíveis e de inequivocamente importarem em aumento do custo", PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 318.

Admite-se, dessa forma, uma verdadeira autorização tácita (comportamental) quando o empreitante tem ciência (por diferentes modos) da ampliação da obra, não contestando o aumento do valor realizado pelo empreiteiro. Isto porque, nesse caso, o proprietário não ignorava a real situação da expansão da obra. Trata-se de homenagem evidente à boa-fé objetiva, impondo ao dono da obra um comportamento ético e baseado na confiança. Ao nosso sentir, nos tempos atuais de intenso tráfego jurídico, exigir-se a autorização por escrito para reajuste, quando as condições objetivas demonstram que o proprietário não teria razão para lhe obstaculizar, seria uma injusta sanção ao empreiteiro e um fator de imobilismo em tais atividades. Aplica-se aqui o que os modernos chamam de *"conduta social típica"* ou *"comportamento concludente"*, pelo qual determinadas condutas produzem negócios jurídicos ou lhes inovam-nos, sem a necessidade de uma expressa manifestação de vontade.

Por isso, merece endosso a doutrina de Washington de Barros Monteiro: "realizado o serviço em tais condições (à vista do proprietário, sem qualquer impugnação de sua parte ou por ele mesmo confessado), subentende-se autorizado. De outro modo, consagrar-se-ia ilícito locupletamento do proprietário, à custa do empreiteiro, condenado pelo direito".[38]

A *contrario sensu*, caso o empreiteiro realize o acréscimo sem qualquer conhecimento do proprietário, não fará jus ao pagamento, por extrapolar os limites do ajuste de preço.[39]

É evidente que aqui, como em qualquer outro contrato de duração, pode ser manejada a teoria da imprevisão pelas partes (CC, art. 478), diante do surgimento de fatos extraordinários e imprevisíveis que coloquem um dos contratantes em evidente situação de desequilíbrio econômico no curso da execução contratual, com quebra do sinalagma.

No ponto, estabelece o comando do art. 620 do *Codex*: "se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão de obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada". Para quem vivencia a nossa realidade e a nossa cultura, a norma se mostra de rara efetividade. Cogitar da redução do preço do material da empreitada já é algo remoto, quanto mais de uma queda de valores que represente mais de um décimo do preço global convencionado. Seria um inusitado caso de *significativa deflação*, que, convenhamos, é um tanto quanto surreal: no que tange à mão de obra, a redução significativa é impensável porque a Carta Constitucional veda a redução salarial (CF, art. 7º, VI). Então, poder-se-ia apenas supor uma redução na necessidade de trabalhos especializados, com substituição por operários menos qualificados, sem quebra na qualidade do serviço. Em sendo assim, acontecendo o

38. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 250.

39. "Empreitada. Encargo decorrente da instalação de elevadores não incluído no preço. Iliquidez da parcela, uma vez que o gasto foi efetuado sem qualquer consulta ou aprovação dos adquirentes" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 33.461/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 2.5.95, *DJU* 5.6.95).

evento superveniente e extraordinário, o legislador concebeu uma particular hipótese de aplicação do princípio da onerosidade excessiva, impedindo que ocorra o injustificado enriquecimento do empreiteiro. A norma, inclusive, afasta a possibilidade de resolução do negócio jurídico, ao contrário do estatuído para a teoria da imprevisão (CC, art. 478), estabelecendo como solução para a restauração do sinalagma apenas a revisão contratual, em homenagem ao princípio da conservação do negócio jurídico. Não é necessário que exista cláusula neste sentido, uma vez que a citada norma legal opera efeitos de pleno direito.

5.4 Empreitada por unidade de medida

Em se tratando de empreitada por medição, vislumbra-se uma *divisibilidade obrigacional*, uma vez que o empreiteiro pode entregar autonomamente as partes distintas da obra. Isto é, à medida que o cronograma vai sendo cumprido, o empreiteiro adquire um *direito subjetivo ao recebimento das prestações parciais*, sob pena de paralisação do restante do serviço enquanto não houver o pagamento da necessária retribuição (CC, art. 476), além do nascimento de uma pretensão ao recebimento do crédito, através de alguma medida judicial, em conformidade com a natureza do título contratual (podendo se tratar de ação de cobrança, monitória ou de execução).[40]

Nesse diapasão, o art. 614 do Código Civil enfrenta a questão:

> *Art. 614, Código Civil:*
>
> *"Se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada.*
>
> *§ 1º Tudo o que se pagou presume-se verificado.*
>
> *§ 2º O que se mediu presume-se verificado se, em trinta dias, a contar da medição, não forem denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização."*

Como se nota, o pagamento deve ser contemporâneo à verificação da obra, presumindo-se a regularidade de cada etapa concluída, à medida que for paga pelo dono da obra. Isto porque, por óbvio, o pagamento presume o seu contentamento. Porém, cuida-se de presunção relativa, admitindo produção de prova contrária. Até mesmo porque nesse tipo contratual as partes se documentam com o fito de acompanhar a entrega parcial da

40. "Ação de cobrança. Contrato de empreitada. [...] O autor afirmou haver celebrado contrato verbal de empreitada com o réu, que não pagou o valor total da construção. Após identificar com precisão todo o trabalho realizado pelo autor, consoante apontado pelo próprio réu e sua esposa, que participaram da vistoria no imóvel, a perita judicial avaliou a obra em R$ 18.017,26 (dezoito mil e dezessete reais e vinte e seis centavos). Por outro lado, consoante os recibos anexados à contestação, cujos valores foram atualizados pela *expert*, o demandado pagou ao demandante o total de R$ 9.073,19 (nove mil e setenta e três reais e dezenove centavos). Assim, absolutamente acertada a sentença condenatória ao pagamento do saldo devedor" (TJ/BA, Ac. unân. 2ª Câm. Cív., Ap. Cív. 0001008-8/2008 – comarca de São Gonçalo, rel. Desa. Maria do Socorro Barreto Santiago, j. 30.11.10).

obra, podendo cobrar a parte restante. De qualquer sorte, são admitidos todos os meios de prova não proibidos por lei para a demonstração contrária pelo interessado.

Assim, na data da medição de cada etapa da obra nasce o prazo decadencial de trinta dias para o dono da obra exercer o direito potestativo de denunciar (reclamar) os vícios ou defeitos da coisa, sejam eles ocultos ou aparentes. Aqui é excepcionada a regra geral do art. 445 do próprio Código Civil acerca da contagem do prazo para a verificação dos vícios redibitórios.

Duas observações avultam, obtemperando a regra prazal: a uma, esta diluição da possibilidade de reclamação dos vícios não exclui o prazo de garantia (CC, art. 618); a duas, tratando-se de empreitada submetida às regras do Código de Defesa do Consumidor, há de se aplicar a especial disciplina quanto aos vícios dos produtos (CDC, art. 18 e ss.), com a fluência do prazo para reclamação dos vícios a partir da data do efetivo conhecimento, além da possibilidade de inversão do ônus de prova (CDC, art. 6º, VIII).

5.5. Pagamento do empreiteiro e prazo prescricional para cobrança de sua remuneração

Uma vez executada a empreitada, em conformidade com o negócio jurídico celebrado, o empreiteiro fará jus à remuneração pactuada.

Sobrevindo inadimplemento obrigacional pelo contratante, surge para o empreiteiro a pretensão de exigir judicialmente o pagamento por meio de uma demanda. Se as partes possuem um título executivo extrajudicial, decorrente do próprio negócio celebrado, o caso será de ação executiva. Não havendo título respectivo, será caso de ação de cobrança (pelo procedimento comum ordinário) ou ação monitória, pelo procedimento especial, quando houver prova escrita da dívida.

A respeito do prazo prescricional para o exercício da pretensão, há um certo consenso de que incide o lapso temporal previsto nos incisos I e II do §5º do art. 206 da Codificação de 2002: prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas decorrentes de instrumentos públicos ou particulares.

Identicamente, em se tratando de empreitada realizada por prestador de serviços enquadrado no conceito de profissional liberal, o prazo será de cinco anos, por conta da regra do inciso II do referido dispositivo legal, fluindo a partir "da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato".

Entrementes, a jurisprudência superior vem fazendo uma ressalva: não se tratando de profissional com conhecimento técnico suficiente ou se o serviço não tem natureza preponderantemente intelectual ou técnica, não se pode aplicar o prazo prescricional de cinco anos, que foi concebido para profissionais liberais com conhecimento técnico especializado. Na hipótese de profissional sem capacitação intelectual ou técnica, o prazo extintivo será de dez anos, seguindo as pegadas da regra geral do art. 205 da Codificação:

"1 – Ação de cobrança de serviços de mecânica de automóvel prestados em junho de 2003, sendo a demanda proposta em fevereiro de 2010. 2 – A prescrição da pretensão de cobrança de serviço de conserto de veículo por mecânico autônomo, por não se enquadrar na categoria de profissional liberal, atrai a incidência da regra geral do art. 205 do CC (dez anos). 3 – A regra especial do inciso II do § 5º do art. 206 do Código Civil (cinco anos) tem interpretação restritiva, regulando apenas prazo de prescrição dos serviços prestados por profissionais liberais . 4 – Considera-se profissional liberal aquela pessoa que exerce atividade especializada de prestação de serviço de natureza predominantemente intelectual e técnica. 5 – Afastada pelo Tribunal de origem a condição de profissional liberal do prestador de serviços como mecânico autônomo, incide a regra geral da prescrição decenal (art. 205 do Código Civil)." (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.546.114/ES, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17.11.15, DJe 23.11.15)

6. O RECEBIMENTO DA OBRA

Realizada a obra pelo empreiteiro, cumprirá ao proprietário aceitá-la conforme o ajustado inicialmente entre as partes, desde que o empreendedor não tenha se olvidado de atender às especificações técnicas ou às instruções por aquele ministradas.

De fato, o dono da obra não recebe um trabalho imperfeito quando investe toda a sua confiança em um profissional e recebe algo que não se ajuste às suas legítimas expectativas, afrontando objetivamente os termos do contrato.

Destaque-se, contudo, que, sob o ponto de vista prático, concreto, "pequenas variações sempre se verificarão em qualquer obra, grande ou pequena. Interessa, por isso, na definição do cumprimento da obrigação de empreitar, levar em conta a *essência da encomenda*. Se esta se encontra atendida, em seus aspectos técnicos, funcionais e estéticos, a obra está acabada, mesmo que um ou outro detalhe tenha escapado ao desenhado no projeto".[41]

Não custa lembrar mais profundamente que, incidindo os deveres anexos da boa-fé objetiva (CC, art. 422), o perfeito cumprimento da obrigação não se prende, tão somente, ao tempo de entrega e ao acabamento estrutural da obra. Indo mais longe, a perfeição no cumprimento da obrigação pelo empreiteiro envolve, também, o lugar e o modo de sua execução, além dos deveres éticos implícitos em todo contrato, como lealdade, informação, segurança etc.

Assim, a quebra de critérios técnicos pelo empreiteiro importa na justa causa do dono da obra em recusar a prestação, em face da incorreção na forma da execução da obrigação. Ilustrando o que se expõe, se o autor de uma obra intelectual entrega o livro à editora no tempo ajustado, mas ignora os padrões ajustados para a confecção do livro, poderá a empresa recusar o seu recebimento até que as alterações sejam perfeitamente realizadas. Em suma, não havendo a entrega do bem com todas as

41. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 288.

qualidades esperadas, a mora será imputável ao empreiteiro, com as consequências aludidas no art. 399 do Código Civil.[42]

Em síntese conclusiva, a regra geral é que, *concluída a obra, o proprietário tem de recebê-la*, mas pode rejeitá-la quando o empreiteiro se afastou das instruções ou incorreu em mora. A respeito, consagra o art. 615 do *Codex*:

> *Art. 615, Código Civil: "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 instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza."*

Logo, a mora do proprietário (a chamada *mora creditoris*) somente restará caracterizada quando a recusa for imotivada e injustificável.[43] Uma vez caracterizada essa mora do dono da obra, a partir da sua indevida recusa em receber a obra, assume todos os riscos da construção, exonerando o empreiteiro, mesmo que se trate de empreitada mista.

Em se tratando de empreitada de construções, mesmo que o dono da obra venha a aceitá-la, sem ressalvas, apesar da infração às normas técnicas, não se afasta a garantia pela solidez e pela segurança do trabalho, conforme disposição do art. 618 da Lei Civil.

Demais disso, o art. 616 da Codificação[44] concede uma segunda opção ao dono da obra: ao invés de desconstituir a relação jurídica, poderá ficar com a coisa e pleitear o abatimento proporcional no preço em razão do descumprimento das instruções e das normas técnicas. Cuida-se de uma modalidade de ação estimatória (apelidada de ação *quanti minoris*).

Explica Washington de Barros Monteiro que esse "abatimento consistirá numa importância suficiente para escoimar a obra de seus defeitos e pô-la de acordo com o contrato".[45]

Genericamente, pois, os arts. 615 e 616 concedem ao dono da obra o direito potestativo de imposição ao empreiteiro que entregou a obra com imperfeições de uma das medidas ali contempladas – redibição ou abatimento no preço –, sem que este possa se opor à decisão adotada.

---

42. Art. 399, Código Civil: "o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada".
43. No sentido do que se afirma, a doutrina não diverge: "necessário esclarecer que a mora do credor não se configura com a simples recusa de receber. É necessário a ocorrência de culpa na recusa. Se esta se fundar em motivo razoável e justo, não fica caracterizada a mora, o que sujeitará o empreitante a responder pelos riscos que, por qualquer forma, venham a afetar a construção", PIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, op. cit., p. 637.
44. Art. 616, Código Civil: "no caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço".
45. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 226.

Todavia, entendemos que, em se tratando de uma infração contratual reduzida (sem grande significado) ou de simplória violação às regras técnicas, a opção pelo desfazimento do contrato se converterá em medida desproporcional diante do inadimplemento mínimo do empreiteiro. É a chamada teoria do adimplemento substancial (ou *substancial performance*).[46] Ao nosso viso, poderá, então, o magistrado, utilizando as regras do abuso do direito (CC, art. 187), limitar o exercício do direito potestativo extintivo pelo dono da obra, no sentido de estabelecer uma pequena redução no preço da empreitada em atenção às peculiaridades do caso, sem, contudo, se impor a resolução do contrato, aplicando-se o princípio da conservação do negócio jurídico.

Enfim, verificado o inadimplemento das obrigações contratuais pelo empreiteiro surgem, em favor do credor (proprietário), diversas opções. Portanto, a desconstituição de um negócio jurídico pela resolução contratual oriunda do seu inadimplemento é um direito potestativo do credor. Este direito potestativo é o poder de uma das partes de sujeitar a outra à sua deliberação unilateral, sem que o outro possa a isto se opor.

A doutrina clássica jamais discutiu a possibilidade de imposição de limites ao exercício de um direito subjetivo ou de um direito potestativo, pois eles eram justamente concedidos pelo ordenamento jurídico para a satisfação de interesses particulares.

Entrementes, uma vez que *todo direito (subjetivo ou potestativo) só pode ser reconhecido e prestigiado pelo ordenamento jurídico quando detiver uma função social, novas luzes são lançadas sobre o tema.* Com efeito, o exercício de um direito muitas vezes satisfaz o interesse privado do seu titular, mas, simultaneamente, ofende as expectativas sociais, pelas quais o próprio ordenamento concedeu esse direito. Haverá abuso do direito quando o seu exercício for manifestado sem motivação legítima, de forma a violar os seus próprios limites éticos. O abuso do direito é considerado um ato ilícito objetivo, pois a sua aferição independe da constatação da culpa pela violação formal de uma norma, sendo suficiente a antijuridicidade da conduta, a violação material dos fins dados pelo ordenamento jurídico (CC, art. 187). Em verdade, o abuso do direito como modo de controle da legitimidade do exercício de direitos subjetivos e potestativos é uma das vertentes da atuação do princípio da boa-fé sobre as relações obrigacionais. A tese do inadimplemento mínimo é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos. Atualmente, é possível questionar a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual pelo credor, em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor, embora este não tenha suportado adimplir uma pequena parte da obrigação. É que se apresenta abusivo o exercício de um direito pela parte que pretende ver resolvido um negócio jurídico somente porque a contraparte descumpriu, minimamente, as suas obrigações.

46. Para maior aprofundamento do *substancial performance* (ou teoria do adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo), veja-se FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 819.

Enfim, o *substancial performance* é *o abuso do direito à rescisão de um contrato, porque os drásticos efeitos que podem decorrer desse abuso afrontam o senso ético exigido das partes.*

Noutras sedes contratuais, a jurisprudência já vem acenando com simpatia para a aplicação da tese, não havendo motivo para excluí-la da empreitada:

> *"O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas de uma prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da prestação faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esse fato e promove a busca e apreensão" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 272.739/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 2.4.01).*

7. PRAZO DE GARANTIA E RESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO

7.1 Responsabilidade do empreiteiro pela segurança e pela solidez da obra entregue ao proprietário

Ordinariamente, a responsabilidade do construtor pelos vícios e defeitos referentes à perfeição da obra cessa com a entrega desta ao proprietário e a regular aceitação. Todavia, não se pode ignorar que defeitos ligados à segurança e à solidez da obra somente se mostram com o passar do tempo[47] – que, como proclama o ditado, *é o senhor da razão.*

Nada mais natural, então, do que estabelecer um período razoável de tempo para que o empreendedor responda por eventuais defeitos presentes na coisa entregue.

Elucidativa é a reflexão de Hely Lopes Meirelles, chamando a atenção para o fato de que, entregue a obra, é estabelecida uma espécie de período de observação. "Se durante esse prazo a construção não apresentar vício ou defeito que afete a sua estabilidade ou comprometa a sua estrutura, ficará o construtor exonerado de responsabilidade perante o proprietário e seus sucessores".[48] Se no aludido lapso temporal, ao contrário, surgir algum defeito, deverá ser reclamado pelo dono da obra, respondendo o empreiteiro pelo dano.

Com esse espírito, ao cuidar da responsabilidade do empreiteiro perante o dono da obra, em texto polêmico, dispôs o art. 618 do Código Reale:

> *Art. 618, Código Civil:*
>
> *"Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de*

47. "Relativamente às obras consideráveis, os defeitos de construção não aparecem desde logo, mas sim com o decurso do tempo. Por isso, manda o Código que perdure a responsabilidade do construtor", MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 246.

48. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, op. cit., p. 282.

cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito."

Indubitavelmente, trata-se do dispositivo mais controverso do Código de 2002 acerca do contrato de empreitada.

Pois bem, nas empreitadas de edifícios ou de construções consideráveis (*verbi gracia*, viadutos, pontes, estradas etc.), o empreiteiro responderá pela solidez e pela segurança do trabalho em um prazo de *garantia legal de cinco anos*, no mínimo.

Seguramente, em razão da amplitude de uma obra, há evidente necessidade de conferir ao proprietário e credor da obrigação de resultado assumida pelo empreiteiro, a mais ampla tutela. A extensão do prazo é consequência da própria complexidade da empreitada e da gama de defeitos que apenas podem ser percebidos após à conclusão da obra. Aliás, nessa estrada, há de se concluir ainda que a responsabilidade do empreiteiro por vícios detectados durante o *prazo de garantia é objetiva*, não sendo possível discutir a sua culpa.[49-50]

Esclareça-se, de logo, que esse sistema de garantia só se aplica *aos vícios redibitórios que acarretem risco à solidez ou à segurança de prédios que constituam edifícios ou construções consideráveis*. Em lição pertinente, Carlos Roberto Gonçalves explica não ser em qualquer obra que incide essa regra específica de responsabilização do empreiteiro, mas, tão só, nas "construções de vulto, ou seja, nos 'edifícios' e nas 'construções consideráveis', conforme as expressões empregadas pelo art. 618". E desfecha com uma interessante ponderação: "enquanto a palavra 'edifício' refere-se às construções destinadas à habitação ou fins semelhantes, a expressão 'construções consideráveis' é de cunho mais genérico, pois construção abrange a totalidade das obras relacionadas com o progresso".[51] Seria, então, nas hipóteses de viadutos, pontes, edifícios de apartamentos, hotéis etc.

Em se tratando de defeitos ou vícios em pequenas empreitadas, incidem as regras comuns dos vícios redibitórios.

No ponto, convém repisar que os termos *segurança* e *solidez* reclamam uma compreensão em sentido amplo, abrangendo todo e qualquer problema que impeça a regular condição de salubridade e habitação do prédio. Enfim, tais expressões (*solidez* e *segurança)* não podem se restringir aos defeitos que acarretam uma eventual ruína

49. Disso não discorda Arnoldo Wald que, em palavras diretas, não tergiversa: "a garantia por cinco anos significa que durante mencionado prazo, independentemente de qualquer prova de culpa, haverá responsabilização do construtor", *Direito Civil*, op. cit., p. 409.

50. A jurisprudência simpatiza com a tese da responsabilidade objetiva do construtor: "o art. 1.245 do Código Civil de 1916 (atual art. 618 do Código de 2002) estabelece uma responsabilidade objetiva (pelo risco) excepcional..." (TJ/SC, Ap. Cív. 1998.012619-3, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 29.4.04).

51. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 352.

da construção. A sua intelecção efetiva há de ser elastecida para alcançar vícios que a tornam imprestável para o fim a que foi destinada. Afinal de contas, não se pode afirmar que é segura ou sólida uma construção que não proporcione condições normais de habitabilidade e salubridade às pessoas humanas. Com isso, podem ser considerados no conceito de solidez e segurança defeitos atinentes a infiltrações e obstruções em redes de esgoto porque afetam diretamente as condições da habitação.[52]

A jurisprudência superior, inclusive, abraça essa ideia, como se pode perceber:

> *"Empreitada – Construção – Garantia. Sentido abrangente da expressão solidez e segurança do trabalho, não se limitando a segurança do trabalho, não se limitando a responsabilidade do empreiteiro às hipóteses em que haja risco de ruína da obra" (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp. 178.817/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 3.2.00, DJU 3.4.00, p. 146).*

Outrossim, tratando-se de uma regra especial de garantia, a sua aplicação não se pode estender a outras hipóteses reguladas em normas estanques, específicas. Assim, para os vícios ocultos em geral, aplicam-se as normas alocadas no art. 441 do Código Civil, enquanto para os vícios aparentes, ostensivos, adota-se a sistemática dos arts. 615 e 616, também da Lei Civil.[53]

Demais de tudo isso, dissecando o texto codificado, é possível inferir duas relevantes questões.

Primeiro, não pode o empreendedor se isentar de responsabilidade ao pálio de ter advertido o dono da obra acerca da ausência de solidez do solo. Realmente, o empreendedor tem a obrigação de fiscalizar a obra e entregá-la de forma perfeita, não sendo crível ou admissível, que pudesse se escusar da omissão na eventual negligência do dono da obra, de quem não se exige conhecimentos técnicos sobre a segurança do empreendimento.

Segundo, o prazo de garantia legal de cinco anos é irredutível, o que implica a impossibilidade de convenção entre as partes no sentido de sua redução. Ao revés, nada impede que o empreendedor acrescente à garantia legal um prazo de garantia contratual, convencional, a fim de conquistar a confiança do dono da obra.

Outrossim, descortina-se uma aplicação do sistema de freios e contrapesos (*system of checks and balances*) na regulamentação da responsabilidade civil do

---

52. A doutrina vem afiançando a tese, assegurando que a amplitude do "conceito de solidez e segurança, para considerar uma e outra ameaçadas com o aparecimento de defeitos que, por sua natureza e numa interpretação estrita do citado art. 618, não teriam tal alcance", "o que se justifica perfeitamente pelo progresso e desenvolvimento da indústria da construção civil e pela necessidade de preservar a incolumidade física e patrimonial das pessoas que possam ser afetadas pelos mencionados vícios e defeitos", GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 353.

53. Art. 615, Código Civil: "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 instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza". Art. 616, Código Civil: "no caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço".

empreiteiro – o que revela uma visível preocupação com a boa-fé objetiva do dono da obra perante o empreiteiro. Pois bem, respeitando a confiança do empreiteiro, caso o empreitante descubra algum vício redibitório (defeito) dentro do prazo legal de garantia (cinco anos), terá o direito potestativo de reclamá-lo em cento e oitenta dias, contados da sua descoberta (teoria da *actio nata*).

É de se notar que são prazos de diferentes naturezas. O prazo de *garantia* (*caput* do art. 618 do Código) é de cinco anos, contados da entrega da obra. Durante este lapso prazal, surgindo algum vício de solidez e segurança o empreendedor responde. Já o prazo *decadencial para a reclamação de defeitos de solidez e segurança na obra* (parágrafo único do art. 618 da Lei Civil) é de cento e oitenta dias, a contar do conhecimento do vício. Então, se o vício é constatado após quatro anos e dez meses da entrega do prédio, o empreitante disporá do prazo de cento e oitenta dias a partir de então para exercer o direito de resolução contratual, apesar de já ter sido superado o quinquênio da garantia.

Ou seja, se a obra foi entregue há um ano e o defeito é descoberto, a partir desse momento fluirá o prazo decadencial de cento e oitenta dias para que se reclame o defeito, com o desfazimento do negócio jurídico (ação redibitória) ou o abatimento do preço (ação estimatória ou *quanti minoris*).[54] Ultrapassado esse prazo de cento e oitenta dias, a garantia restará esvaída, não mais sendo possível ao dono da obra reclamar o desfazimento do contrato. Nada impedirá, de qualquer sorte, que reclame eventuais perdas e danos, no prazo prescricional comum (três anos, se o contrato de empreitada for civil, e cinco anos, em se tratando de uma relação consumerista).[55]

Como ninguém pode se valer da própria torpeza, somente será justificável a invocação do vício pelo dono da obra quando não tiver agido de má-fé ou culposamente.

Ademais, em obediência aos deveres anexos estabelecidos pela boa-fé objetiva (dentre eles, os deveres de cooperação, lealdade, honestidade e respeito), se o proprietário tem conhecimento de um vício que surgiu na obra – por evidente, dentro do prazo de garantia –, há um dever anexo de informação imediata perante o empreiteiro, a fim de que este possa se posicionar sobre a questão, adotando providências para a solução do problema. Por isso, a negligência do dono da obra em informar a existência de defeito importa em violação da confiança do empreendedor e abuso no exercício do direito subjetivo. Daí a elogiável opção do legislador brasileiro (CC,

54. A doutrina mais contemporânea comunga da nossa posição: "esse prazo se refere, única e exclusivamente, ao exercício do direito de garantia. Trata-se, portanto, de um prazo para o ajuizamento da postulação decorrente de uma ação redibitória ou *quanti minoris*", GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 308.

55. Já há algum tempo este é o posicionamento dos Tribunais Superiores, assegurando que o prazo quinquenal "refere-se à garantia de solidez da obra e à responsabilidade do empreiteiro pelo trabalho que tenha executado, não se reportando ao exercício da ação que essa garantia venha a se fundamentar. Este, a seu turno, é estabelecida pelo prazo prescricional comum" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 161.351/SC, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.8.98, *DJU* 3.11.98, p. 130).

art. 618, parágrafo único) pela fixação de um prazo decadencial para que se pleiteie o desfazimento do contrato.

De qualquer sorte, superado o prazo de garantia (cinco anos) – estabelecido em favor do dono da obra ou de terceiro adquirente neste período –, o empreiteiro (empreendedor) continuará respondendo pelos eventuais vícios existentes na obra, *desde que provada a sua culpa* (responsabilidade subjetiva com culpa provada pela vítima), como consagra o sistema geral de responsabilidade civil do direito brasileiro (CC, art. 927).[56] Nesse caso, o prazo para exercício da pretensão indenizatória será de três anos, se o negócio estiver submetido ao Código Civil, ou de cinco anos, quando o contrato estiver caracterizado como uma relação de consumo.[57] Numa hipótese ou na outra, o termo inicial para a sua fluência é o conhecimento do fato, aplicada a tese da *actio nata*.

Esta é uma construção lógica. Pensar de modo distinto, a partir da literalidade do dispositivo legal aludido (CC, art. 618) – que reclama o exercício da pretensão da data da lesão ao direito subjetivo – acarretaria uma verdadeira perplexidade, eis que o prazo prescricional para o exercício da pretensão de responsabilidade civil (pretensão indenizatória) terminaria antes mesmo do prazo de garantia, no qual não se discute culpa.

7.2 Responsabilidade do empreiteiro quando a relação é consumerista

Nos contratos de incorporação imobiliária (art. 28, Lei nº 4.591/64) e nos contratos de empreitada em que restarem caracterizadas as figuras do fornecedor e do consumidor, na forma dos arts. 2º e 3º do Código Protecionista, caberá a aplicação de suas regras especiais, em diálogo das fontes com o Código Civil (naquilo que a normatividade genérica se mostrar mais favorável ao consumidor).

Aliás, o incorporador que realiza construções para alienação de unidades autônomas é, em regra, um fornecedor (CDC, art. 3º); também assumirá tal posição aquele construtor que edifica no terreno de um particular, como, por exemplo, um engenheiro contratado para conduzir a empreitada.

Nestes dois casos, dois sistemas complementares são observados.

---

56. A tese ganhou fôlego, sendo aclamada no Enunciado 181 da Jornada de Direito Civil: "o prazo referido no art. 618, parágrafo único, do Código Civil refere-se unicamente à garantia prevista no *caput*, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos".

57. No entanto, malgrado a clara disposição do Código Consumerista, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi consolidada no sentido de que o prazo prescricional para reclamar prejuízos decorrentes do contrato de empreitada é de dez anos, utilizando a regra geral inscrita no art. 205 do Código Civil, e não a legislação especial de proteção do consumidor: "(...) 2. Esta Corte entende que o prazo prescricional é de dez anos para a propositura da ação de indenização pelos prejuízos decorrentes de contrato de empreitada. 3. Não se aplica o prazo decadencial do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor nas ações que buscam o recebimento de indenização por danos decorrentes de falha na prestação do serviço." (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgRg no AREsp. 747.980/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19.11.15, DJe 30.11.15).

Caso se constate o vício do produto ou serviço (CDC, art. 18), o dono da obra terá em seu favor o prazo (decadencial) de noventa dias para exercitar o direito potestativo de reclamação do defeito, através das várias opções alternativamente deferidas pela legislação consumerista (restituição da coisa, abatimento no preço, substituição da coisa, se possível), contando-se o prazo da entrega da obra, para os vícios aparentes, o e da descoberta do vício, para os ocultos (CDC, art. 26, §§ 1º e 3º).

No ponto, convém o registro oportuno de que a entrega da obra não pode estar caracterizada pelo chamado "habite-se" – que é ato administrativo do Poder Público, atestando que a edificação tem condições de habitabilidade, permitindo-se o registro em cartório de imóveis.[58] Assim, o "habite-se" confere uma existência jurídica ao condomínio que se instituiu, não significando, porém, que as unidades singularmente identificadas estejam em condições de entrega aos respectivos adquirentes. Aliás, a prática chega mesmo a revelar que, não raro, se passam meses entre a concessão do "habite-se" e a entrega efetiva do imóvel. Com isso, o prazo decadencial para a reclamação de vícios encontrados somente poderá ter fluência com a efetiva entrega do imóvel, e não com a concessão do "habite-se". Bem por isso, eventual cláusula contratual dispondo que o "habite-se" caracterizará a entrega das chaves e o início da contagem do prazo será nula, de pleno direito.[59]

Na hipótese de o vício gerar um acidente de consumo, surge a responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto ou do serviço (CDC, art. 12), passível de exercício da pretensão indenizatória no prazo prescricional de cinco anos, contados da descoberta do fato e de sua autoria (CDC, art. 27). No entanto, malgrado a clara disposição do Código Consumerista, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi consolidada no sentido de que o prazo prescricional para reclamar prejuízos decorrentes do contrato de empreitada é de dez anos, utilizando a regra geral inscrita no art. 205 do Código Civil, e não a legislação especial de proteção do consumidor. Veja-se:

> "(...) 2. Esta Corte entende que o prazo prescricional é de dez anos para a propositura da ação de indenização pelos prejuízos decorrentes de contrato de empreitada. 3. Não se aplica o prazo decadencial do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor nas ações que buscam o recebimento de indenização por danos decorrentes de falha na prestação do serviço." (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgRg no AREsp. 747.980/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19.11.15, DJe 30.11.15)

Para além disso, no que diz respeito à garantia da obra, ao contrário da Codificação Civil, o Código de Defesa do Consumidor não possui um prazo específico de garantia

58. Registramos os agradecimentos ao advogado e jurista Henrique Guimarães, com reconhecida atuação na área imobiliária em Salvador (BA), pelas importantes reflexões e sugestões sobre o tópico aqui desenvolvido.

59. Já há precedente em nossos Tribunais acolhendo o entendimento aqui esposado: "Compra e venda. Imissão na posse. Ação julgada procedente. Preliminares de nulidade, ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Ré que não entregou no prazo previsto o imóvel em condições de habitabilidade. *Entrega das chaves que, no caso, não se confunde com o 'habite-se' [...]*" (TJ/SP, Ac. 4ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 994.05.094177-7, rel. Des. Fábio Quadros, j. 12.8.10, *DJSP* 25.8.10).

da obra. E daí se indaga naturalmente: até quando é possível a adoção do prazo decadencial de noventa dias para a reclamação dos vícios ocultos do produto ou serviço?

Vale lembrar que o consumidor sempre pode migrar da legislação especial para outro sistema que lhe conceda maiores benefícios, através do chamado *diálogo das fontes* ou *diálogo de complementaridade*.[60] Dessa maneira, a parte vulnerável se beneficiará do art. 618 do Código Reale e usufruirá do prazo decadencial de noventa dias, quando o vício for descoberto no prazo de cinco anos de garantia legal.[61]

7.3 Responsabilidade do empreiteiro perante terceiros pelo fato da coisa (responsabilidade pela ruína do prédio construído)

Situação diferente diz respeito à responsabilidade civil do empreiteiro perante terceiros por eventual fato da coisa, relativamente à ruína do prédio construído.

Caso a empreitada cause danos a terceiros ou aos prédios vizinhos, em razão dos vícios derivados da falta de solidez ou segurança, a quem se deve responsabilizar, o dono da obra ou o empreiteiro?

A partir da conjuminância do art. 618 com o disposto nos arts. 937[62] e 942,[63] todos do *Codex*, entendemos que, seguindo a diretriz da socialidade apregoada pelo sistema de Direito Civil, deve imperar a responsabilidade solidária entre o empreiteiro e o proprietário.[64] Esta solução, inclusive, se harmoniza com a *eficácia externa da função social do contrato* (CC, art. 421), impedindo que o contrato entre duas partes (empreiteiro e empreitante) venha a causar prejuízos a terceiros ou à coletividade. Evita-se, pois, a figura do *terceiro ofendido*.[65]

60. Embora não se tenha a menor dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor é norma especial, que afasta, de ordinário, a incidência da norma geral (o Código Civil), não se pode ignorar que, em matéria contratual, por exemplo, a Lei Civil pode conter regras mais favoráveis ao consumidor do que o próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Até porque ambas as normas são derivadas de idênticos princípios, de matriz constitucional. E por isso, havendo norma mais favorável ao consumidor no Código Civil, será o caso de aplicá-la, através desse *diálogo normativo*, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 78. Com essa inclinação, foi aprovado o Enunciado 167 da Jornada de Direito Civil, asseverando: "com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos".

61. De modo distinto, entendendo que "em se tratando de empreitada que configure relação de consumo essa regra do parágrafo único do art. 618 não terá aplicação" em nenhum caso, veja-se PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 323.

62. Art. 937, Código Civil: "o dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta".

63. Art. 942, Código Civil: "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. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

64. Com o mesmo pensar, Flávio Tartuce advoga que a responsabilidade decorrente de prejuízos causados a terceiros é "solidária entre o dono da obra e o empreiteiro", *Direito Civil*, op. cit., p. 441.

65. Em posição antagônica e, com todas as vênias possíveis, sem razoabilidade e preocupação social, Washington de Barros Monteiro apregoa que "o proprietário só pode ser responsabilizado se escolhe mal o

Por lógico, recaindo a responsabilidade sobre o proprietário, terá direito regressivo contrato o empreendedor.

Esta responsabilidade solidária entre o dono da obra e o empreendedor alcança os prejuízos decorrentes de defeitos na estrutura física do prédio, em sentido lato, abarcando, inclusive, vícios causados por bens acoplados ao imóvel, como, *exempli gracia*, escadas rolantes ou de incêndio e elevadores. Por óbvio, não se pode exigir que a ruína seja explícita, incluídos eventuais defeitos não aparentes que lesionem terceiros, decorrentes da própria estrutura física do prédio. É o que se convencionou chamar de *responsabilidade civil pelo fato da coisa por ruína de prédio*. Exemplificativamente, é possível lembrar o caso dos azulejos que caíram em automóveis que passavam em um *shopping center* na capital baiana.

O dano, inclusive, pode ser produzido quando a obra está em fase de construção (queda de material de construção, por exemplo) ou mesmo quando já está acabada (é o exemplo da fumaça tóxica produzida por uma fábrica já em atividade por erro de construção).

Repetimos: nosso posicionamento é que, em casos tais, a vítima pode cobrar a indenização do empreiteiro e do dono da obra, solidariamente, visando à efetiva reparação dos danos experimentados.

Trata-se, inclusive, de hipótese de *responsabilidade objetiva*, não se discutindo a culpa, em razão dos riscos que uma construção estabelece para terceiros, para os vizinhos e para a coletividade como um todo.[66] O caso fortuito e a força maior, contudo, exoneram o empreiteiro e o proprietário da responsabilidade civil.

Aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor (art. 18) cuida da hipótese, estabelecendo a responsabilidade objetiva em razão do dano causado ao *by standers*, ou seja, ao terceiro vitimado que não pertencia à relação de consumo.

Por evidente, se o proprietário for responsabilizado por dano ocasionado pelo empreiteiro a um terceiro, terá direito regressivo contra aquele (CC, art. 934).

8. COMPETÊNCIA JUDICIAL PARA PROCESSAR E JULGAR EVENTUAIS CONFLITOS DECORRENTES DA EMPREITADA

Já se percebe, sem dificuldades, que o contrato de empreitada tem como desiderato a realização de uma obra e, por conseguinte, pode ter figurando na posição de empreiteiro (ou empreendedor) tanto uma pessoa natural (humana) quanto uma pessoa jurídica.

---

empreiteiro", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 248.

66. "Danos ao prédio urbano vizinho. Responsabilidade solidária do proprietário e do construtor que decorre de simples ofensa ao direito de vizinhança, independendo de culpa, certo de que, havendo defeitos preexistentes, a indenização há de se limitar aos danos agravados" (2º TA Cív. SP, Ap. Cív. 480.278, rel. Juiz Vianna Cotrim, j. 26.5.97).

Caso a empreitada seja assumida por uma pessoa jurídica (empresa), a competência para processar e julgar eventuais conflitos dela resultantes será da justiça comum estadual, através de uma de suas varas cíveis.

No entanto, duas situações podem ocasionar a modificação dessa regra geral de competência judicial.

Primus, quando se tratar de empreitada celebrada com a Administração Pública. Nesse caso, a competência será definida em favor do ente público, devendo a demanda ser processada e julgada pela justiça comum federal (quando se tratar da União e de suas autarquias, fundações e empresas públicas) ou pelas varas da fazenda pública (em relação aos demais entes federativos).

Secundus, se o empreiteiro for uma *pessoa física* e *realizar a obra pessoalmente, sem pessoas interpostas* – isto é, se não for um empresário que subcontrata terceiros. Aqui, é mister afirmar a competência da Justiça do Trabalho, à luz do balizamento determinado pelo art. 652 da Consolidação das Leis do Trabalho e pela Emenda Constitucional 45/04, que alterou a redação do art. 114 da Constituição da República. Por força dos referidos textos normativos, tem-se que a competência material – e, destarte, absoluta – da Justiça do Trabalho passou a ser determinada para toda e qualquer *relação jurídica em que o trabalho seja prestado por pessoa humana*, independentemente da específica caracterização de um contrato de emprego, na forma dos arts. 2° e 3° do Texto Consolidado. Vale dizer: mesmo que a relação jurídica conflituosa não se caracterize como um contrato de emprego, a Justiça do Trabalho é competente quando se tratar de atividade humana laborativa, alcançando, via de consequência, outras figuras jurídicas, como o contrato de empreitada, dentre outros, quando a atividade for prestada por pessoa física.

No que tange ao contrato de empreitada, em se tratando de contratação celebrada por pessoa física (humana) para realização da obra por si mesma, sem assumir a postura de um empresário, haverá *prestação de trabalho humano* e, consequentemente, a competência será da justiça especializada trabalhista.

O art. 652 da Consolidação Trabalhista, em texto visivelmente obsoleto pelas expressões utilizadas, dispõe competir às varas do trabalho processar e julgar "os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja *operário ou artífice*".

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça já se firmou nesse diapasão, como se nota:

> *"Conflito de competência. Justiça do Trabalho e Justiça Comum. Empreitada. EC 45/04.*
>
> *1. Mesmo antes da EC 45/2004, a 2a Seção já havia decidido que '[...] compete às varas do trabalho conciliar e julgar os dissídios resultantes de contratos de empreitada em que o empreiteiro seja operário ou artífice' (CC 32.433/Castro Filho).*
>
> *2. Como a EC 45/04 veio para ampliar, não para reduzir a competência da Justiça do Trabalho, não há razão que justifique seja alterado tal entendimento.*

> *[...]*
>
> *4. Compete ao Juízo do Trabalho decidir se o contrato de empreitada envolve, ou não, empreiteiro 'operário ou artífice', a justificar a competência da Justiça Especializada.*
>
> 5. O empreiteiro, pessoa física, que contrata ajudantes para executar o serviço, transforma-se em tomador de serviços ou empregador, o que afasta a competência da Justiça do Trabalho para julgar demanda envolvendo ele, empreiteiro, e quem o contratou" (STJ, Ac. unân., 2ª Seção, CC89.171/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24.10.07, DJU 26.11.07, p. 114).

E os Pretórios Trabalhistas não discrepam desse pensamento, como se pode notar:

> "Contrato de empreitada. Competência da Justiça do Trabalho. A competência desta Especializada para conhecer de pedido revolvendo contrato de empreitada remanesce limitada aos casos em que o contratado seja operário ou artífice (CLT, art. 652, a, III), mesmo após o advento da EC 45/04" (TRT – 5ª Região/BA, Ac. 3a T., Ac. 007625, RO 0073700-48.2008.5.05.0039, rel. Desa. Marizete Menezes, DJ 4.5.09).

Então, de acordo com o entendimento jurisprudencial, se o empreiteiro realiza a construção *pessoalmente* a competência para dirimir conflitos eventuais é da Justiça Especializada trabalhista. Contudo, se o empreiteiro, apesar de ser uma pessoa física (não se tratando de empresa), contrata outras pessoas para lhe prestar serviços, estabelecendo uma relação empresarial, já não mais se vislumbra a competência da Justiça Especializada.[67]

A competência trabalhista dependerá, pois, da prestação pessoal do serviço contratado. Isto porque o Poder Judiciário Trabalhista passou a ter competência para apreciar e julgar "lides nas quais, de um lado, figure como parte trabalhador, *lato sensu*, independentemente da natureza jurídica do contrato a que esteja vinculado e, de outro, o tomador dos seus serviços, mesmo que não seja empregador".[68]

Sob essa nova dimensão de competência judicial, os litígios envolvendo um empreiteiro pessoa física estão submetidos à competência da Justiça do Trabalho, apesar da não caracterização de uma relação de emprego. Isto porque dizem respeito *às ações oriundas da relação de trabalho humano*. Por isso, advirta-se, por oportuno, que em se tratando de competência do juiz do trabalho, o conflito envolvendo o empreiteiro pessoa física e o proprietário deve ser dirimido com a aplicação das normas (regras e princípios) do Código Civil atinentes ao contrato de empreitada.

---

67. Veja-se, no mesmo passo, a síntese exemplificativa de Alexandre Agra Belmonte: "se uma pessoa, desejando fazer uma reforma em sua casa, contrata junto à sociedade a confecção da planta e o gerenciamento da construção, tem-se que os litígios daí oriundos, abrangendo a falha na execução dos serviços e os problemas de pagamento quanto aos serviços prestados, deverão ser dirimidos pela Justiça Comum: Quando, todavia, o profissional liberal atua como pessoa física, prestando pessoalmente o seu trabalho à pessoa física ou jurídica, em típico contrato de atividade, o litígio daí oriundo é da Justiça laboral", *Instituições civis no Direito do Trabalho*, op. cit., p. 428.

68. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. "A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional 45/2004", op. cit., p. 14.

Frise-se, ademais, que as expressões "*operário*" e "*artífice*" utilizadas pelo texto legal referido (CLT, art. 652, III) não podem ser tomadas no sentido econômico ou financeiro, restringindo-se à condição social ou econômica do empreiteiro. Mesmo que se trate de pessoa física com vultosa remuneração e com alta condição econômica, havendo caracterização de *trabalho humano direto e pessoal no contrato de empreitada*, a competência é da justiça especializada, conforme a conjuminância do art. 652 do Texto Consolidado e do art. 114 da Carta Maior. Até porque, obviamente, a competência da Justiça do Trabalho não está submetida à condição econômica do trabalhador.

No mais, merece repetição, à saciedade, o fato de que a Justiça Trabalhista não terá competência para dirimir conflitos decorrentes de contrato de empreitada quando o contratado for *pessoa jurídica*, pela ausência do elemento humano. Nesse caso, a competência será, a toda evidência, da Justiça Comum.

9. PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL AO PROJETO DE CONSTRUÇÃO

É certo e incontroverso que toda empreitada pode ser antecedida de um projeto de obra, a cargo de algum profissional especializado. É o exemplo do projeto preparado por um qualificado arquiteto.

Sem dúvida, a importância do tema é evidente, pois o direito autoral está presente em diferentes atividades e setores da vida em sociedade, seja em produções industriais, seja em criações artísticas e culturais, alcançando, a toda evidência, projetos de construção.

Pois bem, considerando que o direito autoral (ou direito do autor) vem merecendo proteção pela ordem jurídica desde a Convenção de Berlim, de 1908,[69] estando tutelado, em nosso caso, em sede constitucional (CF/88, art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX), garantindo aos autores, em geral, o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, é de se enxergar a amplitude do seu conceito, abrangendo toda e qualquer criação humana. Consiste, pois, o direito autoral na proteção conferida às obras intelectuais pela originalidade ou criatividade de forma, independentemente do meio físico em que se encontrem. É, em linguagem direta, a tutela da criação intelectual. Enfim, o *objeto* do direito autoral é a *criação*, não só de uma obra literária, artística ou científica mas também de uma obra de construção ou arquitetônica. Nesse passo, estão tuteladas as obras exteriorizadas pela palavra oral (uma conferência, uma palestra ou uma aula) ou escrita (um livro ou um artigo científico), pelo gesto (mímica ou coreografia), por sinais ou traços identificadores (um mapa ou um desenho), pelos sons (uma melodia ou uma ópera) e pela imagem (um filme ou uma novela). Igualmente, merecem proteção autoral as obras externadas

69. Registra-se, de qualquer modo, que, muito antes, na Inglaterra, o direito autoral já tinha sido reconhecido formalmente através do *Copyright Act* da Rainha Ana, em 1709. Antes ainda, em 1662, o *Licensing Act* vedou a impressão de livros que não estivessem licenciados regularmente, conferindo proteção às obras literárias.

por figuras, desenhos e gráficos, como uma obra arquitetônica ou uma construção engendrada pela criatividade humana.[70]

Demais de tudo isso, sobreleva evidenciar que o direito autoral é *sui generis*, possuindo uma natureza híbrida, mista. É que, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.610/98, a um só tempo, o direito de autor é um direito da personalidade (pela ótica da criação intelectual, que decorre da inteligência humana) e, igualmente, é um direito real sobre bem imaterial (no que tange à exploração). Equivale a dizer: o direito autoral é,concomitantemente, *direito da personalidade,* no que tange à criação (ao invento), eé, também, *direito real* (a chamada propriedade intelectual, quanto ao seu exercício).

Bipartem-se, pois, os direitos autorais em dois diferentes feixes, que estão necessariamente interligados formando um todo uno e indivisível: os direitos morais do autor (de essência personalíssima) e os direitos patrimoniais do autor (de índole material, produzindo efeitos na esfera dos direitos reais, por conta da caracterização de um modelo específico de propriedade). Exemplificando, é de ordem personalíssima o direito à integridade da obra autoral, por não trazer consigo caráter econômico.

Fixando a atenção nos direitos morais autorais, de feição extrapatrimonial, convém sublinhar que dizem respeito à multiplicidade de possibilidades conferidas ao autor, visando assegurar o exercício da obra em si mesma e em nome do próprio autor. Como bem observa Rodrigo Morais, em obra dedicada ao tema, com precisão cirúrgica, "o direito moral de autor possui um duplo fundamento: tutela da personalidade do autor e tutela da obra como entidade própria".[71]

Dentre esses direitos morais do autor, insere-se *o direito à integridade física da obra,* salvaguardando-a de modificações sem o seu consentimento.

Com essa perspectiva dos direitos morais de autor, nota-se que é imodificável o projeto da obra preparado pelo autor, através de ato do proprietário da obra ou do empreiteiro.

Tratando-se de propriedade autoral pertencente ao seu criador, o projeto da obra somente é passível de alteração com o seu consentimento, sob pena de risco à integridade do trabalho e da própria segurança de seus destinatários. Nesse sentido, o art. 26 da Lei nº 9.610/98 diz que "o autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a sua execução ou após a conclusão da construção", inclusive com a possibilidade de responsabilizar civilmente o dono da obra por manter a sua autoria, mesmo após o repúdio (art. 26, parágrafo único).

Nessa ordem de ideias, é possível asseverar que o *direito à integridade da obra* tem largo espectro, dizendo respeito à garantia reconhecida ao criador de deixar

70. Para maior aprofundamento sobre a estrutura do direito autoral, consulte-se FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 190.

71. MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor:* repersonalizando o Direito Autoral, op. cit., p. 9.

a sua criatura a salvo de ingerências indevidas de terceiros. É um mero reflexo da própria criatividade do autor em sua essência. Ou seja, quem criou a obra tem o direito de vê-la de maneira íntegra e completa. Por conta disso, advém do art. 621 do Código Civil a garantia ao titular do projeto de obra de não ter a sua criação modificada pelo dono da obra (ou pelo empreiteiro), sem a sua expressa e prévia autorização. É o caso dos inúmeros empreendimentos imobiliários, em todo o nosso país, que são vendidos a partir de um projeto arquitetônico de determinada pessoa (não raro, famosa e premiada) e que, depois de instalado o condomínio, se aprova, em assembleia de condôminos a mudança na fachada ou na estrutura do imóvel, sem qualquer consulta àquele que idealizou todo o projeto. A redação do dispositivo é de clareza meridiana:

> *Art. 621, Código Civil: "Sem anuência do seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária."*

Ainda tratando da *integridade da obra*, convém o registro de que o *ter não pode superar o ser*, como exaustivamente afirmado anteriormente. Ou seja, não se pode imaginar que *o direito à integridade da obra seja da obra em si mesma*, mas sim *um direito conferido ao seu autor* por conta de todo o processo de criação. Trilhando essas pegadas, deflui-se que obras plásticas assinadas expressamente pelo seu criador, por exemplo, mesmo que cedidas, onerosa ou gratuitamente a terceiros, não podem ser modificadas sem a expressa anuência do autor. A questão já mereceu reconhecimento em nossa jurisprudência superior:

> *"Destruição de obra de arte pertencente ao patrimônio público. Ato ilícito. Direito do autor. Indenização devida... Assim como o detrimento a bens materiais ocasiona prejuízo patrimonial, 'a agressão aos bens imateriais configura prejuízo moral'. Uma vez incontroversa a existência do dano e admitida a sua responsabilidade, decorre daí ser o mesmo indenizável, não pelo simples decurso do tempo ou pelo desgaste natural, mas justamente pela comprovada destruição da obra de arte, que é projeção da personalidade do autor" (STJ, Ac. 1ª T., REsp. 37.374/MG, rel. Min. Hélio Mossimann, j. 28.9.94).*

Mas a proibição não se dirige, tão só, ao proprietário da obra. O empreiteiro, igualmente, não poderá unilateralmente introduzir modificações, sob pena de rejeição justificada da obra, conforme se depreende do art. 615 da Codificação de 2002.

Contudo, tratando-se de pequenas e necessárias correções de rumo que não comprometam a unidade estética da obra, viabilizam-se as alterações. Nesse passo, o parágrafo único do art. 621 do Código Civil,[72] alterando o tratamento da matéria, inovou substancialmente, permitindo a excepcional alteração do projeto, mesmo sem

72. Art. 621, parágrafo único, Código Civil: "a proibição deste artigo não abrange alterações de pouca monta, ressalvada sempre a unidade estética da obra projetada".

a expressa autorização de seu autor, em duas hipóteses: *inconveniência do projeto originário por motivos supervenientes ou por razões de ordem técnica.*

A doutrina tem tentado justificar a possibilidade, como pontua Teresa Ancona Lopez: "o direito moral de autor do projetista não pode se sobrepor ao direito de propriedade do dono da obra, que poderá ver a coisa destruída em função de razões técnicas ou motivos supervenientes".[73]

Exemplificando: se uma nova técnica de edificação for implantada em larga escala e com custos menores, poderá o dono da obra substituir a original, sem o consentimento do projetista. Da mesma maneira, se a aquisição de determinado produto exigido pelo projetista tornar-se por demais custosa em razão de desabastecimento, nada obsta a substituição por outro mais acessível.[74]

Como toda norma que estabelece uma exceção, esta autorização contida no parágrafo único do art. 621 do *Codex* reclama interpretação restritiva, sem admitir qualquer ampliação.

10. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EMPREITADA

Em se tratando de um negócio jurídico de trato sucessivo, a empreitada tem execução continuada, diferida no tempo. Com isso, torna-se possível que sucedam questões ensejadoras da *suspensão do contrato*, decorrentes de conduta de alguma das partes.

Os arts. 623 e 624 do Código Civil terminam por reconhecer essa possibilidade suspensiva do contrato a ambos os contratantes:

> *Art. 623, Código Civil: "Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra."*
>
> *Art. 624, Código Civil: "Suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos."*

Primeiramente, impende tratar da *suspensão da execução do contrato pelo proprietário da obra.*

Caso o dono da obra decida suspender ou mesmo desconstituir o negócio jurídico, mediante a resilição unilateral do contrato, permitida pelo art. 473 do Código,

73. LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 315.

74. Em sentido bem próximo: "imagine-se que venha a ser descoberto um insumo necessário à obra da mesma qualidade e atendendo ao mesmo fim, mas por preço bem mais barato ou, ao contrário, tenha-se em conta a possibilidade de que o material ou a técnica que seria utilizada tenha sido condenada por um órgão fiscalizador e seja necessária a sua alteração. Justificará, outrossim, a alteração do projeto a proibição de importação de determinado produto, a sua escassez no mercado, o aumento excessivo de preço, bem como eventual nova norma edilícia estabelecida pelo Município", MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 333.

estará o empreiteiro submetido ao exercício desse direito potestativo extintivo. Nada obstante, em razão dos investimentos realizados na obra e do lucro que razoavelmente auferiria o empreiteiro com o seu trabalho, será indenizado pelos danos emergentes e lucros cessantes (CC, art. 402).

Merece atenção a utilização pelo legislador da expressão "indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra". No ponto, convém observar que o legislador realçou que a indenização do empreiteiro está restrita aos danos emergentes (subtração das vantagens já incorporadas ao seu patrimônio) e aos lucros cessantes (vantagens que seriam incorporadas, inexoravelmente, ao seu patrimônio, em razão da conclusão da obra contratada), não incluídos, como se pode perceber, os danos ocasionados pela *perda de uma chance* – que é modalidade autônoma e independente de ressarcimento de danos.

Por isso, nota-se da leitura do texto legal que o cálculo dos lucros cessantes sofridos pelo empreendedor *não podem abranger as oportunidades perdidas pelo empreiteiro*, no sentido de realizar outros contratos naquele período. A regra é clara ao restringir os lucros frustrados "em função do que teria ganho, se concluída a obra".

Deixa-se claro que a eventual ocorrência da teoria conhecida como *perda de uma chance*[75-76] pode implicar outra indenização a ser aferida pelo empreiteiro prejudicado, independentemente dos danos emergentes e dos lucros cessantes sofridos.

De qualquer forma, é de se perceber que o legislador se equivocou na redação do citado art. 623 do Código Reale. É que, apesar de se referir à *suspensão da obra* como fato gerador da indenização, quis aludir à *extinção da obra por resilição*

75. Engendrada no direito francês, a perda de uma chance (ou *perte d'une chance*, como querem os franceses, ou mesmo *loss of a chance*, no dizer dos ingleses) já é reconhecida no sistema jurídico brasileiro, ganhando a simpatia da doutrina e da jurisprudência. Trata-se de uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizada pela indenizabilidade decorrente da subtração da oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda. Afigura-se como uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura. É preciso cuidado, porém, para não confundir a perda de uma chance com os lucros cessantes (espécie de dano patrimonial, consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular). É que o dano patrimonial é a subtração objetiva de um bem jurídico materialmente apreciável. A outro giro, a perda de uma chance é uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade. De mais a mais, a perda de uma chance pode estar correlacionada a um dano não aferível patrimonialmente, distinto dos lucros cessantes, cuja certeza da frustração de uma vantagem patrimonial futura deflui da leitura do comando 403 do *Codex*. Enfim, o que se indeniza na perda de uma chance não é a vantagem esperada (que, sem dúvida, é dotada de incerteza), mas a frustração da oportunidade de obter a vantagem, no futuro, ou mesmo de evitar um prejuízo.

76. Já se colhe precedente jurisprudencial em nossos Sodalícios: "Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 788.459/BA, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 8.11.05, *DJU* 13.3.06, p. 334).

unilateral do proprietário. Isto fica bastante claro quando se percebe que uma mera paralisação temporária do contrato (com posterior retomada da execução contratual) não induziria, a toda evidência, a uma *indenização razoável se a obra tivesse sido concluída*, como estabelece o texto legal.

Dessa forma, esta ressalva da parte final do dispositivo em referência (*"se concluída a obra"*) termina por evidenciar que a paralisação da execução do contrato de empreitada, pelo dono da obra, foi definitiva e o negócio jurídico não pôde alcançar o seu término. Enfim, trata-se, tecnicamente, de *resolução do contrato*, e não de mera suspensão, como indevidamente referido pelo legislador.

Engrossando o coro da crítica ao dispositivo em referência, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho disparam: "uma reflexão mais detida nos levaria à conclusão de que a situação se aproximaria muito mais de uma modalidade de resilição unilateral".[77]

Assim, no final das contas, o tratamento jurídico da *suspensão da execução do contrato pelo proprietário* e da *resilição unilateral do contrato pelo dono da obra* é o mesmo: suspenso ou resilido unilateralmente, pelo proprietário, sem justo motivo, o empreiteiro terá direito às perdas e danos, abrangidos os danos emergentes, os lucros cessantes e, eventualmente, a perda de uma chance – cuja reparação é autônoma, não estando embutida nos lucros cessantes, como visto alhures.

Apesar do silêncio do legislador, é fácil perceber que o *dono da obra também pode resilir o contrato quando o empreendedor, indevidamente, descumpre as suas obrigações*. Nesse caso, por óbvio, não haverá qualquer dever indenizatório do proprietário e o empreiteiro deve restituir parcelas que, eventualmente, lhe foram adiantadas.[78]

Situação distinta é a *suspensão da execução do contrato pelo empreiteiro*.

Nessa hipótese, parece-nos que o legislador (CC, art. 624), de fato, se reportou à *suspensão da execução da empreitada*.

Em sendo assim, infere-se que a simples paralisação temporária das obras pelo empreiteiro, sem justa causa, pode propiciar prejuízos efetivos ao dono da obra, que devem ser indenizados.

Frise-se, de qualquer modo, que os danos emergentes e os lucros cessantes (além de eventual perda de uma chance), decorrentes da indevida suspensão da execução negocial pelo empreiteiro, devem ser efetivamente demonstrados para exsurgir o dever de indenizar. Isto porque, em sede de responsabilidade civil, impõe-se a demonstração da extensão do dano sofrido pela vítima (CC, art. 944).

---

77. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 312.

78. "Contrato de empreitada. Responsabilidade do empreiteiro pelo que se obrigou a realizar. Suspensão da obra. Devolução dos valores pagos a maior, em virtude de não finalização da empreitada. Pagamento dos encargos sociais e impostos [...]" (TJ/RS, Ac. 9ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70033070830 – comarca de Porto Alegre, rel. Desa. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 28.4.10, *DJRS* 7.5.10).

Evidente que, quanto maior o tempo de injustificada paralisação, maiores os prejuízos do dono da obra. Basta imaginar a construção de uma casa: elevam-se os preços dos materiais, nascem despesas de conservação, perdem-se materiais estocados, sem olvidar dos negócios jurídicos que o proprietário deixa de praticar em razão da impossibilidade de oferecer a mercadoria acabada a um cliente (aqui um belo campo para a percepção da ocorrência da perda de uma chance).

De qualquer modo, o próprio Código Civil, no art. 625, terminou por autorizar o empreiteiro a suspender a obra em determinados casos contemplados em lei:

> *Art. 625, Código Civil:*
>
> *"Poderá o empreiteiro suspender a obra:*
>
> *I – por culpa do dono, ou por motivo de força maior;*
>
> *II – quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços;*
>
> *III – se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço."*

Listam-se algumas hipóteses nas quais é reconhecida ao empreiteiro um *justa causa* para a suspensão da execução do contrato, paralisando a obra. Em tais casos, uma vez reconhecida a justa motivação da paralisação, estará exonerado de qualquer pretensão indenizatória por parte do dono da obra.

A primeira causa é a existência de *culpa do dono da obra ou motivo de força maior*. A culpa do proprietário é aferida em várias circunstâncias que demonstram a sua desídia na cooperação com o empreiteiro. Poderia ser a recusa indevida de fornecimento de materiais ao empreiteiro, no caso de empreitada de lavor, ou a recusa injustificada do pagamento na empreitada por medição, neste último caso incidindo, inclusive, a *exceptio non adimplenti contractus* (exceção do contrato não cumprido). A outro giro, a força maior ou o caso fortuito são termos utilizados de forma indiscriminada pelo Código Civil, como já se nota desde o parágrafo único do art. 393. Em verdade, ambos representam situações decorrentes de um fato externo à conduta das partes, de caráter inevitável, inviabilizando o cumprimento da obrigação do empreiteiro. Imagine-se uma enchente que causa o rompimento de parte do terreno ou uma epidemia que coloca em isolamento o local em que se realiza a obra.

Outra hipótese de suspensão justificável da execução negocial pelo empreiteiro diz respeito às *dificuldades imprevisíveis de execução da obra, resultantes de causas geológicas, hídricas ou semelhantes*. Aqui, não há dificuldade, porque eventuais dificuldades técnicas, de caráter imprevisível, podem tornar a obra extremamente onerosa para o seu executor, justificando a suspensão pela superveniente causa. Não

é difícil notar que se trata de *desdobramento da teoria da imprevisão*, razão pela qual os motivos geológicos, hidráulicos ou de outra ordem devem passar ao largo da previsibilidade do empreiteiro.[79] Percebe-se a relevância da prova pericial para a demonstração do motivo invocado.

In fine, a terceira e derradeira hipótese contemplada em lei é a suspensão por conta de *modificações exigidas pelo proprietário desproporcionais ao projeto*. Realmente, se o dono da obra sugerir modificações excessivas no projeto aprovado, mesmo que exista autorização do projetista e disposição do proprietário em arcar com o sobre-preço, não se submeterá a tanto o empreiteiro, pois a sua manifestação de vontade originária se restringiu à execução do projeto originário, sendo proibida a imposição unilateral de modificações que eliminem a própria causa do negócio jurídico.

Merece alusão o caráter não taxativo desse elenco (*numerus apertus*). Efetivamente, as causas suspensivas alinhavadas no citado dispositivo de lei não são taxativas, nada impedindo que outros motivos sérios e ponderados justifiquem a paralisação.

Outrossim, caso o fato que gerou a suspensão seja incontornável e não se afigure possibilidade de prosseguimento da obra, caberá a resolução do contrato por inadimplemento, com possibilidade de imposição de perdas e danos em algumas hipóteses. Para tanto, imagine-se a hipótese de culpa do dono ou de exigência de modificações desproporcionais, obstando a continuidade do negócio jurídico. Em tais casos, o empreiteiro resolverá o contrato unilateralmente, por culpa do proprietário, fazendo jus à reparação de danos. Invocando a teoria do *aproveitamento do negócio jurídico*, é de se registrar, oportunamente, que somente será cabível a resolução culposa do contrato quando não mais se mostrar possível ou razoável o seu cumprimento. Havendo possibilidade de adimplemento das obrigações, o caminho a ser perseguido é a suspensão do contrato.[80]

11. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREITADA

Considerando a sua natureza negocial, a empreitada tende a um momento extintivo que, regularmente, se espera através da entrega perfeita e acabada da obra contratada.

79. Elucidativa é a lição de Teresa Ancona Lopez sobre a questão: "por se tratar de desdobramento da teoria da imprevisão constante do art. 478 do Código Civil de 2002, ressaltamos que os problemas hídricos (relativos às chuvas, águas em geral, rios, poços artesianos e lençóis freáticos) ou geológicos (ligados ao solo, seus tipos e às rochas) devem ser *imprevisíveis*. Se forem *previsíveis*, o empreiteiro deverá ter sido diligente em verificá-los e não poderá alegar a sua inexistência para suspender a empreitada. O direito não socorrerá o empreiteiro pouco diligente, mas somente aquele que, apesar de ter agido com a prudência e diligência necessárias, se vê surpreendido pelas dificuldades de execução", *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 330.

80. "O cumprimento imperfeito do contrato de construção, atrasando a proprietária da obra o pagamento de algumas prestações, pode não caracterizar causa suficiente para a extinção do contrato, considerada a grandiosidade do empreendimento e o valor das prestações, cabendo apenas indenização pelo dano daí decorrente" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 191.802/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 2.2.99, *DJU* 28.2.00, p. 88).

No entanto, não é difícil perceber que as demais formas de extinção dos contratos aqui se aplicam regulamente, como os casos de resolução por culpa das partes, resilição bilateral (distrato) e unilateral (denúncia), como visto anteriormente.

Então, didaticamente, é possível organizar as hipóteses extintivas do contrato de empreitada:

i) execução regular do contrato pelas partes, com a ressalva da permanência da responsabilidade civil do construtor pelo defeito de solidez e segurança da obra, durante o prazo de garantia de cinco anos (CC, art. 618);

ii) pela resilição unilateral do dono da obra (desistência da obra), com o pagamento da indenização devida ao empreiteiro, conforme previsão legal (CC, art. 623);

iii) pela resilição unilateral do empreiteiro, com o pagamento de indenização pelos danos causados ao proprietário, salvo quando houver justa causa – hipótese em que estará isento da responsabilidade por perdas e danos;

iv) pelo mútuo consentimento das partes (resilição bilateral ou distrato);

v) pela rescisão judicial do contrato, quando houver imputação de culpa a uma das partes, pelo descumprimento de obrigações pactuadas, ou quando houver o reconhecimento de fato externo extintivo.

Questão que merece cuidadosa análise diz respeito ao óbito de uma das partes. Como o contrato de empreitada objetiva um resultado específico (uma obra), a morte das partes, ordinariamente, não afeta a continuidade da relação negocial, havendo a substituição pelos sucessores.

Assim, em caso de óbito do empreiteiro, haverá substituição pelos sucessores ou pelo cessionário de direitos hereditários. No mesmo passo, a morte do dono da obra não prejudicará a realização do negócio jurídico, assumindo o espólio a posição jurídico-econômica do *de cujus*, devendo remunerar o empreiteiro nas bases fixadas, dentro das forças da herança.

Mas, a parte final do art. 626 da Codificação[81] ressalta que, em certos contratos de empreitada é possível inferir uma natureza personalíssima – o que, naturalmente, acarretará a extinção da relação jurídica por resolução, em caso de morte – ou incapacidade – de qualquer das partes. Seria o caso da encomenda de uma obra a um famoso escritor ou da confecção de um vestido a um renomado estilista.

Sendo o empreiteiro pessoa jurídica, naturalmente não se aplica o dispositivo. Lembre-se que a sua falência não implica necessariamente o término da relação contratual, pois o síndico avaliará o interesse da massa na manutenção da empreitada (art. 43 da Lei nº 11.101/05).

81. Art. 626, Código Civil: "não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro".

CAPÍTULO VIII

Contrato de Depósito

Sumário • 1. Generalidades sobre o depósito – 2. Noções conceituais e características fundamentais – 3. Classificação do contrato de depósito – 4. Objeto do depósito – 5. Espécies de depósito – 6. Aplicação da teoria dos riscos – 7. Obrigações das partes: 7.1 Obrigações do depositante; 7.2 Obrigações do depositário e a ação de depósito – 8. A situação atual da prisão civil do depositário infiel (o controle de convencionalidade do art. 652 do Código Civil).

"Deve haver alguma coisa que ainda te emocione, tudo guardado
em um banco americano, a sete chaves, o sétimo céu;
Eu sinto te informar: o banco foi roubado!"

(Engenheiros do Hawaii, *Banco*, de Humberto Gessinger)

1. GENERALIDADES SOBRE O DEPÓSITO

Antigas referências gregas indicam a existência do depósito desde priscas eras. Na Grécia era denominado *parakatatheke* e reputado como algo sagrado, merecedor de especial proteção das divindades. Por isso, "aquele que se apropriava de depósito que lhe fora confiado era estigmatizado pela opinião pública, irritada contra sua vilania e, a cada momento, devia esperar um rude golpe vibrado pela cólera divina", como relata Clóvis Beviláqua, em obra histórica.[1] A procura de apoio das divindades se justificou por conta do frágil tratamento jurídico dedicado à matéria. Naquele tempo, a legislação não cominava nenhuma sanção para o depositário descumpridor de suas obrigações, o que causava uma grande insegurança.[2]

Tempos depois, o Direito Romano incluiu a antiga figura dentre os contratos de boa-fé, partindo da premissa de que *depósito é o que se dá a alguém para guardar e depois restituir* (*Digesto*, Livro XVI, Título III, 1). O instituto ganhou novo impulso, com sanções mais claras ao depositário infiel. Caso o bem fosse indevidamente

1. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 349.
2. "Era, justamente, porque a lei se mostrava imprevidente que se fazia preciso o apoio moral e da religião, em favor da fraqueza do direito. E, ainda por essa mesma razão, eram preferidos, por serem melhor garantidos, os depósitos feitos nos templos entregues à guarda incorruptível dos deuses", BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 349.

retido, se caracterizaria um tipo de furto. Além disso, o depositante poderia requerer a devolução da coisa ou a reparação do dano causado (*actio depositi directa*). Lado outro, o depositário poderia cobrar as despesas indispensáveis com a manutenção do objeto da convenção (*actio depositi contraria*). De qualquer maneira, o contrato era, exclusivamente, gratuito, não possuindo o depositário qualquer direito à remuneração, tratando-se de uma espécie de favor prestado a um amigo (*un Office d'ami*).

A partir de então, dúvida não há, até tempos contemporâneos, de que o depósito é, realmente, um contrato baseado na *fidúcia* (confiança). Bem por isso, caracteristicamente, o depósito é um negócio jurídico personalíssimo (*intuitu personae*), porque é estabelecido a partir da probidade e da honestidade de quem assume a guarda e conservação da coisa.

De fato, sob o prisma etimológico, depósito tem raízes no verbo latino *deponere*, significando colocar uma coisa sob a confiança de outrem para guarda e posterior devolução.

Volvendo a visão para a pós-modernidade, não se pode deixar de perceber a grande relevância do depósito no trato social. Bastaria imaginar o dono de cachorro que, ao sair de férias com a família, precisa deixá-lo com o vizinho para dele cuidar durante a sua ausência. Também é comum a hipótese do agricultor ou do exportador que entrega ao armazém (trapiche) o cereal colhido, enquanto aguarda o seu embarque no navio. Mais habitual ainda é o caso do cliente que confia ao manobrista do restaurante, do *shopping center*, do salão de beleza etc. as chaves do seu automóvel para que seja estacionado e guardado até a sua saída.[3] Tudo isso sem olvidar a mais habitual ocorrência de depósito nos nossos dias: a entrega de dinheiro ao banco para guarda e devolução, quando solicitado, por conta da induvidosa e inexorável impossibilidade do titular de mantê-lo consigo "embaixo do colchão", como se fez outrora.[4]

Demais de tudo isso, não se pode deixar de perceber que o vocábulo *depósito*, também no âmbito da ciência jurídica, é plurívoco (não unívoco), comportando diversos significados. Assim, além de designar uma relação contratual (pela qual uma pessoa assume o dever de guarda e posterior restituição de um bem a outra), também é utilizada para identificar o *local em que se explora a atividade de guarda e armazenamento*. Outrossim, a terminologia é empregada, ainda, para fazer alusão

3. A jurisprudência reconhece a caracterização do depósito em tais hipóteses, decorrendo, consequentemente, a responsabilidade civil do depositário: "Civil. Ação de indenização. Furto de veículo estacionado por manobrista de restaurante. Contrato de depósito. Responsabilidade do estabelecimento. I. A entrega de veículo em confiança a manobrista de restaurante caracteriza contrato de depósito e, como tal, atrai a responsabilidade do estabelecimento comercial pelo furto, ainda que na via pública, impondo-lhe o dever de indenizar o proprietário pelos prejuízos daí decorrentes. II. Precedentes do STJ" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp.419.465/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 25.2.03, *DJU* 5.5.03, p. 304).

4. Fábio Ulhoa Coelho acrescenta uma situação bem contemporânea de depósito: "o homem que, pretendendo submeter-se à vasectomia, mas receando arrepender-se no futuro da esterilização, conserva o sêmen num banco de esperma", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 380.

ao próprio objeto ou coisa depositada, como se vê no art. 644 da Codificação: "o depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida".

Cuidado também é necessário para não confundi-lo com o *sequestro*. Este diz respeito ao depósito judicial de uma coisa objeto de litígio, sobre a qual pairam dúvidas acerca de sua titularidade. Em nosso sistema jurídico, o sequestro é medida processual.[5]

É comum, inclusive doutrinariamente,[6] fazer confusão entre o depósito e outro instituto, muito similar, que é o contrato de guarda. Os confins divisórios entre as figuras, porém, são muito claros. Enquanto no depósito, o depositário deve ser informado (dever de informação decorrente da boa-fé objetiva) sobre todas as características do bem a ser custodiado, na guarda quem custodia desconhece o conteúdo do que lhe foi confiado. Assim, com a explicação de Fábio Ulhoa Coelho, "quando o banco aluga o cofre para o cliente guardar joias, documentos, dinheiro estrangeiro ou qualquer outro valor, o contrato não é de depósito porque não se exige transparência do locatário. O banco desconhece o que se guarda no seu cofre de aluguel e o cliente não tem o dever de informá-lo a respeito".[7]

De qualquer maneira, não se esqueça que, muita vez, como na hipótese mencionada, o contrato de depósito (e, por igual, o contrato de guarda) caracteriza relação consumerista, disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, submetendo o fornecedor às regras da responsabilidade objetiva. É, exatamente, o caso das relações bancárias.[8] Vale perceber que, nesse caso, a matéria ficará regida diretamente pela legislação consumerista, somente sendo aplicável o Código Civil naquilo que se mostrar mais benéfico. É o que se apelidou *diálogo das fontes* ou *diálogo de complementaridade*.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

O contrato de depósito tem conceito óbvio: é aquele pelo qual uma parte (depositante ou *tradens*) entrega uma coisa para ser guardada e conservada (de regra,

5. Invocando o autorizado escólio de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o sequestro é medida destinada "a proteger temporariamente de um perigo de dano a tutela do direito à coisa. O direito à coisa que pode ser objeto de sequestro pode ter origem real ou obrigacional. Pouco importa para efeitos de proteção. O sequestro caracteriza-se por recair sobre coisa determinada – não interessa ao demandante a constrição de qualquer bem do patrimônio do demandado, mas tão somente a apreensão da coisa sobre a qual recai ou pode recair o litígio entre as partes. Nada obsta que recaia sobre quotas sociais ou universalidades", *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, op. cit., p. 771-772.

6. Alguns autores chegam a afirmar que "há depósito oneroso naqueles contratos de guarda em cofres prestados por instituições bancárias", TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 462.

7. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 385.

8. "Contrato de locação de cofre entre pessoa física e instituição financeira. A segurança e o sigilo são fatores essenciais para se compreender a natureza especial do contrato. O banco é prestador de serviço, possuindo responsabilidade objetiva em negócios jurídicos de guarda e depósito de valores. Assim sendo, basta a prova do defeito do serviço, do nexo causal e do dano. O fato era previsível e poderia ter sido evitado. Não ocorreu força maior. Houve prova da posse dos bens, na medida do possível" (TJ/RS, Ac. 6ª Câm. Cív., Ap. Cív.70001656602 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. 27.8.03).

sem utilização) por outra (depositário ou *accipiens*), com posterior restituição, quando solicitada ou pelo advento do prazo estipulado.

Disso não se divorcia a nossa doutrina, definindo o depósito como:

> *"O contrato pelo qual uma das partes, recebendo de outra uma coisa móvel, obriga-se a guardá-la, temporária e gratuitamente, para restituí-la na ocasião aprazada ou quando lhe for exigida" (MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, op. cit., p. 256).*
>
> *"O contrato pelo qual uma pessoa, o depositário, recebe objeto móvel para guardar, até reclamação do depositante" (GOMES, Luiz Roldão de Freitas, Contrato, op. cit., p. 275).*

Disso não se afasta o art. 627 do Código Civil, cuja redação, de clareza meridiana, termina por endossar o sentido aqui apresentado: "pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame".

A pessoa que confia o bem aos cuidados de guarda e conservação de outra é denominada *depositante*. De regra, é possível pensar que o depositante tem de ser o proprietário do bem. Todavia, observando que, ordinariamente, haverá a necessidade de restituição da mesma coisa entregue, os administradores em geral (como o usufrutuário e o locatário) também podem celebrar o depósito. Assim, é possível a celebração da avença por quem não é proprietário, mas possui algum direito (real ou obrigacional) sobre a coisa. Evidentemente, sendo celebrado por quem não possui qualquer direito sobre a coisa depositada, o legítimo titular poderá reivindicá-la, a qualquer tempo.[9] Por outro turno, para ser *depositário* (quem recebe o bem) é bastante ter a capacidade jurídica, exigida genericamente para todos os negócios (CC, art. 104).

Trata-se, pois, de negócio jurídico com a específica finalidade de *guarda e conservação de coisa alheia*.

Nessa senda, já é possível apresentar os seus elementos caracterizadores, extraídos da própria definição:

i) entrega da coisa (tradição) pelo depositante ao depositário;

ii) finalidade de guarda e conservação;

iii) a restituição no prazo entabulado entre as partes;

iv) temporariedade do negócio jurídico;

v) possibilidade de estabelecimento do contrato a título oneroso ou gratuito.

A primeira característica do depósito é, sem dúvida, a necessidade de *efetiva entrega da coisa ao depositário* (tradição) – o que demonstra a natureza *real* deste negócio jurídico.

9. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 292.

Partindo dessa premissa, tem-se que o contrato somente se aperfeiçoa com a entrega do bem. Antes disso, mesmo que as partes já estejam devidamente acordadas, manifestando reciprocamente o consenso, não existirá a convenção.

Por evidente, a tradição não precisa ser real, admitidas, com igual eficácia, a tradição simbólica (representada pela entrega de algum objeto representativo da coisa) e a tradição ficta (através do constituto possessório, quando se transfere a coisa por cláusula contratual).

O depositário, portanto, recebe a posse da coisa depositada, tornando-se possuidor direto.

É bem verdade, como pontua Caio Mário da Silva Pereira, que esta figura contratual "pode ser precedida de *promessa de depósito*, que se regula pelos princípios relativos ao contrato preliminar",[10] gerando a possibilidade de fixação de tutela específica para a obrigação de fazer, qual seja a celebração de um contrato futuro.

Outra nota distintiva do depósito é *a obrigação de custódia (guarda e conservação) imposta ao depositário*. Aliás, no ponto, convém ressaltar que este dever de guarda da coisa é de tal monta específico que o *depositário não pode dela se servir sem licença expressa do depositante* (CC, art. 640).

Aliás, ao contrário do comodato e da locação, *no depósito o possuidor recebe a coisa para guardar e não para usar e fruir*, sob pena de responsabilidade contratual (CC, art. 389). Naquelas avenças, a relação jurídica é estabelecida no interesse precípuo de quem recebe a coisa, portanto a guarda da coisa é pressuposto para a sua utilização; nesta (no depósito), o interesse é de quem entrega a coisa, exigindo cuidados de proteção e conservação da coisa.

Logo, no depósito, a guarda não é um meio, mas a própria finalidade primordial do negócio jurídico.

Bem exemplificando, Paulo Nader elucida ser necessário, para a caracterização do depósito, que "a entrega da coisa tenha o fim específico de guarda e conservação e não algum outro objetivo, como seria o caso de um cliente que entrega ao seu médico um conjunto de laudos laboratoriais e radiografias, para que ele os estude, visando à busca de um diagnóstico e posterior devolução".[11]

Havendo autorização expressa para que o receptor da coisa possa utilizá-la livremente, transmuda-se o negócio jurídico em outra figura (comodato ou locação, se for gratuito ou oneroso o uso da coisa, respectivamente). Também se altera o seu escopo se a coisa é entregue para ser levada para outro lugar, sem a sua efetiva utilização (nesse caso, o contrato é de transporte, como se nota na entrega de mercadorias às empresas transportadoras). Ainda nessa tocada, se o bem é confiado a

10. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 305.
11. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 307.

outrem para ser administrado, gerido, constitui-se um contrato de mandato, também se apartando do depósito.

Entretanto, havendo licença expressa do depositante, permite-se ao depositário a fruição da coisa e mesmo a possibilidade de estipulação de subcontratação com terceiro, sem que reste desnaturado o depósito. Cuida-se de medida excepcional, eis que desafia a própria natureza *intuitu personae* inerente à relação de confiança que justificou a realização do contrato com a pessoa do depositário. De qualquer sorte, nesse caso, tanto os danos causados ao objeto pelo terceiro como a sua recusa em restituí-lo implicarão responsabilidade do depositário. Pune-se, assim, a lesão à legítima expectativa e à confiança do depositante quanto à diligência do depositário ao incumbir a guarda da coisa a quem não oferecia condições para tanto.

Outrossim, não afeta a natureza contratual a eventual realização, pelo depositário, de alguma obra ou serviço na coisa que lhe foi confiada, como acontece, com frequência, em garagens e estacionamentos profissionais, onde o carro depositado, muita vez, é submetido a serviços, como lavagem e lubrificação.

Advirta-se, de todo modo, que não caracteriza o depósito o recebimento de um bem como *ato de tolerância* ou *benevolência*, sem a assunção de dever jurídico de custódia. Seria a hipótese levantada por Paulo Nader, permitindo-se a colocação "de determinado objeto em área de domínio de outrem",[12] como o posto de combustíveis que tolera a parada de caminhões durante a noite. A orientação jurisprudencial acoberta esse entendimento:

> *"Posto de gasolina. Caminhão deixado com o vigia do estabelecimento num domingo, fora do horário de expediente. Contrato de depósito ou de guarda inexistente. Estacionamento por conta e risco do proprietário do veículo. Achando-se o posto fechado sob correntes, com a fiscalização apenas de um vigia, não se considera aperfeiçoado o contrato de depósito ou de guarda com o simples fato de haver o proprietário do veículo ali estacionado o caminhão sob sua conta e risco" (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp 195.092/MT, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.11.01, DJU 22.4.02, p. 209).*

O *dever de restituição* é, sem sombra de dúvidas, característica precípua deste negócio jurídico, acarretando, como corolário, a *temporariedade deste contrato*. Com isso, detecta-se que o depósito não é translativo de propriedade do bem, não transferindo a sua titularidade, que se mantém com o depositante – aliás, bem por isso, o depositante não precisa ser o titular da coisa, podendo ter mero direito real ou pessoal sobre ela.

A própria dicção legal é alvejante ao estabelecer que o depositário recebe o bem para guarda *"até que o depositante o reclame"* (CC, art. 627).

Aliás, mesmo que as partes tenham estabelecido um prazo determinado para a devolução da coisa (*v. g.*, um ano), o depositante tem o direito de exigi-la antes do advento do lapso temporal, impondo-se ao depositário a entrega logo que for exigida.

12. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 306.

O relevo concreto da obrigação de restituir é de tamanha envergadura que a nossa doutrina chega a advertir que "se for relevada, já não haverá depósito".[13]

Nesse diapasão, ainda, mesmo que o depositante abandone a coisa, não exigindo a sua restituição e, pior, se recusando a recebê-la de volta, há previsão legal (Lei nº 2.313/54, arts. 1º e 2º) no sentido de que após o prazo de vinte e cinco anos o contrato de depósito voluntário será extinto, sendo o bem recolhido ao Tesouro Nacional, salvo renovação expressa da avença pelas partes. Já no Tesouro Nacional, o bem permanece por mais cinco anos à espera do legítimo titular. Findo o lapso temporal, a coisa será incorporada ao patrimônio nacional. A sistemática é aplicável, inclusive, aos depósitos em dinheiro.

Situando-se em curiosa posição jurídica, o depósito se apresenta, como regra geral, sendo *gratuito*, embora possa assumir uma feição *onerosa*. Vejamos.

O comando do art. 628 é de clareza solar ao prescrever que o depósito será gratuito, salvo quando houver "convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão". Em tais hipóteses, não havendo remuneração fixada ao depositário, o juiz fixará de acordo com os usos do lugar ou, não havendo, por mero arbitramento.

A regra geral, destarte, é que o contrato de depósito seja marcado pela gratuidade, não havendo prestações recíprocas, pois a vantagem do depositante não implica correspondente sacrifício, nada devendo ao depositário. Normalmente, será aquele favor de um amigo a outro (*un office d'ami*), que lhe impõe zelo e cuidado na conservação de um bem, sem que peça nada em retribuição.

Contudo, em duas hipóteses o contrato será oneroso. *Primus*, quando houver cláusula contratual fixando, expressamente, uma retribuição pecuniária para o depósito. Assim, haverá uma imediata conexão entre a prestação e a contraprestação. *Secundus*, também haverá onerosidade quando a necessidade de remuneração resulta da própria natureza do negócio jurídico. Cuida-se de um retrato da própria sociedade contemporânea, na medida em que, frequentemente, o depósito aparece associado ao fornecimento de produtos e serviços (*exempli gratia*, o estacionamento em *shopping centers* ou a guarda de joias em hotéis). É usual que, destas atividades, normalmente desenvolvidas por empresários, possam os depositários extrair vantagens econômicas.

Com a unificação das obrigações civis e empresariais no Código Civil de 2002, o legislador traz para o Direito Civil a natureza essencialmente remuneratória do depósito mercantil, sendo certo que, no comércio, qualquer atividade é objeto de remuneração, sendo as trocas econômicas a essência das relações contratuais.

Acresça-se que, aderindo à diretriz da operabilidade, alvitrada pelo Código de 2002, permite-se que, nos depósitos em que não se tenha determinado a remuneração (como no exemplo de um contrato verbal), possa o magistrado buscar os usos

13. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 364.

do local em que se contratou para definir o *quantum* remuneratório. Construindo um exemplo, podemos pensar que no depósito de animais para rodeios, no município de Barretos (SP), não será tarefa árdua para o juiz a investigação dos padrões negociais dos aludidos contratos. Caso os usos do lugar não sejam identificados, ou mesmo não existam, a retribuição será arbitrada com base na sua percepção equitativa a respeito do que mais se aproximaria de um "preço justo" para aquela situação.

3. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DEPÓSITO

Disciplinado no Código Civil, o depósito é um *contrato típico* e *nominado* com um enquadramento facilitado:

i) é contrato *real*;

ii) pode se apresentar como *unilateral* ou *bilateral*;

iii) de regra, é *contrato gratuito*, podendo se apresentar como *oneroso*;

iv) é um negócio jurídico *personalíssimo*, genericamente compreendido;

v) é contrato não solene, informal.

Como visto alhures, o depósito é contrato *real* por somente se perfectibilizar com a efetiva entrega da coisa (a tradição, que pode ser real, simbólica ou ficta).

Por conta da tradição, consideramos que o depositário passa a ser o *possuidor direto do bem* – e não um mero detentor –, na medida em que o desdobramento da posse decorre, exatamente, de uma relação jurídica base, de direito real ou obrigacional, como aqui no depósito. Não vislumbramos que o depositário mantenha a coisa consigo a título de permissão ou de mera detenção (CC, art. 1.208). O fato de não usar ou fruir da coisa, mas apenas conservá-la, não afasta a prática de atos possessórios, pois, sendo o legítimo possuidor aquele que exercita, de fato, alguns dos poderes do proprietário (conforme estampado no art. 1.196 da Codificação),[14] a sua condição de possuidor será captada pela possibilidade de manejar ações possessórias na defesa da coisa em face de esbulhos, turbações ou ameaças praticadas por terceiros.

Por essência, o depósito é um negócio jurídico eminentemente *unilateral*, impondo obrigações somente a uma das partes: o depositário, que assume o dever de guardar e restituir. Ordinariamente, aperfeiçoado o negócio (pela tradição), apenas o depositário tem deveres a cumprir. Todavia, não se pode ignorar que, em determinados casos (anteriormente tratados, decorrendo de expressa disposição das partes ou quando o depósito é realizado, por exemplo, por exercício profissional),[15]

14. Art. 1.196, Código Civil: "considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".

15. Nessa perspectiva, Fábio Ulhoa Coelho apresenta o exemplo de uma pessoa que "vai a um *vernissage* e entrega o veículo ao manobrista do serviço de *vallet* disponibilizado pela galeria", esclarecendo se tratar

o depositante também assume deveres jurídicos, tendo de remunerar a contraparte. Torna-se, então, um *contrato bilateral*.

Ressalve-se: nos casos em que não há previsão de remuneração, nem a guarda é realizada como atividade mercantil, a entrega de uma gratificação ao depositário (uma gorjeta, por exemplo) não caracteriza uma bilateralidade do negócio.

Registram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho uma situação específica e diferenciada, chamando a atenção para o fato de que o depósito pode se apresentar como *bilateral imperfeito* "quando nasce unilateral, convertendo-se, posteriormente, em bilateral, durante a sua execução. Em outras palavras, quando celebrado, apenas o depositário estava obrigado, mas, no curso do contrato, passou a ter também direito em face do depositante. É o que ocorre quando, celebrado um depósito unilateral, o depositário acaba por realizar, à sua custa, despesas de conservação da coisa, cabendo-lhe, por lei, o direito de retê-la".[16]

Já se sublinhou, anteriormente, que o depósito se apresenta, a rigor, como um negócio *gratuito*, não se impondo ao depositante dever jurídico remuneratório. No entanto, por força de disposição expressa dos interessados ou de atividade profissional, o depositário pode fazer jus a uma retribuição, tornando o contrato *oneroso*. A presunção estabelecida em lei, destarte, é de gratuidade e merece fundadas críticas. No mais das vezes, o depósito é exercido por atividade profissional ou por interesse econômico subjacente, tornando-se oneroso na maior parte da prática cotidiana. Por isso, curiosamente, o legislador estabeleceu uma regra geral (gratuidade) que, na prática, se mostra excepcional (na medida em que a maioria dos depósitos é remunerada). Daí, inclusive, o preciso comentário de Orlando Gomes: "*a gratuidade não é da essência do contrato*. Se, em Direito Civil, está presumida obsoletamente, de regra se tornou oneroso, forma ordinariamente utilizada atualmente".[17]

Como regra geral, vem se afirmando[18] que o depósito voluntário se apresenta como uma relação *intuitu personae* (personalíssima), pois o multicitado dever de guarda é atribuído a alguém, como regra, em razão de uma especial confiança quanto aos atos conservatórios da coisa e quanto à sua devolução. Portanto, o possuidor direto poderá incumbir que a guarda imediata fique a cargo de detentores (como os seus funcionários, por exemplo), mas não poderá transferir a posse para terceiros, exceto com a expressa autorização do depositante. Sobre o tema, porém, uma advertência se impõe: o caráter personalíssimo é típico do depósito *gratuito*, que é realizado, praticamente, por uma relação de apreço e estima. No cotidiano da vida pós-moderna, porém, a maioria esmagadora dos depósitos se mostra remunerada, como no caso dos manobristas de automóveis, dos vestuários em clubes etc., e sem qualquer

de contrato celebrado "com quem faz da guarda de coisas *a atividade econômica*", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 383.

16. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 336.
17. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 339.
18. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 462; NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 308.

vinculação com as qualidades do depositário – que, quase sempre, é uma empresa. Enfim, "a prática vem distorcendo mais e cada vez mais esse aspecto do depósito", como pondera Sílvio Rodrigues.[19] Entendemos, assim, que a relação depositária somente é personalíssima quando se tratar de contrato gratuito. Sendo oneroso, não há vinculação *intuitu personae*.[20]

No tocante à forma do contrato de depósito, a redação do art. 646 do Texto Codificado não deixa dúvidas:[21] a forma escrita é necessária *ad probationem* (ou seja, para a sua prova), mas não é solenidade essencial, a ponto de influir na validade do contrato de depósito voluntário. Por isso, cuida-se de negócio informal, não solene. Melhor explicando: o depósito é válido seja celebrado por escrito ou verbalmente. Entrementes, a comprovação efetiva da existência do depósito, para fins de exigibilidade jurídica, por exemplo, impõe a forma escrita. Não havendo exigência de forma escrita, o interessado pode se valer, inclusive, de prova testemunhal, sem qualquer restrição (por conta da revogação do art. 227 do Código Civil pelo Código de Processo Civil de 2015), mesmo que o valor do negócio exceda dez vezes o salário-mínimo.

Aliás, para fins probatórios, o contrato pode ser celebrado de forma pública e de forma particular, independentemente do seu valor.

É interessante que as partes reduzam o contrato ao escrito para demonstrar a sua onerosidade (CC, art. 628), bem como para a fixação de um termo determinado para a restituição (CC, art. 633). Também é interessante a utilização da forma escrita para fins de ajuizamento da ação de depósito, na medida em que a petição inicial pode estar instruída com a prova literal da existência da relação jurídica, o que abrange tanto o contrato escrito – mesmo que esta forma não seja da essência do negócio jurídico – como outro documento escrito, como um tíquete ou um cupom, que demonstre a ocorrência da tradição (bastaria imaginar o tíquete entregue pelo manobrista do carro no restaurante).

4. OBJETO DO DEPÓSITO

Distintamente de outras legislações, como a argentina (art. 2.182 do Código Civil da Argentina) e a portuguesa (art. 1.185 do Código lusitano), o sistema jurídico brasileiro, absorvendo as luzes que irradiam dos direitos espanhol (art. 1.758 do Código Civil da Espanha), francês (art. 1.918 do seu Código) e suíço (art. 472 de seu Código das Obrigações), por exemplo, somente admite o depósito de *bens móveis*.

19. RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, op. cit., p. 273. No mesmo sentido, ANDRIGHI, Fátima Nancy. "Do contrato de depósito", op. cit., p. 574; MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 297.

20. No mesmo sentido, Maria Helena Diniz preleciona que essa feição personalíssima "não tem prevalecido, por ser normal que alguém confie a guarda de bem, que lhe pertence, a depositário que mal conhece, principalmente se se tratar de uma empresa, ou empresário, que exerce atividade negocial de depositário", *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 331.

21. Art. 646, Código Civil: "o depósito voluntário provar-se-á por escrito".

Ceará

A explicação de Clóvis Beviláqua, autor do projeto que resultou no Código Civil de 1916 (que já acatava essa orientação), é a de que somente os bens móveis atendem "à natureza do contrato de depósito e às obrigações que dele decorrem para o depositário", se coadunando, inclusive, com as condições de "fácil transporte e de possível segregação".[22]

Malgrado a tradição romanista aponte no sentido da exigência de *bens móveis* para o depósito, não se entende a razão pela qual o legislador vedou o depósito de bens imóveis, até mesmo pela prática habitualmente encontrada no processo de nomeação, pelo juiz, de um depositário para os bens de raiz (imóveis) que servem de objeto a uma execução (CPC, art. 836, § 2º). Nesse caso, ao depositário nomeado judicialmente incumbirá a conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados, inclusive imóveis.

Demais disso, o sequestro determinado pelo juiz, como medida cautelar, pode incidir sobre bens móveis ou imóveis, desde que determinados, quando houver disputa sobre a sua propriedade ou posse.[23,24]

Por isso, parece-nos que a melhor razão assiste ao Código Civil da Argentina,[25] inspirado nas lições do genial baiano Augusto Teixeira de Freitas.[26] Até porque não se encontra razão para que se diga que uma pessoa, fechando a sua casa e entregando as chaves a outra, não efetuou depósito, pois o objetivo do ato foi, precisamente, depositar o prédio, embora, acidentalmente, se exija algum serviço de quem o recebeu, como propugnou Vélez Sarsfield nos seus *Comentários* ao Código Civil portenho.[27]

Nada impede que o depósito tenha como objeto *bens incorpóreos*, materializados, por exemplo, em títulos representativos, como ações de empresas e apólices.

É importante frisar que *os deveres de sigilo, lealdade e respeito (desdobramentos da boa-fé objetiva)* impõem que se o objeto depositado foi entregue *fechado, colado, selado ou lacrado*, neste mesmo estado deve ser mantido e devolvido (CC, art. 630).

---

22. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 351.
23. "Medida cautelar de sequestro. Terras devolutas. Possibilidade de rixa e danos ao imóvel. A expressão 'rixa' do art. 822, I, do CPC, refere-se a quaisquer confrontos físicos que possam envolver as partes do processo ou terceiros em disputa pelo imóvel" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 43248/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 8.10.96, *DJU* 2.12.96, p. 47.670).
24. Fabrício Zamprogna Matielo lembra que o "ordenamento processual admite que os imóveis sejam integrados ao depósito judicial, como no caso de penhora em lide executiva, para futura hasta pública", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 295.
25. Art. 2.182, Código Civil da Argentina: "o contrato de depósito se verifica, quando uma das partes se obriga a guardar gratuitamente uma coisa móvel ou imóvel, que outra lhe confiou, e a restituir a mesma e idêntica coisa".
26. Corroborando a nossa crítica, vale invocar o escólio de Eduardo Espínola, disparando não se ver "razão para se considerar locação de serviço e não depósito a entrega de uma casa para guardar, ainda que subsidiariamente se requeira algum serviço da pessoa que a recebe", *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 472.
27. Apud MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 258.

Aliás, já dizia Pothier que *deve ser mantido o sigilo sobre o depósito, dada a natureza fiduciária do contrato.*

Ora, se a obrigação principal do depositário é a restituição da coisa em perfeito estado de conservação, preservando exatamente as condições em que a recebeu ao tempo da tradição, elementar que se o bem foi entregue fechado, colado, lacrado ou selado, deve retornar intacto, no mesmo estado. Portanto, salvo autorização expressa do depositante, caberá ao depositário o total respeito ao dever de sigilo, responsabilizando-se civilmente pela inexecução do dever de abstenção, pelo simples fato da abertura da caixa ou do lacre, independentemente de qualquer avaria ou dano que concretamente a coisa tenha sofrido. Havendo dano ao bem depositado, caberá uma cumulação de indenizações. Não é despiciendo pontuar que esse sigilo, ou segredo, situa-se em uma esfera menor que a da própria intimidade e compreende a prerrogativa de manter indevassadas as comunicações da pessoa. São diversos os aspectos da vida pessoal, familiar ou profissional da pessoa que o titular não deseja intrusão por parte de terceiros (*privacy* ou *right to be alone* – direito de estar só). Assim, o desrespeito ao direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), que também é direito da personalidade do depositante (CC, art. 21), só será facultado caso o dano seja justificado em nome da proteção do próprio depositário ou da ordem pública. Seria a hipótese de uma séria e fundada dúvida sobre a segurança ou salubridade do bem depositado. No caso concreto, impõe-se uma atividade de ponderação de direitos fundamentais, resolvidos à luz da proporcionalidade.

Acresça-se ainda que, como regra, o contrato de depósito convencional deve recair sobre bens *infungíveis* – aqueles que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (CC, art. 85) – em razão da obrigação de restituição imposta ao depositário.

Conquanto esta seja a regra geral, é admitido o *depósito de bens fungíveis*, apelidado de *depósito irregular*, que está submetido à disciplina jurídica do mútuo (CC, art. 645).[28] Um bom exemplo pode ser cogitado com o depósito de grãos, decorrentes de contratos agrícolas.[29]

Em sendo assim, podem as partes convencionar um depósito sobre coisas fungíveis, regulamentado pelas regras do mútuo. No mais das vezes, o depósito é irregular quando traz consigo uma *destinação econômica*, na medida em que, em se tratando de bens fungíveis, há transferência de domínio ao depositário, como sucede no mútuo. Bem por isso, nesta modalidade de depósito, considerada a peculiaridade

28. Art. 645, Código Civil: "o depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo".

29. "Cabível, assim, a ação de depósito para o cumprimento de obrigação de devolver coisa fungível (arroz em casca natural), infungibilizada por cláusula contratual, que não permite a substituição do produto por outro, devendo ser entregue aquele que fora depositado." (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp 994.556/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 11.10.16, DJe 30.11.16).

de seu objeto, pode o depositário dispor dos bens fungíveis, sendo exonerado da obrigação de restituir a mesma coisa recebida, pois, ao termo do contrato ou quando lhe for solicitada a devolução (nos contratos sem termo certo), simplesmente entregará *coisa equivalente*.

A caracterização do depósito irregular depende da combinação de dois elementos essenciais: (*i*) um material, que é a transferência de bem fungível para o consumo do depositário; (*ii*) e outro anímico ou subjetivo, que é a intenção de constituir um benefício, uma vantagem econômica para o depositário.[30]

O legislador fez questão de afirmar que tal modalidade de depósito será regida pelas normas do contrato de mútuo (CC, arts. 586 a 592), em razão da grande aproximação entre os dois modelos, eis que o depositário não será um guardião por excelência da coisa, uma vez que pode alienar ou consumir o que recebeu. Bem por isso, inclusive, a devolução é de coisa de igual gênero, quantidade e qualidade, não se podendo exigir a mesma coisa entregue por meio de ação de depósito,[31] salvo convenção contrária. Contudo, não há que se confundi-los, impondo extrair a diferença entre eles a partir de sua própria teleologia: enquanto o mútuo é realizado no interesse do mutuário, o depósito é feito no interesse do depositante; enquanto o mutuário tem o seu patrimônio acrescido pelo empréstimo, com a obrigação de restituir no prazo contratado ou, supletivamente, no termo legal (CC, art. 592), o depositário não poderá incluir os bens fungíveis em seu ativo, pois deverá restituí-los a qualquer tempo, mantendo o equivalente permanentemente à disposição do depositante (CC, art. 633).

Tradicional exemplo de depósito irregular pode ser lembrado com o depósito bancário,[32] no qual a Instituição Financeira é depositária de quantia em dinheiro (bem fungível), utilizando-a em suas transações, podendo o depositante retirar ou movimentar os valores depositados a qualquer tempo. Outra situação comumente encontrada diz respeito aos grãos e sementes (sacas de arroz, por exemplo). Em todo e qualquer caso de depósito irregular, o depositário está obrigado à restituição de igual gênero, qualidade e quantidade, não sendo cabível a ação de depósito exigindo a restituição da específica coisa entregue.[33]

30. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, op. cit., p. 277.

31. "Não se cuidando de armazém-geral (contrato de armazenagem), a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de ser descabida a ação de depósito com vistas à restituição de bens fungíveis e consumíveis, ainda que se trate de penhor mercantil, haja vista a sua incompatibilidade com o dever de custódia (depósito irregular), sendo aplicáveis, à hipótese, as regras do mútuo" (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgRg no Ag 458117/PR, rel. Des. Convocado Vasco della Giustina, j. 6.10.09, *DJe* 21.10.09).

32. Em doutrina alienígena, Planiol, Ripert e Boulanger chegam a afirmar que o banco "que recebe dinheiro em depósito está na mesma situação da pessoa que recebe um empréstimo em dinheiro", apud ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 469.

33. "Contrato de depósito. Depósito irregular. Sacas de arroz. Política de Garantia de Preços Mínimos – PGPM. [...] 2. Inviável a ação de depósito nos presentes autos, conforme decidido no acórdão embargado" (STJ, Ac. unân. 3ª T., EDcl no REsp 432054/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 9.9.03, *DJU* 3.11.03, p. 316).

O *local de restituição do bem*, seja fungível ou infungível, é o estipulado na avença e, silente o instrumento negocial, será o do depósito. Note-se que a regra é supletiva à vontade das partes, se justificando em razão da natureza da obrigação do depositário (de guardar com diligência e cuidado e, de modo geral, graciosamente), parecendo exagerado impor a ele a obrigação de transportar o bem a outro local.

O depositante arcará com as despesas provenientes da restituição da coisa; preserva-se, assim, o equilíbrio ou justiça contratual, haja vista que o negócio jurídico foi realizado objetivando precipuamente a satisfação do titular, não sendo razoável ampliar os sacrifícios do depositário a ponto de fazê-lo responder pelo transporte e acondicionamento da coisa. Caso o credor se recuse a recebê-la ou se negue a pagar os custos, a fim de se exonerar da responsabilidade pela mora, incumbirá ao depositário a promoção da consignação em pagamento (CC, art. 335, I e II).

Também será cabível a consignação quando houver justificativa razoável da impossibilidade de manter a guarda e custódia da coisa, em razão de evento exógeno, superveniente à contratação (CC, art. 635).[34] Naturalmente, exige-se, para tanto, a prova da recusa do credor à devolução antecipada. Seriam casos de onerosidade excessiva em face do depositário, acarretando a resolução antecipada, porém justificada, da relação contratual, sem que se possa exigir perdas e danos do devedor. "É o que acontece, por exemplo, *se o local destinado ao depósito vem a ser inundado, ou se o campo em que estão depositados os animais situa-se nas proximidades de outro cujo rebanho foi atacado por moléstia contagiosa*".[35] Amplia-se, com isso, o espectro de cabimento da ação de consignação em pagamento (CC, art. 335).

Outra situação que exige atenção é o depósito feito no interesse de terceiro (CC, art. 632),[36] em um eloquente caso de *estipulação em favor de terceiro* (CC, arts. 436 a 438). Permite-se ao depositante *efetuar a entrega da coisa ao depositário no interesse de terceiro e não em proveito próprio*. Trata-se de terceiro beneficiado pelos efeitos de um negócio do qual não é parte. Tem-se, aqui, uma derrogação da relatividade contratual, pois o depositário assumirá obrigações perante uma pessoa que não integrou a relação negocial. A hipótese pode ser vista com nitidez no caso em que o depositante se apresenta como um administrador de bens alheios, cientificando o depositário da sua condição. Em tal circunstância, por óbvio, o depositário é obrigado a obter o consentimento do terceiro beneficiado, mesmo quando pretenda restituir a coisa a quem a depositou. A devolução sem autorização impõe o dever de indenizar o beneficiário, a não ser que o depositante se reserve o direito (potestativo) de substituir o beneficiário, independentemente de sua anuência ou do depositário.

34. Art. 635, Código Civil: "ao depositário será facultado, outrossim, requerer depósito judicial da coisa, quando, por motivo plausível, não a possa guardar, e o depositante não queira recebê-la".

35. MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 300.

36. Art. 632, Código Civil: "se a coisa houver sido depositada no interesse de terceiro, e o depositário tiver sido cientificado deste fato pelo depositante, não poderá ele exonerar-se restituindo a coisa a este, sem consentimento daquele".

In fine, convém repisar, como reza o art. 637 da Lei Civil, que, em explícita homenagem à boa-fé subjetiva, *o herdeiro do depositário que, de boa-fé, vendeu a coisa depositada é obrigado a assistir o depositante na reivindicação e a restituir ao comprador o preço recebido*. Como se nota, a obrigação de devolver a coisa recai, também, sobre os herdeiros do depositário. Raciocínio contrário esvaziaria o instituto, com total aniquilação da segurança jurídica e lesão à confiança e legítima expectativa do depositário, além de implicar apropriação indébita. Todavia, muitas vezes o depósito é celebrado sem publicidade ou apenas verbalmente, não sabendo o herdeiro que a coisa, transmitida a si a título de sucessão, era proveniente do referido contrato. Em tais casos, qualquer alienação que realize será pautada pela boa-fé – aqui em sua acepção subjetiva –, posto praticada na ignorância quanto à real titularidade da coisa negociada. Como solução para o impasse criado entre a lesão ao patrimônio do depositante e a tutela da boa-fé do herdeiro alienante, o legislador propõe uma solução intermédia que não penalize excessivamente o alienante e possibilite ao depositante a recuperação da coisa. Assim, o herdeiro do depositário deverá assistir o depositante no processo de reivindicação da coisa em face do terceiro. Nesta modalidade de intervenção de terceiros (CPC, art. 119), o assistente (herdeiro) terá interesse jurídico em que o assistido (depositante) vença a demanda, pois a relação jurídica da qual aquele é parte (compra e venda com o réu) será atingida pela sentença que vier a ser proferida entre o assistido e a parte contrária. O assistente produzirá provas e praticará atos processuais que sejam benéficos ao assistido. Se a presumida boa-fé subjetiva não for elidida pelo depositante, será o herdeiro apenas compelido a restituir ao adquirente o preço que este pagou pelo bem alheio, pois a coisa foi recuperada pelo real proprietário e o ordenamento não admite o enriquecimento injustificado. Apesar da omissão do Código Civil, provada a má-fé do herdeiro, ou seja, se sabia que a coisa era alheia e mesmo assim a negociou com terceiro, será responsabilizado eventualmente por perdas e danos, tanto ao depositante como perante o adquirente, além de eventualmente sofrer as sanções do depositário infiel. Tendo o herdeiro doado o bem ao terceiro, constatada a sua boa-fé, nada indenizará ao adquirente, lembrando-se que não se pode reclamar a evicção nos contratos gratuitos (CC, art. 447), pois o donatário não sofre prejuízo, mas apenas deixa de obter uma vantagem. Caso o bem alienado tenha se perdido ou inutilizado, sem culpa do terceiro adquirente, caberá ao herdeiro indenizar o depositante pelo seu valor. Evidentemente, conhecendo o adquirente a real situação do bem, também se responsabilizará pela indenização.

5. ESPÉCIES DE DEPÓSITO

Duas categorias de depósito estão tratadas em nosso ordenamento jurídico: (*i*) o *depósito voluntário* ou *convencional*; (*ii*) o *depósito necessário* ou *obrigatório*, que, por seu turno, se subdivide em (*ii.1*) *depósito legal*; (*ii.2*) *depósito miserável*; e (*ii.3*) *depósito hoteleiro* ou *do hospedeiro*.

Ao lado dessas figuras, alguns autores aludem ao *depósito judicial*, caracterizado por uma ordem do juiz, dentro do processo, para que alguém guarde consigo um determinado bem.[37] Nesse caso, sendo irrelevante a vontade dos interessados, o depositário não será reconhecido como possuidor do bem, mas sim como mero detentor da coisa, mantida consigo em nome do próprio Estado, no exercício de um múnus público.[38] Por óbvio, o depositário judicial fará jus a uma remuneração, fixada pelo magistrado. Caso não lhe seja pago o valor devido voluntariamente, poderá, inclusive, reter a coisa [39]consigo até o montante correspondente.

Vejamos minudentemente cada uma das figuras.

O *depósito voluntário* resulta da celebração de negócio jurídico, a partir da vontade manifestada pelas partes. Decorre, pois, da autonomia privada, com espeque na manifestação volitiva dos interessados.

Como visto alhures, o depósito voluntário pode ser *regular* ou *irregular*, a depender da fungibilidade, ou não, de seu objeto, lembrando que o depósito irregular está submetido ao regramento do contrato de mútuo. Também é conveniente a lembrança de que este tipo contratual pode ser *gratuito* ou *oneroso*.

A outro giro, o *depósito necessário* é configurado por imposição legal ou por circunstâncias imperiosas, independentemente da vontade do depositário. Aperfeiçoa-se, pois, independentemente de um ato da autonomia privada, fundamentando-se em opções do legislador ou em situações extremas, com origem em fatos imprevisíveis. Por evidente, apartado da vontade das partes, não há caráter personalíssimo nesta modalidade negocial. E, sendo irrelevante a vontade dos interessados, justifica-se a designação *depósito obrigatório*.

A partir do que consta nos arts. 647 e 648 do *Codex*, detecta-se que o depósito necessário se materializa em três diferentes subespécies: (*i*) o *depósito legal*; (*ii*) o *depósito miserável* e, finalmente, (*iii*) o *depósito do hospedeiro*.

O *depósito legal* é consequente ao desempenho de uma obrigação imposta pela norma jurídica (não necessariamente a lei, podendo ser, por exemplo, um Decreto ou um Regulamento).[40] Alguns exemplos podem ser lembrados: (*i*) aquele que encontra

37. Quando o depósito judicial incidir sobre dinheiro, a Instituição Bancária estará obrigada a pagar a atualização monetária, como dispara a Súmula 179 do Superior Tribunal de Justiça: "o estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos". E mais: "a correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário", como ressaltado no enunciado 271 da Súmula de jurisprudência da Corte Superior.

38. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 366.

39. "Se não foi prestada caução nem foram adiantadas as despesas para cobrir despesas com armazenagem e conservação do produto agrícola depositado, o respectivo armazém, ainda que no múnus público de depositário, pode exercer o direito de retenção de parte do produto até que sejam ressarcidos esses custos e pagos seus honorários." (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.300.584/MT, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 3.3.16, DJe 9.3.16).

40. Não se olvide, por sinal, que as obrigações não emanam apenas da vontade como também de outras fontes, como o ato ilícito, o risco da atividade e a própria norma.

coisa móvel alheia perdida é obrigado a guardá-la para devolução ao proprietário ou, não sendo conhecido, à autoridade pública (CC, art. 1.233);[41] (*ii*) o devedor, quando vencida a dívida e havendo litígio entre várias pessoas que reivindicam a qualidade creditícia, é obrigado a guardar consigo a coisa para entrega ao vencedor do processo.

Também é o caso do depósito público de bens litigiosos ou em poder dos que se tornam incapazes (CC, arts. 634 e 641).

Para além destas situações, o ordenamento jurídico disciplina uma série de hipóteses de interesse público que recomendam a apreensão de bens, seguida do depósito judicial – que, a toda evidência, não deixa de ser uma forma de depósito legal. O depositário judicial é auxiliar do juiz (CPC, art. 159) e exercerá importante função de guarda e conservação de bens penhorados, arrestados e sequestrados.

Por sua vez, o *depósito miserável* resulta de situações extraordinárias que justificam a necessidade de uma pessoa socorrer a quem se encontra em perigo, diligenciando a guarda de bens que estão na iminência de serem destruídos por uma calamidade. Encontra fundamento na *solidariedade social* (CF, art. 3º). Isto porque, em situações de desespero, é comum que as pessoas precisem da ajuda de outras. É comum em uma enchente ou maremoto que a força das águas arraste bens de um lugar para outro. Em tal hipótese, o titular do local onde tais bens foram parar se torna depositário miserável, tendo o dever de guarda e posterior restituição. Como exemplo (lastimável), é possível lembrar a terrível tragédia causada pelas chuvas na região serrana do paradisíaco estado do Rio de Janeiro, em janeiro de 2011, atingindo os belos e românticos municípios de Petrópolis, Teresópolis e Nova Friburgo, dentre outros.[42] Por conta das fortes chuvas, muitos bens foram levados para outros lugares, caracterizando o dever legal de guarda, efetivando a solidariedade social vaticinada constitucionalmente.

41. Encontrar coisa móvel alheia perdida é matéria tratada pelo Código Civil com o nome de *descoberta* (CC, art. 1.233). Para maior aprofundamento, pedimos vênia para recomendar a leitura do profundo capítulo sobre o assunto, contido em nossa obra dedicada ao estudo dos *Direitos Reais*, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Reais, op. cit., p. 240 e ss.

42. "A enxurrada na região serrana do Rio de Janeiro foi a maior catástrofe natural desde 1967 em um só dia no Brasil. Em poucas horas, um temporal já tinha matado mais de duzentas pessoas (uma semana depois, o número de mortos era estimado em setecentas pessoas), em três municípios da Região Serrana do Rio de Janeiro – Teresópolis, Nova Friburgo e Petrópolis. Desde o dia 11 de janeiro de 2011, deslizamentos de toneladas de terra, quedas de pedras gigantescas e enxurradas de lama comparadas a tsunamis atingiram moradores, tomaram bairros inteiros e inundaram prédios em segundos, em um cenário semelhante ao provocado pelo furacão Katrina, que devastou a cidade americana de Nova Orleans, nos Estados Unidos, em 2005. As prefeituras dos três municípios atingidos afirmam que o número de vítimas pode subir, pois equipes de resgate têm dificuldade de chegar aos locais dos desmoronamentos. Faltam água, energia elétrica e telefone. Pelo menos três estradas que cortam a região precisaram ser interditadas parcialmente, o que atrapalhou ainda mais o trabalho de bombeiros e agentes da Defesa Civil. Famílias inteiras morreram com a força da enchente ou dos deslizamentos. Em alguns pontos, rios subiram até cinco metros e invadiram casas enquanto os moradores dormiam. Centenas de casas foram varridas pela terra que desceu as encostas, arrastando árvores e pedras", *Zero Hora*, em 12.1.2011, captado em http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&section=Geral&newsID=a3174.

Aliás, as exemplificativas hipóteses alinhavadas no dispositivo retro aludido (CC, art. 647, II) são significativas para a compreensão: "incêndio, inundação, naufrágio ou saque". Por evidente, diante da amplitude do conceito jurídico indeterminado *calamidade*, utilizado pelo dispositivo referido, outros fatos jurídicos *stricto sensu* podem impor o dever de solidariedade e, via de consequência, caracterizar o depósito miserável.

Completando a trilogia das hipóteses de *depósito necessário*, aparece o *depósito do hospedeiro* ou *hoteleiro*, também denominado *depósito necessário por assimilação*.

Em qualquer contrato de hospedagem remunerado, o proprietário do estabelecimento é tido como depositário das bagagens e pertences do hóspede. Cuida-se de um *acentuado dever de proteção ao patrimônio dos clientes, que se elastece a qualquer espécie de hospedaria, alcançando hotéis, motéis, albergues, pousadas, abrigos transitórios, enfim qualquer estabelecimento capaz de acolher o público em geral mediante remuneração*. Aliás, indo mais longe, pontua Luiz Roldão de Freitas Gomes que, *"por interpretação extensiva, nas expressões 'quaisquer espécies de pousadas' incluem-se o internato e as pensões familiares"*, mas não o *"aluguel de quarto ou de apartamento (ainda que mensal)"*.[43]

Por outro lado, o conceito de *bagagem*, cuja relevância salta aos olhos, para a definição da extensão da responsabilidade do hoteleiro, deve abranger "todas as coisas que um hóspede, normalmente, porta consigo, seja ou não o proprietário, levando em consideração o tipo de viagem, o nível do hotel e a situação econômica do consumidor", consoante o esclarecimento prestado por Paulo Jorge Scartezzini Guimarães.[44] O que não se pode tolerar é um a redução do conceito de bagagem às roupas e ao material de higiene.

Se o depósito é um acessório em relação à hospedagem, será a fidúcia que se estabelece entre as partes que justificará o acautelamento do patrimônio do hóspede, homenageando-se o princípio da boa-fé objetiva.

O depósito em tais situações independe da tradição real dos objetos ao depositário, sendo suficiente que as bagagens dos viajantes sejam introduzidas no estabelecimento, mesmo que remanesçam em poder direto dos hóspedes. A responsabilidade se estende a outros bens que pertençam ao depositante, mesmo que não ingressem nas dependências internas do estabelecimento, como o veículo do hóspede.

Além dos riscos normais assumidos pelo depositário em razão de seus atos culposos na conservação dos bens dos hóspedes (CC, art. 629), há uma responsabilidade civil pelo fato de terceiro em razão de furtos perpetrados por pessoas empregadas ou admitidas no estabelecimento.

43. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, op. cit., p. 282-283.

44. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*, op. cit., p. 37.

No campo da responsabilidade civil, a conduta que provoca o dano pode ser decorrente de um fato próprio ou de fato de um terceiro, por quem o responsável tenha o dever de zelo e cuidado. Consoante explicita o art. 932 do Estatuto Civil, o fato de terceiro será atribuído a um responsável quando houver uma relação jurídica de subordinação legal (*v. g.*, pais, tutores e curadores por seus filhos, tutelados e curatelados) ou contratual (empregador pelos seus empregados). Na nossa sistemática, a responsabilidade pelo fato de terceiro é objetiva, independendo da culpa de quem está na posição de *garante*. Logo, o empregador responde pelo dano causado pelo seu trabalhador, independentemente de ter atuado com culpa. Abole-se, assim, a antiga teoria da *culpa in vigilando* e *in eligendo*. Trata-se da teoria da substituição, pela qual a responsabilidade indireta do empregador é fruto do risco introduzido pela sua atividade. Isto explica a responsabilidade do depositário perante os seus hóspedes, abrangendo os danos causados pelos seus empregados e prestadores de serviços. É o exemplo de furtos cometidos pelos empregados ou prestadores de serviço do estabelecimento hoteleiro.

Apesar do silêncio da norma, lembramos que no Código Civil (art. 932, IV) vem estabelecida a responsabilidade objetiva do hospedeiro pelos danos causados aos seus hóspedes (ou ao patrimônio deles), inclusive, decorrentes de atos praticados por outros hóspedes ou por frequentadores que transitam pelo local. Cuida-se de aplicação da *teoria do risco proveito*, consubstanciando regra pela qual quem aufere o proveito econômico pela pousada (bônus) assume os riscos inerentes aos danos causados aos hóspedes (ônus), seja pelos seus empregados como pelas demais pessoas que compartilham o mesmo espaço.

Curiosamente, apesar de assumir a responsabilidade pelo dano cometido pelo seu hóspede, o hoteleiro não pode se recusar a receber um ou outro hóspede, sob pena de prática discriminatória ao consumidor.

O contrato de hospedagem ainda não admite a cláusula de exclusão de responsabilidade – a chamada *cláusula de não indenizar*. Caso o hoteleiro estipule, unilateralmente, um aviso de que não se responsabiliza por danos, a cláusula será reputada como não escrita, pois a obrigação de indenizar é prevista em lei, sendo inadmissível convenção em contrário.[45]

Todavia, é razoável o reconhecimento de limites a esta responsabilidade do hospedeiro, restringindo-se a indenização aos bens que, ordinariamente, são conduzidos pelo hóspede ao estabelecimento. É o caso das roupas, dos acessórios de limpeza e de quantias pecuniárias razoáveis para o uso habitual.[46] Nos dias de hoje,

45. Identicamente, Carlos Roberto Gonçalves proclama que "a obrigação de ressarcir o prejuízo não pode ser excluída nem mediante cláusula de não indenizar, pactuada com o hóspede, pois o hoteleiro é um prestador de serviços, sujeitando-se ao Código de Defesa do Consumidor", *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 377.

46. "Direito Civil. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Hotel. Furto. Indenização. Danos devidos. Tem o hospedeiro a obrigação de garantir e zelar pela segurança de seus hóspedes, sendo responsável

afirmamos, com tranquilidade e convicção, que é objeto de uso habitual (e, por conseguinte, deflagrando responsabilidade objetiva do hotel) os *notebooks* e *iPads*, que já se incorporaram ao dia a dia de muitas pessoas.[47] Mas, respirando estes ares da razoabilidade, com a mente voltada para o mesmo fundamento, afirma-se que a responsabilidade do hoteleiro não abrange objetos cujo uso não é habitual ou corriqueiro, como joias de alto valor e quantias que extrapolam o necessário à viagem,[48] salvo quando houver declaração acerca da existência e do valor dos bens, sendo eles entregues ao depositário e não simplesmente mantidos com o depositante em sigilo. Assim, objetos colocados em cofre devem ser descritos antecipadamente pelo hóspede, a fim de que o hospedeiro assuma a total obrigação de indenizar.

Em suma, *ao dever de proteção do hospedeiro se compatibiliza o dever de informação do hóspede, pois a relação de confiança tem de se estender aos dois polos da relação obrigacional.*

No que concerne aos *veículos estacionados* na garagem do estabelecimento, a jurisprudência, louvando-se da compreensão expressa nos Códigos Civis do Peru (art. 1.726) e da Itália (art. 1.785), reconhece a responsabilidade do estabelecimento, chegando o tema a merecer assento na Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça:

> *Súmula 130, Superior Tribunal de Justiça: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estabelecimento."*

Aliás, a relação de consumo efetivada entre hospedeiro e hóspede implica responsabilidade civil objetiva pelos danos provenientes do defeito da prestação de serviço (CDC, art. 14).[49] O hoteleiro, no entanto, não responde por dano causado ao hóspede por caso fortuito ou força maior. Essa isenção de responsabilidade é consequência de um fato inevitável e estranho à atividade hoteleira. De fato, não é possível incluir nos riscos da atividade hoteleira a obrigação de indenizar pelos perigos que não foram

---

pelos danos ocasionados em seu estabelecimento" (TJ/MG, Ac. 15ª Câm. Civ., Ap. Cív. 1.0024.05.655841-4/001, rel. Des. Motta e Silva, j. 27.7.06, *DJ/MG* 5.9.06).

47. Já se tem precedente jurisprudencial nesse sentido: "Responsabilidade civil. Furto de *notebook* em hotel. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva. [...] I. Situações como estas, na expectativa do justo e atentando-se à realidade, impõem a aplicação da teoria da redução do módulo de prova. Dano comprovado" (3ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Recurso Cível 71002380301 – comarca de Guaíba, rel. Juiz Carlos Eduardo Richinitti, j. 14.9.10, *DJRS* 22.9.10).

48. "Na hipótese, o hóspede portava quantidade considerável de jóias, que expunha para venda em público em feira livre. Desempenhava, portanto, atividade de risco, que não declarou ao hotel no *check in*. Também não se utilizou do cofre conferido pelo estabelecimento para guarda de objetos de valor" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 841.090/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.10.06, *DJU* 12.2.07, p. 261).

49. Há interessante precedente da Corte de Justiça paraibana reconhecendo o dever de indenizar do hotel, independentemente de culpa: "Roubo em apartamento – Hotel – Responsabilidade objetiva determinada pelo CDC – Excludentes não evidenciadas – Comprovação do nexo causal e do dano (...) – Diante da nova regra do CDC, que abrange os contratos de hospedagem, *a responsabilidade dos donos de hotéis e hospedarias é objetiva tanto pelos acidentes de consumo pelo fato do produto ou do serviço, como pelos vícios do produto ou serviço*. Decorre daí a desnecessidade de provar-se a culpa do hoteleiro para que haja o dever de indenizar. Basta a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre a atividade de hotelaria e o dano" (TJ/PB, Ac. 4ª Câm. Cív., Ap. Cív. 2002.0040574879-001 – comarca de João Pessoa, rel. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, j. 24.1.06).

por ele introduzidos, diante da ausência de nexo causal. Assim, não havendo ação ou omissão concorrente pelo depositário, é temerário acioná-lo pela perda das bagagens em razão de fortes enchentes, deslizamentos de terra e outras catástrofes incontroláveis.

Se, por outro lado, o hoteleiro contribuiu para o caso fortuito ou força maior, como na hipótese de não contratação de seguranças e vigias, responderá objetivamente, como reconhece a jurisprudência superior:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. HOTEL. ROUBO NO ESTACIONAMENTO. DEVER DE VIGILÂNCIA E GUARDA. EXCLUDENTE DE FORÇA MAIOR NÃO CARACTERIZADA. Empresa que não toma precauções mínimas tendentes a evitar ocorrências de tal natureza. Falta ao dever de vigilância e guarda"* (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp 227.014/GO, rel. Min. Barros Monteiro, j. 16.10.01, DJU 25.3.02, p. 289).

Não se esqueça que o fato exclusivo da vítima também elide a responsabilidade do hospedeiro. Caio Mário da Silva Pereira, mestre das Alterosas, exemplifica com a hipótese do cliente que, após sair do seu quarto de hotel, deixou "a porta aberta".[50]

O mesmo não se diga, por outro turno, do fato concorrente, pois, em sede de relação de consumo, qualquer parcela de participação do fornecedor para o resultado danoso já é suficiente para lhe impor a obrigação de indenizar, à luz do art. 14, § 3º, II, do Código do Consumidor. O que pode ocorrer, na hipótese de concorrência de condutas, é a redução proporcional do *quantum* indenizatório.[51]

A demonstração do evento externo, rompendo o nexo causal, é ônus de prova do depositário, até mesmo pela própria distribuição do ônus da prova, atribuído ao réu, tratando-se da existência de fato impeditivo ao direito do autor (CPC, art. 373).

Vale frisar que, se, por um lado, o hoteleiro assume a posição jurídica de depositário, com diversas responsabilidades; de outra banda, é compensado pelo próprio sistema, que lhe defere o direito de *penhor legal* (CC, art. 1.467) sobre as bagagens, os bens móveis, as joias e o dinheiro de propriedade de seus consumidores inadimplentes, em função das despesas da pessoa do devedor e dos seus familiares. Cuida-se de uma legítima forma de autotutela, concretizada por direito de retenção em prol do credor, em virtude do iminente risco de prejuízo. Não se trata de simples modalidade de direito de retenção. A retenção pressupõe a posse anterior do credor (*v. g.*, o locatário que realiza benfeitorias necessárias no imóvel), enquanto no penhor legal o credor não tem a posse, mas exerce uma postura ativa, vindo a adquiri-la para a defesa de seu crédito, como forma de obter o seu direito.[52]

---

50. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 370.

51. O Superior Tribunal de Justiça vem aplicando esse entendimento, como se evidencia no *decisum* aqui invocado: "Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. *A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor.* Art. 12, § 2º, III, do CDC" (STJ, Ac. 4ª T., REsp 287.849/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 17.4.01, *DJU* 13.8.01, p. 165).

52. O penhor legal se desenvolve sucessivamente em dois momentos: (*i*) a aquisição ou tomada da posse dos bens móveis; (*ii*) a necessária homologação judicial posterior. Por consistir em ato unilateral, a excepcional

Em todos os casos de depósito necessário aplica-se, supletivamente, o disposto na legislação para o depósito voluntário, dispensada, por lógica, a celebração de contrato escrito entre as partes, sendo possível a utilização de qualquer meio de prova. Não poderia ser diferente. Em situações emergenciais, calamitosas, desbordaria do razoável a formalização de instrumento público ou particular do depósito, não havendo tempo para negociações. Ademais, as situações excepcionais são notórias, de conhecimento geral, sendo fácil a sua comprovação por testemunhas.

6. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS RISCOS

No contrato de depósito a aplicação da teoria dos riscos é indiscutível.

Assim, como a titularidade do bem depositado *não foi transferida*, a toda evidência, é o depositante quem suporta os eventuais riscos de perda ou deterioração da coisa, por eventos externos, sem qualquer culpa do depositário. É a regra *res perit domino* (a coisa perece para o dono).

Em se tratando de bem infungível, naturalmente está o depositário obrigado a devolver a coisa, quando do advento do termo determinado ou, não havendo prazo específico, quando for exigida pelo titular. Surge, nessa arquitetura, uma intrigante questão: e se a coisa depositada perecer ou deteriorar sem culpa do depositário? Pois bem, o depositário não responderá havendo caso fortuito ou força maior[53] devidamente comprovado (CC, art. 642). Aqui, segue-se a regra geral das relações obrigacionais, pela qual o devedor se exonera de sua responsabilidade quando não procedeu culposamente, exceto quando, expressamente, tenha convencionado que assumiria os riscos do evento a ele inimputável (CC, art. 393). A título ilustrativo, estará exonerado o depositário pela perda do objeto em razão de uma catástrofe natural, de uma patologia incontrolável ou de uma guerra.

Ocorrendo a perda da coisa em virtude do imponderável, caso tenha sido entregue outro objeto em reposição – quando for possível –, obviamente caberá ao depositário o dever de guarda e diligência ordinários com a obrigação de restituir ao tempo avençado. Mas não é só. Confere-se ao depositante a posição de sub-rogado nos créditos obtidos pelo depositário em face de terceiros responsáveis pela restituição dos valores relacionados ao objeto originário que se perdeu. Seria o exemplo

medida de urgência necessariamente será seguida de imediato acesso ao Judiciário (CC, art. 1.470), mediante ação de homologação do penhor legal, visando à penhora dos bens empenhados pelo credor (CPC, art. 703). Trata-se de verdadeiro ato complexo, em que o direito real de garantia será resultado da aquisição privada da posse, acrescida da homologação judicial que ratifica a conduta. Para uma verticalização do estudo do tema, consultem-se FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*, op. cit., p. 574.

53. Acolhendo a diretriz da operabilidade, tão cara ao sistema, o Código em vigor não diferençou caso fortuito e força maior, inclusive se tornando assemelhados em seus efeitos, por conta do disposto no art. 393, parágrafo único, da Codificação.

do seguro. Se o depositário assegurou a coisa, a indenização paga pelo segurador reverterá em prol do depositante, que estará sub-rogado no crédito respectivo.

Portanto, traçando um paralelo com as hipóteses formuladas para a perda do objeto no usufruto (CC, arts. 1.407 a 1.409), temos que o depositante fará jus ao valor do seguro contratado pelo depositário, bem como à quantia consequente à desapropriação do bem depositado e à indenização paga pelo terceiro que culposamente destruiu o objeto.

Há uma exceção no sistema, em que o depositário responde pela perda ou deterioração não culposa (decorrentes de fatos exteriores): quando estiver em mora com o dever de restituir a coisa. Ou seja, se ultrapassado o momento da devolução da coisa, sem a devida entrega ao titular, o depositário moroso passa a responder objetivamente, com risco integral, por eventuais danos ocorridos ao objeto.

7. OBRIGAÇÕES DAS PARTES

7.1 Obrigações do depositante

Em se tratando de contrato ordinariamente *unilateral* e *gratuito*, o depósito não apresenta, como regra, a imposição de deveres jurídicos a quem entrega a coisa a ser custodiada.

Todavia, mesmo quando caracterizada a *gratuidade*, o depositante é obrigado a *pagar as despesas feitas com a coisa e os prejuízos que, eventualmente, advierem do negócio* (CC, art. 643). Sob pena de enriquecimento injustificado, o depositante tem de restituir as despesas com materiais e trabalho empregados pelo devedor na conservação e custódia da coisa, como se fossem benfeitorias necessárias. Paulo Nader exemplifica: "seria o depósito de máquinas de grande porte, que devem ser desmontadas por técnicos especializados, serviços esses que impõem despesas".[54] Aliás, mesmo benfeitorias úteis, por ele providenciadas de boa-fé, serão objeto de indenização. Caso se negue a arcar com tais despesas, o depositário pode exercer o *direito de retenção*.[55]

No particular, vale recordar que, no contrato de comodato, o legislador, acertadamente, distribuiu os deveres de conservação da coisa de forma diversa, imputando-os

54. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 311.

55. O *direito de retenção* é mecanismo de defesa reconhecido ao possuidor de boa-fé, com o fito de constranger o devedor a indenizá-lo das despesas e das benfeitorias de boa-fé realizadas com a conservação e o melhoramento do objeto. Enquanto o depositário não for indenizado, manterá o poder imediato sobre a coisa, mesmo que exista sentença concedendo a restituição do bem ao depositante, se tal decisão também condicionou a devolução ao pagamento das despesas provadas pelo depositário nos autos. Como reza o art. 643 da Lei Civil, o direito de retenção se justifica não só como modo coercitivo para o depositário reaver as despesas como para obter a própria "retribuição devida", nos casos em que o depósito seja oneroso, por terem as partes avençado uma remuneração em favor do depositante, que não é paga pelo depositante. O exercício do direito de retenção é condicionado à liquidez dos débitos reclamados.

ao comodatário (CC, art. 584), afinal aquela avença é realizada no interesse do comodatário, que explorará o bem gratuitamente. Sem dúvidas, não teria sentido e razoabilidade dispor em sentido contrário.

Se o depósito é oneroso, o *tradens* assume a responsabilidade de efetuar o pagamento da contraprestação convencionada, especificamente quanto ao preço, local e forma do adimplemento. É o exemplo do correntista que deve remunerar o banco pelo depósito em dinheiro realizado.

7.2 Obrigações do depositário e a ação de depósito

Os deveres jurídicos fundamentais do depositário são: (*i*) *a guarda e custódia* do bem depositado (CC, art. 629, primeira parte); (*ii*) a *restituição da coisa*, quando do advento do termo indicado na convenção ou, não havendo, em razão de solicitação do titular, a qualquer tempo (CC, art. 629, segunda parte).

Cuidando-se o depósito de um contrato de duração (tempo determinado ou determinável), todo o empenho do depositário será dirigido à guarda responsável da coisa. Atuará ele como *bonus pater familias*, vale dizer, no protótipo de diligência exigida do cidadão médio, atento e dotado de ordinária inteligência, a fim de restituir a coisa infungível ao depositante.

Apesar de a legislação fazer referência ao cuidado e à diligência "que costuma com o que lhe pertence" (CC, art. 629), caso o depositário seja uma pessoa negligente e desidiosa, não pode se servir de tais defeitos como padrão de conduta habitual para justificar a deterioração ou perda da coisa. Os parâmetros são objetivos, exigindo um comportamento leal e correto na custódia e conservação da coisa, conforme induz a boa-fé objetiva.

Afasta-se, no ponto, a regra geral do art. 392 do Código Civil.[56] Isso porque, apesar de ser gratuito, no depósito, mesmo que o depositário atue gratuitamente, guardando objetos do titular, assume total responsabilidade pela sua destruição. Somente haverá exclusão do dever de indenizar pela ocorrência de caso fortuito ou força maior, devidamente provado.

No que tange à *obrigação de restituir a coisa móvel* quando o exija o depositante, "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 se resolverá" (CC, art. 238). Aliás, não sendo o contrato fixado com termo, aplica-se a regra da satisfação imediata, sendo lícito ao credor exigir imediatamente a coisa, inclusive podendo constituir o devedor em mora, caso este se recuse a restituir o bem após o transcurso de prazo razoável assinalado em interpelação (CC, art. 397, parágrafo único).

56. Art. 392, Código Civil: "nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei".

Não poderá o devedor (depositário), unilateralmente, deliberar pela restituição da coisa antes do término do prazo contratual.[57]

A recusa injustificada da obrigação de restituir enseja ao depositante o ajuizamento de *ação de reintegração de posse,* em razão do esbulho decorrente da conversão da posse justa em precária.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 havia previsão de um procedimento especial para a ação de depósito, inclusive com a possibilidade de prisão civil do infiel depositário (aquele que, injustificadamente, deixava de restituir a coisa).[58]

No entanto, com o entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante 25, reconhecendo a ilicitude da aludida prisão civil por dívida, o procedimento se tornou inócuo, desprovido de eficácia prática. A falta de efetividade às medidas judiciais, então, tornadas pelo magistrado tornou o procedimento, verdadeiramente, um corpo sem alma.

Bem por isso, captando essa falta de interesse prático e de efetividade do procedimento especial da ação de depósito, o Código de Processo Civil de 2015, corretamente, suprimiu o ineficaz procedimento especial da ação de depósito.

Com o novo sistema processual, a ação de depósito passa a tramitar pelo procedimento comum ordinário, não merecendo um procedimento diferenciado. Assim, o procedimento não disporá de qualquer peculiaridade, seguindo a regra geral do sistema processual. De todo modo, singrando os mares do procedimento comum ordinário, o art. 311 do Código de Ritos, notadamente em seu inciso III, autoriza a concessão de tutelas de urgência, sob a forma de tutela da evidência, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Nesse caso, o magistrado poderá decidir liminarmente, inclusive sem a prévia ouvida da parte ré, por conta do amparo documental apresentado pelo autor. Se não concedida a liminar no curso do procedimento, poderá ser concedida a tutela de urgência na própria sentença, evitando que um eventual recurso seja recebido em efeito suspensivo. Com isso, garante-se a imediata produção de efeitos da decisão judicial.

Com tal comprovação, pode o magistrado decretar, liminarmente inclusive, a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

O dispositivo processual, portanto, se mostra eficaz, explicitando a importância da demanda, dês que, por óbvio, exista prova documental do contrato de depósito,

57. Aplica-se, no particular, a regra contida na parte final do art. 133 do Código Civil, pela qual o prazo não se presumirá em proveito do devedor, quando as circunstâncias do contrato apontem no sentido de ter ele sido estabelecido em benefício do credor, como é o caso do depósito.

58. Alexandre Freitas Câmara expunha que "a finalidade do procedimento é, em verdade, *obter* tal restituição, já que o procedimento de que aqui se trata tem duas fases: uma cognitiva e outra executiva", visando a exata satisfação do interesse do depositário, que será a devolução do bem ou as perdas e danos correspondentes, *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 296.

possibilitando a imediata retomada da coisa. Equivale a dizer: o juiz pode fixar, de ofício ou a requerimento do interessado, *astreintes* (multa diária), como mecanismo inibitório do descumprimento da obrigação pelo depositário, quando há prova literal do negócio jurídico.

Ademais, a restituição da coisa tem de ser acompanhada de seus frutos e dos acrescidos. Vale dizer que, em sentido amplo, os frutos naturais, industriais e civis, além dos produtos obtidos no período de depósito, serão restituídos ao depositante. Isto decorre da ordem natural de tal negócio jurídico. Se o depositário apenas guarda a coisa, sendo-lhe vedada a sua exploração econômica, todos os acréscimos econômicos que dela resultarem serão devolvidos junto com o bem principal. Exemplificando, no depósito de uma vaca campeã, já prenhe ao tempo da tradição, serão restituídos os bezerros. Idêntico dispositivo se aplica nos contratos de penhor, nos quais o credor pignoratício apenas detém a custódia da coisa, como depositário (CC, art. 1.435, I e IV).

Tratando-se de ação de natureza pessoal, submetida ao procedimento comum ordinário, o foro competente será o domicílio do réu (CPC, art. 46), salvo a existência de cláusula contratual de eleição de foro, desde que não seja abusiva, em detrimento do aderente (CPC, art. 63, §3o).

8. A SITUAÇÃO ATUAL DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL (O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO ART. 652 DO CÓDIGO CIVIL)

A relação de confiança que se estabelece entre o depositante e o depositário permite àquele reaver o objeto entregue quando o reclamar ou superado o termo contratual (CC, art. 633). Destarte, a obrigação de restituir é ínsita ao contrato de depósito e o particulariza em relação a outros modelos negociais.

Permite, então, repetindo regras que estavam incrustadas no sistema legal de há muito, o art. 652 do Código Civil a prisão civil do infiel pelo prazo máximo de um ano.[59] Harmoniza-se, no ponto, com o art. 5°, LXVII, do Texto Magno, ao afirmar que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia *e a do depositário infiel*".[60]

59. Art. 652, Código Civil: "seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano e a ressarcir os prejuízos".

60. Outrora, em remotos tempos romanos, o devedor estava de tal modo atrelado ao credor que, não quitando a sua dívida, a Lei das XII Tábuas, de 450 anos a.C., estipulava, na Tábua Terceira (Leis IV a IX) a possibilidade de o credor ceifar a vida do devedor. Não só. Não havendo a quitação da dívida, poderia o credor conduzir o devedor à presença do magistrado e, na eventual hipótese de relutância, autorizava-se a condução *ab torto colo* (isto é, "pelo pescoço", na literalidade da expressão!). Em se tratando, porém, de idoso ou doente, deveria se fornecer um cavalo. Não sendo cumprida a dívida e não se apresentando um fiador, o sujeito, então, era amarrado pelo pescoço e preso pelo credor, impondo-se, tão somente, o dever de fornecer pão, pelo menos. Se, ainda assim, não houvesse o adimplemento, o devedor era levado à praça pública e a sua dívida era proclamada em altas vozes, decidindo, então, o credor se o vendia como escravo

O legislador determinou, assim, que a sanção para o depositário infiel será a pena de prisão não excedente a um ano e o ressarcimento dos prejuízos. No fundo, o que determina a prisão é a infidelidade, não a dívida.

Essa supressão da liberdade do devedor é consequência da quebra da fidúcia do depositante, pela recusa da restituição do objeto depositado. Trata-se de medida coercitiva que objetiva persuadir o devedor a devolver a coisa, pois, no instante em que o depositário realiza a restituição, a pena de prisão se encerra, cumprida a sua finalidade. Aliás, o objetivo do constrangimento impõe a recusa dos benefícios normalmente concedidos ao condenado no sistema criminal (*v. g.*, suspensão da pena e prisão domiciliar), pois eles frustrariam a própria intensidade da medida e a sua teleologia.

De há muito sustentávamos que, ao nosso sentir, o dispositivo legal em comento padecia de vício, pois a pena de prisão civil do depositário infiel é ofensiva ao *Pacto de San José da Costa Rica* (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), que penetrou na ordem jurídica interna mediante o Decreto Federal nº 678/92. Em seu art. 7º, a citada Convenção Internacional apenas autoriza a prisão civil para o caso de inadimplemento da obrigação alimentar, excluindo o infiel depositário.

É certo e incontroverso que o rol dos direitos fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição da República, não é taxativo, em especial por conta da norma de expansão do § 2º que, a eles, acrescenta outros direitos e garantias provenientes de tratados e convenções internacionais. Portanto, as convenções subscritas pelo Brasil, quando versem acerca de direitos humanos, adentram em nosso ordenamento com força superior às normas infraconstitucionais, revogando a legislação de piso anterior, no que com elas conflitem.

Assim, não se podendo cogitar de prisão civil em sede infraconstitucional, perdem a eficácia as normas editadas pelo legislador subalterno, como o art. 652 da Codificação de 2002.

Modificando o entendimento que reinava de há muito,[61] o Supremo Tribunal Federal reconheceu o acerto desta tese e a incompatibilidade da prisão civil do infiel depositário com o sistema jurídico, a partir da recepção do *Pacto de San José*

---

ou se o matava e dividia as partes do seu corpo, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Obrigações, op. cit., p. 255.

61. A antiga posição do Tribunal Supremo era a seguinte: "a Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º LXVII). Os arts. 1º e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil, como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte não minimizam o conceito de soberania do Estado-Povo na elaboração de sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição" (STF, Ac. 2ª T., HC 73.044-2/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19.3.96, *in Revista de Direito Privado* 1:188).

da Costa Rica. Incorporando o espírito da Emenda Constitucional 45, que abraçou em sede constitucional (art. 5º, § 3º)[62] os tratados internacionais que versam sobre direitos e garantias humanitárias, o Pretório Excelso afirmou a impossibilidade de prisão civil do infiel depositário, em qualquer caso, inaugurando uma nova fase interpretativa no direito brasileiro. É o que consta do RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 3.12.2008.

Ou seja, possuem os tratados e as convenções internacionais, que versam sobre direitos humanos e foram incorporados antes da Emenda Constitucional 45, uma *eficácia supralegal*, vinculando, também, o tecido infraconstitucional do Direito Civil.

Em síntese apertada, porém completa: *os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos estarão, sempre, posicionados hierarquicamente em degrau superior à legislação infraconstitucional.* Quando se tratar de tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, aprovado com as formalidades do § 3º do art. 5º da Carta Maior (ou seja, quando congregar *aspecto material, versando sobre direitos humanos, e aspecto formal, aprovado de acordo com o procedimento constitucional*), terão *status* de emenda constitucional. Se, a outro giro, o tratado ou a convenção internacional sobre direitos humanos não atenderem aos aspectos formais (isto é, quando trouxerem consigo um aspecto apenas material, *versar sobre direitos humanos*), terão *eficácia supralegal, pairando acima da legislação infraconstitucional, mas em nível inferior à norma constitucional, de modo a resguardar a soberania nacional.*

Com isso, é perfeitamente possível afirmar que as normas de Direito Civil têm de se submeter, além do natural (e imprescindível) *controle de constitucionalidade*, também a um *controle de convencionalidade*, devendo se adequar aos tratados e convenções internacionais que disponham sobre direitos humanos, mas não tendo sido submetidos às formalidades de aprovação para ter natureza de emenda constitucional.

É que as normas de Direito Civil – assim como o ordenamento jurídico como um todo – precisam se harmonizar, mantendo uma *compatibilidade vertical*, tanto com o Texto Constitucional quanto com os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos. E sendo assim detectada uma eventual incompatibilidade da norma infraconstitucional com um tratado de direitos humanos, sobreleva a suspensão de sua eficácia, respeitando a própria especialidade da convenção.

Essa conclusão foi abraçada pelo Supremo Tribunal Federal, nas decisões proferidas no Recurso Extraordinário 466.343/SP, com relatoria do Ministro Cezar Peluso, e no *Habeas Corpus* 87.585/TO, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, julgados em 03 de dezembro de 2008 e publicados no *Informativo STF* 531. Em ambos os precedentes, o Pretório Excelso entendeu que o *Pacto de San José da Costa Rica* (Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada antes do advento da Emenda

62. Art. 5º, § 3º, Constituição Federal: "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Constitucional nº 45) foi acolhido com *status* supralegal no ordenamento jurídico interno, pairando acima da legislação infraconstitucional, mas devendo respeitar, de qualquer sorte, a norma constitucional.[63] Com isso, deliberou a Corte Maior que as proteções humanitárias contidas no citado Tratado estão posicionadas acima da norma do Código Civil, afastando a eficácia da legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal revogou a Súmula 619, que afirmava: "a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito". Em sendo assim, tornou-se descabida a prisão civil do infiel depositário no direito brasileiro, em razão do acolhimento do Pacto de San José da Costa Rica em sede infraconstitucional.

Aliás, demonstrando a força da compreensão jurisprudencial sobre a matéria, foi editada a Súmula Vinculante 25 pelo Supremo Tribunal Federal, vazada em termos claros:

> *Súmula Vinculante 25, Supremo Tribunal Federal: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."*[64]

Perlustrando o caminho pavimentado pela Corte Excelsa, o Superior Tribunal de Justiça também confirmou a inovação, proclamando em sua Súmula 419:

> *Súmula 419, Superior Tribunal de Justiça: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel."*

Realmente, o campo fecundo para exemplificar a absorção dos tratados internacionais em sede *supralegal*, afastando a eficácia das normas infraconstitucionais conflitantes, é a previsão contida no Código Civil (art. 652) permitindo a prisão civil do devedor infiel depositário (aquele que descumpre a sua obrigação de devolver um bem recebido em contrato de depósito). Ora, considerando que o *Pacto de San José da Costa Rica*, em seu art. 7º, expressamente, veda a utilização da prisão civil do infiel depositário, apenas permitindo a prisão do devedor de alimentos, nota-se a colisão, a tensão, entre a norma infraconstitucional (CC, art. 652) e o tratado internacional sobre direitos humanos. Em razão disso, observando que a citada convenção internacional sobre direitos humanos tem valor superior à legislação infraconstitucional,

63. Colhe-se do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 466.343/SP, os seguintes fundamentos: "parece mais consistente a interpretação que atribui a característica da *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam *infraconstitucionais*, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana".

64. Antes mesmo da edição da citada Súmula Vinculante, o Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco já havia se aproximado deste entendimento, como se nota de sua Súmula 50: "É descabida a prisão civil, decorrente da dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, por não ser equiparável à figura do devedor a do depositário infiel".

afasta-se o permissivo de prisão civil do infiel depositário, retirando a eficácia do texto codificado e obstando a prisão civil do infiel depositário em face do *status supralegal* do mencionado tratado.

Frise-se, reforçando a compreensão da matéria, que, de fato, toda e qualquer norma infraconstitucional de Direito Civil precisa ser compreendida em harmonia (vinculação vertical) com a Constituição da República, primeiramente, e com os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, em seguida. Havendo tensão entre a norma infraconstitucional e a convenção internacional, retira-se a eficácia daquela, prestigiando a *eficácia supralegal dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos*.

Até mesmo porque, compreendendo a matéria à luz da legalidade constitucional (em especial submetendo a matéria à inexcedível dignidade da pessoa humana, exigida pelo art. 1º, III, da CF/88), afigura-se-nos certo e incontroverso que a posição mais acertada é a valorização da pessoa humana, defendendo a impossibilidade de prisão civil do infiel depositário, em face da incorporação do tratado internacional em sede *supralegal*.

Sobre o tema, como não lembrar do histórico relato de William Shakespeare, em seu inolvidável *O Mercador de Veneza*, narrando a história de uma dama jovem e bela, chamada Pórcia de Belmonte. Um de seus admiradores, Bassânio, possuindo parcos recursos, embora sendo da nobreza veneziana, viu-se obrigado a recorrer ao auxílio de Antônio, um amigo mais velho, que se dispôs a emprestar. Não possuindo a quantia encarecida, Antônio procura Shylock, um judeu que fazia empréstimos monetários e que notou a oportunidade de vingar-se dele, por quem guardava ódio, embora não tenha revelado o seu propósito. Foi assim, então, que Shylock emprestou dinheiro a Antônio, sem cobrar-lhe juros, mas inserindo uma cláusula pela qual, não quitado na data, o credor teria direito de exigir uma parte do corpo do devedor que lhe agradasse. Apesar dos protestos de Bassânio, Antônio assume a dívida, pois está seguro de que cumprirá, no prazo, a obrigação, pois os seus navios estariam de volta. Enquanto Bassânio cortejava Pórcia, descobre-se que os navios de Antônio se perderam e o credor poderá, portanto, executar a sua dívida. A formosa dama, nesse momento, já casada, resolve ajudar Antônio, disfarçando-se de advogada para defendê-lo. Considerando a sustentação da "causídica", o juiz, então, decide que o credor poderá executar a sua cláusula penal, retirando uma libra de carne do coração do devedor (conforme a sua escolha), desde que não derramasse uma única gota de sangue, deixando antever, desde aquela época, uma natural preocupação com a integridade e a dignidade do ser humano, bem como com a impossibilidade de executar cláusulas de garantia que pudessem reduzir a dignidade do titular.

Não é difícil notar, pois, que o ponto de partida – e, certamente, de chegada – da nossa Lei Suprema é o direito à vida *digna*, reconhecido como direito fundamental por excelência, motivo pelo qual a prisão civil somente pode se tornar justificável em hipóteses nas quais a dignidade humana reclame o encarceramento.

Sem dúvida, a Carta Constitucional, fundada em seus princípios e regras, é vetor de informação que caracteriza uma base necessária para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária.

Por isso, quando se tratar de prisão civil por débito alimentício, não há que se falar em violação à dignidade humana, eis que a dignidade do alimentando (credor de alimentos) reclama a prisão como medida necessária. Nessa ordem de ideias, cerceia-se a *liberdade do devedor* para garantir a *integridade física e psíquica* do credor. E, como bem pondera Odete Novais Carneiro Queiroz, "isto sem dúvida faz toda a diferença, levando a admitir-se nesse único e exclusivo caso a privação da liberdade daquele que, podendo e sem justificar, não paga o que deve ao credor necessitado de alimentos". E arremata: "cerceia-se a liberdade de alguém para viabilizar a vida de outrem".[65]

Assim, vislumbra-se que, concretamente, é preciso ponderar (à luz da proporcionalidade dos valores constitucionais em colisão) o conflito existente entre o direito de receber o crédito e a garantia do direito à dignidade e liberdade, para entender o que deve preponderar. Assim sendo, é imperiosa a aplicação da técnica de ponderação de interesses no caso em apreço, sopesando em uma balança imaginária os valores colidentes: o direito do devedor de não ter garantida a sua liberdade e o direito do credor de perceber o seu crédito. Ora, sem dúvida, o fiel da balança para a solução do problema é a afirmação da *dignidade da pessoa humana*, devendo prevalecer o valor que a respeitar de forma mais ampla e efetiva.

Mais incisiva ainda, Rosana Fachin chega mesmo a verberar que "só edificaremos uma sociedade justa e digna quando a ordem jurídica for respeitada e seus princípios fundamentais não forem transgredidos".[66]

Nessa linha de intelecção, é preciso restringir a prisão civil do devedor somente às hipóteses em que a medida segregatória se apresentar necessária à afirmação da dignidade do credor (o que ocorrerá, somente, no caso do débito alimentício), sob pena de negar os mais relevantes valores constitucionais.

Com efeito, se a nossa Constituição Federal privilegia a afirmação da dignidade humana e da solidariedade social, qualquer norma infraconstitucional atentatória de tais princípios não pode ser prestigiada.

65. QUEIROZ, Odete Novaes Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*, op. cit., p. 122.

66. FACHIN, Rosana. "Uma releitura constitucionalizada da prisão civil (desafios e perspectivas à luz da jurisprudência recente)", op. cit., p. 231.

CAPÍTULO IX

Contrato de Mandato

Sumário • 1. Prolegômenos sobre o mandato – 2. Noções conceituais e características fundamentais – 3. Distinções fundamentais: o mandato, a representação e a procuração – 4. Classificação do contrato de mandato – 5. Objeto do contrato de mandato – 6. Sujeitos do contrato de mandato: 6.1 Generalidades; 6.2 Mandato conjunto ou simultâneo; 6.3 Responsabilidade solidária no mandato – 7. O substabelecimento – 8. Atuação das partes (mandante e mandatário): 8.1 Obrigações do mandante; 8.2 Obrigações do mandatário; 8.3 O abuso do poder e o excesso de poder pelo mandatário – 9. Mandato e terceiros de boa-fé (o mandato aparente) – 10. Espécies de mandato – 11. Irrevogabilidade do mandato – 12. Mandato em causa própria – 13. Extinção do contrato de mandato.

"Você me diz o que fazer
Mas não procura entender
Que eu faço só pra te agradar
Me diz até o que vestir
Com quem andar e aonde ir
Mas não me pede pra voltar."

(Kid Abelha, *Nada por mim*, de Paula Toller e Herbert Vianna)

"Há muito, eu vinha desconfiado
Que estava sendo enganado
Mas queria ver pra crer
Agora que tomei conhecimento
Do seu mal procedimento
Já sei o que vou fazer
Eu lhe depositava confiança
Finalmente a vizinhança
Resolveu me alertar
Tomei conhecimento do fato
Vou cassar o seu mandato
Não tem mais colher de chá."

(Moreira da Silva, *Vou cassar o seu mandato*, de Moreira da Silva)

1. PROLEGÔMENOS SOBRE O MANDATO

Negócio jurídico de inescondível importância prática, o mandato se apresenta com real utilidade e vantagens para a prática de incontáveis atos jurídicos, facilitando a circulação de riquezas. Se o interessado na prática de um ato não quer, ou não pode, praticá-lo pessoal e diretamente, tem a oportunidade de fazê-lo por intermédio de outra pessoa. Metaforicamente, inclusive, o mandato já foi comparado "ao talismã de Pitágoras, que possibilitava ao seu portador estar presente, a um só tempo, em Crotona e Metaponto".[1]

Assim, há mandato quando alguém confere poderes a outra pessoa para que esta execute um ato (ou uma série de atos) em nome (e segundo a vontade) do concedente.

Daí a feliz expressão de Luiz Roldão de Freitas Gomes, no sentido de que o mandatário é um *órgão jurídico do mandante*,[2] agindo em nome e por conta dele.

Assim, através do mandato viabiliza-se a prática de negócios jurídicos por pessoas que não podem se fazer presentes, fisicamente, em determinados lugares. Assim sendo, conferem poderes a um terceiro para que, atuando em seu nome, pratiquem os atos jurídicos desejados.

Há no mandato um evidente *propósito de cooperação jurídica*, na medida em que o mandatário (cooperador) atua na consecução de atividades de interesse do mandante.

Ora, considerando a dinâmica e a complexidade das relações sociais e jurídicas na sociedade pós-moderna (que é aberta, plural, multifacetada, globalizada etc.), já se pode perceber que o mandato é instrumento prático facilitador do trato social.

De qualquer sorte, o mandato não se restringe à incumbência de praticar atos jurídicos (patrimoniais ou não), podendo se destinar à realização de qualquer ato material.[3]

Ilustrando a relevância prática desta figura negocial, é possível lembrar que uma pessoa pode conceder mandato para que outra pratique atos simples e comuns, como realizar a sua matrícula na faculdade, até atos mais estruturados, como realizar a venda de um imóvel ou confessar um fato perante o juiz, em um processo (CPC, 390, §1º). A importância prática é tão evidente que, até mesmo, atos mais complexos e formais, como o casamento (CC, art. 1.535), podem ser celebrados por meio do mandato.[4] É, seguramente, uma eloquente manifestação da *autonomia privada*.

---

1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 279-280.
2. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, op. cit., p. 285.
3. Sobre o tema, chegou a escrever Dernburg: "o mandato tem por objeto principalmente atos jurídicos, sejam negócios jurídicos ou atos processuais. Mas também a prestação puramente de fato pode ser objeto do mandato", apud ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 494. No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 340.
4. Seguindo essa lógica, Fábio Ulhoa Coelho apresenta outros exemplos, afirmando que o mandato corresponde à figura contratual largamente difundida no cotidiano: no jantar entre amigos, aquele que precisa

Etimologicamente, o vocábulo *mandato* é originado da expressão latina *mandatum*, derivada de *manum dare* ou *manus* e *data* (mãos dadas), simbolicamente representando a situação caracterizada pela concessão de um encargo de uma pessoa para outra, seguida de *um aperto de mão, provando a confiança e o compromisso recíproco e demonstrando um deles a sua aceitação e o outro a promessa de manter os poderes conferidos*. Entre os romanos, as mãos representavam a amizade e a fidelidade entre amigos. *Mãos dadas*, por conseguinte, exprimia fé, confiança recíproca.

Talvez tenha sido por isso que, na Roma Antiga, o mandato era vislumbrado como um "trabalho de amigo".[5] Aliás, deflui dessa origem o caráter ordinariamente gratuito do mandato.

E, por outro lado, o *aperto de mãos* é gesto utilizado até os dias atuais para simbolizar a conclusão de avenças verbais.[6]

Hodiernamente, a expressão (*mandato*) assumiu um caráter plurívoco, servindo para designar tanto o poder conferido por alguém para que outrem atue em seu nome, quanto o próprio negócio jurídico celebrado entre as partes. Somente não se pode confundi-lo, a toda evidência, com o *mandado* – que diz respeito a uma ordem judicial.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

Com visível inspiração nas legislações da Itália (art. 1.703 do Código Civil) e da Suíça (art. 394 do seu Código das Obrigações), o Código Civil optou por conceituar o mandato, no comando de seu art. 653, afirmando que ele se opera "quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses".

Com Orlando Gomes, o mandato "é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por conta da outra, um ou mais atos jurídicos".[7] Disso não diverge Araken de Assis, ao defini-lo, com idêntica raiz, como "o contrato através do qual alguém assume o dever e a obrigação, perante outra pessoa, de gestionar os negócios desta".[8]

Enfim, é o negócio jurídico por meio do qual uma pessoa (mandatário ou outorgado) recebe poderes de outra pessoa (mandante ou outorgante) para, em nome desta, praticar um ato (ou um conjunto de atos) ou administrar interesses.

---

sair mais cedo, ao deixar o dinheiro estimado para cobrir sua parte da conta, investe, na condição de mandatários, os que ficam; se deixa cheque assinado em branco, também; o advogado, ao entregar dinheiro ao funcionário do escritório para que este pague no banco uma conta, nomeia-o seu mandatário. E em situações negociais de maior complexidade, "quando o anunciante contrata a agência de propaganda, o vínculo entre eles é de mandato; entre o advogado judicial e seu cliente, há mandato; o vendedor de imóvel impossibilitado de comparecer ao ato de outorga de escritura pública de compra e venda pode, por meio de mandato, nomear pessoa de sua confiança para o representar no ato", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 311.

5. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 310.
6. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 279.
7. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 425.
8. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*, op. cit., p. 23.

É o exemplo do advogado que atua em juízo em nome do seu cliente, promovendo uma ação de cobrança ou de reintegração de posse. Nesse caso, há um contrato de mandato entre eles. Já não seria, porém, a hipótese do advogado que é contratado para dar um parecer ou fazer um estudo jurídico acerca de um determinado problema jurídico. Nesse caso, haveria contrato de prestação de serviços, e não mandato.

Ressalte-se destas primeiras impressões conceituais sobre o mandato que a expressão "praticar atos ou administrar interesses", utilizada pelo próprio Texto Codificado (art. 653), deve ser tomada em seu sentido amplo, dizendo respeito aos negócios jurídicos em geral e, por igual, a todo e qualquer outro ato ou fato, incluídos os atos-fatos jurídicos (como a aquisição de posse, que pode ser realizada por terceiro) e os atos jurídicos em sentido estrito (como a confissão, o reconhecimento de um filho ou a aceitação de uma herança).

Trata-se de uma relação negocial centrada na *confiança* (fidúcia) entre as partes e, bem por isso, traz como nota característica fundamental a boa-fé – em sua dupla acepção subjetiva (boa-fé de conhecimento) e objetiva (boa-fé de comportamento). Isto porque o mandatário age, fala, atua em nome do mandante e por conta dele, de maneira tal que, no final das contas, quem celebrou o negócio jurídico foi o próprio mandante, *indiretamente*. Quem adquire eventuais direitos e assume obrigações é o mandante, como se pessoalmente tivesse atuado. Exemplificando, se uma pessoa conferiu poderes para que outra celebrasse um contrato em seu nome, a avença terá como parte contratante o mandante, e não o mandatário – que serviu, apenas, como um instrumento para o aperfeiçoamento do ato.

Nessa arquitetura, não é difícil notar que o traço fundamental do contrato de mandato é a ideia de *atuação em nome alheio*, utilizando a expressão do próprio art. 653 do Código Civil – e não, necessariamente, a concessão de poderes a um terceiro.

Por isso, é preciso muito cuidado para não imaginar que a figura do mandato estaria centrada, básica e fundamentalmente, em uma representação, como, outrora, fizeram muitos civilistas, a exemplo de Washington de Barros Monteiro que, em tom radical, sentenciou: "no mandato, pois, é imanente e imprescindível a ideia de representação".[9,10]

Impõe-se afastar uma leitura isolada ou perfunctória do art. 653 da Codificação, evitando laborar no sedutor equívoco de que o mandato pressupõe, como elemento essencial (condição de sua existência), uma concessão de poderes (representação) em prol do mandatário. É preciso atenção redobrada e visão sistêmica para a perfeita compreensão dos institutos do mandato e da representação.

9. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 281.

10. Silvio Rodrigues, por outro lado, chegou a afirmar que no contrato de mandato é "elementar a ideia de representação", *Direito Civil*, op. cit., p. 284. Na mesma tocada, Miguel Maria de Serpa Lopes assegurou que "a representação constitui elemento essencial do mandato", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 311.

Por isso, bem melhor é invocar o escólio, sempre pioneiro, de Orlando Gomes: "não se deve confundir mandato com representação".[11]

Com efeito, o mandato pode não trazer consigo uma representação de interesse alheio, se limitando, meramente, a uma atuação em nome alheio, sem receber poderes representativos. Isto mesmo: uma pessoa pode atuar em nome de outra sem ter de representá-la. Logo, nem todo mandato é lastreado na representação.

E, identicamente, a *representação* não é exclusiva do mandato, podendo estar presente em inúmeras outras situações da vida cotidiana. Apenas para exemplificar, vale a lembrança de que os incapazes serão *representados* pelo seu responsável (pais, tutores ou curadores) para a prática de atos jurídicos. O *contrato de mandato constitui uma modalidade de representação privada, voluntária*, mas, repita-se à saciedade, não a única.

Aliás, o fato de que no mandato pode haver outorga de poderes a alguém (representação privada) faz com que, habitualmente, este negócio jurídico seja acompanhado de uma *procuração* – que, nos termos da nossa legislação (CC, art. 653), é *"o instrumento do mandato"*. É o que usualmente ocorre quando o cliente, através de uma procuração, confere poderes ao seu advogado para ajuizar uma ação em seu nome, instrumentalizando o contrato de mandato (que foi celebrado à parte, por escrito ou verbalmente).

Frise-se à exaustão: representação, mandato e procuração são situações distintas, exigindo atenção e cuidado para não causar confusões conceituais.

3. DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS: O MANDATO, A REPRESENTAÇÃO E A PROCURAÇÃO

Apesar de um intuitivo raciocínio contrário,[12] o contrato de mandato não pode ser confundido com a *representação* e ambos com a *procuração*. São coisas distintas, exigindo uma precisão cirúrgica na sua diferenciação.

O *mandato é um contrato* (e assim está contemplado na Lei Civil brasileira, como se vê no art. 653 da Lei Civil) por intermédio do qual alguém se incumbe de praticar negócios no interesse de outrem. Enfim, é *negócio jurídico pelo qual uma pessoa incumbe outra de realizar uma determinada atividade em seu nome*.

A *representação*, por seu turno, é a atuação de uma pessoa na gestão dos interesses de outrem. Originada da expressão latina *representatio, representationis*, significando a ação ou efeito de pôr diante dos olhos de alguém, a representação consiste em verdadeira substituição da exteriorização da vontade. Explica Mairan

11. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 424.

12. O *Code de France* (Código Napoleônico), de 1804, parece ter, de algum modo, patrocinado a controvérsia, uma vez que tratou de forma similar os institutos da representação e do mandato.

Gonçalves Maia Júnior que, na representação, a vontade é manifestada "por outra pessoa, por 'interveniente ou cooperador', o qual 'faz as vezes de', 'apresenta-se no lugar de', agindo e fazendo com que os efeitos jurídicos e econômicos do negócio celebrado por seu intermédio recaiam diretamente na esfera jurídica do substituído, ou seja, do *dominus negotii*".[13] Caracteriza-se, pois, a representação pela evidente distinção entre a pessoa por meio de quem se revela, se exterioriza, a vontade e o destinatário dos efeitos do negócio celebrado.

De saída, convém relembrar que a *representação pode ser legal*[14] (também dita *representação necessária*), *judicial* ou *voluntária* (também chamada de *representação privada*). A *representação legal* corresponde ao poder, conferido por lei, de agir em nome de outrem, de um incapaz, por exemplo. É o caso dos pais, dos tutores e dos curadores.[15] Noutra perspectiva, a *representação judicial* se materializa quando a autoridade judiciária (o juiz) nomeia uma pessoa para atuar em nome de outra em um procedimento específico que tramita no juízo, como se percebe no caso do inventariante, que representa o espólio (CPC, arts. 75 e 618, I) no procedimento de inventário e partilha. Já a *representação voluntária* se consubstancia quando o poder de atuação em nome de alguém é concedido por ato de vontade do próprio interessado, do titular cujos interesses estarão em pauta. A representação voluntária surge da ideia fundamental de que alguém pode celebrar um negócio ou um ato jurídico em nome de outra pessoa, sobre cuja esfera jurídica serão produzidos os efeitos. Por isso, consubstancia o fenômeno da *cooperação*. Equivale a dizer: alguém participa, pessoalmente, de um negócio que produzirá efeitos sobre outrem (a verdadeira parte do ato negocial).

Por óbvio, no contrato de mandato vislumbra-se a presença da *representação privada, voluntária*, na medida em que um dos contratantes (o mandante), espontaneamente, confere poderes à contraparte (o mandatário).

Todavia, não se pode imaginar que o contrato de mandato (figura negocial típica e nominada, espécie de contrato disciplinado pelo Código Civil) se confunde com a representação privada, sendo de bom alvitre *separar os institutos* (mandato e representação). Bem o fazem os Códigos lusitano (art. 258°) e germânico (§§ 164 e ss.), aclamando, expressamente, a *teoria da separação*.

Isso porque é possível a existência de um mandato sem poderes de representação, bem como é admissível uma representação sem mandato, evidenciando tratar-se de diferentes situações jurídicas.[16] O mandatário pode atuar em nome do mandante e

13. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*, op. cit., p. 24.

14. A expressão foi talhada por Francesco Carnelutti, considerando que nesta hipótese decorre da própria incapacidade do representado, apud MATTIETTO, Leonardo. "A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração", op. cit., p. 55.

15. Também não se confunde a representação privada com a sucessão por representação (também chamada de sucessão por estirpe), que se concretiza em casos nos quais o sucessor é pré-morto (faleceu primeiro do que o autor da herança), é julgado indigno (CC, art. 1.814) ou é deserdado (CC, arts. 1.961-1.963).

16. Com uma perfeita digressão sobre a matéria, seja consentido remeter o leitor a Maria Cândida do Amaral Kroetz, *A representação voluntária no Direito Privado*, op. cit., p. 46.

com os necessários poderes representativos (é o chamado *mandato representativo*). Nesse caso, há representação privada no contrato aludido. Lado outro, o mandatário, eventualmente, pode estar atuando em seu próprio nome (hipótese denominada *mandato sem representação* ou *mandato em causa própria*), não havendo qualquer concessão de poderes.

O próprio Código Civil, na segunda parte do art. 663,[17] ainda que não expressamente, termina por abraçar essas ponderações, ao admitir que o mandatário atue em nome próprio, mesmo que por conta do mandante.

Por isso, é correto asseverar que a representação está liberta de uma condição servil e obediente ao mandato (que caracteriza uma figura contratual, contemplada em lei).

Em síntese apertada, porém completa: é plenamente possível ocorrer representação sem mandato e mandato sem representação.

Exemplificando, vale a lembrança do contrato de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, no qual se nomeia um dos sócios para *representar* a empresa nas relações jurídicas e sociais. Há representação, mas não há mandato (e, sim, contrato de sociedade, regido pelo Direito Empresarial). Noutro quadrante, ao pensar no mandato em causa própria, tem-se a comprovação cabal e irrefutável de que este negócio jurídico, não necessariamente, consubstancia uma representação privada, malgrado, no mais das vezes, assim ocorra. Outro exemplo dessa possibilidade de mandato sem representação: "se Pedro ordena a Joni que limpe o terreno vizinho, inçado por matagal insalubre e dejetos, não lhe conferiu poder de representação, não lhe mandou tomar posse do terreno",[18] embora tenha havido um mandato.

Averbe-se, pois, que *a representação não integra a essência, a estrutura, do contrato de mandato*, conquanto possa nele estar presente.

Com Marcus Vinícius Rios Gonçalves, "o poder de representação, embora típico dessa espécie de contrato (o mandato), não é inerente a ele, nem elemento essencial para a sua configuração".[19]

Completando a análise dessa tríade conceitual, é de se cuidar da *procuração*.

Sem dúvida, a procuração está ligada à representação e ao mandato, mas com eles não se confunde.

Em linhas gerais, a procuração seria o meio pelo qual são conferidos poderes para um representante voluntário, inclusive no contrato de mandato. É o ato que consubstancia a concessão de poderes a outrem, seja por força de mandato ou não.

17. Art. 663, Código Civil: "sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante".

18. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*, op. cit., p. 25.

19. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 679.

Note-se que a procuração não estabelece obrigações para o procurador, apenas conferindo, expressa e exteriormente, poderes de atuação. Por isso, não se confunde com o mandato, que é negócio jurídico criador de deveres jurídicos entre as partes.

Trata-se de ato unilateral, praticado, exclusivamente, por quem pretende conferir poderes a alguém para atuar em seu nome. É ato que exterioriza a concessão desses poderes.

Nesse diapasão, pondera Araken de Assis que a própria "palavra *procuração* já revela sua natureza de declaração de vontade unilateral. E isso porque o outorgado não intervém na concessão de poderes de representação. Logo, a atribuição de poderes de representação ocorre através de ato unilateral e não se vincula, obrigatoriamente, ao mandato".[20]

O Código Civil de 2002, em seu art. 653, termina por ceder a uma compreensão superficial e, confusamente, chega a afirmar que "a procuração é o instrumento do mandato", como se somente houvesse procuração decorrente deste tipo negocial.

Há, seguramente, uma impropriedade técnica ao designar a procuração como um *mero instrumento do contrato* (e, como qualquer instrumento, insinuando que tem de ser por escrito) até porque ela pode ser verbal ou tácita, o que termina por revelar uma incoerência conceitual.[21]

Ademais, não se pode restringir o espectro de incidência da procuração apenas à natureza de mero documento (instrumento) que materializa um contrato de mandato. Ela há de ser mais do que isso. É possível – e isso não se põe em dúvida – conferir poderes a alguém por meio de uma procuração, sem a celebração de um contrato de mandato. Já se exemplificou antes que os sócios de uma empresa podem assinar uma procuração, conferindo poderes de representação da pessoa jurídica a um dos sócios. No caso, apesar de existir uma procuração, não houve contrato de mandato.

De outra banda, sendo possível *a existência de um mandato sem a atribuição de poderes representativos, também será possível que o contrato se aperfeiçoe sem a outorga de procuração.*[22]

De qualquer sorte, a dicção da legislação específica não deixa margem para dúvidas: *procuração é o instrumento do mandato.*

Para além disso, o art. 654 do *Codex*, persistindo no equívoco e ignorando que a procuração pode ser verbal, termina por estabelecer que:

> *Art. 654, Código Civil:*
>
> *"Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.*

20. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*, op. cit., p. 25.
21. Com reflexão muito assemelhada, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho pontuam que "é possível haver mandato verbal, bem como procuração verbal, mas é impróprio falar em 'instrumento verbal de procuração', pois todo instrumento deve ser escrito", *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 363.
22. Também assim, GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 681.

§ 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

§ 2º O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida."

No que tange à oponibilidade de efeitos a terceiros, é de se lembrar que o art. 105 do Código de Processo Civil de 2015[23] dispensa o reconhecimento de firma, em cartório, quando se tratar de procuração conferindo poderes ao advogado para atuar no foro em geral, com a propositura de ações (a chamada cláusula *ad judicia*). Com isso, em se tratando de procuração em favor de advogado para *atuar em juízo*, não é preciso reconhecer a firma do outorgante, como, inclusive, acatado pela jurisprudência.[24]

Salta aos olhos a confusão causada pelo legislador, ignorando que a procuração (como um ato de concessão de poderes) pode ser verbal e desprovida de formalidades.

Bem por isso, convém engrossar o coro das críticas disparadas, de há muito, corajosamente, por Orlando Gomes:

> *"o mandato é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por conta de outra, um ou mais atos jurídicos. O contrato tem a finalidade de criar essa obrigação e regular os interesses dos contratantes, formando a relação interna, mas, para que o mandatário possa cumpri-la, é preciso que o mandante lhe outorgue o poder de representação, se tiver, ademais, interesse em que aja em seu nome. O poder de representação tem projeção exterior, dando ao agente, nas suas relações com terceiras pessoas, legitimidade para contratar em nome do interessado. A atribuição desse poder é feita por ato jurídico unilateral, que não se vincula necessariamente ao mandato e, mais do que isso, tem existência independente da relação jurídica estabelecida entre quem o atribui e quem o recebe. Esse ato unilateral carece, em nossa terminologia jurídica, de expressão que o designe inconfundivelmente. O termo procuração, que o definiria melhor, é empregado comumente para designar o instrumento do ato concessivo de poderes, mas tecnicamente é o vocábulo próprio. Até os que conceituam a procuração erroneamente como instrumento do mandato*

23. Art. 105, Código de Processo Civil: "a procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica. § 1º A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei. § 2º A procuração deverá conter o nome do advogado, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo.§ 3º Se o outorgado integrar sociedade de advogados, a procuração também deverá conter o nome dessa, seu número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo. § 4º Salvo disposição expressa em sentido contrário constante do próprio instrumento, a procuração outorgada na fase de conhecimento é eficaz para todas as fases do processo, inclusive para o cumprimento de sentença."

24. "Após a reforma introduzida pela Lei nº 8.952/94 *não se mostra necessário o reconhecimento da firma do outorgante* nas procurações *ad judicia*, porquanto até os instrumentos com outorga de poderes especiais igualmente dispensam essa formalidade, após a reforma da referida lei, se a outorga é utilizada exclusivamente perante o juízo da causa" (STJ, Ac. unân. 2ª T., REsp 296.489/PB, rel. Min. Humberto Martins, j. 6.11.07, *DJU* 19.11.07, p. 215).

> *admitem que possa ser verbal, embora confundindo-a com o mandato, isto é, sem que tenha a forma instrumental... O resultado dessa sinonímia absurda é a confusão entre mandato e representação, que leva à falsa ideia de que toda representação voluntária é mandato. Há que distinguir, pois, o contrato do ato jurídico unilateral, o mandado da procuração em sentido técnico. A própria contextura da procuração denuncia o caráter unilateral do negócio jurídico nela consubstanciado, pois, nesse ato, o representante não intervêm".*[25]

4. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE MANDATO

Disciplinado regularmente no Código Civil (arts. 653 *usque ad* 666), o depósito é um *contrato típico* e *nominado*, com um enquadramento facilitado.

Vejamos cuidadosamente:

i) de regra, é um *contrato unilateral;*

ii) pode se apresentar como um *contrato gratuito* ou *oneroso*, a depender das circunstâncias;

iii) é um negócio jurídico *personalíssimo*, genericamente compreendido;

iv) é contrato *consensual* e *não solene*.

Primeiramente, o mandato é um *contrato unilateral,*[26] na medida em que, no momento exato de sua formação, são estabelecidas obrigações para apenas uma das partes, que é o mandatário. O mandante assume, ordinariamente, a posição de credor.[27]

Consigne-se, porém, que, seguindo a mesma perspectiva do contrato de depósito, o mandato pode se converter em *bilateral*, se, durante a execução da avença, surgirem deveres jurídicos para o mandante. É o que se designa à *contrato bilateral imperfeito*, por conta dessa transmudação superveniente à sua natureza, quando, no curso da relação contratual, nascem direitos de crédito para o mandatário (oponíveis em face do mandante), como no caso da obrigação de reparar eventuais prejuízos e despesas do outorgado.

Outrossim, não se pode olvidar a possibilidade de estipulação expressa, pela vontade das partes, de remuneração devida ao mandatário (o chamado mandato oneroso). Nessa hipótese, a avença se mostrará desde logo, *ab initio*, por lógico, bilateral.

---

25. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 425.

26. Nesse sentido, GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 426; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p.389; NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 317.

27. Em oposição, registre-se a compreensão isolada de Maria Helena Diniz, advogando que esta figura se enquadraria como contrato bilateral "por gerar deveres tanto para o mandatário, quanto para o mandante, acidental e posteriormente à execução do mandato", *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 370. O raciocínio peca, entrementes, por esquecer que tais obrigações *acidentalmente* impostas ao mandante não possuem o condão de alterar a natureza negocial.

Por outro lado, a *gratuidade*, historicamente, foi compreendida como elemento da essência do mandato. No Direito Romano, chegou-se a dizer que *mandato que não fosse gratuito não era mandato*.[28] No mundo contemporâneo, a situação se alterou. No mais das vezes, quando uma pessoa assume a posição de mandatário, almeja, por profissão ou ofício, a obtenção de lucros, evidenciando uma feição econômica. O mandato já não mais é, essencialmente, gratuito. Ao revés, como já se vem dizendo na prática atual, *o mandato é ordinariamente oneroso*.[29]

Esclarecendo o assunto, o art. 658 da Codificação optou por uma posição intermédia:

> Art. 658, Código Civil: "O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.
>
> Parágrafo único. 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."

Nota-se, pois, que a *presunção de gratuidade é flexível*, cedendo espaço para a onerosidade quando (*i*) houver expressa disposição das partes ou (*ii*) quando o mandato é realizado por ofício ou profissão. Exemplificando, o *mandato profissional*, por presunção, é oneroso, salvo disposição contrária, como aquele celebrado com o advogado para representá-lo em juízo ou com o corretor de imóveis para a venda de bens, na medida em que são exercidos por ofício.[30]

Assim, no *mandato profissional* a presunção é de *onerosidade*, cabendo ao mandante, quando tiver interesse, fazer prova do ajuste expresso de gratuidade.[31]

Em se tratando de mandato com finalidade lucrativa, se as partes não estipularam o valor remuneratório (no instrumento contratual, por exemplo), o juiz o fará com esteio nos usos e costumes do lugar ou, não sendo o caso, por arbitramento, a partir de um juízo de razoabilidade, considerando o grau de dificuldade da atuação e a dedicação do mandatário no desempenho do múnus assumido. Cuida-se, como se nota, de uma expressa homenagem à diretriz da *socialidade*, perseguida pelo Código de 2002, na medida em que o juiz levará em conta o padrão de comportamento social daquele lugar.

---

28. Por sua vez, Pothier nele enxergava apenas "um *ofício de amizade*", apud NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 317.
29. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 427-428.
30. Nessa direção, Luiz Guilherme Loureiro: "o mandato profissional, seja com pessoa jurídica, seja com profissional liberal, é presumido como oneroso. A presunção, no entanto, é relativa, podendo ceder mediante prova em contrário", *Contratos no novo Código Civil*, op. cit., p. 458.
31. "Compete ao requerido (o mandante) comprovar a alegação de que o causídico se dispôs a defendê-lo de forma gratuita, porque paira sobre o mandato judicial a presunção legal de onerosidade. O mero fato de, outrora, ter o advogado aceitado atuar gratuitamente, por razões de desprendimento e humanidade, não leva à conclusão de que o mandato judicial *sub examine* também foi gratuito, especialmente quando o conjunto probatório aponta em sentido contrário" (TJ/MG, Ap. Cív. 1.0074.06.031787-7/001, rel. Des. Renato Matins Jacob, j. 6.9.07).

A jurisprudência é vigorosa ao patrocinar a tese:

> *"Na ausência de estipulação ou acordo, os honorários advocatícios são fixados por arbitramento judicial, com a remuneração compatível com o trabalho do advogado e o valor econômico da questão. Na hipótese dos autos, o estabelecimento do valor da condenação como parâmetro para o cálculo dos honorários advocatícios é a providência que melhor atende aos princípios da proporcionalidade, da equidade e da razoabilidade" (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp. 1.166.680/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.11.10, DJe 16.11.10).*

Entendemos que, havendo cassação do mandato *sem justa causa* pelo outorgante, a remuneração será devida *integralmente*. Havendo motivação circunstanciada, os honorários acordados entre as partes serão *proporcionais* ao trabalho executado.

No ponto, é de relevo lembrar, em relação ao advogado, que o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, expressamente alude à ação de arbitramento como mecanismo para dirimir controvérsias entre o profissional e o seu constituinte acerca do valor devido.

O prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança pelo mandatário contra o contratante é de cinco anos (CC, art. 206, § 5º, II, e Lei nº 8.906/94, art. 25), contados a partir da conclusão dos serviços ou da cessação do mandato.

Recusando-se o mandante ao pagamento da remuneração devida ao mandatário – ou mesmo ao ressarcimento das despesas e dos prejuízos assumidos no desempenho das funções – surge o *direito de retenção sobre o objeto da operação realizada*, podendo manter consigo eventuais vantagens que estejam em seu poder. Nesse diapasão, inclusive, cimentou-se compreensão no Enunciado 184 da Jornada de Direito Civil:

> *Enunciado 184, Jornada de Direito Civil: "Da interpretação conjunta desses dispositivos (CC, arts. 664 e 681), extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que lhe for devido em virtude do mandato, incluindo-se a remuneração ajustada e o reembolso de despesas."*

O mandato é, ainda, *personalíssimo* ou *intuitu personae* por estar assentado na confiança depositada reciprocamente.[32,33] Bem por isso, pode ser revogado ou renunciado, a qualquer tempo (CC, art. 683). Até porque, como *confiança não se tem pela metade*, havendo algum abalo na fidúcia recíproca, qualquer das partes pode promover a *resilição unilateral* (denúncia), permitida, logicamente, pela natureza do negócio.

Finalmente, é *contrato consensual*, não se exigindo qualquer formalidade para a sua celebração, satisfazendo-se pela simples declaração de vontade das partes. Enfim, é bastante o simples consentimento das partes para o aperfeiçoamento da convenção.

---

32. "Só a alguém em quem se confia se concedem poderes para a prática de negócios jurídicos ou administração de interesses. Estipula-se o contrato em consideração à pessoa do mandatário. É, em suma, contrato *intuitu personae*", consoante a reflexão de Orlando Gomes, *Contratos*, op. cit., p. 427.

33. "A circunstância de o mandatário receber poderes para atuar em nome de outrem é baseada na confiança que decerto o mandatário inspira ao mandante, tratando-se, inequivocamente, de um contrato realizado *intuitu personae*" (TJ/RJ, Ac. 16ª Câm. Civ., AgInstr.2003.00200051, rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 25.3.03).

Bem por isso, o contrato de mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito (CC, art. 656).[34]

Será expresso quando *a relação contratual decorre de manifestação volitiva das partes*, seja verbal ou escrita. Considera-se expresso o mandato quando há vontade declarada não apenas em um instrumento contratual mas também por carta, telegrama ou mesmo por *e-mail*. É o que ocorre, ilustrativamente, quando o advogado e o cliente celebram um negócio jurídico para que o profissional proponha uma determinada demanda. Evidentemente, quando a manifestação de vontade é verbal, impõe-se ao interessado fazer prova do negócio jurídico através de qualquer dos meios admitidos em lei.

Por outro turno, será tácito *se advém da efetiva prática de atos em benefício do mandante* (enfim, do comportamento do mandatário). Embora a regra geral do mandato judicial, concedido para que o advogado defenda a parte em juízo, seja a forma expressa (CPC, art. 105), na Justiça do Trabalho tolera-se o mandato tácito, "decorrendo de um conjunto de atos praticados pelo advogado em nome da parte", como explica Carlos Henrique Bezerra Leite.[35] Um bom exemplo de mandato tácito é o comparecimento do advogado na audiência trabalhista, independentemente de qualquer instrumento escrito, acompanhando a parte e defendendo os seus interesses no processo.[36]

Há, contudo, exceção à liberdade de formas no mandato. É que o art. 657 do Código de 2002 exige que a outorga do mandato atenda à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Cuida-se do princípio da simetria de formas ou identidade formal entre o mandato e o negócio jurídico: se o ato a que se destina o mandato subordina-se a uma solenidade, exige-se idêntica forma para o mandato. Desse modo, o mandato verbal não é admitido para os casos em que o ato tenha de ser praticado de forma escrita. Exemplificando, se o mandato é para que o outorgado celebre uma compra e venda de bem imóvel, em valor superior a trinta salários-mínimos (CC, art. 108),[37] considerando que o ato a ser efetivado tem de ser por escritura pública, o mandato também tem de sê-lo. Noutro exemplo, exige-se que o mandato para casamento seja por escritura pública, com poderes especiais, em face da solenidade exigível para o ato.

Para além dos critérios classificatórios apresentados (unilateral, gratuito ou oneroso, personalíssimo e consensual), vale o registro de que o mandato é considerado um *contrato preparatório*, de caráter instrumental, porque a sua finalidade é

34. Art. 656, Código Civil: "o mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito".

35. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, op. cit., p. 416.

36. "Representação processual. Justiça do Trabalho. O chamado *mandato tácito*, admitido na Justiça do Trabalho, pressupõe o comparecimento da parte à audiência e a notícia, na ata respectiva, de que esteve assistida por profissional da advocacia devidamente identificado. A assinatura de peças não o caracteriza" (STF, Ac. 2ª T., AgRegAg 163287/MG, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 4.8.95).

37. Art. 108, Código Civil: "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".

habilitar o outorgado à prática de outros atos, desejados pelo mandante,[38] que serão realizados através de outras condutas, não contidas em si mesmo. Gustavo Tepedino, confirmando a caracterização do mandato como *contrato preparatório*, assegura que é justificável o enquadramento por vincular "o intérprete finalisticamente aos objetivos a serem alcançados na relação contratual, a partir da identificação do escopo econômico comum perseguido pelas partes".[39]

5. OBJETO DO CONTRATO DE MANDATO

O espectro de cabimento do contrato de mandato é amplíssimo, sendo possível a sua celebração para a prática de quase todos os atos e negócios do cotidiano jurídico, sejam de conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial, desde que lícitos e possíveis.

Assim, admite-se a outorga de mandato para a celebração de um ato com conteúdo eminentemente econômico, como um contrato de compra e venda, de doação ou a concessão de uma fiança. Também o locador pode conceder mandato ao locatário para participar de assembleias realizadas no condomínio edilício. No campo do Direito Empresarial, é possível conceder mandato para o exercício do direito de voto nas assembleias gerais de uma sociedade anônima. A outro giro, também é admitido o mandato para a realização de outros atos, de conteúdo existencial, sem qualquer feição patrimonial, como a própria celebração de casamento (CC, art. 1.542), a adoção e o reconhecimento de um filho.

Mas não só os negócios jurídicos podem ser objeto de mandato. Também é admitida a prática de *atos jurídicos em sentido estrito*, como a confissão (CC, art. 213) ou a aceitação da herança (CC, art. 1.805). E, indo mais longe, também os *atos-fatos jurídicos* podem servir de objeto do mandato, como a aquisição de posse (CC, art. 1.205).

De outro lado, é possível ter como objeto obrigações de dar ou de fazer, somente não sendo tolerável, por motivos completamente óbvios, para obrigações de não fazer.[40]

Um importante aspecto a ser realçado, confirmando a amplitude do objeto desta convenção, é a inexistência de restrição à sua concessão para a prática de *atos materiais*, sem conteúdo jurídico direto. Miguel Maria de Serpa Lopes é lacônico, porém preciso, ao assegurar que o objeto do mandato "compreende tanto os atos jurídicos, como quaisquer negócios de natureza de fato".[41] Dizendo a nossa legislação (CC, art. 653) "*praticar atos ou administrar interesses*", já se pode antever que não se exclui da

38. Arnaldo Rizzardo é enfático: "todo mandato visa a realização de atos posteriores ou subsequentes", *Contratos*, op. cit., p. 680.

39. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 35.

40. A explicação de Renan Lotufo é elucidativa: "a instrumentalidade do mandato não se compadece com a inércia. Se não há uma ação exigível, não se tem objeto no mandato, não há sequência fática a ensejar a sua operatividade. O conteúdo da obrigação do mandatário é efetivamente positiva, envolvendo atos materiais e jurídicos necessários à satisfação do mandante", *Questões relativas a mandato, representação e procuração*, op. cit., p. 88.

41. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 313.

esfera do mandato a prática de atos meramente materiais.[42] Assim, é absolutamente possível a concessão de mandato para a prática de atos ajurídicos, como a fiscalização de trabalhadores em uma empresa ou a administração, reforma e limpeza de um imóvel.

Em todos os casos, o mandato pode ser celebrado para a prática de um único ato ou de um complexo de atos. Aliás, admite o sistema legal (CC, art. 660)[43] que este negócio jurídico se refira à administração geral dos interesses do mandante (CC, art. 661).[44] Ressalva-se, entretanto, que os atos de *alienação, hipoteca* e *transação*, além dos demais atos *que exorbitam o poder de administração*,[45] exigem a concessão de poderes especiais e expressos, não estando contidos na extensão objetiva e genérica dos *poderes de administração*. Isto porque estes *poderes gerais de administração* correspondem, tão somente, aos poderes de administração ordinária, sem individualização, como a conservação de um bem ou de um patrimônio.

Há, de qualquer forma, restrição à celebração de mandato para a prática de certo atos, tomando-se em conta interesses transcendentes aos particulares. As vedações ao mandato precisam estar expressas no sistema jurídico, como é o caso do testamento, do exercício do poder familiar, do depoimento pessoal no processo[46] e do direito ao voto. Nesses casos, o titular não pode ser fazer representar por terceira pessoa.

6. SUJEITOS DO CONTRATO DE MANDATO

6.1 Generalidades

A celebração do contrato de mandato exige a *capacidade genérica das partes para todo e qualquer negócio jurídico* (CC, art. 104). De regra, portanto, tanto o mandante quanto o mandatário precisam ser maiores e plenamente capazes.

42. A mesma opção foi adotada pelos ordenamentos francês, alemão, suíço e polonês e mereceu o apoio de Dernburg: "o mandato tem por objeto principalmente atos jurídicos, sejam negócios jurídicos ou atos processuais. Mas também a prestação puramente de fato pode ser objeto do mandato, se gratuita", apud ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 497.

43. Art. 660, Código Civil: "o mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante".

44. Art. 661, Código Civil: "o mandato em termos gerais só confere poderes de administração. § 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos. § 2º O poder de transigir não importa o de firmar compromisso".

45. Arrolam-se como atos que exorbitam os poderes da administração ordinária, exigindo-se, por conseguinte, a concessão de poderes especiais para: "a) dar e receber quitação; b) confessar dívida ou obrigação; c) remitir dívidas; d) renunciar a direitos; e) realizar novação; f) contrair empréstimos ou emprestar dinheiro; g) fazer opção; h) contrair matrimônio; i) reconhecer ou adotar filhos; j) prestar fiança ou aderir à dívida; k) eleger foro, l) emitir declarações cambiais (criação, endosso ou aval); m) prestar contas; n) constituir bem de família; o) recusar doação, com ou sem encargo, e aceitar doação com encargo; p) abrir conta corrente bancária; q) aceitar ou repudiar heranças; r) oferecer queixa-crime", ASSIS, Araken de, *Contratos Nominados*, op. cit., p. 64.

46. "O depoimento pessoal é ato personalíssimo, em que a parte revela ciência própria sobre determinado fato. Assim, nem o mandatário com poderes especiais pode prestar depoimento pessoal no lugar da parte" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 623.575, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.04, *DJU* 7.3.05).

Seguindo essa fórmula geral, preconiza o comando do art. 654 da Lei Civil:

> *Art. 654, Código Civil: "Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante."*

Obtemperando a regra, a própria legislação, mais adiante (CC, art. 666),[47] possibilitou ao *relativamente incapaz* atuar como mandatário, estabelecendo que o mandante assume, nesse caso, os riscos do negócio, não podendo acioná-lo como regra. Enfim, o mandante deve arcar com as consequências da escolha do menor para atuar como seu mandatário, assumindo as responsabilidades derivadas dos poderes outorgados. Trata-se de projeção concreta da *especial proteção do incapaz* – que, porém, não pode se converter em mecanismo de enriquecimento sem causa do menor, motivo pelo qual o proveito eventualmente obtido por conta do mandato *terá de ser restituído* através de uma *actio in rem verso*.

As regras ganham cores ainda mais vibrantes com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que desatrelou os conceitos de deficiência e incapacidade. Em razão disso, inclusive, é de se interpretar a aludida regra (CC, art. 666) como aplicável a qualquer das hipóteses de incapacidade relativa, previstas no art. 4º da Codificação, com a nova redação, e não apenas ao maior de dezesseis e menor de dezoito anos de idade.

De fato, as regras sobre a incapacidade são instituídas em benefício da pessoa, nada impedindo que lhe seja confiado um mandato para a prática de certos atos, se o outorgante nela deposita confiança. Outrossim, não se perca de vista o fato de que o terceiro com quem o mandatário travará relações estará celebrando negócios com o mandante, e não com o incapaz. Por isso, para este terceiro é irrelevante saber se o mandatário tem, ou não, capacidade, na medida em que está travando relações com o mandante.[48] Assim, parece justificável a opção legislativa brasileira. Por evidente, não pode o incapaz (absoluta ou relativamente) figurar como mandante, em nenhum caso, fulminado o ato por invalidade (nulidade ou anulabilidade, a depender do grau de incapacidade).

Como ninguém pode transmitir mais direitos do que tem, o mandante não pode outorgar poderes para a prática de atos para os quais não tenha capacidade ou legitimidade. Assim, exemplificativamente, um menor púbere (relativamente incapaz) somente pode constituir mandatário para casar se tiver a necessária autorização de seus pais.

A aferição da capacidade para o mandato deve ser realizada "na data da celebração do contrato. Se faltar no momento da formação do contrato, não terão validade

47. Art. 666, Código Civil: "o maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores".

48. "O mandante pode designar, como mandatário, pessoa que não seja maior e capaz, desde que nele deposite confiança; se, posteriormente, se convence de que mal escolheu o mandatário, que se queixe da própria incúria; mas o terceiro que tratou com o representante nada terá que ver com as consequências da má escolha", MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 274.

os atos dele decorrentes, se não convalidando o vício com a superveniente aquisição da capacidade por parte do mandante. A boa-fé do mandatário ou a do terceiro com quem o mandante contratual não suprem a ausência ou a limitação da capacidade", conforme advertência de Carlos Roberto Gonçalves.[49]

6.2 Mandato conjunto ou simultâneo

O mandato pode ser concedido a uma única pessoa ou, simultaneamente, através do mesmo instrumento inclusive, em favor de duas ou mais pessoas (CC, art. 672), estabelecendo uma multiplicidade de outorgados.

Figurando dois ou mais mandatários no contrato *"qualquer deles poderá exercer os poderes"* conferidos pelo outorgante (CC, art. 672), evidenciando que o sistema legal opta por uma presunção de *mandato solidário*, no qual cada um dos outorgados pode agir de forma isolada e independentemente dos demais.

É preciso cuidado para não confundir o *mandato solidário* com o *mandato conjunto propriamente dito*, aludido na segunda parte do citado dispositivo legal. Se houver expressa disposição do mandante, é possível impor uma atuação, necessariamente, conjunta ou simultânea aos outorgados, impedindo que atuem separadamente. Deve ser expressamente declarada no instrumento contratual.[50] Equivale a dizer, o ato praticado isoladamente por um dos outorgados *não terá eficácia perante o mandante*, respondendo quem o praticou perante os terceiros eventualmente interessados. Nada obstante, o outorgante pode ratificar a atuação isolada do mandatário, com eficácia *ex tunc*.

E, indo além, também se distingue do *mandato fragmentário* ou *fracionado* e do *mandato sucessivo*. Naquele (mandato fragmentário), os mandatários serão instituídos para praticar atos distintos, interligados uns com os outros, sem ordem de preferência e sem dependência. Atos autônomos. Ilustrando, imagine-se a concessão de mandato por uma empresa a um advogado e a um contador, para atuarem em suas áreas de conhecimento. Neste (mandato sucessivo), os outorgados praticam atos distintos, dependentes e subordinados entre si. Seria o caso de um mandato em favor de um corretor de imóveis (para que adquira um bem de raiz) e de um despachante (para providenciar o registro no cartório de imóveis).

6.3 Responsabilidade solidária no mandato

Buscando referência no art. 680 da Lei Civil, se o mandato é outorgado por duas ou mais pessoas para negócios que lhes sejam comuns, cada um deles é solidariamente responsável perante terceiros e perante o outorgado (pela remuneração, pelo

49. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 393.
50. OLIVEIRA, James Eduardo de. *Código Civil anotado e comentado*, op. cit., p. 499.

ressarcimento das despesas, pelas perdas e danos, pelos juros etc.), com direito de regresso em face do causador do dano.

É dizer: havendo mais de um mandante, presume-se uma responsabilidade solidária por todos os encargos quando a constituição decorreu de um mesmo instrumento convencional e desde que a administração diga respeito a negócios comuns a todos os outorgantes.

Por evidente, sendo outorgados diferentes mandatos, por diferentes pessoas, a um mesmo mandatário, restará afastada a solidariedade. Também não haverá solidariedade se, apesar de se constituir um mesmo outorgado em um mesmo instrumento, inexistir um negócio comum a todos os mandantes.

7. O SUBSTABELECIMENTO

Uma das fundamentais características do mandato é a sua celebração *intuitu personae*, isto é, levando em conta as idiossincrasias de cada uma das pessoas envolvidas. Afinal, como visto, trata-se de um negócio basicamente *fiduciário*.

Essa caracterização personalíssima, porém, não obsta a *transferência de poderes do outorgado para terceiros* com o escopo de que este atue na consecução das atividades-objeto do negócio jurídico. É o que se denomina *substabelecimento*, caracterizando, induvidosamente, uma verdadeira relação jurídica derivada ou acessória – que pressupõe, naturalmente, a existência de um mandato anterior.[51]

Note-se que a relação jurídica estabelecida entre mandante e mandatário permanece íntegra, não havendo uma cessão da posição contratual.

Malgrado a natureza personalíssima do contrato de mandato, considerando a possibilidade de *livre revogação a qualquer tempo*, o substabelecimento é um *direito do mandatário*, a fim de lhe garantir maior eficácia na sua atuação, somente lhe sendo vedado por expressa disposição contrária, constante de uma cláusula contratual específica.[52] O Superior Tribunal de Justiça endossa a tese de que o substabelecimento é prerrogativa do mandatário:

> *"A autorização expressa para substabelecer não é requisito essencial à validade do substabelecimento, uma vez que o mandato pressupõe o poder para (o mandatário) substabelecer a terceiro; ficará o substabelecente, entretanto, responsável pelos atos do substabelecido" (STJ, Ac. 3a T., REsp. 456.129/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 16.12.02, p. 330).*

51. O entendimento reinante em nossas Casas Judiciais é na direção de que o substabelecimento exige a comprovação da existência anterior de um mandato: "o substabelecimento deve obrigatoriamente vir acompanhado da procuração que outorgou os poderes ao substabelecente" (TJ/RS, Ac. 16ª Câm. Cív., AgInstr. 70039183801 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Ergio Roque Menine, j. 16.12.10, *DJRS* 7.1.11).

52. No mesmo diapasão, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 371.

No ponto, merece realce a extensão da responsabilidade do mandatário pelo substabelecimento. Sendo silente o contrato, o substabelecimento é possível e o mandatário somente responderá pelos danos decorrentes de culpa do substabelecido (CC, art. 667, § 4º), não havendo dever reparatório se decorrente o dano de caso fortuito ou força maior. Se o contrato o proíbe expressamente, os atos praticados pelo substabelecido serão válidos,[53] afinal o substabelecimento é direito do outorgado, mas ineficaz perante o mandante, não o obrigando, salvo ratificação expressa e ulterior (CC, art. 667, § 3º). Mas, havendo permissivo contratual quanto ao substabelecimento, o outorgado somente responderá por eventuais prejuízos causados ao mandante se procedeu culposamente na escolha do substabelecido (CC, art. 667, § 2º). Seria o caso de um substabelecimento em favor de um incapaz ou um insolvente.

O fundamento do substabelecimento é a facilitação da obtenção do resultado almejado pelo outorgante.

Sob o ponto de vista da sua extensão objetiva, o substabelecimento pode ser total ou parcial. Disso deflui, então, que ele pode se materializar *com, ou sem, reservas de poderes*. Nesse caso (sem reservas), o outorgado transfere integralmente todos os poderes que lhes foram concedidos, retirando-se da relação negocial, que prosseguirá entre o substabelecido e o outorgante.[54] Aqui, o mandatário originário demite-se de sua qualidade – equivalendo a uma verdadeira renúncia de mandato.[55] Naquela outra hipótese (com reservas), o mandatário transfere alguns poderes para que o terceiro auxilie na realização das atividades, permanecendo como parte do contrato, não perdendo a qualidade de mandatário.

Um esclarecedor exemplo do substabelecimento com reservas é aquele realizado pelo advogado, domiciliado no interior do país, que, impedido de realizar uma sustentação oral nos Tribunais Superiores, em Brasília, pode substabelecer, *com reservas*, para um colega que atue na Capital Federal, com o fito de este realizar o ato, em favor do mandante (o cliente).[56]

53. "Esta Corte Superior consagrou o entendimento de que a vedação ao substabelecimento *não invalida a transmissão de poderes, mas apenas torna o substabelecente responsável pelos atos praticados pelo substabelecido*" (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgRg no Resp. 1.052.866/MS, rel. Des. Convocado Vasco Della Giustina, j. 23.11.10, *DJe* 3.12.10).

54. "É sabido que o substabelecimento, quando ocorre em reservas de poderes, revoga todos os poderes concedidos ao advogado substabelecente, não mais podendo atuar no processo. Por outro lado o novo patrono tem no substabelecimento seu próprio instrumento procuratório, devendo assim, ser apresentado como documento obrigatório, vez que indica a correta instrumentalização dos autos" (TJ/PB, Ac. unân. 2ª Câm. Cív., AgInterno 00720000004502002 – comarca de João Pessoa, rel. Juiz de Direito Convocado Eduardo José de Carvalho Soares, j. 11.5.10).

55. Considerando que o substabelecimento sem reservas é equiparado a uma renúncia ao mandato outorgado, incide a regra ínsita no art. 688, exigindo uma expressa comunicação ao mandante. No âmbito do mandato judicial, o art. 24, § 1º, da Lei nº 8.906/94, impõe ao profissional da Advocacia o dever de notificação prévia e inequívoca do seu cliente, quando se tratar de substabelecimento sem reservas.

56. Por curiosidade, o art. 26 da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia é de clareza solar ao prescrever que "o advogado substabelecido, com reserva de poderes, não pode cobrar honorários sem a intervenção daquele que lhe conferiu o substabelecimento".

O substabelecimento sem reservas pode ser ilustrado na hipótese de desavença entre o mandatário e o mandante, sem que o objeto contratado tenha perecido. No caso, sanando o problema, o mandatário transfere, integralmente, os seus poderes para um terceiro (normalmente, indicado pelo próprio mandante), evitando uma ruptura mais contundente da relação por meio de uma revogação de poderes. No caso de substabelecimento sem reservas do mandato judicial, o advogado substabelecente permanece responsável pelos atos processuais de interesse do seu constituinte pelo prazo de dez dias, a contar da notificação, desde que necessário para evitar prejuízo iminente (CPC, art. 112).[57]

Por se tratar de ato derivado, seguindo o mesmo modelo do mandato, o substabelecimento pode dispor que a atuação do substabelecido ocorrerá *em conjunto* ou *separadamente*, conferindo uma maior, ou menor, autonomia ao substabelecido.

E, nessa mesma linha de intelecção, o objeto do substabelecimento não pode conter mais poderes do que os que foram concedidos ao mandatário substabelecente. Elementar, pois ninguém pode ceder o que não tem. Por exemplo, se o mandato foi concedido com poderes gerais, não pode o substabelecimento conter poderes especiais.

Demais de tudo isso, o substabelecimento pode ser efetivado por instrumento particular, mesmo que o mandatário tenha recebido poderes através de uma escritura pública.[58]

Todavia, será necessário o substabelecimento por instrumento público quando a forma pública integrar a substância do ato a ser praticado e, por conseguinte, quando o próprio mandato tinha de ser entabulado por meio de uma solenidade. Isto porque não seria crível que o negócio principal (o mandato) exigisse solenidade como integrante da substância do ato e o acessório (substabelecimento) desatendesse à exigência formal. Esta solução mereceu aplausos do Enunciado 182 da Jornada de Direito Civil:

> *Enunciado 182, Jornada de Direito Civil: "O mandato outorgado por instrumento público previsto no art. 655 do Código Civil somente admite substabelecimento por instrumento particular quando a forma pública for facultativa e não integrar a substância do ato."*

Invocando um exemplo usual e de fácil assimilação, se um mandatário recebeu poderes para alienar um imóvel cujo valor excede a trinta salários mínimos (CC, art. 108) através de um mandato outorgado por escritura pública, somente poderá substabelecer os seus poderes por instrumento solene e público. Mas, se o objeto do mandato era a atuação judicial de um advogado, não se exigindo solenidade para o mandato, o substabelecimento pode ser por instrumento particular.

---

57. Art. 112, Código de Processo Civil: "o advogado poderá renunciar ao mandato a qualquer tempo, provando, na forma prevista neste Código, que comunicou a renúncia ao mandante, a fim de que este nomeie sucessor. § 1º Durante os dez dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo. § 2º Dispensa-se a comunicação referida no caput quando a procuração tiver sido outorgada a vários advogados e a parte continuar representada por outro, apesar da renúncia."

58. Art. 655, Código Civil: "ainda quando se outorgue mandato por instrumento público, pode substabelecer-se mediante instrumento particular".

8. ATUAÇÃO DAS PARTES (MANDANTE E MANDATÁRIO)

8.1 Obrigações do mandante

Por se tratar de um contrato ordinariamente *unilateral*, o mandato não desperta, como regra, a imposição de obrigações a quem outorga poderes a um terceiro.

Todavia, na execução da avença, podem surgir consequências impostas ao mandante, com o propósito de garantir a perfeita consecução das atividades outorgadas ao mandatário. Outrossim, não se pode olvidar ainda a possibilidade de mandato oneroso, com estipulação de remuneração ao mandatário.

Por conta disso, é possível arrolar didaticamente as *obrigações do mandante*, a partir da compreensão dos arts. 675 a 681 do Código de 2002, da maneira a seguir exposta:

i) *satisfação das obrigações assumidas pelo mandatário dentro do limite dos poderes conferidos* (CC, art. 675),[59] inclusive adiantando as importâncias necessárias à execução do mandato, quando o mandatário lhe pedir, sob pena de rescisão por inexecução voluntária, com eventuais perdas e danos; em se tratando de obrigações assumidas pelo outorgado *excedendo os limites do mandato*, não se pode, de ordinário, compelir o mandante ao cumprimento, salvo quando restar caracterizado o chamado *mandato aparente* em face da necessidade de proteção do terceiro de boa-fé;

ii) *pagamento da remuneração do mandatário* (CC, art. 676), na hipótese de mandato oneroso, por expressa disposição das partes ou por conta do exercício profissional, mesmo que o negócio não tenha surtido o efeito aguardado;[60,61]

iii) *pagamento dos juros* relativos aos desembolsos antecipados pelo outorgado, desde a data em que foram realizados (CC, art. 677);

iv) *ressarcir o mandatário das despesas assumidas durante a execução do encargo* (CC, art. 678), salvo quando derivadas de excesso de poder ou de culpa do

59. Pertinentes as ponderações de Fábio Ulhoa Coelho, atestando que se trata da mais importante obrigação do mandante: "a principal obrigação imputada pela lei ao mandante, por isso, é a de responder perante terceiros pelas obrigações contraídas em seu nome pelo mandatário. Para que ocorra a vinculação, entretanto, é necessário que a declaração feita em nome do mandante insira-se no objeto do mandato", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 319.

60. James Eduardo Oliveira chama a atenção para o fato de que se espera "do mandatário a dedicação efetiva ao adimplemento dos deveres assumidos, não lhe sendo exigível a consecução do resultado aspirado pelo mandante. Por isso, o pagamento ao mandatário da remuneração ajustada e das despesas efetuadas não está condicionado ao êxito esperado pelo mandante", *Código Civil anotado e comentado*, op. cit., p. 501.

61. Em caso de substabelecimento, a remuneração deve ser paga por quem se vinculou diretamente ao substabelecido. Também assim, GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*,cit., p. 781.

outorgado, sob pena de se deferir ao outorgado o direito de retenção até ser reembolsado (CC, art. 681);[62]

v) *satisfazer obrigações assumidas pelo mandatário*, dentro dos limites do contrato, mesmo que contrarie instruções do outorgante (CC, art. 679).

8.2 Obrigações do mandatário

Evidentemente, o mandatário assume diferentes obrigações.

Aliás, é de se reconhecer que a imposição de deveres jurídicos (CC, arts. 667 a 674) ao mandatário é da própria estrutura desse contrato, na medida em que a sua atuação é essencial para a consecução do objeto contratado pelas partes.

Vejamos:

i) *obrigação de fazer, correspondente a uma atuação diligente na execução do contrato, no limite dos poderes que lhe foram confiados pela convenção,*[63] inclusive reparando prejuízo decorrente de culpa própria, excesso ou abuso de poder ou de pessoa eventualmente indicada por ele, quando houve substabelecimento sem prévia autorização do mandante;

ii) *dever de prestar contas de sua administração e gerência* ao mandante (CC, art. 668),[64] inclusive com a entrega de eventual saldo financeiro favorável,[65] salvo na hipótese de mandato em causa própria, que dispensa a prestação de contas. O direito de exigir contas reconhecido ao mandante pode ser exercido, processualmente, por meio do procedimento especial previsto nos arts. 550 a 553 do Código de Processo Civil. Possuindo algum resultado em seu favor, no entanto, o outorgado não pode promover uma compensação (CC, art. 669), por não serem dívidas líquidas, certas e exigíveis. Para tanto, deve ser promovida uma ação ressarcitória em desfavor do mandatário,

62. "A retenção, aqui, dirige-se a satisfazer os gastos exigidos para o exercício da função. Como na atuação anterior, não importa esta faculdade em pagamento direto, o que pode ser admitido se determinados os valores de despesas, reconhecidos pelo mandante, e consistentes em dinheiro a retenção", RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, op. cit., p. 719.

63. "O mandatário assume obrigação de fazer, consistente em representar o mandante num ou em vários atos e negócios jurídicos. Ele deve cumpri-la com extrema diligência, como se estivesse administrando seu próprio interesse. Para ser diligente, por outro lado, ele não pode extrapolar os limites de seus poderes", COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 316.

64. "(...) 3. Nos termos do artigo 668 do Código Civil, o mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja. 4. Com efeito, doutrina e jurisprudência, tendo em vista o comando legal, são unânimes quanto a indissociável relação entre o contrato de mandato e o dever do mandatário de prestar contas ao mandante. Precedentes." (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.215.825/SP, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 15.10.15, DJe 7.12.15).

65. "Mandato. Dever de prestar contas e devolver os valores apropriados injustificadamente. Ato ilícito. O dever de prestar contas e devolver os valores recebidos em nome do mandante, quando não devidamente justificados pelo exercício dos poderes outorgados, é inerente ao instituto do mandato, sob pena de configurar ato ilícito" (TJ/PE, Ac. unân. 3ª Câm. Cív., Ap. Cív. 169258-2 – comarca de Recife, rel. Des. Sílvio de Arruda Beltrão, j. 5.3.09).

cujo prazo prescricional, segundo entendimento da Corte Superior, é de dez anos;[66]

iii) *pagar os juros relativos à devolução de quantias ao mandatário* (CC, art. 670), desde a data em que deveria ter restituído;[67]

iv) *restituir o bem adquirido em nome próprio,* quando deveria ter adquirido em nome do mandante (CC, art. 671), sob pena de ser ajuizada contra si uma ação para a entrega de coisa certa (CPC, art. 498);[68]

v) *concluir os atos e negócios jurídicos já iniciados,* quando o contrato se extinguir por morte, incapacidade ou mudança de estado superveniente ao mandante.

8.3 O abuso do poder e o excesso de poder pelo mandatário

Apesar da natural tentação de confundir *abuso* e *excesso de poder*, sobreleva perceber que são situações diversas.

Ocorre *abuso de poder pelo mandatário* quando ele, no desempenho de suas atividades, sem exceder os limites expressamente estabelecidos pelo mandante, atua contrariamente às instruções que lhe foram dadas, implícita ou explicitamente, pelo outorgante.

Esse abuso de poder não concerne às relações estabelecidas entre o outorgado e os terceiros que com ele celebraram negócios jurídicos, em face do contrato. Trata-se de um incidente na relação jurídica interna, travada entre o mandante e o mandatário apenas. Daí a assertiva de que *no que concerne à pessoa com quem o mandatário negociou, não se configura abuso dos poderes,*[69] na medida em que o mandatário não extrapolou os poderes concedidos. Logo, o mandante permanece responsável pelas obrigações assumidas pelo mandatário.

Situação distinta ocorre quando o mandatário *excede à limitação de poderes confiados pelo mandante*. Em tal hipótese, o mandante não responde pelos atos praticados, uma vez que estará limitado pelo seu interesse, expressamente previsto na avença.

Sublinhe-se à saciedade: *o mandante só fica vinculado aos atos praticados em seu nome pelo outorgado se observados os limites dos poderes conferidos pelo contrato*

66. "No caso, cuida-se de ação de indenização do mandante em face do mandatário, em razão de suposto mau cumprimento do contrato de mandato, hipótese sem previsão legal específica, circunstância que faz incidir a prescrição geral de dez anos do art. 205 do Código Civil de 2002". (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgRg no REsp. 1.462.661/PI, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.8.15, DJe 26.8.15).

67. "Caso o mandatário tenha utilizado, em proveito pessoal, de valores recebidos em função do mandato, deverá pagar ao mandante os juros correspondentes ao período", NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 405.

68. Vale conferir a ponderação de Arnaldo Rizzardo: "é inerente à boa-fé e à fidúcia que devem imperar na relação de mandato essa decorrência. Inadmissível que o mandatário se valha do cargo e da confiança para desviar as compras e se favoreçer ilicitamente", *Contratos*, op. cit., p. 716.

69. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., p. 65-66.

de mandato,[70] não respondendo pelo *excesso de mandato*. Trata-se de simples desdobramento da preservação de sua declaração de vontade, já que não pode se obrigar, ordinariamente, uma vez que pelo que não manifestou seu desejo.

Exemplificando, se um mandatário tinha poderes para alugar um determinado bem e o concedeu em comodato, extrapolou, visivelmente, os limites do contrato, não obrigando o mandante em relação ao terceiro.

No ponto, inclusive, a regra do art. 662 do *Codex* ampara a tese, confirmando que "os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados".

Observe-se que o ato praticado pelo mandatário com excesso de poder *existe* e é *válido* entre as partes celebrantes. E, mantendo o caminho, é *eficaz* entre eles também. Ou seja, é *res inter alios acta*;[71] apenas não produzirá qualquer *efeito jurídico* sob a esfera de interesses do mandante, na medida em que extravasou os confins divisórios estabelecidos no contrato.

Conforme a lição de Gustavo Tepedino, "a ausência de poder equivale à ausência de representação, sem a qual inexiste causa jurídica que legitime a assunção do vínculo diretamente pelo mandante".[72]

A orientação jurisprudencial confirma a inexistência de responsabilidade do mandante pelo excesso de poder do mandatário, salvo na hipótese de boa-fé do terceiro. Vale conferir:

> *"A propósito, é da essência do contrato de mandato que o representante se obriga a realizar negócios em favor da representada e a agir de acordo com as orientações desta, não podendo, sem expressa previsão, exceder aos limites da representação. Destarte, não pode a representada fazer concessões, conceder descontos nos preços, dilatar prazos ou deferir quaisquer outras vantagens, sem expressa previsão no instrumento de mandato" (TJ/SP, Ac. 35a Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 784597005, rel. Des. Artur Marques, j. 20.2.06).*

De qualquer forma, é absolutamente possível a convalidação (ratificação) do ato excessivo praticado pelo mandatário, de maneira expressa ou tácita, até mesmo em respeito ao caráter volitivo do negócio e homenageando a teoria do aproveitamento da vontade.[73]

---

70. Ruy Barbosa, com sua genialidade, disparou, de há muito, que o mandante "só é responsável pelos atos do mandatário, dentro dos limites do mandato", apud GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 724.

71. "Não há, portanto, nulidade do ato. Se de nulidade se tratasse, *não se admitiria a ratificaÃão*, com eficácia *ex tunc*. Além disso, o ato nulo não poderia produzir qualquer efeito, e o praticado sem mandato ou com excesso só não produz efeitos frente ao mandante, mas os produz entre o terceiro contratante e o mandatário", consoante alerta de Marcus Vinícius Rios Gonçalves, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 723.

72. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 86.

73. "É possível a ratificação, por ato inequívoco do mandante, de ato praticado com excesso de poder pelo mandatário" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 960.075/MS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 6.5.08, *DJe* 3.9.08).

Ademais, em sendo caso de *mandato aparente*, é preciso reconhecer a necessidade de solução distinta, na medida em que um terceiro de boa-fé confiou na existência de poderes para que o mandatário praticasse atos vinculativos ao mandante, em face de circunstâncias externas (aparentes), decorrentes da atitude do próprio outorgante. Trataremos em seguida e com minúcias da questão.

9. MANDATO E TERCEIROS DE BOA-FÉ (O MANDATO APARENTE)

A ausência de concessão de poderes ao terceiro, a rigor, isenta o mandante de qualquer responsabilidade, tornando-se imune aos vínculos e aos fatos praticados pelo mandatário.

Entrementes, prestando justa homenagem à boa-fé, que é pedra angular das relações privadas, o estudo do contrato de mandato não pode se afastar do princípio da notoriedade – notadamente, da conhecida teoria da aparência – protegendo juridicamente o terceiro de boa-fé.

Com isso, é possível sustentar que, se uma pessoa atua, aparentemente (aos olhos de todos), como se tivesse poderes para representar uma outra, é possível, hipoteticamente refletindo, sustentar a decorrência de responsabilidade civil, prestigiando o comportamento ético das partes (boa-fé objetiva) e resguardando a boa-fé (subjetiva) de terceiros.

Equivale a dizer: pode haver celebração de um contrato de mandato não apenas de forma expressa, mas, também, de modo comportamental. E, assim, gerar a responsabilização de alguém cujo comportamento, comissivo ou omissivo, contribuiu para despertar em terceiros a justa expectativa de que um terceiro atuava em seu nome.

Quando a aparência de celebração de negócio é idônea por suscitar a confiança ou a representação mental, o criador desta situação concreta (aparente) está vinculado ao resultado.[74] É a chamada *teoria da aparência*, que aqui ganha terminologia própria: *mandato aparente*.

Seria o caso do representante comercial, que, não raro, visita clientes e celebra contratos, vestido com uniforme da empresa, mas, de ordinário, sem apresentar o contrato de mandato que estaria a lhe conferir poderes para tanto. Também é o caso do terceiro que adquiriu um bem do mandatário após a extinção do mandato, decorrente, por exemplo, de revogação ou morte desconhecidas do adquirente. Outro exemplo é construído doutrinariamente: "considere que Fabrício, anos a fio, vem negociando com Germano por meio de Hebe, procuradora deste último; e que Hebe perde seus poderes de representação por força de revogação do mandato por Germano, mas isso não é comunicado a Fabrício. Nesse caso, se Hebe, ostentando ainda a aparência de continuar representando Germano, entabula negociações com Fabrício,

74. KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no Direito Privado*, op. cit., p. 82.

em tutela da boa-fé deste, a lei determina a vinculação do antigo mandante pelos atos praticados em nome dele".[75]

Com o mesmo pensar, Sebastião José de Assis Neto expõe: "por isso se deve concluir que, no caso do empregado que habitualmente realiza vendas de mercadorias para e em nome do empregador, há mandato tácito; assim, eventual venda não expressamente autorizada a terceiro de boa-fé tem validade e vinculado o empregador".[76]

O pensamento é compartilhado pela jurisprudência:

> *"I – O pecuarista que de forma habitual compra e vende gado com objetivo de lucro qualifica-se como comerciante, ficando, nessa condição, obrigado por alienação de bovinos realizada pelo gerente geral da fazenda a terceiros de boa-fé [...]*
>
> *III – A teoria da aparência mostra-se aplicável nos casos em que o vendedor, gerente ou pessoa equiparada, por expressa ou tácita permissão do comerciante, vende mercadorias, salvo se comprovado erro inescusável ou má-fé do adquirente" (STJ, Ac. 4a T., REsp. 12.811/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 31.5.93, DJU 30.8.93, p. 17.294).*

Tudo isso porque não se duvida que a exteriorização da vontade também é possível por meio de atos e comportamentos concludentes que permitem aos terceiros confiar, acreditar, na relação jurídica que se vislumbra. Em outra expressão: não raro, apesar da inexistência de um contrato de mandato, a situação apresenta-se de forma aparente, ensejando a caracterização da representação. Conforme Mairan Gonçalves Maia Júnior, em obra dedicada ao tema, "na representação aparente, apesar de não existir a manifestação de vontade do representado em outorgar poderes, a conduta dele, objetivamente considerada, contribui para formar no terceiro a convicção de ter sido outorgada procuração".[77]

Nesse sentido, admitindo a representação aparente, existem importantes precedentes em nossos Pretórios:

> *"Locação. Contrato. Novo aluguel. Efetivação por pessoa que não era sócio da locatária, mas por ela respondia. Configuração de mandato tácito. Validade. Se a contratação do novo aluguel veio a ser efetivada entre a locadora e quem, embora não sendo sócio da locatária, por ela respondia, tal como de fato veio a ocorrer em situação pretérita, sem qualquer oposição daquela, válido se mostra o acordo, porque tem-se configurado verdadeiro mandato tácito" (2º TACiv. SP, Ac. 4a Câm., Ap. Civ. 518.102, rel. Juiz Mariano Siqueira, j. 26.5.98).*
>
> *"Vigora em nosso sistema a teoria da aparência que impõe a validade do ato praticado por pessoa que apresente sinais exteriores de poderes, influenciando a credibilidade do homem médio. Com esta teoria, o ordenamento prestigia as relações que se baseiam na confiança e na boa-fé..." (TJ/RJ, Ac. 13a Câm. Civ., rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 17.9.03).*

75. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 325.
76. ASSIS NETO, Sebastião José de. *Curso básico de Direito Civil*: obrigações e contratos, op. cit., p. 283.
77. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no negócio jurídico, op. cit., p. 113.

De qualquer sorte, impende lembrar que "a proteção da confiança não pode ser tutelada de maneira ilimitada, sob pena de se violar o princípio da segurança jurídica, atribuindo-se ao representado, em face de terceiros, consequências jurídicas provenientes de ato para o qual não outorgou poderes. Afirma-se, por isso mesmo, que tal ônus somente se justifica se o representado contribuiu com sua ação ou omissão, para a representação aparente".[78]

Na hipótese de responsabilidade do mandante por ato praticado pelo mandatário aparente, haverá, via de consequência, de se facultar àquele o direito de regresso em face do mandatário aparente.[79]

O fundamento do reconhecimento do mandato aparente decorre, sem qualquer dúvida, da proteção jurídica da boa-fé.

10. ESPÉCIES DE MANDATO

Fazendo uma prospecção doutrinária, é possível encontrar diferentes figuras de mandato, a partir de diferentes perspectivas, que merecem referência.

Perceba-se, didaticamente.

i) Quanto à origem:

O mandato pode ser *legal, judicial* ou *convencional*, a depender do ato que o originou.

Será *legal* quando a lei impõe a algumas pessoas um mandato para atuar em nome de outras. É o caso da obrigação imposta aos pais para a administração de bens de seus filhos menores.

Noutra perspectiva, o mandato será *judicial* quando um ato judicial confere a alguém a atuação em favor de outrem, como na hipótese do inventariante, que atua na defesa dos interesses do espólio.

Já o mandato *convencional* advém da manifestação de vontade das partes (mandante e mandatário), pelo qual um dos contratantes constitui a outra parte para realizar um ato (ou um complexo de atos) em seu favor. Vale mencionar que o mandato voluntário pode tender à defesa dos interesses do mandante em juízo, hipótese que

78. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 87-88.

79. "O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: *(i)* a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, *(ii)* o terceiro conhecia do excesso de mandato, e *(iii)* a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica. Verificada a boa-fé do terceiro, restará à pessoa jurídica exigir a reparação pelos danos sofridos em ação regressiva a ser proposta contra o administrador que agiu em excesso de mandato" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 448.471/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 30.3.04, *DJU* 14.4.03, p. 221).

merecerá a denominação de *mandato ad judicia*. Vocacionado, no entanto, à defesa de outros interesses, fora da esfera judicial, será nominado *mandato ad negotia*.

No que tange ao *mandato ad judicia*, que é consequencial ao contrato de prestação de serviços celebrado com um advogado, convém relembrar que é dispensável o reconhecimento da firma do outorgante (CPC, art. 105),[80] em face da dinâmica necessária aos atos processuais. Ainda em relação ao mandato ad judicia (para atuar em juízo), conferido a um advogado, o aludido dispositivo processual estabelece que estão presumidos no citado instrumento os poderes de receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir da demanda, renunciar, dar e receber quitação, firmar compromissos e assinar a declaração de hipossuficiência.

ii) Quanto ao modo de manifestação de vontade:

Considerando as diferentes maneiras de declarar vontade, o mandato pode se apresentar como *verbal* quando a parte manifestar a sua vontade sem qualquer suporte instrumental. É o exemplo do mandato *apud acta*, em plena ata de audiência.

Por outro lado, será *escrito* quando estiver materializado em um suporte instrumental. O mandato *ad judicia*, obrigatoriamente, tem de ser escrito, para que o advogado prove a sua investidura e a atuação em nome do cliente. Havendo urgência, o advogado pode, contudo, atuar sem procuração escrita, assumindo o dever de apresentá-la em prazo não superior a quinze dias (CPC, art. 104).[81]

Relembre-se que a depender da natureza do ato a ser praticado pelo mandatário pode ser exigível uma declaração solene do mandante, como no caso do mandato para casamento, que precisa ser outorgado por escritura pública, com poderes especiais.

iii) Quanto à extensão dos poderes conferidos ao mandatário:

Volvendo a visão para uma outra dimensão, o mandato pode ser *geral* ou *especial*.

80. Art. 105, Código de Processo Civil: "a procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica. § 1º A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei. § 2º A procuração deverá conter o nome do advogado, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo. § 3º Se o outorgado integrar sociedade de advogados, a procuração também deverá conter o nome dessa, seu número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo. § 4º Salvo disposição expressa em sentido contrário constante do próprio instrumento, a procuração outorgada na fase de conhecimento é eficaz para todas as fases do processo, inclusive para o cumprimento de sentença."

81. "De fato, se o caput do art. 104 do Código de Processo Civil de 2015 permite a intervenção do advogado para praticar atos urgentes independentemente de apresentação de instrumento de *mandato*, desde que se obrigue a apresentá-lo em quinze dias, não há motivo para que não se admita como um ato urgente (a que se refere o Código de Processo Civil) a interposição de um recurso de Agravo de Instrumento, cujo prazo é preclusivo" (TJ/PE, Ac. unân. 8ª Câm. Cív., AgInstr. 206352-7 – comarca de Vitória do Santo Antão, rel. Des. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, j. 13.510).

O *mandato geral* é o que decorre da simples concessão de poderes genéricos, caracterizados pela cláusula permissiva da prática de atos de administração. Nele, não se permite a prática de atos específicos, ficando restrito aos limites da *administração ordinária* dos interesses do mandante. É o exemplo da pessoa que, indo morar no exterior durante um determinado período, contrata um administrador para cuidar de seus interesses, que permanecem em solo nacional.

A outro giro, o *mandato especial* abrange a possibilidade de prática de atos específicos, como a alienação, a hipoteca, a transação, dentre outros atos (CC, art. 661). Nesse caso, conferem-se poderes "restritos ao ato a que se referem", não gerando responsabilidade para o mandante além do ato aludido, como percebe Fábio Ulhoa Coelho.[82] Ilustrativamente, seria a nomeação de um mandatário para atuar na outorga definitiva de escritura pública de compra e venda. Para a concessão de poderes especiais, impõe-se a identificação do objeto do contrato, como alude o Enunciado 183 da Jornada de Direito Civil.[83]

11. (IR)REVOGABILIDADE DO MANDATO

Lastreado em sólida base fiduciária, o mandato é contrato tipicamente de duração, com ampla revogabilidade, através de resilição unilateral (denúncia), a qualquer tempo, em face dessa peculiar natureza.

A explicação de Carlos Roberto Gonçalves é digna de encômios: "em regra, o mandato é celebrado no interesse do mandante que, por esse motivo, pode revogá-lo a qualquer tempo. Nada impede, todavia, que as partes, no exercício da autonomia da vontade, embora desnaturando o contrato de mandato, estipulem a irrevogabilidade, para guarnecer outro interesse".[84]

Naturalmente, a revogabilidade pode decorrer da vontade de qualquer das partes do negócio jurídico. Todavia, a depender de quem pratique o ato, pode se enquadrar como diferentes figuras jurídicas. Se a revogação é exercitada, concomitantemente, por ambas as partes, ganha o nome de *distrato*. Diferentemente, se o ato é praticado unilateralmente pelo mandante, será denominado de *revogação do mandato*,[85] por decorrer do exercício de direito potestativo de quem outorgou o contrato. Finalmente, se o ato decorre da vontade do mandatário, empresta-se a nomenclatura de *renúncia*,[86] por implicar abdicação dos poderes.

82. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 314.

83. Enunciado 183, Jornada de Direito Civil: "para os casos em que o § 1º do art. 661 exige poderes especiais, a procuração deve conter a identificação do objeto".

84. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 417.

85. Etimologicamente, *revogar* decorre da retirada da declaração de vontade (*re+vox*).

86. No caso de renúncia, impõe o art. 688 do Estatuto Civil que "a renúncia do mandato será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à 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".

É natural que a revogação do mandato, em qualquer de suas formas, produza efeitos jurídicos, inclusive eventuais efeitos econômicos, como o pagamento de eventuais despesas.

Calha à perfeição o exemplo da revogação do mandato para prestação de serviços advocatícios. Por se tratar de projeção natural da confiança recíproca, qualquer das partes pode, a qualquer tempo. Se o direito revocatório é exercido pelo advogado, permanecerá representando a parte por mais dez dias, a fim de preservar interesses urgentes, sem causar prejuízo à defesa dos direitos (CPC, art. 112, §1º). Lado outro, se a revogação é realizada pela parte, deverá constituir um novo advogado no mesmo ato, ou no prazo de quinze dias, além de pagar proporcionalmente os honorários a que faz jus o causídico, por conta do trabalho realizado até o momento. Se preciso, inclusive, pode se determinar a reserva de honorários em favor do advogado que atuou no processo, proporcionalmente à sua atuação profissional. Havendo, porém, conflito entre as partes acerca do valor da remuneração do advogado, o caminho será a discussão nas vias ordinárias.[87] De todo modo, registre-se a impossibilidade de se fixar multa contratual (cláusula penal) no contrato de mandato para advogado, em face de sua natureza fiduciária (baseada na confiança). Revogar ou manter os poderes conferidos a um advogado, por meio de mandato, é decisão personalíssima das partes envolvidas. Por isso, não é admitida a estipulação de cláusulas negociais restritivas, que podem servir como desestímulo à manifestação volitiva. A respeito, há interessante precedente da Corte Superior de Justiça:

> "(...) 2. Justamente em razão da relação de confiança entre advogado e cliente, por se tratar de contrato personalíssimo (intuitu personae), dispõe o Código de Ética, no tocante ao advogado, que "a renúncia ao patrocínio deve ser feita sem menção do motivo que a determinou" (art. 16). 3. Trata-se, portanto, de direito potestativo do advogado em renunciar ao mandato e, ao mesmo tempo, do cliente em revogá-lo, sendo anverso e reverso da mesma moeda, do qual não pode se opor nem mandante nem mandatário. Deveras, se é lícito ao advogado, por imperativo da norma, a qualquer momento e sem necessidade de declinar as razões, renunciar ao mandato que lhe foi conferido pela parte, respeitado o prazo de 10 dias seguintes, também é da essência do mandato a potestade do cliente de revogar o patrocínio ad nutum. 4. A cláusula penal é pacto acessório, por meio do qual as partes determinam previamente uma sanção de natureza civil – cujo escopo é garantir o cumprimento da obrigação principal –, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido, podendo ser compensatória ou moratória, a depender do cumprimento total ou parcial da obrigação. 5. No contrato de prestação de serviços advocatícios, em razão do mister do advogado, só há falar em cláusula penal para as situações de mora e/ou inadimplemento e desde que os valores sejam fixados com razoabilidade, sob pena de redução (CC, arts. 412/413). 6. Não é

87. "(...) Quanto à pretensão de reconhecimento do direito da sociedade de advogados de percepção dos honorários contratuais mesmo após terem sido revogados os mandatos outorgados, a jurisprudência deste Superior Tribunal consagra entendimento segundo o qual a reserva dos honorários contratuais em favor dos patronos é permitida mediante a juntada do contrato de prestação de serviços profissionais, antes da expedição do mandado de levantamento ou precatório, desde que não haja litígio entre o outorgante e o advogado." (STJ, Ac. unân. 2ª T., AgInt nos EDcl no REsp. 1.507.304/SC, rel. Min. Humberto Martins, j. 23.8.16, DJe 31.8.16).

possível a estipulação de multa no contrato de honorários para as hipóteses de renúncia ou revogação unilateral do mandato do advogado, independentemente de motivação, respeitado o direito de recebimento dos honorários proporcionais ao serviço prestado." (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.346.171/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.10.16, DJe 7.11.16)

De qualquer sorte, promovida a revogação do mandato, por qualquer das partes, não será possível prejudicar terceiros de boa-fé que, eventualmente, celebraram negócios jurídicos com o mandatário e que estarão protegidos em suas esferas jurídicas de interesses.

É admitido, contudo, o estabelecimento de uma cláusula de irrevogabilidade do mandato, em diferentes graus, de maneira absoluta ou relativa.

O art. 683 da Codificação, inspirado no art. 1.977 do Código Civil argentino, cuida da *irrevogabilidade relativa*:

> *Art. 683, Código Civil: "Quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos."*

Vê-se, portanto, que mesmo havendo cláusula de irrevogabilidade o mandante pode se retratar, revogando os poderes conferidos e ressarcindo os prejuízos sofridos pelo mandatário. Daí a assertiva de que se trata de uma irrevogabilidade *relativa*, não absoluta.

Já o comando do art. 684, também do *Codex*, trata da *irrevogabilidade absoluta*, como se pode perceber:

> *Art. 684, Código Civil: "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."*

Nessa hipótese, percebe-se que o mandato é irrevogável quando foi celebrado como *condição de um negócio bilateral* ou quando *estipulado no interesse exclusivo do mandatário*. Araken de Assis ilustra a hipótese, lembrando que "na compra e venda de automóveis usados, frequentemente o proprietário aliena o bem e constitui um terceiro seu mandatário, para que este transmita o bem".[88] Realmente o exemplo fala por si: quando alguém entrega um veículo à concessionária, como parte do pagamento, pode conferir um mandato a ela para que possa dele se desfazer, ainda em nome do mandante. É fácil sentir que, nesse particular, a irrevogabilidade se mostra absoluta.

12. MANDATO EM CAUSA PRÓPRIA

Considerando que *mandato* e *representação* constituem institutos distintos, o art. 685 da Codificação Reale[89] permitiu o *mandato em causa própria* (*in rem suam*).

88. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*, op. cit., p. 124.

89. Art. 685, Código Civil: "Conferido o mandato com a cláusula 'em causa própria', a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais".

O instituto foi engendrado no Direito Romano como um sucedâneo da cessão de créditos (porque, naquele momento, o crédito era irrenunciável), permitindo que o mandante investisse o mandatário no poder de exigir um determinado crédito e guardá-lo para si mesmo. Contornava-se, com a criação jurídica, o caráter personalíssimo da obrigação, através da outorga ao mandatário de poderes para receber o pagamento e fazê-lo seu, produzindo efeitos muito assemelhados a uma cessão de crédito.[90]

Empresta-se o nome de mandato em causa própria quando o mandatário "em causa própria, exerce os poderes em nome do procurado, *posto que para si*", invocando a cátedra, sempre oportuna, de Pontes de Miranda.[91]

Ou seja, atua o mandatário para si mesmo, motivo pelo qual está, obviamente, isento da prestação de contas (CC, art. 668).

Normalmente, o mandato em causa própria está inserido em outras relações negociais nas quais o mandante já teve esvaziado todo o seu interesse jurídico e, por isso, concede a um terceiro poderes para plenamente atuar em seu nome. Enfim, são negócios celebrados *no interesse exclusivo do outorgado, correspondendo, via de regra, a situações jurídicas em que o outorgante já viu os seus fins plenamente realizados. Subjacente ao contrato de mandato em causa própria, são localizáveis, frequentemente, outros negócios (contratos atípicos ou contratos interligados).*[92] *Assim, como os fins almejados pelo outorgante já foram atendidos, conferem-se poderes ao mandatário para, dali em diante, atuar em seu próprio interesse.*

É o exemplo de um mandato concedido pelo promitente-vendedor de um imóvel, em um contrato de promessa de compra e venda cujo valor já foi integralmente pago, para que o promitente adquirente atue em seu nome (alienante), celebrando o contrato definitivo e providenciando o registro junto ao cartório.[93]

Certamente, o cerne do mandato em causa própria está muito mais avizinhado de um negócio jurídico translativo de direitos, reais ou creditícios, a título oneroso ou gratuito, do que, especificamente, de um contrato de representação de interesses próprios. Isto porque, a despeito do desaparecimento dos motivos históricos que o ensejaram (uma vez que, hodiernamente, é possível ceder, livremente, o crédito), o fundamento de sua celebração é atribuir ao mandatário em causa própria a qualidade

90. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 301.

91. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., p. 146.

92. VASCONCELLOS, Pedro Leitão Paes de. *A procuração irrevogável*, op. cit., p. 110.

93. "É mandato em causa própria, e não simplesmente *ad negotia*, aquele em que o mandante confere poderes para alienar imóvel, declara o recebimento do preço, isenta de prestação de contas, passando assim o procurador a agir realmente em seu próprio interesse e por conta própria. Configuração do mandato em causa própria como negócio oneroso, com transmissão de posse e consequente responsabilidade do transmitente pelos riscos da evicção" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 4589/PR, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 19.6.91, *DJU* 18.11.91).

de titular de um direito, podendo livremente dele dispor, sem necessidade de prestação de contas.[94]

Disso não discorda Orlando Gomes, cuja lição é, como sempre, precisa e pertinente: "trata-se, a rigor, de negócio de alienação, gratuita ou onerosa. A cláusula *in rem suam* desnatura a procuração, porque o ato deixa de ser autorização representativa. Transmitindo o direito ao procurador em causa própria, passa este a agir em seu próprio nome, no seu próprio interesse e por sua própria conta".[95]

O nosso sistema jurídico, de qualquer sorte, permite o mandato em causa própria, podendo o mandatário transferir para si bens móveis e imóveis, desde que obedecidas as formalidades exigidas por lei. E, logicamente, autoriza-se, também, a posterior alienação do bem adquirido, nada impedindo que, no mesmo instrumento, já se realizem os dois atos.

Escapando à regra geral do mandato, nesse caso, não é admitida a revogação do mandato nem ocorrerá a sua extinção em face do falecimento do outorgante, porque ao conferir poderes ao mandatário para atuar no interesse pessoal, o mandante se desvincula do negócio jurídico, afastando-se do seu objeto em definitivo. A situação exige atenta reflexão: no mandato em causa própria, o mandante transfere ao mandatário a possibilidade de atuar, concretamente, para si mesmo, e não para o outorgante. Por isso, afasta-se da relação jurídica em definitivo, como consagrado pela jurisprudência:

> *"A transferência de ações de sociedades, mediante a outorga de procuração em causa própria, irrevogável, e na qual o mandatário é autorizado, expressamente, a transferir as ações até para o próprio nome ou para terceiro, esgota o negócio jurídico entre o mandante e o mandatário" (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp 443.770/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10.12.02, DJU 24.2.03, p. 240).*

Naturalmente, o mandatário poderá celebrar negócios jurídicos com terceiros, inclusive dispondo do objeto do contrato de mandato em causa própria. Nesse caso, passa o outorgado (o verdadeiro alienante, nesse caso) a responder pelos riscos da evicção perante os terceiros adquirentes. Imagine-se, resgatando o exemplo anterior, que o comprador de um imóvel, obtendo um mandato em causa própria, celebrado com o vendedor, resolve vendê-lo a um terceiro. Sobrevindo a perda da coisa por decisão judicial que a concedeu a terceiro, o prejudicado (o terceiro adquirente evicto) terá direito de reclamar o prejuízo do mandatário alienante, que, por seu turno, terá

94. "A procuração *in rem suam* não encerra conteúdo de mandato, não mantendo apenas a aparência de procuração autorizativa de representação. Caracteriza-se, em verdade, como negócio jurídico dispositivo, translativo de direitos que dispensa prestação de contas, tem caráter irrevogável e confere poderes gerais, no exclusivo interesse do outorgado. A irrevogabilidade lhe é ínsita justamente por ser seu objeto a transferência de direitos gratuita ou onerosa" (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 303.707/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.11.01, *DJU* 15.4.02, p. 216).

95. GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 356.

direito de reclamar o regresso contra os antecessores na cadeia sucessória do bem, inclusive com possibilidade de denunciação da lide.

13. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE MANDATO

O art. 682 da Codificação de 2002 procurou estabelecer, genericamente, as causas extintivas do contrato de mandato:

> *Art. 682, Código Civil:*
> *"Cessa o mandato:*
> *I – pela revogação ou pela renúncia;*
> *II – pela morte ou interdição de uma das partes;*
> *III – pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer;*
> *IV – pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio."*

Sintetizando as causas rescisórias, a partir da intelecção do texto normativo é possível notar que a extinção do mandato pode defluir: *i)* da vontade das partes, *ii)* de acontecimento natural ou *iii)* de um fato jurídico.

Primus, o mandato pode se extinguir pela *revogação promovida pelo mandante ou pela renúncia do mandatário*, realçando o caráter eminentemente fiduciário do ajuste. Tanto a revogação quanto a renúncia trazem consigo visível feição de *direito potestativo do titular, somente dependendo dele mesmo para que possa surtir efeitos*.

É preciso realçar que, no mandato oneroso, como no exemplo do mandato *ad judicia* concedido ao advogado para defender o cliente em juízo, havendo renúncia ou revogação do contrato, será devida a remuneração relativa ao período em que, efetivamente, o outorgado atuou na consecução do objetivo constituído.[96]

Secundus, com a mesma justificativa da natureza personalíssima desta convenção, admite-se a sua extinção pelo óbito ou pela interdição de uma das partes. Até porque, venhamos a lembrar, o negócio jurídico pelo qual se manifesta uma vontade para ser cumprida somente após o falecimento do declarante é o *testamento*. No caso de morte do mandatário, quando ainda estiver pendente a atividade que a ele foi cometida, seu herdeiros *"tendo ciência do mandato, avisarão o mandante e providenciarão a bem dele, como as circunstâncias exigirem"* (CC, art. 690). A atuação dos sucessores, contudo, será restrita às medidas conservatórias ou à continuidade de negócios pendentes que se "não possam demorar sem perigo, regulando-se os seus

96. "Mandato. Substabelecimento sem reservas. Renúncia. Honorários advocatícios. Arbitramento. Ação própria. Provimento. I – A jurisprudência pátria entende que o substabelecimento sem reservas configura renúncia do advogado ao mandato. II – Em caso de renúncia do advogado ao mandato, é devido o pagamento de seus honorários, até o momento em que o mesmo atuou na causa, devendo, todavia, tal verba ser requerida em ação própria e não nos autos da ação em que atuou e foi operada a renúncia. Recurso provido" (TJ/BA, Ac. unân. 1ª Câm. Cív., AgInstr. 48620-0/2005 – comarca de Simões Filho, rel. Juíza Convocada Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, j. 16.5.07).

serviços dentro desse limite, pelas mesmas normas a que os do mandatário estão sujeitos" (CC, art. 691). Ademais, em reverência à aplicação da boa-fé objetiva na seara do contrato de mandato, é de se notar a necessária proteção de terceiros de boa-fé que celebraram negócios com o mandatário, ignorando o falecimento ou a interdição do mandante.[97]

Tertius, a mudança de estado também gera a extinção do negócio jurídico, quando afetar a capacidade jurídica ou a legitimidade das partes. É que uma modificação de estado civil pode afetar a aptidão para determinados atos, gerando efeitos eventuais sobre um mandato. Exemplo eloquente é a superveniência de casamento de um mandante que, antes das núpcias, havia outorgado poderes para um terceiro alienar um bem imóvel. Considerando que as pessoas casadas somente podem alienar com a vênia conjugal (CC, art. 1.647), sob pena de anulabilidade, mesmo que o imóvel não integre o patrimônio comum do casal, já se antevê a justificativa da extinção negocial.

E, por derradeiro, o advento do termo ou a conclusão das atividades conferidas ao outorgado também servem como elemento extintivo do contrato ajustado.

Por evidente, as demais causas extintivas comuns das relações contratuais aqui terão normal incidência, como é o caso da resolução por onerosidade excessiva ou da resilição bilateral (distrato).

97. Art. 689, Código Civil: "são válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do mandato, por qualquer outra causa".

CAPÍTULO X

Contrato de Corretagem

Sumário • 1. Generalidades sobre a corretagem – 2. Noções conceituais e distinções relevantes com outras figuras jurídicas – 3. Classificação – 4. Espécies de corretagem – 5. A remuneração do corretor – 6. A natureza da obrigação do corretor: de meio ou de resultado? – 7. Obrigações do corretor no âmbito do contrato de corretagem – 8. Aspectos processuais e competência judicial.

"Corretores sagrados vendem a prestação
Seu terreno no céu, edifício Babel,
Preço de ocasião
Hare Deus meninos,
vinde, vinde
Pague dois, leve três
É só mais desta vez."

(Língua de Trapo, *Régui spiritual* de Laert Sarrumor)

1. GENERALIDADES SOBRE A CORRETAGEM

Em linhas gerais, a corretagem é a atividade desenvolvida no sentido de aproximar diferentes pessoas que possuem interesses comuns em celebrar um determinado negócio jurídico.

Historicamente, o contrato de corretagem esteve disciplinado pelo Direito Empresarial, chegando, inclusive, a merecer regramento no Código Comercial de 1850, em dispositivos (arts. 36 a 67) já revogados. Entrementes, a atividade de corretagem remonta a eras mais distantes.

Na Antiga Roma, o corretor foi denominado por Justiniano de *proxeneta*. Posteriormente, a expressão passou a ter um sentido depreciativo, designando o "mediador de mulheres" ("cafetão", como é mais conhecido).

Etimologicamente, a palavra *corretor* deriva de *corritor* (em língua portuguesa, *corredor)*, decorrendo do latim *courtiers*, com o significado de *correr de um lugar*

para o outro, correr de interessado em interessado.[1] Até mesmo porque o corretor, em tempos mais remotos, *corria*, literalmente, entre compradores e vendedores, com vistas a obter ajustes de interesses e, com isso, fazer jus a uma remuneração, por conta da aproximação realizada. Aliás, dúvida inexiste de que os corretores foram da mais alta relevância para o desenvolvimento do comércio.

Realmente, o corretor é um *instrumento social de desenvolvimento econômico*, uma vez que permite a celebração de negócios jurídicos entre pessoas que podem não se conhecer e, mais ainda, podem estar, até mesmo, em lugares distintos.

Aliás, em meio aos variados desejos de uma sociedade aberta, plural e multifacetada, com a abertura de específicos mercados de interesses econômicos (como no ramo imobiliário e nas bolsas de valores, exemplificativamente), a atuação do corretor se mostra particularmente relevante, por facilitar a celebração de negócios.

É bem verdade, por outro turno, que com a facilidade e a dinâmica propiciadas pela tecnologia, inclusive pela velocidade da comunicação, nas redes sociais, restou facilitada a divulgação da intenção de vender e de comprar. Anúncios nas redes sociais, reverberação de mensagens, avisos a grupos de amigos..., tudo isso, certamente, facilita a atividade de comprar e de vender.[2]

Contudo, a figura do corretor não perde a sua importância, na medida em que certos negócios exigem um maior grau de conhecimento e de profissionalidade. Para tanto, a atividade precisa de maior dinâmica e simplificação, razão pela qual em 1994 extinguiu-se a exigência de matrícula na Junta Comercial para os corretores mercantis. Hodiernamente, afora as hipóteses com regulamentação normativa, a atividade de corretagem pode ser exercida por qualquer pessoa, física ou jurídica, independentemente de habilitação especial ou registro.

Com isso, é possível concluir que, como em outras tantas atividades, a contemporaneidade vai exigindo dos corretores uma ampliação no grau de preparo e de formação intelectual. Até porque, naturalmente, "embora não se exijam do corretor qualidades específicas a fim de intermediar uma operação, que seja ele conhecedor do negócio em que está atuando", como realça José Maria Trepat Cases.[3]

Não se ignore que o sistema jurídico, movido por limites de ordem ética, estabelece proibições para a corretagem em determinadas atividades. Um bom exemplo

1. "Tem esta expressão sentido mais acentuado no vocábulo sinônimo castelhano – corredores, oriundo indubitavelmente do verbo *correr* que oferece, como observou tratadista espanhol, de maneira gráfica, o conhecimento de um dos caracteres distintivos desses agentes – a atividade. Muito correm eles de um para outro lado e se esfalfam a fim de celebrar negócios", CONSTANTS, Francisco Blanco, apud FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*, op. cit., p. 641.
2. Chegou-se mesmo a afirmar, em sede doutrinária: "atualmente, divulga-se o interesse pessoal na prática de negócios também por classificados de jornais, avisos na internet, anúncios em emissoras de rádio e televisão, prospectos distribuídos, cartazes afixados na fachada de prédios, mensagens pelo correio. Se esses meios são de alcance de massa, o trabalho do corretor é de localização *in concreto* de interessados", NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 345.
3. CASES, José Maria Trepat. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 109.

é a proibição para a captação de causas contida no art. 34, III e IV, da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia.

Demais de tudo isso, vale pontuar que a expressão *corretagem* é plurívoca, não unívoca. A um só tempo, o vocábulo indica o *nomen juris* deste contrato (típico e nominado, regulamentado pelo Código Civil nos arts. 722 a 729), designa o ofício ou função do profissional (corretor) e, ainda, significa a sua remuneração.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS E DISTINÇÕES RELEVANTES COM OUTRAS FIGURAS JURÍDICAS

O Código Civil, em seu art. 722, apresenta os contornos gerais sobre o contrato de corretagem:

> *Art. 722, Código Civil:*
>
> *"Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer outra relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas."*

Pois bem, partindo do balizamento genérico da legislação, vislumbra-se o contrato de corretagem como uma atividade de aproximação de pessoas, com o desiderato de viabilizar a celebração de um negócio jurídico entre elas, ajustando os seus interesses.

Trata-se de alguém (corretor) que é contratado por uma pessoa (dono do negócio, cliente, incumbente ou comitente) para desenvolver atividades no sentido de localizar uma outra pessoa que tenha interesse direto em celebrar um determinado contrato (compra e venda, seguro, locação...). A função do corretor, portanto, é de aproximar pessoas, de construir contatos e pontes para a celebração de determinados negócios.

Enfim, *o contrato de corretagem consiste em negócio jurídico por meio do qual se procura aproximar pessoas interessadas na celebração de negócios jurídicos de diferentes espécies.* É a assunção de obrigações no sentido de *mediar* (com rigor conceitual, não se trata de *intermediar*, mas de *mediar*, uma vez que o corretor não adquire um bem para si, com vistas a revendê-lo) contatos e propiciar um terreno fecundo para a celebração de avenças.

Daí a precisão cirúrgica dos dizeres de Pontes de Miranda, sublinhando ser a "atividade intermediatriz entre pessoas que desejam contratar, ou praticar para outrem algum ato".[4]

4. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., p. 333. No mesmo diapasão, Fábio Ulhoa Coelho, para quem "corretagem é a atividade de aproximação das partes de um negócio qualquer (comprador e vendedor, locador e locatário, seguradora e segurado etc.)", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 299.

Trilhando as sendas abertas pela conceituação codificada, é possível afirmar que a qualificação da corretagem exige (*i*) a atividade de uma pessoa (física ou jurídica, o corretor), com o desiderato de angariar interessados em celebrar um contrato com outra pessoa (física ou jurídica, também, que o contratou, o seu cliente) e (*ii*) a efetiva aproximação entre as partes, decorrente da atuação do corretor.

Note-se, inclusive, que o negócio jurídico que se pretende obter entre o comitente e o terceiro pode ter qualquer objeto possível, jurídica e fisicamente: bens imóveis, serviços financeiros e de câmbio, seguros (inclusive de saúde privada), *commodities*... Há, enfim, um amplo espectro de atuação para o corretor.

Um dado relevante a ser apontado, ainda, é a inexistência de relação jurídica entre o corretor e a parte que foi encontrada para celebrar o negócio com o comitente. "A outra parte, que é aproximada, não se configura como cliente no contrato de corretagem e, por consequência, não tem a obrigação de pagar a comissão, que certos corretores exigem, recebendo duplamente", consoante a advertência de Arnoldo Wald.[5]

Aliás, é bem por isso que a corretagem não se confunde com a *mediação*, conquanto alguns autores[6] utilizem as expressões como sinônimas – o que se revela uma atecnia. Efetivamente, na mediação, o mediador é contratado por ambas as partes interessadas em chegar a um ajuste (conciliação sobre interesses conflituosos entre elas). Por evidente, na mediação exige-se do mediador uma imparcialidade natural, para que possa cumprir com as suas obrigações. Daí, inclusive, ser apontada a mediação como uma forma alternativa de soluções de conflitos. Sobre o tema, explica Conrado Paulino da Rosa, com lucidez invulgar, que a mediação "se apresenta como uma forma amigável e colaborativa de solução das controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes... Assim, a mediação é um processo que pode dar uma importante contribuição para a resolução pacífica das disputas".[7] Diferentemente, o corretor não é imparcial.[8] Ao revés. O corretor atua para atender aos interesses da parte que o contratou. Ele presta serviços para o contratante e deve atuar, eficientemente, para viabilizar o negócio que se pretende celebrar. De fato, como já se afirmou, *"o corretor já não goza da imparcialidade do mediador, uma vez que toma partido de uma das partes, visando satisfazer aos anseios"*.[9] Ademais, na corretagem inexiste qualquer conflito de interesses a ser dirimido. Muito pelo contrário. Os interesses são coincidentes.

5. WALD, Arnoldo. *Direito Civil Brasileiro:* Obrigações e contratos, op. cit., p. 554.
6. Nesse sentido, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, op. cit., p. 324.
7. ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços:* os novos desafios da mediação familiar, op. cit., p. 146-147.
8. Em sentido inverso, Gustavo Tepedino afirma que é exigida "a imparcialidade, como elemento inerente à sua atividade, considerando-se a isenção indispensável à noção de intermediação", *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 397.
9. CASES, José Maria Trepat. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 99.

O *corretor é um intermediador* (não é um intermediário), por atuar com o fito de aproximar as pessoas e ajustar os seus diferentes interesses. Mas, não pode ser confundido com um *mediador*, cujas funções são absolutamente específicas e diferenciadas.

Não significa, é certo, que o corretor se torne um *representante* ou *mandatário* do comitente.[10] Em verdade, o corretor atua *em nome próprio*, buscando, apenas, estabelecer contatos para apresentar oportunidades negociais. Em lúcida ponderação, "o corretor não se põe no lugar dos figurantes no futuro contrato, concluindo a incumbência recebida, como acontece no mandato. Ele não chega a imiscuir-se no contrato".[11] Não é uma *longa manus* do dono do negócio, embora lhe preste serviços. Por isso, a atuação do corretor se pauta em suas próprias convicções e ideologias, não atuando em nome daquele que pretende celebrar um negócio jurídico. Nada impede, de qualquer maneira, que, posteriormente à atuação do corretor ele venha a assumir a posição de mandatário do seu cliente. Seria o exemplo do corretor que, após conseguir a celebração da venda do imóvel do comitente, atua como seu representante na lavratura da escritura pública. No ponto, são dois negócios jurídicos absolutamente distintos: a corretagem e o mandato, gerando direitos e deveres próprios.

E, demais de tudo isso, não se olvide que o corretor, embora esteja atuando por contratação do dono do negócio ou comitente, não pode violar a boa-fé objetiva, deixando de ter um comportamento ético com as pessoas a quem apresentar a possibilidade de celebração do contrato. Exige-se dele um comportamento probo e honesto, chamando a atenção para todos os detalhes do contrato. Exemplificativamente, em se tratando de uma corretagem imobiliária, o corretor não pode deixar de informar eventuais problemas de construção no prédio, taxas extras para consertos e toda e qualquer situação relevante, sob pena de incorrer em responsabilidade civil por violação dos deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva.

Igualmente, não se confunde a corretagem com o contrato de *agência*. Nesta, a atuação do contratado é permanente, praticando atos para atender, com habitualidade, os interesses do contratante. Bem diferentemente, na corretagem, a atuação do corretor é eventual e episódica. Até é possível que atue para a celebração de mais de um negócio jurídico em favor do comitente, mas não há uma permanência em seu agir.

E, do mesmo modo, não se confunde com a *prestação de serviços*, cuja amplitude, objetivo e generalidade são mais largas do que na corretagem. No ponto, inclusive, convém ressaltar que, distintamente da prestação de serviços (que é comutativa e tem por objeto qualquer trabalho lícito, material ou intelectual), a corretagem é

10. No ponto, inclusive, há consolidado posicionamento jurisprudencial, reconhecendo a distinção entre corretagem e mandato: "[...] embora apresente pontos de aproximação com o mandato, a corretagem deve ser tratada com autonomia" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 29.738/BA, Rel. Min. Antonio Torreão Braz, j. 24.5.1993, *DJU* 15.8.1994, p. 20.337).

11. ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*, op. cit., p. 249.

aleatória (uma vez que não se tem convicção de que o contrato desejado pelo cliente será celebrado), limitada em seu à intermediação para a celebração de um negócio.

Aliás, a própria dicção do dispositivo legal invocado (CC, art. 722) deixa claro que a corretagem não se confunde com a prestação de serviços, com o mandato ou com qualquer outra figura contratual baseada na dependência jurídica.

3. CLASSIFICAÇÃO

Fixadas as noções conceituais do contrato de corretagem (CC, art. 722), já é possível localizar o enquadramento classificatório desta figura negocial. Cuida-se de contrato *típico* e *nominado, bilateral, oneroso, aleatório* e *consensual.*

Para além disso, vale o registro de que se trata de contrato *autônomo, não acessório.*

Vejamos.

É contrato *típico* e *nominado* por estar elencado no ordenamento jurídico brasileiro, recebendo tratamento e denominação legislativas específicas. Aliás, desde o Código Comercial de 1850 que a corretagem subsistia como um negócio jurídico típico e nominado, em face da previsão contida nos arts. 36 a 67 – agora, revogadas.

Outrossim, não há qualquer dúvida a respeito de sua essência evidentemente *bilateral.*[12,13] Isto porque ambas as partes do contrato de corretagem (corretor e comitente) assumem obrigações recíprocas, em sinalagma. De uma banda, o corretor assume a obrigação de atuar para localizar alguém interessado em celebrar um contrato com o seu cliente (vale o registro de que o corretor *não se obriga à celebração do negócio*, mas a realizar atividades efetivas para conseguir o contrato). Lado outro, o dono do negócio (o cliente) tem o dever de pagar uma remuneração pelo resultado útil gerado pela atividade. Há, sem dúvida, uma bilateralidade da própria essência do negócio. Reitere-se que inexiste qualquer relação jurídica entre o corretor e interessado na celebração do contrato. Este não faz parte do negócio de corretagem, assumindo posição contratual em uma outra figura.

A *onerosidade*, por sua vez, decorre da própria essência contratual, uma vez que ambos os contratantes terão vantagens econômicas. A corretagem enseja proveito para o dono do negócio, pois obterá a celebração de um contrato pretendido, a partir

12. Em posição contrária, minoritária em sede acadêmica, Orlando Gomes sustenta que a corretagem pode se apresentar como um contrato unilateral "quando, embora a remuneração do corretor seja a contraprestação do serviço que presta, não se obriga ele a cuidar do negócio e a levá-lo a bom termo, inexistindo, pois, interdependência entre o pagamento da comissão e a conclusão do contrato entre as partes que aproximou", *Contratos*, op. cit., p. 381.

13. Paulo Nader, por seu turno, prefere afirmar que a corretagem é um contrato *bilateral condicionado*, uma vez que "o contratante se obriga sob a condição de êxito no trabalho de mediação", *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 440-441.

da atuação do corretor. Contudo, exitosa a sua atividade, também o corretor obterá proveito, fazendo jus a uma remuneração.

Aliás, essa particularidade de que o corretor somente terá direito à remuneração caso o contrato seja efetivado a partir de sua atuação caracteriza a sua *aleatoriedade*. Em outras palavras: a exigibilidade da remuneração devida ao corretor está condicionada à celebração do contrato pretendido pelo seu cliente. Daí, inclusive, alguns autores vislumbrarem, com razão, na corretagem, uma verdadeira *atividade de risco*, "uma vez que o corretor não tem certeza de que encontrará alguém que aceite concluir o negócio proposto pelo comitente. E sendo o risco inerente ao contrato, visto que a condição poderá não ser implementada, consequentemente, nenhuma remuneração será devida ao corretor".[14] Equivale a dizer: o corretor suporta os riscos de não se concluir o contrato desejado pelo seu cliente, não se atingindo o resultado pretendido e, com isso, apesar de todo o seu empenho e dedicação, não lhe subsistir o direito à remuneração.[15] Nessa linha de intelecção, inclusive, vale pontuar que o corretor não fará jus ao ressarcimento das despesas assumidas na busca da pactuação pretendida pelo dono do negócio. Para que haja indenização de gastos assumidos pelo corretor é imprescindível a existência de contrato (paritário) escrito entre as partes,[16] prevendo o ressarcimento de despesas, sendo nula qualquer cláusula de adesão nesse sentido.[17] Ordinariamente, portanto, o corretor não terá direito ao ressarcimento das despesas que assumiu, objetivando a celebração do contrato.

Outrossim, é importante ressaltar que o contrato de corretagem é informal, não precisando, sequer, ser celebrado por escrito. Trata-se, aliás, de *contrato informal por excelência*. Aliás, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, é de se perceber, inclusive, ser admissível a prova testemunhal para a demonstração da existência, validade e eficácia do contrato de corretagem, independentemente do seu valor, por conta da revogação do que dispunham os arts. 227 do Código Civil e 401 do Código de Processo Civil anterior. A solução, realmente, não se mostrava mais compatível com os tempos atuais. Efetivamente, na sociedade dinâmica, veloz e multifacetada em que vivemos, o cotidiano conduz a uma infinidade de possibilidades de contratações em relação à corretagem. Telefone, internet, fax etc. Os meios de contratação da corretagem se ampliaram, sendo fundamental o sistema jurídico atentar para estas

14. SOUZA, Valéria Bonini Gonçalves de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 10.

15. "I. O serviço de corretagem somente se tem como aperfeiçoado quando o negócio imobiliário se concretiza, posto que o risco é da sua essência. Destarte, indevida a comissão mesmo se após a aceitação da proposta, o vendedor, que concordara com a intermediação, se arrepende e desiste da venda" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 193.067/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21.9.00, *DJU* 27.11.00, p. 166).

16. No ponto, o sistema jurídico brasileiro se afasta da orientação emanada do Código Civil da Itália que, em seu art. 1.756, estabelece que mesmo que infrutífera a atividade do corretor, haverá pretensão ao reembolso das despesas.

17. "A remuneração que se paga ao corretor premia o resultado alcançado e só em virtude desse resultado é que se torna juridicamente defensável. Considera-se abusiva e, por isso, nula e de nenhum efeito, a cláusula que viabilizaria o pagamento de comissão de corretagem independentemente da efetiva realização do negócio" (TJ/DFT, Ac. 1ª T. Civ., Ap. Civ. 4072096, Rel. Des. Válter Xavier, j. 7.3.97).

múltiplas possibilidades, sob pena de gerar um enriquecimento sem causa, deixando de reconhecer a remuneração de um corretor (que efetivamente trabalhou exitosamente), somente pela falta de um instrumento escrito. Exigir, então, prova escrita para os contratos se mostrava, de fato, contraproducente.[18]

Por derradeiro, vale registrar a natureza *autônoma*, não acessória, do contrato de corretagem, embora o tema sofra oscilações doutrinárias. Consideráveis autores advogam a *acessoriedade* do contrato de corretagem, ancorados na assertiva de que "a relação contratual depende da celebração do negócio jurídico objetivado, que é celebrado pelas partes, e não pelo corretor".[19] *Permissa maxima venia*, não é a melhor perspectiva. Com efeito, a caracterização da acessoriedade de um contrato repousa na regra de que a sua existência, validade e eficácia dependem de uma outra figura negocial. Equivale a dizer: um contrato acessório somente *existirá* se uma outra avença lhe preexista, como ocorre no contrato de fiança em relação à locação de imóveis. Ora, na corretagem não se vislumbra essa dependência ontológica, uma vez que ela terá existência mesmo que, eventualmente, o negócio alvitrado não seja celebrado. Para tanto, não se pode confundir a existência do contrato de corretagem com a efetivação do negócio jurídico pretendido através dos esforços do corretor. Bem por isso, a acessoriedade não é da essência da corretagem. "Embora a função econômica da corretagem se vincule ao contrato que o corretor pretende promover, a corretagem subsiste, em sua função prático-jurídica, mesmo que o negócio almejado não se conclua. Aquele não depende deste, portanto, para existir".[20] A especial atenção a um importante aspecto serve para descortinar, definitivamente, a natureza autônoma da corretagem: a eventual frustração da compra e venda pretendida, após a celebração de uma promessa de compra e venda (contrato preliminar) não esvazia a corretagem que lhe antecedeu, nem retira o direito à remuneração do corretor. É dizer: *a eventual desistência do negócio por uma das partes (ou por ambas), após a sua entabulação, não pode servir para esvaziar a corretagem que lhe antecedeu.* Em bela passagem, na melhor obra específica sobre o tema em nosso país, Antônio Carlos Mathias Coltro é incisivo: "não perde o intermediário o direito à comissão, quando, obtido o acordo de vontades entre as partes, venha o negócio a não se realizar, por iniciativa de qualquer delas, remanescendo a obrigação quanto ao pagamento da corretagem, o que serve a indicar que, efetivamente, não se há de afirmar a acessoriedade do contrato

18. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vinha temperando a dureza formal da norma legal agora revogada: "Cobrança. Corretagem. Prestação de serviços. Intermediação. Contrato verbal. Provas. Testemunhas. Demonstração inequívoca. Ainda que não expressamente documentado por escrito, seria injusto deixar-se de remunerar um trabalho efetivamente acontecido apenas com base na interpretação hermética da norma" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 713.073/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 22.3.05, *DJU* 9.5.05, p. 431).

19. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 443. No mesmo diapasão: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 418; e SOUZA, Valéria Bononi Gonçalves de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 8; e VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*, op. cit., p. 324. Para este, inclusive, a corretagem seria um "contrato preparatório".

20. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 388.

de corretagem".[21] Em louvável entendimento, a orientação jurisprudencial superior está cimentada no sentido defendido no texto, como se pode notar:

> *"[...] 2. Aperfeiçoado o negócio jurídico, com a formalização da promessa de compra e venda e o recebimento do sinal, é devida a remuneração do corretor, ainda que os contraentes desfaçam a transação a posteriore" (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp. 8.216/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 27.8.91, DJU 30.9.91, p. 13.490).*

Não se imagine, entrementes, que a remuneração do corretor será devida com a simples aceitação da proposta pelo terceiro. É preciso que seja, efetivamente, celebrado o contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda. Por isso, a desistência da parte, antes de efetivada a avença, não gera o direito à corretagem. O que se deve levar em conta para o reconhecimento do direito à remuneração é o *resultado útil efetivo* para o comitente. Por isso, não se ignora que as partes podem se arrepender, antes da celebração do ajuste – nada sendo devido ao corretor, nesse caso. Diferentemente, se as partes ajustam o contrato, havendo um desfazimento posterior, por motivos estranhos, a corretagem não será afetada, por já ter produzido um resultado útil. As duas turmas com competência para julgar questões de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça (a 3ª e a 4ª Turmas) vem dando contornos de equidade e razoabilidade à matéria, incorporando as ideias aqui preconizadas:

> *"Corretagem. Comissão. Compra e venda de imóvel. Negócio não concluído. Resultado útil. Inexistência. Desistência do comprador. Comissão indevida. Hipótese diversa do arrependimento.*
>
> *1. No regime anterior ao do CC/02, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou em reputar de resultado a obrigação assumida pelos corretores, de modo que a não concretização do negócio jurídico iniciado com sua participação não lhe dá direito a remuneração.*
>
> *2. Após o CC/02, a disposição contida em seu art. 725, segunda parte, dá novos contornos à discussão, visto que, nas hipóteses de arrependimento das partes, a comissão por corretagem permanece devida. Há, inclusive, precedente do STJ determinando o pagamento de comissão em hipótese de arrependimento.*
>
> *3. Pelo novo regime, deve-se refletir sobre o que pode ser considerado resultado útil, a partir do trabalho de mediação do corretor. A mera aproximação das partes, para que se inicie o processo de negociação no sentido da compra de determinado bem, não justifica o pagamento de comissão. A desistência, portanto, antes de concretizado o negócio, permanece possível.*
>
> *4. Num contrato de compra e venda de imóveis é natural que, após o pagamento de pequeno sinal, as partes requisitem certidões umas das outras a fim de verificar a conveniência de efetivamente levarem a efeito o negócio jurídico, tendo em vista os riscos de inadimplemento, de inadequação do imóvel ou mesmo de evição. Essas providências se encontram no campo das tratativas, e a não realização do negócio por força do conteúdo de uma dessas certidões implica mera desistência, não arrependimento, sendo, assim, inexigível a comissão por corretagem" (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp. 1.183.324/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.10.11, DJe 10.11.11).*

21. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de corretagem imobiliária*, op. cit., p. 29. No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*, op. cit., p. 248-249.

"[...] 4. Embora o serviço de corretagem somente se aperfeiçoe quando o negócio é concretizado, dado o risco inerente à atividade, não se pode perder de vista que, nos negócios imobiliários – os quais dependem de registro do ato negocial no Cartório de Registro de Imóveis para fins de transferência e aquisição da propriedade e de outros direitos reais (CC/2002, arts. 1.227, 1245-1246) –, a intermediação da corretora pode encerra-se antes da conclusão da fase de registro imobiliário. Por certo, quando as partes firmam, de algum modo, atos, com mediação da corretora, que geram obrigatoriedade legal de proceder-se ao registro imobiliário, tal como ocorre no caso de celebração de promessa de compra e venda ou de pagamento de sinal, torna-se devida a percepção de comissão de corretagem, mormente quando eventual desfazimento do negócio não decorrer de ato praticado pela corretora.

5. No caso em exame, conforme salientado pelas instâncias ordinárias, houve uma fase preliminar de negociações, seguida de uma fase intermediária de celebração do contrato de cessão e transferência dos direitos e obrigações constantes de promessa de compra e venda, com o pagamento do valor de R$ 62.000,00 a título de sinal, sendo certo que essas duas etapas foram intermediadas pela corretora de imóveis. Com a celebração desse contrato encerrou-se o ofício da corretora, a qual deu por concretizada a venda, recebendo, naquela data, o cheque pós-datado referente à comissão de corretagem. A partir daí, o ora recorrente munido do contrato, providenciou, como lhe competia, o financiamento do restante do valor do imóvel junto a uma instituição financeira. Contudo, durante o trâmite do processo de financiamento imobiliário, o contratante discordou do valor das prestações a serem pagas, rescindindo o contrato e sustando o cheque em apreço.

6. Se havia documento válido a corroborar o negócio jurídico – suficiente para a exigência do registro imobiliário –, não obstante seu posterior desfazimento, é salutar reconhecer que a corretora alcançou o 'resultado útil' da avença. Destarte, formalizado o contrato particular de cessão e transferência de imóvel entre as partes interessadas, o direito à percepção de comissão de corretagem é incontestável, ainda que, por posterior rescisão contratual, mas não por culpa da corretora, o negócio jurídico não alcance a fase de registro imobiliário..." (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp 1.228.180/RS, Rel. Min. Raul Araújo, j. 17.3.11, DJe 28.3.11).

Demais de tudo isso, é conveniente sublinhar que o contrato de corretagem *não é personalíssimo*. E, bem por isso, pode o corretor celebrar *subcontratação* ou *subcorretagem*, independentemente de prévia autorização do dono do negócio. Por evidente, o corretor pode ajustar direitos e obrigações específicas com o subcorretor. Do mesmo modo, o subcorretor tem de agir nos termos e limites estabelecidos no contrato de corretagem.

4. ESPÉCIES DE CORRETAGEM

Grande parcela de nossos autores,[22] lastreados em critérios classificatórios pretéritos, já não mais existentes, costumam identificar duas categorias de corretagem: (*i*) a corretagem oficial ou pública; e (*ii*) a corretagem livre.

22. Adotando esse critério classificatório, veja-se: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, op. cit., p. 327; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 439; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 444; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 524.

De acordo com esse critério, os corretores oficiais são aqueles que "atuam em esferas onde o Estado prevê uma maior intervenção no exercício de sua atividade, como é o caso do corretor de imóveis, corretor de seguros e do corretor de valores mobiliários. Nesses casos, os corretores têm a sua profissão legalmente disciplinada e estão sujeitos a requisitos especiais para exercê-la – de idade, de idoneidade, de cidadania". Por outro lado, os corretores livres "são as pessoas, sem designação oficial, que exercem, com ou sem exclusividade, o ofício de agenciadores, em caráter contínuo ou intermitente", com os dizeres de Caio Mário da Silva Pereira.[23]

A nomenclatura não é das mais felizes e propícias.

Com efeito, a atividade de corretagem é, sempre, decorrente da *liberdade de atuação das pessoas*. Portanto, a corretagem é *livre*, em qualquer situação.

Em tempos pretéritos, de fato, se diferençou a corretagem pública ou oficial daqueloutra, exercida livremente. Naquela época, o Governo nomeava corretores para determinadas atividades, que somente por eles poderia ser exercida.[24] Atualmente, precisando de alguma atividade de corretagem, impõe-se ao Poder Público licitar para promover a contratação, garantindo a igualdade e a impessoalidade como atributos típicos da cidadania.

Além disso, desde 1994, foi abolida do nosso sistema jurídico a matrícula dos corretores na Junta Comercial, não mais sendo exigível qualquer tipo de controle ou autorização governamental para o exercício da profissão.

Bem por isso, anuindo à assertiva de Fábio Ulhoa Coelho, essa classificação denominando os corretores de *oficiais* e *livres* "não serve mais".[25]

Nessa trilha de reflexão, Gustavo Tepedino expõe que "no passado, havia no Direito brasileiro, a categoria dos corretores oficiais, que gozavam de fé pública, própria do ofício público que exerciam. Atualmente, no entanto, o exercício da corretagem independe de qualquer investidura oficial, tendo como pressuposto a capacidade civil".[26]

Realmente, parece fundamental partir da premissa de que o exercício da corretagem é absolutamente *livre*, decorrente da própria fórmula genérica da *livre iniciativa* e da *busca do pleno emprego* (CF, art. 170) – que são princípios diretivos da própria economia.

Em sendo assim, a atividade de corretagem é, sempre, livre, como corolário de uma garantia constitucional.

---

23. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 327.
24. Somente a título de esclarecimento histórico, vale pontuar que os corretores de fundos públicos eram autorizados em conformidade com a Lei nº 354/1890, enquanto os de mercadorias estavam submetidos ao art. 27 do Decreto-lei nº 806/1851. Os corretores de navios, por sua vez, encontravam disciplina e autorização para atuar no Decreto nº 19.009/29.
25. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 300.
26. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 398-399.

No entanto, algumas atividades de corretagem estão regulamentadas em normas jurídicas especiais, disciplinando o exercício de determinadas profissões. É o caso do *corretor de imóveis*, cuja atividade profissional está disciplinada pela Lei nº 6.530/78, regulamentada pelo Decreto nº 81.871/78, que exigem para o exercício da profissão de corretor de imóveis, no território nacional, o título técnico em transações imobiliárias e a inscrição no órgão de classe (o Conselho Regional de Corretores de Imóveis – CRECI). Também é o caso do corretor de seguros. A Lei nº 4.594/64 e o Decreto-lei nº 73/66, especificamente nos seus arts. 122 a 128, disciplinam a corretagem de seguros, nas mais diferentes áreas. Outrossim, a Lei nº 6.385/76 normatiza a atuação do *corretor de bolsa*, seja de valores, de mercadorias ou de futuros.

Em tais hipóteses, é possível dizer que há uma *corretagem institucionalizada*, em razão da disciplina normativa imposta aos profissionais pertencentes a uma instituição. Não parece de boa técnica jurídica, contudo, afirmar que são atividades de *corretagem oficial*.

Até porque, mesmo nesses casos de corretagem disciplinadas em normas legais, não há uma obrigatoriedade de assistência pelo profissional para a celebração de negócios jurídicos. Se alguém pretende vender um imóvel ou adquirir ações em um fundo de investimento financeiro, não precisa contratar um corretor, podendo celebrar o negócio jurídico diretamente, sem qualquer interveniência.

No ponto, é de se lembrar que o art. 729 do Código Civil estabelece que "os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas de legislação especial", em homenagem clara ao critério da especialidade. Aliás, em razão disso, as regras codificadas podem, inclusive, ser afastadas para a incidência das normas especiais.

Por isso, certamente, o desempenho de atividades de corretagem por pessoa não habilitada pode caracterizar ilícito administrativo, conforme a normatividade respectiva. Exemplificativamente, os arts. 2º, 3º e 21 da Lei nº 6.530/78 reconhecem a possibilidade de *sanção administrativa dos profissionais que não se adequarem aos ditames normativos da profissão*.

A outro giro, o art. 47 da Lei de Contravenções Penais estabelece a possibilidade de caracterização de ilícito penal por quem prática uma profissão ou atividade econômica, ou simplesmente anuncia a prática desse exercício profissional, sem o atendimento de condições normativas.[27]

O ilícito penal, inclusive, pode ser caracterizado pelo corretor de imóveis que, após ter cancelado o seu registro no órgão de classe, por inadimplência da anuidade, continua exercendo a profissão. A jurisprudência, inclusive, já tem precedente nesse sentido, reconhecendo a caracterização criminógena:

27. Art. 47, Lei de Contravenções Penais: "exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis".

"A conduta do agente que exerce atividades de corretagem de imóveis após o cancelamento de sua inscrição no CRECI, por inadimplência das anuidades devidas, se amolda à contravenção penal prevista no art. 47 do Decreto-lei 3.688/1941, haja vista que permaneceu clandestinamente na profissão regulamentada, exercendo-a sem o preenchimento de condição legal a que está subordinado o seu exercício, qual seja, inscrição perante o órgão de fiscalização profissional" (STJ, Ac. unân. 3a T., CC 104.924/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.3.10, DJe 19.4.10).

É relevante, por outro lado, chamar a atenção para o fato de que *a eventual ilicitude no desempenho da atividade de corretagem, por ausência de habilitação profissional exigida pela norma de regência, não conduz à invalidade do contrato de corretagem celebrado.*

E, como consectário, há de ser reconhecido o direito à remuneração do corretor que gerou um *resultado útil* ao dono do negócio, mesmo sem ter registro profissional no órgão competente. Isto porque a falta de habilitação pode produzir sanções administrativas e, até, penais, mas não tem o condão de esvaziar o direito à contraprestação, sob pena de caracterizar um indevido enriquecimento sem causa.

É o caso exemplo do corretor de imóveis, sem inscrição regular no órgão profissional correspondente, que obtém êxito na corretagem e consegue a efetivação do negócio alvitrado pelo seu cliente. Nesse caso, malgrado a caracterização de ilícito administrativo e penal, o corretor fará jus a uma compensação pecuniária pela atuação desempenhada, evitando um enriquecimento sem causa. Há, inclusive, uma previsão, muito assemelhada, no art. 606 do Código Civil, que disciplina o contrato de prestação de serviços – e que pode, perfeitamente, ser aplicada, ao caso, por analogia.[28]

Bem por isso, trilhando esse caminho, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi fixada no sentido de reconhecer o direito do corretor à retribuição, mesmo sem inscrição no órgão competente.

"A despeito de não inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis, o intermediador faz jus ao recebimento da comissão de corretagem" (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp. 87.918/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.2.01, DJU 9.4.01, p. 295).

"É possível a cobrança de valores decorrentes de intermediação exitosa para a venda de imóvel, sendo prescindível a inscrição do autor no CRECI, pois é livre o exercício do trabalho e vedado o enriquecimento ilícito do vendedor..." (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp. 185.823/MG, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 14.10.08, DJe 3.11.08).

Não seria razoável, entretanto, que, na hipótese de falta de registro no órgão competente, o corretor recebesse a mesma remuneração devida a um profissional devidamente habilitado. Por isso, deve o magistrado, no caso de corretor sem registro

28. Art. 606, Código Civil: "se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé. Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública".

ter obtido uma corretagem exitosa, fixar uma *compensação razoável*, de modo a garantir-lhe uma retribuição pelo trabalho (evitando um enriquecimento sem causa), mas sem igualar ao profissional habilitado. Do contrário, restaria esvaziada, por via oblíqua, a regulamentação profissional. Respirando esses ares, há interessantíssimo precedente da nossa melhor jurisprudência:

> *"Corretagem. Alegação de interesse do intermediador no negócio. Fato não comprovado... Critério. Volume do negócio. Ausência de contrato escrito. Corretor não inscrito no órgão de classe. Redução.*
>
> *[...]*
>
> *III. Percentual da comissão, contudo, extremamente elevado, dado o porte do negócio, a inexistência de contrato escrito e a circunstância de não se ter como razoável que a prática profissional sem a inscrição no Conselho de classe, submissão a fiscalização, pagamento de impostos e anuidade respectivas, possa gerar direitos iguais aos daqueles que exercem a atividade regularmente. Redução" (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp. 331.638/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 7.10.03, DJU 24.11.03, p. 309).*

Volvendo a visão para o campo processual, infere-se, via de consequência, que o corretor terá direito à propositura da ação correspondente (de cobrança, monitória, indenizatória ou executiva), mesmo que não tenha o respectivo registro no órgão de classe.

Acresça a todas essas ponderações que a relação travada entre o corretor (pessoa física) e o comitente pode se caracterizar como uma *relação empregatícia*, quando, nos termos dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, estiver presente a *pessoalidade*, a *continuidade*, a *onerosidade* e, principalmente, *a subordinação jurídica*. É o caso do corretor que somente pode atuar em nome de um comitente, trabalhando, habitual e continuamente, para captar negócios para aquele dono do negócio. Se a relação se mostrar subordinativa, dúvida inexiste acerca da natureza empregatícia, com todos os efeitos jurídicos contemplados na legislação trabalhista.

5. A REMUNERAÇÃO DO CORRETOR

Em se tratando de negócio jurídico tipicamente oneroso, de um contrato de corretagem decorre o direito a uma *remuneração*, também denominada de *comissão*, *preço* ou, simplesmente, *corretagem*.

Essa remuneração deve ser suportada, ordinariamente, pelo *comitente* ou *dono do negócio*. Isto é, quem paga a remuneração do corretor é quem o contratou, como regra. Assim, se a contratação foi efetivada pelo comprador, a ele caberá o pagamento da remuneração do profissional.[29] Nada impede, de qualquer maneira, que as partes,

29. "De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o comprador somente possui obrigação de pagar a comissão de corretagem se é ele quem efetivamente contrata os serviços do corretor." (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgRg no AREsp 828.193/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 5.5.16, DJe 16.5.16).

utilizando de sua autonomia privada, disponham em sentido diverso, estipulando, por exemplo, que o pagamento da corretagem será realizado pelo adquirente do bem, no caso de compra e venda.[30] Para tanto, logicamente, o terceiro adquirente terá de anuir, expressamente, com esta obrigação.

Pacificando divergências nos tribunais brasileiros, o Superior Tribunal de Justiça fixou uma tese jurídica sobre o tema, exatamente no sentido proposto em nossa obra, desde a primeira edição:

> "Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem." (STJ, Ac. unân. 2ª Seção, REsp. 1.599.511/SP, rel Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24.8.16, DJe 6.9.16)

Contudo, é preciso chamar a atenção para um detalhe relevante, ressaltado pela aludida decisão da instância superior. Se, por um turno, as partes podem convencionar a transferência ao comprador do pagamento da comissão de corretagem, de outra banda, reputa-se abusiva a cobrança pelo vendedor "do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel", na medida em que a atividade de assessoramento é inerente à sua própria atuação finalística e interesse direto. Tendo sido cobrados, indevidamente, do comprador valores relativos a esse serviço de assessoramento, a incorporadora e a construtora são sujeitos passivos para figurar em ação proposta pelo adquirente, no prazo prescricional de três anos.[31]

A forma do pagamento do corretor pode ser livremente convencionada pelas partes, em espécie, cheque, transferência etc. Qualquer que seja a forma, não perde a natureza de remuneração.

Já o valor da remuneração será ajustado pelas partes, consoante os seus interesses privados. É possível ajustar a retribuição em valor certo e determinado ou em percentual sobre a transação a ser celebrada. Aliás, é possível, inclusive, a estipulação do pagamento com base em *over price* (ou, simplesmente, *over*), hipótese em que se remunera o corretor com a quantia excedente ao preço ajustado para o negócio a ser celebrado, estabelecido minimamente pelo comitente. Nesse caso, todo e qualquer valor obtido pelo corretor a mais lhe pertencerá.

É bem verdade que há uma controvérsia em relação ao cabimento da utilização do *over* no campo da corretagem imobiliária. Alguns civilistas e a própria jurisprudência, com

30. No sentido do texto: "Em princípio, quem responde pelo pagamento da comissão é aquele que contratou o corretor, ou seja, o comitente" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp.188.324/BA, rel. Min. Barros Monteiro, j. 7.3.02, *DJU* 24.6.02, p. 307, *in RSTJ* 159:419).

31. "Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC)." (STJ, Ac. unân. 2ª Seção, REsp. 1.551.956/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24.8.16, DJe 6.9.16).

esteio na autonomia privada, se inclinam pela admissibilidade da cláusula contratual, estipulando pagamento com *over price,* inclusive em favor do corretor de imóveis.[32,33] Lado outro, o art. 6º, III, da Resolução nº 326/92 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis – COFECI proíbe a cobrança do *over price*.[34] A melhor solução para o caso parece-nos ser a vedação de fixação de remuneração para o corretor *somente* com base no *over price*. Ou seja, não é possível utilizar o *over* para fixação de uma remuneração única ao corretor, mas podem as partes, por disposição expressa e em contrato paritário (materializando a autonomia privada), ajustar o pagamento do *over price* como um estímulo à atuação do corretor. De fato, não nos parece ilícito ou imoral que uma pessoa, interessada, *exempli gratia*, em vender seu imóvel, estipule um valor mínimo, deliberando que o excedente pertencerá ao próprio corretor.[35]

Não havendo acordo entre os contratantes, nem havendo previsão de lei, a remuneração *"será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais"* pelo magistrado, consoante a previsão expressa do art. 724 do Código Reale.[36] Exemplificativamente, no campo da corretagem imobiliária, em São Paulo, o percentual remuneratório varia entre 6% e 7%. Por evidente, a retribuição do corretor somente estará prevista em norma legal nos casos de corretagem disciplinada legislativamente.

Da clareza meridiana do texto codificado, permite-se inferir que *a corretagem deve ser, sempre, remunerada*. Não há corretagem gratuita, em razão da própria bilateralidade e onerosidade da avença. Nos casos em que o corretor opte por dispensar o recebimento da sua contraprestação, haverá verdadeira renúncia de crédito, submetendo-se às suas regras, inclusive com possibilidade de fraude a terceiros.

Aliás, como ressaltado linhas antes, haverá direito à remuneração pelo corretor ainda quando a atividade for efetivada por pessoa sem a qualificação exigida pela norma. Seria o caso do corretor de imóveis sem inscrição no órgão profissional correspondente. Nesse caso, o corretor fará jus a uma compensação pecuniária pela atuação desempenhada, evitando um enriquecimento sem causa, com inspiração no art. 606

32. Admitindo a possibilidade, TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 121.

33. Nos Tribunais, vem se reconhecendo a validade da remuneração do corretor pelo *over price:* "Havendo restado provados o contrato de corretagem e a intermediação do corretor, é ele de ser remunerado por seu trabalho, sendo irrelevante que o faça pela apropriação do valor dado a título de sinal pelo comprador, correspondente este ao *over price* ajustado com o vendedor" (TJ/RJ, Ap. Cív. 1999.001.11489, Rel. Des. Carlos Raymundo Cardoso).

34. Art. 6º, Resolução 326/92, Conselho Federal de Corretores de Imóveis: "é vedado ao corretor de imóveis: [...] III – promover a intermediação com cobrança de *over price*".

35. A solução também é apresentada por COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de corretagem imobiliária*, op. cit., p. 98.

36. Veja-se a orientação emanada da jurisprudência superior: "No caso dos autos, na fixação do percentual da comissão de corretagem levou-se em consideração: (i) o valor expressivo envolvido na negociação; (ii) as condições em que as partes se envolveram no negócio - sem a devida cautela acerca da formalização do valor a ser desembolsado pelo trabalho do corretor; (iii) todo o material probatório constante nos autos; (iv) o princípio da razoabilidade e, sobretudo, (v) a praxe e os costumes locais para identificar o valor habitualmente praticado no mercado de corretagem mediante consulta ao sítio virtual do Conselho Federal de Corretores de Imóveis." (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.537.306/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21.6.16, DJe 1.7.16).

do Código Civil.[37] No ponto, inclusive, abraçando essas ideias, as nossas Casas de Justiça reconhecem que "*a despeito de não inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis, o intermediador faz jus ao recebimento da comissão de corretagem*" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 87.918/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.2.01, *DJU* 9.4.01, p. 295). O entendimento, inclusive, vem se mantendo atualmente, sem qualquer variação:

> *"É possível a cobrança de valores decorrentes de intermediação exitosa para a venda de imóvel, sendo prescindível a inscrição do autor no CRECI, pois é livre o exercício do trabalho e vedado o enriquecimento ilícito do vendedor..." (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp. 185.823/MG, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 14.10.08, DJe 3.11.08).*

Ademais, como pontuado alhures, não é razoável que, nesta hipótese de falta de registro no órgão competente, o corretor receba a mesma remuneração devida a um profissional devidamente habilitado. Por isso, deve o magistrado, no caso de corretor sem registro ter obtido uma corretagem exitosa, fixar uma *compensação razoável*, de modo a garantir-lhe uma retribuição pelo trabalho (evitando um enriquecimento sem causa), mas sem igualar ao profissional habilitado. Do contrário, restaria esvaziada, por via oblíqua, a regulamentação profissional. Respirando esses ares, há interessantíssimo precedente da nossa melhor jurisprudência:

> *"Corretagem. Alegação de interesse do intermediador no negócio. Fato não comprovado... Critério. Volume do negócio. Ausência de contrato escrito. Corretor não inscrito no órgão de classe. Redução.*
>
> *[...]*
>
> *III. Percentual da comissão, contudo, extremamente elevado, dado o porte do negócio, a inexistência de contrato escrito e a circunstância de não se ter como razoável que a prática profissional sem a inscrição no Conselho de classe, submissão a fiscalização, pagamento de impostos e anuidade respectivas, possa gerar direitos iguais aos daqueles que exercem a atividade regularmente. Redução" (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp. 331.638/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 7.10.03, DJU 24.11.03, p. 309).*

O direito à retribuição, inclusive, independe da existência de contrato escrito entre as partes, como registrado anteriormente, uma vez que se trata de contrato informal.

Relembre-se que a remuneração será devida ao corretor em razão da *utilidade proporcionada pelo seu trabalho*. Em sendo assim, a remuneração do corretor é decorrente do êxito da sua atividade, conseguindo ajustar o contrato pretendido. Todavia, não se olvide, conforme concatenado alhures, que a frustração do negócio jurídico

37. Art. 606, Código Civil: "se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé. Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública".

em razão de mero arrependimento da parte, não faz cessar o direito do corretor à retribuição.

A lógica do raciocínio salta aos olhos. Sem dúvida, o corretor não pode se responsabilizar pela conclusão do negócio. A sua atuação cessa com o resultado útil propiciado ao cliente. Isto é: com a aproximação eficaz e exitosa do comitente com o terceiro, com quem celebra o negócio pretendido. Dali em diante, não será possível frustrar a remuneração do corretor por conta de eventuais desistências, após a celebração do contrato, ou de fatos externos, como uma eventual evicção da coisa adquirida. Em sendo assim, se já foi celebrada a promessa de compra e venda, inclusive com pagamento de parte do preço, e, posteriormente, uma das partes frustra a celebração da compra e venda, a remuneração continua sendo devida.[38]

É, inclusive, o que emana do art. 725 do Código Civil: "a remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude do arrependimento das partes"..

Isso não significa, porém, que a remuneração será devida se houver um arrependimento, antes da efetivação da contratação. Certamente, o direito à retribuição somente pode defluir da efetiva celebração do negócio jurídico. Com isso, se a parte não celebrou o negócio jurídico, por motivos variados (como a falta de ajuste em relação ao pagamento ou a inexistência de garantia idônea, por exemplo), não haverá direito à corretagem. Por isso, cumpre diferençar a desistência anterior e posterior à formação do contrato, para que se vislumbre o *resultado útil*. Se o arrependimento é anterior à celebração da avença (mesmo que se tenha concedido algum sinal), nenhum direito assiste ao corretor, na medida em que a sua atividade ainda não tinha gerado um resultado efetivamente útil. Distintamente, em se tratando de arrependimento ulterior à formação do contrato, a remuneração não será afetada. Isto porque o corretor não pode ser afetado por *eventuais vicissitudes supervenientes à conclusão do contrato*.[39]

38. "5. No caso em exame, conforme salientado pelas instâncias ordinárias, houve uma fase preliminar de negociações, seguida de uma fase intermediária de celebração do contrato de cessão e transferência dos direitos e obrigações constantes de promessa de compra e venda, com o pagamento do valor de R$ 62.000,00 a título de sinal, sendo certo que essas duas etapas foram intermediadas pela corretora de imóveis. Com a celebração desse contrato encerrou-se o ofício da corretora, a qual deu por concretizada a venda, recebendo, naquela data, o cheque pós-datado referente à comissão de corretagem. A partir daí, o ora recorrente munido do contrato, providenciou, como lhe competia, o financiamento do restante do valor do imóvel junto a uma instituição financeira. Contudo, durante o trâmite do processo de financiamento imobiliário, o contratante discordou do valor das prestações a serem pagas, rescindindo o contrato e sustando o cheque em apreço. 6. Se havia documento válido a corroborar o negócio jurídico – suficiente para a exigência do registro imobiliário –, não obstante seu posterior desfazimento, *é salutar reconhecer que a corretora alcançou o 'resultado útil' da avença. Destarte, formalizado o contrato particular de cessão e transferência de imóvel entre as partes interessadas, o direito à percepção de comissão de corretagem é incontestável, ainda que, por posterior rescisão contratual, mas não por culpa da corretora, o negócio jurídico não alcance a fase de registro imobiliário...*" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp 1.228.180/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 17.3.11, *DJe* 28.3.11).

39. ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*, op. cit., p. 274.

Faculdade Cearense

Afinal de contas, não basta "a boa gestão do corretor, para que cumpra a sua obrigação a contento. É preciso mais, exige-se-lhe o resultado, traduzido pelo consenso das partes com vistas à conclusão da compra e venda", conforme a ponderação de Gustavo Tepedino.[40] O entendimento pretoriano, inclusive, já está bem consolidado nesse caminho:

> *"– Nos termos do entendimento do STJ, a comissão de corretagem só é devida se ocorre a conclusão efetiva do negócio e não há desistência por parte dos contratantes.*
>
> *– É indevida a comissão de corretagem se, mesmo após a aceitação da proposta, o comprador se arrepende e desiste da compra" (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp. 753.566/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.10.06, DJU 5.3.07, p. 280).*
>
> *"I. O serviço de corretagem somente se tem como aperfeiçoado quando o negócio imobiliário se concretiza, posto que o risco é da sua essência. Destarte, indevida a comissão mesmo se após a aceitação da proposta, o vendedor, que concordara com a intermediação, se arrepende e desiste da venda" (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp. 193.067/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21.9.00, DJU 27.11.00, p. 166).*

De fato, nenhum direito à remuneração terá o corretor se a sua atuação não resultou em efeito útil para o seu cliente. Aliás, trata-se de simples consequência da própria natureza aleatória do negócio. Contudo, a proibição de enriquecimento sem causa (CC, arts. 884 e 885) e a boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), indubitavelmente, recomendam o reconhecimento do direito à remuneração do corretor se o negócio jurídico pretendido pelo comitente veio a se efetivar posteriormente, mesmo após o prazo concedido para a corretagem. O que deve ser levado em conta é a *aproximação útil propiciada pela atuação do corretor*. Por isso, mesmo após o prazo de execução do contrato, se o interesse do dono do negócio foi atendido, deve ser paga a corretagem.[41]

Antônio Carlos Mathias Coltro formula interesse explicação: "se o mero 'estou interessado', manifestado por uma ou outra das partes, pode não servir ao nascimento do direito à comissão, o certo é que, se graças à indicação do corretor o negócio alcançar êxito, acertando as partes, sem maior trabalho, as condições do negócio, caberá o pagamento da corretagem, porquanto não é de duvidar que a aproximação feita pelo intermediário acabou por se inserir na linha causal conducente à transação".[42]

Realmente, se há participação do corretor aproximando as partes, haverá nexo de causalidade entre a sua atividade e o negócio celebrado, justificando a sua remuneração, mesmo que o valor ajustado seja, eventualmente, inferior ou as condições não sejam rigorosamente as mesmas.

---

40. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 145.
41. O art. 727 da Codificação de 2002 reforça a conclusão: "se, por não haver prazo determinado, o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor".
42. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de corretagem imobiliária*, op. cit., p. 94.

Há, inclusive, interessante precedente em nossa Corte Superior:

> *"– Para que seja devida a comissão, basta a aproximação das partes e a conclusão bem sucedida de negócio jurídico. A participação efetiva do corretor na negociação do contrato é circunstância que não desempenha, via de regra, papel essencial no adimplemento de sua prestação. Portanto, esse auxílio, posterior à aproximação e até a celebração do contrato, não pode ser colocado como condição para o pagamento da comissão devida pelo comitente.*
>
> – Se, após o término do prazo estipulado no contrato de corretagem, vier a se realizar o negócio jurídico visado, por efeito dos trabalhos do corretor, a corretagem ser-lhe-á devida" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.072.397/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.9.09, DJe 9.10.09).
>
> "É devida a comissão de corretagem por intermediação imobiliária se os trabalhos de aproximação realizados pelo corretor resultarem, efetivamente, no consenso das partes quanto aos elementos essenciais do negócio" (STJ, Ac. 3ª T., AgRg no REsp. 1.440.053/MS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.3.16, DJe 28.3.16)

Diferentemente, restará excluído o direito à remuneração no caso de ser iniciado e concluído o negócio *"diretamente entre as partes"* (CC, art. 726). E, realmente, o simples fato de ter ajustado um negócio com um corretor não impedirá a parte de, pessoal e diretamente, celebrar um contrato, dispondo dos seus interesses, sem a interveniência do corretor. Até mesmo porque o objetivo almejado pela contratação de um corretor é *facilitar a consecução de um negócio, e não impedi-la.* Então, havendo um cenário inteiramente novo, sem qualquer participação sua no traçado, inexistirá retribuição – sob pena de enriquecimento sem causa.

Ademais, se dois ou mais corretores atuam para a celebração do negócio almejado pelo comitente, a retribuição será paga a todos em partes iguais, salvo disposição contrária (CC, art. 728). A hipótese é comum. Corriqueiramente, se encontra um corretor que atua na captação do cliente, enquanto outro localiza possíveis compradores, dentre outras hipóteses. Em especial no mundo contemporâneo, não é incomum encontrar atuações conjuntas de diferentes profissionais, inclusive no âmbito da corretagem. A solução de determinar o pagamento em cotas iguais é justificável por se tratar de típica hipótese de *concausas que se unem, exitosamente, para um resultado*. Assim, se dois ou mais corretores desenvolvem esforços para a obtenção de um contrato, seria muito difícil valorar qual foi a conduta mais, ou menos, relevante para o desfecho negocial. Enfim, há uma natural dificuldade em formalizar uma proporcionalidade de atuações de corretagem. Por isso, "não se leva em conta o momento da atuação de cada corretor, e nem interessa o porte da participação. É normal a presença de um corretor nas gestões iniciais, que são concluídas por outro profissional da área. Verificada a cadeia, ou que o vínculo se manteve com o mesmo comprador, ambos fazem jus à remuneração", conforme a lição de Arnaldo Rizzardo.[43]

43. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, op. cit., p. 784.

Contudo, não havendo uma soma de atuações para o desfecho do contrato, mas, tão somente, atuações individuais sucessivas, não há que se falar em divisão da remuneração.[44]

Realmente, existem "situações em que um dos corretores faz apenas, por exemplo, a mera recepção do cliente, enquanto o outro sai em busca dos interessados, realiza todos os contratos e logra obter o fechamento do negócio. Nesses casos, é induvidoso que a divisão da comissão não poderá ser idêntica", como adverte Thiago Ferreira Cardoso Neves.[45] Em tais situações, impõe-se uma divisão proporcional da comissão, sob pena, inclusive, de enriquecimento sem causa. Naturalmente, o ônus de prova no caso é do interessado em demonstrar a diferença substancial de atividades profissionais para a consecução da finalidade.

A lógica do art. 728 da Codificação, portanto, ficará reservada aos casos em que a atuação de cada um dos corretores envolvidos for efetivamente idêntica, contribuindo isonomicamente para a obtenção do resultado pretendido.

Não custa lembrar que todas as considerações aqui tecidas são de índole dispositiva. Em sendo assim, por expressa vontade das partes, manifestada em contrato paritário (que não seja de adesão, por óbvio, sob pena de nulidade), será possível prever diferentes formas de remuneração do corretor. Podem as partes, exemplificativamente, dispor que a retribuição será devida, mesmo que frustrada a celebração de um contrato.

Nesse sentido, inclusive, o art. 726 do *Codex*[46] permite a inserção, por escrito, de *cláusula de exclusividade* (também apelidada de *cláusula de opção*)[47] no contrato de corretagem, assegurando ao corretor a percepção da remuneração integral, mesmo que o negócio pretendido venha a ser ajustado sem a sua direta atuação. Esse pacto de exclusividade (opção) garante ao corretor o direito à remuneração, independentemente da eficácia de sua atuação. Explica Araken de Assis que o objetivo dessa cláusula é flagrante: "forra-se o corretor, por seu intermédio, das inconstâncias do incumbente, hesitante quanto à realização do negócio encomendado, e de sua des-

44. "A intermediação para ensejar o pagamento da remuneração não deve ser restrita à apresentação que o corretor de imóveis faz do comprador ao vendedor, mas no trabalho de acompanhamento de negociação entre as partes para a concretização do negócio, quer dizer alcançar o resultado útil. Inexistindo exclusividade para a venda de imóvel, em prol de determinada empresa, a comissão de corretagem será devida àquela que concretizou a venda, ainda que outra tenha chegado a mostrar o bem ao comprador final. A partilha da comissão de corretagem somente é possível dentre os corretores que efetivamente participaram da concretização do negócio" (TJ/MG, Ac. 16ª Câm. Cív., Ap. Cív. 1.0024.05.894620-3/0001, rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 13.6.07).

45. NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*, op. cit., p. 186-187.

46. Art. 726, Código Civil: "iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes, nenhuma remuneração será devida ao corretor; mas se, por escrito, for ajustada a corretagem com exclusividade, terá o corretor direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação, salvo se comprovada sua inércia ou ociosidade".

47. "Opção, em mediação, é exclusividade", como ressalta Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, op. cit., p. 368.

lealdade e dissimulações".[48] Nessa hipótese, o corretor somente perderá o direito à remuneração se comprovada a sua inércia ou ociosidade, rompendo, por conseguinte, o nexo etiológico. Evidentemente, o ônus de prova dessa inércia ou ociosidade será do contratante.

6. A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO DO CORRETOR: DE MEIO OU DE RESULTADO?

É tradicional a classificação, entre nós, das relações obrigacionais, em relação ao seu conteúdo, em duas diferentes perspectivas: as obrigações de meio e as obrigações de resultado.

O critério classificatório pode ser imputado à Demongue, uma vez que, no primeiro quarto do século XX, talhou a distinção, não sem alguma discordância no seio doutrinário. Segundo as suas proposições, nas obrigações de resultado o devedor vincula-se, efetivamente, a um resultado determinado e necessário, sem o qual a obrigação restará descumprida. Diferentemente, nas obrigações de meio, o devedor não está atrelado a um resultado previamente estabelecido, devendo, tão somente, atuar com diligência e cuidados especiais para a obtenção do resultado. Partindo dessas diretrizes, a obrigação do transportador seria de resultado, enquanto a obrigação do advogado seria de meio.

Noutra sede, já havíamos chegado à conclusão de que essa formulação teórica tem como efeito prático implicacional *a distribuição da carga probatória* – e não uma mutação da natureza, propriamente dita, da relação obrigacional.[49]

Em sendo assim, nas obrigações de meio, caberá ao próprio credor comprovar que o devedor falhou ao não agir com o grau de diligência necessário para a obtenção do resultado pretendido. Distintamente, nas obrigações de resultado, incumbirá ao devedor afastar a sua culpa (que estará presumida relativamente, *juris tantum*), demonstrando que atuou, efetivamente, com a cautela e diligência necessárias, não decorrendo o resultado de fatos externos, alheios à sua atuação.

De qualquer maneira, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, com clara inspiração no direito constitucional à prestação jurisdicional célere e eficaz, acolhe-se a teoria da carga probatória dinâmica. Em sendo assim, de acordo com a tese, prevista no §1º do art. 373 do Código de Ritos novidadeiro, em cada caso concreto, pode o juiz determinar à parte que detém a prova o dever de produzi-la, mesmo que o ônus probatório não seja seu: "nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de

48. ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*, op. cit., p. 281.

49. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Obrigações, op. cit., p. 356-357.

se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído". Seguramente, o momento oportuno para que o magistrado determine a distribuição do ônus de prova há de ser anterior à prolação da sentença, por motivos óbvios. A intenção é obter provas mais efetivas e, bem por isso, tem de anteceder ao provimento final do processo.

Fixada essa parametrização sobre os contornos classificatórios das obrigações, é de se lembrar que, historicamente, em nosso país, as obrigações do corretor foram reputadas *de resultado*, disso decorrendo que o seu direito remuneratório dependia, inexoravelmente, da efetiva celebração do contrato pretendido.

Chegou-se mesmo a afirmar em sede jurisprudencial: "o contrato de corretagem não impõe simples obrigação de meio, mas sim uma obrigação de resultado" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 208.508/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 25.6.02, *DJU* 11.11.02, p. 220).[50]

Na civilística pátria, por igual, vem se dizendo que a obrigação do corretor é de resultado "pois, ordinariamente, apresenta relevância jurídica quando o corretor alcança os objetivos que as partes tiveram em mira: a realização do negócio. Por não consistir em contrato de meio é que o corretor não faz jus à remuneração quando não promove negócios", como discorre Paulo Nader. Em seguida, porém, incorre em evidente contradição: "nada impede que se dê ambivalência ao contrato, ou seja, que se estipule alguma remuneração por trabalhos, independentemente de resultados".[51]

Pois bem, malgrado essa ponderação (de que a obrigação do corretor é de resultado) possa parecer, em exame perfunctório, procedente, é preciso tecer outros argumentos.

Primus, é preciso observar, conforme já concatenado anteriormente, que o direito à retribuição do corretor deflui da *atividade útil* propiciada ao dono do negócio. E, por isso, se o negócio não se concretizou por circunstâncias pessoais (arrependimento posterior, por exemplo), mesmo assim fará jus à remuneração, como reconhecido jurisprudencialmente.

Secundus, sobreleva perceber que o comitente ajusta um contrato com o corretor, esperando dele uma atividade concreta e útil, pautada pela boa-fé objetiva, com esforço, empenho e eficiência. Mas, não se aguarda do corretor uma conduta desumana, com vistas à obtenção de resultados impossíveis ou pouco prováveis. Dessa forma, não se pode reputar *inadimplida a obrigação do corretor pelo simples fato de não ter obtido a celebração do negócio jurídico pretendido pelo seu cliente*. Seguramente, não seria crível, nem admissível, que um corretor pudesse ser responsabilizado pelo simples fato de não ter conseguido concretizar o negócio almejado. A sua imputação, em verdade, decorre de pressupostos específicos, ligados à responsabilidade civil, como a culpa e o nexo de causalidade.

50. Doutrinariamente, também sustentando que a obrigação do corretor é de resultado, veja-se GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 443.

51. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 349.

Tertius, mas não menos importante, é de se assinalar que, no estágio atual do Direito Obrigacional, vem se despertando para a inocuidade (e pouca relevância prática e teórica) da distinção entre as obrigações de resultado e de meio, mitigando a sua importância. Na doutrina italiana, inclusive, Pietro Rescigno vem se afirmando que "a distinção se mostra censurável, porque em toda obrigação assumem relevo tanto o resultado prático a ser alcançado como o empenho do devedor em obtê-lo".[52] De fato, na nova ambientação das relações contratuais, os deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva e a função social impõem uma nova perspectiva para *toda e qualquer obrigação, seja de meio, seja de resultado*. E, por isso, não se pode sacrificar inteiramente o devedor pelo insucesso nas obrigações de resultado, ignorando a atuação do credor. Tampouco, é possível, nas obrigações de meio, ignorar a relevância da atuação efetiva do devedor.

7. OBRIGAÇÕES DO CORRETOR NO ÂMBITO DO CONTRATO DE CORRETAGEM

Em linhas gerais, as obrigações do corretor decorrem da boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), notadamente através dos seus deveres anexos, permeados de eticidade e probidade.

Singrando os mares da boa-fé objetiva, o art. 723 do Código de 2002, com a redação empestada pela Lei nº 12.236/10, estabelece as obrigações genericamente impostas ao corretor, sem taxatividade. Vale a pena conferir a redação do texto legal:

> *Art. 723, Código Civil:*
>
> *"O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio.*
>
> *Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência."*

Pois bem, organizando didaticamente as obrigações assumidas pelo corretor, é possível visualizar:

i) dever de lealdade;

ii) dever de diligência e prudência;

iii) dever de informação;

iv) dever de prestação de contas.

É certo que o *dever de lealdade*, decorrência típica da *confiança* que caracteriza a boa-fé objetiva, impõe ao corretor estar atento a todas as circunstâncias e

52. Apud TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 397.

peculiaridades do interesse do seu cliente. Assim, impõe aconselhar ou desaconselhar a celebração de negócios e de seus particulares detalhes.

Aliás, defluindo do dever de lealdade, vislumbra-se, também, para o corretor o dever de *confidencialidade* e *silêncio* sobre circunstâncias particulares de interesse do contratante. Seguramente, o corretor pode ter contato com informações do interessado que precisam estar acobertadas pela confidencialidade, independentemente de cláusula expressa nesse sentido. Trata-se de simples desdobramento da boa-fé objetiva, notadamente dos seus deveres anexos (função integrativa).

Em seguida, os *deveres de diligência e prudência*, também aludidos pelo dispositivo legal, possuem idêntica formulação, guardando estreita relação com a *confiança* que se espera dos contratantes, ordinariamente. Diligência e prudência, inclusive, devem estar balizadas pelo cuidado e atenção aos interesses do contratante.

No que tange ao *dever de informação*, dúvida inexiste quanto à sua relevância. No mundo contemporâneo, a importância do acesso à informação pode ser decisiva para a tomada de decisões no campo negocial. Por isso, espera-se do corretor uma especial atenção para que informe o seu contratante (o dono do negócio) de todos os detalhes e aspectos que envolvam a negociação e possam influenciar as suas decisões. Havendo informações equivocadas ou desleais, ou ainda sendo o caso de sonegação de informações relevantes, o corretor estará sujeito "a arcar com as perdas e danos, naturalmente, em solidariedade com aquele que restou com o indevido favorecimento", como realça Arnaldo Rizzardo.[53] No mesmo sentido, confira-se o entendimento jurisprudencial:

> *"É inequívoco que o corretor de imóveis deve atuar com diligência, prestando às partes do negócio que intermedeia as informações relevantes, de modo a evitar a celebração de contratos nulos ou anuláveis, podendo, nesses casos, constatada a sua negligência quanto às cautelas que razoavelmente são esperadas de sua parte, responder por perdas e danos" (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp 1.266.937/MG, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 6.12.11, DJe 1.2.12).*

Ainda é imposto ao corretor o dever de *prestação de contas*. Isto porque para atender inteiramente ao interesse do comitente, bem como para que possa permitir o pleno conhecimento do negócio que se pretende concluir, é preciso que preste contas de todos os ajustes com o terceiro, interessado na negociação.

Não se esqueça, ainda, que o contrato de corretagem pode se caracterizar como uma *relação de consumo*, quando presente a vulnerabilidade, a partir do critério *finalístico*, adotado pela legislação consumerista. Nesse caso, há uma ampliação da responsabilidade civil (regida, naturalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor). E, por isso, o dono do negócio passa a responder pelos danos causados pelo corretor aos terceiros (adquirentes do negócio proposto). Seria o exemplo da seguradora que responde pelo prejuízo causado pelo corretor que recebeu o valor pago pelo consumidor

53. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, op. cit., p. 778.

e não o repassou.[54] Enfim, *é estabelecida uma verdadeira cadeia de responsabilidade entre o fornecedor (comitente) e o corretor,* em relação ao consumidor – que é visivelmente vulnerável nessa relação.

> *"Nas circunstâncias acima, não está envolvida apenas a relação jurídica decorrente do contrato de seguro, estabelecida entre o segurado e o segurador, em que ao primeiro incumbe, além de outras obrigações, o pagamento do prêmio, enquanto ao segundo cabe satisfazer a indenização securitária, caso verificado o risco coberto. Por força do contrato de corretagem ou intermediação subjacente, aquela relação jurídica de consumo atrai também a responsabilidade do corretor que intermediou o negócio perante o consumidor. Devido à atuação ostensiva do corretor como representante do segurador, estabelece-se uma cadeia de fornecimento a tornar solidários seus participantes" (STJ, Ac.unân. 4a T., REsp. 658.938/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 15.5.12, DJe 20.8.12).*

8. ASPECTOS PROCESSUAIS E COMPETÊNCIA JUDICIAL

Adimplida a obrigação pelo corretor, naturalmente, fará jus à retribuição, como visto anteriormente.

No entanto, caso o comitente se recuse a, espontaneamente, honrar o compromisso assumido com o contratado, será caso de ajuizamento da ação correspondente para exigir, em juízo, o pagamento devido.

Se foi celebrado um contrato entre as partes, por instrumento escrito e subscrito por duas testemunhas, a situação será mais confortável, cabendo a propositura direta de uma *ação de execução,* na conformidade com o art. 784 do Código de Processo Civil.

Por evidente, nesse caso, a ação executiva dependerá, por idêntico, da comprovação (por algum modo) do cumprimento da obrigação assumida pelo corretor, gerando um *resultado útil* para o comitente.

Inexistindo título executivo decorrente de instrumento contratual escrito – até mesmo porque o contrato é informal –, restará ao interessado a utilização de duas outras vias: a ação monitória ou a ação de cobrança, pelo procedimento comum ordinário.

Através do uso da técnica monitória, por procedimento especial de jurisdição litigiosa (CPC, arts. 700 a 702), que se mostra facultativa para o interessado, poderá o corretor, a partir de prova escrita, sem força executiva, litigar contra o comitente, exigindo a sua contraprestação. Na ação monitória, o contraditório será diferido, conferindo maior celeridade. *A prova escrita* exigida para o manejo do procedimento monitório é aquela idônea para a formação da convicção do magistrado, mediante

54. "1. O segurado, agindo com boa-fé, não pode ser penalizado quando o corretor não repassar as parcelas do prêmio à seguradora. 2. Aplica-se a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça quando a apreciação da tese versada no recurso especial – responsabilidade da seguradora pelos atos praticados por corretor – reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda" (STJ, Ac.unân. 4ª T., AgRgAg Instr. 1.369.356/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 4.8.11, *DJe* 16.8.11).

cognição sumária. É o exemplo de um recibo ou de algum instrumento escrito que demonstre a atuação do corretor, como a troca de *e-mails* ou de correspondências.

Não havendo prova escrita, ou não optando o interessado pela via monitória, será caso de propositura de ação de cobrança, através do procedimento comum ordinário.

Vale registrar, por fim, que em se tratando de conflito de interesses estabelecido entre um corretor-pessoa física e o seu comitente, a competência para processá-lo e julgá-lo há de ser da Justiça do Trabalho.

Isso porque a competência material da Justiça do Trabalho é estabelecida em conformidade com a *natureza da lide*, isto é, a partir da relação jurídica controvertida apresentada em juízo. Com o advento da Emenda Constitucional 45/04 restou definido que a competência da Justiça Especializada é firmada para toda e qualquer *relação jurídica em que o trabalho seja prestado por pessoa humana*, independentemente da específica caracterização de um contrato de emprego.

Vale dizer: mesmo que a relação jurídica conflituosa não se caracterize como um contrato de emprego, a Justiça do Trabalho é competente quando se trata de atividade humana laborativa, alcançando, via de consequência, outras figuras jurídicas, como o contrato de corretagem, além de outros, como o de prestação de serviços e o contrato de empreitada, dês que a atividade seja exercida por pessoa humana.

Didaticamente, Manoel Antônio Teixeira Filho professa que o Poder Judiciário Trabalhista passou a ter competência para apreciar e julgar "não apenas lides envolvendo trabalhadores e empregadores, senão que lides nas quais, de um lado, figure como parte trabalhador, *lato sensu*, independentemente da natureza jurídica do contrato a que esteja vinculado e, de outro, o tomador dos seus serviços, mesmo que não seja empregador".[55]

Sob essa nova dimensão de competência judicial, os litígios envolvendo corretores-pessoas físicas e comitentes estão submetidos à competência da Justiça do Trabalho, apesar da não caracterização de uma relação de emprego.[56] Isto porque dizem respeito *a ações oriundas de relação de trabalho humano.*

A Justiça Trabalhista somente não terá competência para dirimir conflitos decorrentes de contrato de corretagem quando o corretor for uma *pessoa jurídica*, por faltar o elemento humano. Nesse caso, a competência será, a toda evidência, da Justiça Comum.

Impõe-se, contudo, fazer uma ressalva. Apesar da clareza solar da redação emprestada à norma constitucional pela citada Emenda Constitucional, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça cimentou na Súmula 363 o entendimento de que:

> *Súmula 363, Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *"Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente."*

55. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. "A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional 45/2004", op. cit., p. 14.

56. Na mesma esteira, Orlando Gomes e Elson Gottschalk são precisos ao comentar que as demandas dos profissionais liberais "recaem na jurisdição da Justiça do Trabalho, a partir da Emenda nº 45/04", *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 86-87.

Dessa maneira, segundo o entendimento da jurisprudência superior, em se tratando de demanda promovida por corretor que se apresente como um profissional liberal contra o seu cliente para a cobrança de sua remuneração, a competência não será da Justiça do Trabalho, mas, sim, das varas cíveis.

Ao nosso viso, *venia maxima permissa*, o entendimento desafia a nova perspectiva de competência da Justiça do Trabalho almejada pela Emenda Constitucional 45/04 e fragiliza a proteção dos corretores, quando se encaixarem no conceito de profissional liberal. Para nós, a competência para processar e julgar conflitos decorrentes de contratos de corretagem, celebrados por pessoas físicas, inclusive envolvendo profissionais liberais, tem de ser da Justiça Trabalhista.[57]

Efetivamente, a expressão *relação de trabalho*, extraída da nova redação do art. 114 do Texto Magno, é genérica e não excludente, abarcando toda e qualquer relação jurídica fundada em atividade laborativa humana. Abrange, induvidosamente, as relações de emprego, os trabalhos eventuais, autônomos, avulsos..., inclusive prestados por profissional liberal, não se justificando excluir parcela de trabalhadores do seu alcance.

Ademais, os Juízes do Trabalho possuem conhecimento técnico (e, mais do que isso, filosófico e cotidiano) mais apurado para processar e julgar os conflitos relativos ao trabalho humano (com todas as suas nuances e peculiaridades) do que o magistrado cível, que assume uma gama mais complexa de conflitos humanos genéricos.

57. Este entendimento foi sufragado, inclusive, no Enunciado 23 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: "COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. A Justiça do Trabalho é competente para julgar ações de cobrança de honorários advocatícios, desde que ajuizada por advogado na condição de pessoa natural, eis que o labor do advogado não é prestado em relação de consumo, em virtude de lei e de particularidades próprias, e ainda que o fosse, porque a relação consumerista não afasta, por si só, o conceito de trabalho abarcado pelo artigo 114 da Constituição Federal."

CAPÍTULO XI

Contrato de Locação

Sumário • 1. Breve histórico – 2. A locação na sociedade de mercado – 3. Campo de incidência do Código Civil – 4. Elementos contratuais: 4.1 Cessão do uso e gozo; 4.2 Coisa infungível; 4.3 Retribuição (aluguel); 4.4 Temporariedade (prazo) – 5. Natureza jurídica – 6. Obrigações dos contratantes: 6.1 Obrigações do locador; 6.2 Obrigações do locatário – 7. Extinção da locação: 7.1 Extinção da locação com prazo; 7.2 Extinção da locação sem prazo; 7.3 Extinção pela venda do bem locado; 7.4 Extinção pelo inadimplemento; 7.5 Extinção pela morte de uma das partes.

"É bom que haja uma ação de despejo, sempre deveria haver, em toda casa, para que assim o sentimento do precário nos proibisse de revestir as paredes alheias com nossa ternura e de nos afeiçoarmos sem sentir até a humilde torneira, e ao corrimão da escada como se fosse um ombro e amigo onde pousamos a mão."

(Rubem Braga, *Sobre o inferno*)

1. BREVE HISTÓRICO

No Direito Romano, eram conhecidas três formas de locação: *locatio conductio rei* (locação de coisa); *locatio conductio operarum* (locação do trabalho humano); e *locatio conductio operis* (locação de obra). Esses contratos procuravam proporcionar a alguém, mediante certa forma de remuneração, a prestação do uso de uma coisa infungível: a prestação de serviços ou a execução de um determinado trabalho, pela via da empreitada. Lembra Pontes de Miranda[1] que, inicialmente, locavam-se forças humanas e animais e, posteriormente, as coisas, especialmente os bens imóveis, que acabou por se tornar a modalidade mais importante.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916, sob a rubrica "da locação", cuidava das três modalidades milenares de locação: coisas, serviços e empreitada. Espelhando a visão liberal e individualista da codificação europeia dos oitocentos, o Código Beviláqua disciplinou a locação sob o signo da autonomia da vontade, com a preponderância de normas de caráter dispositivo, suscetíveis de exclusão pelo consenso

1. PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, t. 40, p. 10.

dos contratantes. Nada mais natural, afinal, a propriedade e os contratos formavam os pilares de um regime dedicado à apropriação e conservação de bens. Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares, refletindo a clivagem entre o público e o privado, diante de um Estado ausente, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava em última instância, para preservar as regras do jogo.

Todavia, nas primeiras décadas do século XX, o Estado liberal demonstrou sinais de fadiga. A "mão invisível" do mercado não foi capaz de solucionar as premências sociais, pois inexistiam instituições que o regulassem. A percepção de que o ordenamento jurídico deveria agir para atenuar desigualdades e libertar indivíduos de necessidades propiciou o surgimento do intervencionista Estado social, o *welfare state*. Os direitos sociais de segunda geração já não mais correspondiam a uma posição de abstenção por parte do Estado, mas à efetivação de prestações positivas pela via de concessão de direitos promocionais e condições materiais para o desfrute de liberdades. Na tríade formada pela locação de coisas, de obra e de mão de obra, a empreitada (obra) foi a única que se desligou da terminologia originária. Já as locações de coisas e de serviços foram as mais atingidas pelas rápidas mutações do breve século XX.

Por conseguinte, especificamente no campo da locação imobiliária, o Estado Social introduziu normas de ordem pública cujo objetivo era frear a autonomia da vontade em relações jurídicas marcadas pela assimetria, em um cenário de déficit habitacional decorrente de um processo de industrialização que desencadeou acelerada urbanização. Os códigos perdem o papel monopolista, passando a concorrer, em um primeiro momento, com a legislação emergencial e, posteriormente, com microssistemas normativos. A supressão da locação urbana do alcance do Código Civil denotava a desconfiança social sobre a pretensa igualdade das relações jurídicas privadas.

O Decreto nº 24.150/34, do presidente Getúlio Vargas, passou a regular "as condições e processo de renovamento dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais", pela necessidade de se impor "restrições à maneira de usar esse direito [de propriedade] em benefício de interesses ou conveniências gerais", bem assim a "necessidade de regular as relações entre proprietários e inquilinos, por princípios uniformes e de equidade, se fez sentir universalmente, impondo como impôs aos povos da mais elevada educação jurídica a instituição de leis especializadas". Seguiram-se, desde então, a Lei nº 1.300/50, a Lei nº 4.494/64, a Lei nº 5.444/67, a Lei nº 6.649/79, que foi revogada pela Lei nº 8.245/91, em vigor atualmente a despeito de sucessivas alterações supervenientes, notadamente àquelas impostas pelas Leis nºs 10.931/04, 11.196/05, 12.112/09 e 12.744/12 – introduzindo esta a modalidade do *built to suit*,[2] que alterou o art. 4º e acresceu o art. 54-A à Lei nº 8.245/91 (Lei de Locações de Imóveis Urbanos ou Lei do Inquilinato).

2. O *built to suit* contém elementos de diversos contratos típicos – como o contrato de empreitada e o de locação –, mas não se resume a nenhum deles. Trata-se de um contrato atípico cuja celebração é autorizada

As consecutivas legislações dos últimos 80 anos não apontam em um sentido linear. Pelo contrário, são oscilantes, traduzindo a maior ou menor polarização entre setores sociais, pendendo ora para a adoção de regras intervencionistas nas relações privadas, ora para um perfil minimalista, ou absentista nas tensões entre proprietários e locatários. Não por outra razão, o volátil contrato de locação é o negócio jurídico mais apropriado para refletir a dinâmica econômica de uma nação. É representativo dessa sensibilidade, as políticas recentemente formuladas por países como Espanha e Portugal para inibir as ações de despejo.

Relativamente aos contratos de locação de imóveis rurais, em 1964 a Lei nº 4.504/64 regulamentou os contratos de arrendamento rural e parceria agrícola, também se servindo de normas cogentes de ordem públicas. O Estatuto da Terra, ainda vigente, nasceu com a importante missão de conciliar a formulação desses negócios jurídicos com a execução da reforma agrária e promoção da política agrícola, também sofrendo o impacto de sucessivas normas, destacando-se a Lei nº 11.443/07.

A seu turno, com a vigência da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/43), excluem-se do âmbito da locação de serviços todas as relações de trabalho subordinado. O contrato de locação de serviços foi substituído como instrumento jurídico ordenador dos vínculos entre tomadores e prestadores de mão de obra pelo contrato de trabalho. A inaptidão do modelo romano-pandectista da *locatio-conductio operarum* para as exigências de uma nova classe obreira foi das mais eloquentes, de modo especial se comparada com a caducidade de outras figuras jurídicas no período. No Código Civil de 2002, a locação de serviços é hoje a "prestação de serviços". Em seu art. 593, explicita-se o caráter residual da incidência das normas do código: "A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste capítulo". Em uma dessas ironias da vida, no início do século XXI, assiste-se ao renascimento da velha "locação de mão de obra" como um contrato útil e usual para vínculos profissionais especializados, ao exemplo de atores, jornalistas, analistas de sistemas, além dos clássicos casos de advogados, contadores e consultores técnicos.[3]

Finalmente, apartando-se da clássica tripartição emanada do direito romano e adotada pelo Estatuto Substantivo de 1916, mediante o uso de terminologia própria e adequada, o Código Civil de 2002 afasta as duas primeiras espécies de locação, convertendo-as aos atuais contratos de prestação de serviço e empreitada. A locação de coisas é a única modalidade cujo denominação foi preservada pelo Código Civil em vigor.

---

pelo art. 425 do Código Civil no âmbito da autonomia privada dos particulares. Daí que não se pode interpretá-lo, a princípio, de acordo com a Lei de Locações, cuja índole protetiva não se coaduna com uma operação que ordinariamente é utilizada por duas empresas que formalmente encontram-se em pé de igualdade na contratação.

3. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Análise comparativista dos contratos built to suit.*

Ademais, houve a unificação das locações civil e mercantil – esta anteriormente situada no Código Comercial de 1850 –, pois toda a matéria é agora versada no Capítulo V, do Título VI, do Livro "Do Direito das Obrigações", relativo às várias espécies contratuais.

2. A LOCAÇÃO NA SOCIEDADE DE MERCADO

"O neurótico constrói um castelo no ar.
O psicótico mora nele.
O psiquiatra cobra o aluguel."

(Jerome Lawrence)

Vivemos em uma época em que quase tudo pode ser comprado ou vendido, ou mesmo locado. Nas últimas três décadas, os mercados e os seus valores passaram a governar a nossa vida como nunca. Hoje, a lógica do contrato não se aplica mais apenas a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo e alcança esferas da vida com as quais nada têm a ver. Assim, fomos resvalando da situação de *ter* uma economia de mercado para a de *ser* uma sociedade de mercado. O filósofo Michael Sandel[4] debate os limites morais e políticos do mercado, ou seja, discute em que circunstâncias ele faz ou não sentido, e quais os valores que governarão as diferentes áreas da vida cívica e social. O fato é que algumas das boas coisas da vida são corrompidas ou degradadas a partir do instante em que são convertidas em mercadoria.

Especialmente no terreno da locação, o Professor de Harvard trata dos contratos de cessão de espaço para publicidade comercial, que colonizou todos os recantos da vida. Após discorrer sobre propagandas em paredes de mictórios, *lingeries* de prostitutas e profissionais exóticos, transformação de carros particulares em *outdoor* ambulante, mediante aluguel mensal para divulgar *logo* de bebidas energéticas, ou mesmo o uso da própria casa de moradia como meio de divulgação das grandes marcas, culmina o autor por descrever a transformação do corpo em *outdoor*, sendo bastante aquiescência daquele que será tatuado com a logomarca de certo produto. Não se trata de um *tatoo* permanente, mas provisório, que pode ser periodicamente substituído mediante remuneração, mesmo que paradoxalmente colocado sob a própria testa! Para muitos, se aquilo que se negocia como objeto de publicidade é a casa, o banheiro público ou a testa, pouco importa. Desde que o bem jurídico pertença a pessoa que o venda e desde que a operação econômica seja voluntária, ninguém terá o direito de objetar, afinal, os mercados não discriminam entre preferências louváveis ou indesejáveis.[5]

4. SANDEL, Michael, *O que o dinheiro não compra*, p. 13-17. "A diferença é esta: uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficaz – de organização de uma atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformatadas a imagem do mercado" (p. 16).

5. SANDEL, Michael, *O que o dinheiro não compra*, p. 180-185.

Todavia, Sandel conforta aqueles que acreditam que comercializar o corpo humano significa um modo errado de lhe atribuir valor, através de dois tipos de objeções aos argumentos tipo *laissez-faire* que sustentam as escolhas neutras do mercado. Um tem a ver com *equanimidade*: ou seja, se a pessoa transforma a sua casa em *outdoor*, o seu carro, bíceps e nuca em um letreiro ambulante, pode-se questionar se a sua liberdade de escolha não estava coagida por grave necessidade econômica que a impeliu a contratar em condições de evidente desigualdade e em termos injustos de cooperação social; a segunda objeção se prende à *corrupção*: mesmo em uma utópica sociedade sem diferenças de poder e riqueza, existem certos bens cuja comercialização pode corromper a sua própria essência e, portanto, não podem ser tratados como instrumentos de lucro e uso. Ter uma tatuagem na testa patrocinada, mesmo que removível após certo tempo, é uma maneira equivocada de atribuir valor ao corpo, além de algo humilhante, ainda que a decisão tenha sido livremente adotada. Enfim, os mercados não são simples mecanismos; eles também encarnam certos valores e devem zelar não apenas pelas normas, mas também pelos bens que devem governá-los.[6]

As duas objeções levantadas concernem a escolhas éticas e políticas, apontando para as desigualdades que as escolhas de mercado podem refletir e as atitudes que as relações de mercado podem prejudicar. Porém, como resgatar esses dilemas éticos para o campo do direito civil, especificamente para o objeto do contrato de locação em 2015?

Em uma análise fria, poder-se-ia sustentar que a cessão temporária de espaços do corpo humano para fins de publicidade seria um contrato de *locação de coisas*, afinal aí se conjugam os 4 atributos desse negócio jurídico: a) cessão de uso e gozo; b) coisa infungível; c) retribuição (aluguel); d) temporariedade (prazo). Assim, a questão deverá ser tratada pela disciplina contratual da locação do Código Civil.

Entretanto, de contrato não se trata, sendo o bem jurídico corpo – bem como qualquer de suas partes isoladas – despido de conteúdo patrimonial. O traço da patrimonialidade é fundamental para definir o contrato, mas não é decisivo para afirmar a sua negociabilidade. Isto é, existem negócios jurídicos existenciais, cujo acento decisivo é a autonomia privada de cada indivíduo, mesmo que o bem jurídico seja despojado do atributo pecuniário. O poder de autodeterminação da pessoa para regrar os seus interesses, nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico, pode por vezes prescindir da estrutura complexa do contrato.

A cessão gratuita de um órgão ou tecido para fins de transplante não é uma operação econômica reconduzível a teoria do contrato, no modelo jurídico de uma

6. SANDEL, Michael, *O que o dinheiro não compra*, p. 186-188: "As objeções da equanimidade e da corrupção diferem em suas implicações no que diz respeito ao mercado: o argumento da equanimidade não levanta objeção à mercantilização de certos bens sob a alegação de que são preciosos, sagrados ou que não tem preço; insurge-se contra a venda de bens num contexto de desigualdade suficientemente grave para gerar condições injustas de barganha" (p. 112).

doação. Porém, cuida-se de negócio jurídico amparado infraconstitucionalmente pelo art. 13 do Código Civil, cujo limite de liceidade reside na vedação a "diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes". Por outro lado, o *aluguel de útero* é um negócio jurídico envolvendo a cessão onerosa temporária de parte do corpo humano, cuja comercialização, contudo, é vedada no direito brasileiro por explícita opção do § 4º do art. 199 da Constituição Federal.

Quanto à legalidade de um negócio jurídico de cessão onerosa temporária da testa ou do bíceps de uma pessoa para divulgação da logomarca de uma empresa haveriam em tese dois questionamentos: há diminuição permanente da integridade física? O ato contraria os bons costumes? Esses são os limites abstrata e objetivamente impostos pelo art. 13 do Código Civil para qualquer ato de *disposição do próprio corpo*. A primeira resposta é negativa: trata-se de desenho ou *tatoo* removível. Porém, será no segundo questionamento, ao se tangenciar de *bons costumes*, que se encontra o maior obstáculo ao desafio ora imposto.

Tratar de um conceito vago e impreciso como os "bons costumes" é uma tarefa hercúlea em sociedades plurais, nas quais há uma diversidade de orientações sobre o conceito de "vida boa". Em um Estado Democrático de Direito – cujos traços fortes são o personalismo e o solidarismo –, a complexidade da resposta avulta em razão não apenas da heterogeneidade de padrões culturais que possam orientar uma infinidade de comportamentos contrastantes no interno de um mesmo ordenamento, como do necessário respeito à liberdade de cada ser humano para edificar a sua trajetória de vida sem que seja instrumentalizado pela sociedade ou pelo Estado em deliberações que concernem à sua órbita de intimidade, mesmo que traduzidos em reflexos pecuniários.

Enfim, o ato de autonomia negocial, seja ele unilateral ou bilateral, existencial ou patrimonial, será merecedor de tutela se corresponder não apenas às regras presentes em nível ordinário, mas aos princípios que lhe dão substrato. Se *a priori* uma regra válida define certa conduta como contrária ao sistema, afirma-se a sua ilicitude. Todavia, a não constatação da ilicitude *prima facie* de um ato de autonomia negocial, não necessariamente conduz ao seu merecimento. As partes podem concluir validamente um negócio jurídico – sendo este apto a produzir os seus efeitos –, se quando submetido a um controle de valor fique evidenciado que realiza interesses dignos de proteção segundo o ordenamento jurídico. Assim, se essas novas traduções do consentimento humano concretamente não violem a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, a licitude do negócio jurídico estará posta.

3. CAMPO DE INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil disciplina a locação de coisas nos arts. 565 a 578.

A teor do art. 565, "na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante

certa retribuição". Em outros termos, a locação de coisas decorre do fato de o locador colocar à disposição do locatário o uso e fruição de um bem por um certo período, cabendo a este pagar àquele um determinado preço.

O âmbito de aplicação das referidas normas é contrato de locação de coisas infungíveis. De fato, a redução do objeto da locação é consequência da autonomização dos contratos de prestação de serviços (CC, arts. 593 a 609) e empreitada (CC, arts. 610 a 626).

O Código Civil monopoliza a locação de bens móveis infungíveis. Aqui podemos cogitar de uma ampla variedade de objetos, como vestimentas, eletrodomésticos, eletrônicos (do *iPad* ao *tablet*[7] e ao aparelho celular), automóveis, tratores, *container*, gerador de energia, tenda, caçamba, mobiliários domésticos e uma infinidade de coisas que a criatividade humana possa engendrar.

Porém, nem todas os negócios envolvendo a cessão temporária de coisas infungíveis se submetem ao Código Civil. Nas disposições finais e transitórias, significativa é a advertência do art. 2.036 da Lei Civil: "a locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida".

Aqui o legislador não tergiversou: a Lei do Inquilinato continua em vigor e, na qualidade de norma especial, mantém a regência sobre matéria de locação de imóveis urbanos residenciais e não residenciais, sobre a qual o Código Civil corretamente não se debruçou. Com efeito, todo contrato em que se verifique assimetria entre as partes deve ser enfrentado pela legislação especial, cuja função será a de acautelar a parte vulnerável, ao estabelecer prévia igualdade material entre os contratantes (*v. g.*, as relações de trabalho e de consumo). O Código Civil apenas regulamenta os contratos em que existe um certo nível de correspondência entre os entabulantes, relações jurídicas em que possa preponderar a autonomia privada com menor influxo das normas de ordem pública. Ao invés de se seguir o modelo alemão de resolução de assimetrias por meio da introdução no Código Civil de regimes duais – especialmente após a Lei de Modernização do Direito das Obrigações de 2002 –, o Brasil

7. Dois jovens empreendedores resolveram investir na locação de tablets, em Curitiba. O empreendimento surgiu após uma "pesquisa de novas ideias", como explicaram os sócios, que desejavam empreender. "Encontramos em Barcelona, Madri e Paris empresas que alugam tablets. Lá, a locação é mais voltada para o turismo", relatou Baggetti. Para inovar no serviço, os rapazes desenvolveram aplicativos próprios. "Não queríamos apenas alugar o tablet", afirmou Coelho. A empresa atinge pessoas físicas e jurídicas. Nos seis meses de atuação, já atendeu mais de 40 clientes. Atualmente, eles contam com um estoque de 30 tablets. "A gente adquire de acordo com a demanda. Não adianta ter um estoque muito grande porque os tablets estão sempre sendo atualizados e nós queremos oferecer um material com tecnologia de ponta", contou o estudante de administração. A expectativa dos sócios é de crescimento. Eles explicam que o principal adversário é a falta de conhecimento das pessoas sobre o serviço que prestam. Por essa razão, eles têm investido na prospecção de clientes e em novas ideias. "É um serviço novo que cresce junto com o mercado", pontuou Baggetti. A empresa oferece dois modelos de tablets. A diária custa R$ 17,90; já na locação por uma semana, a diária sai por R$ 13,99. Também é possível alugar o aparelho anualmente por R$ 4,99 a diária. Os tablets alugados pela empresa custam, em média, entre R$ 1.800,00 e R$ 2.500,00. www.g1parana.com.br colhido em 9.7.2014.

tomou o rumo de criar microssistemas, gerando a coexistência de regimes normativos diferenciados para uma mesma base negocial.

A forçosa convivência do Código Civil com a Lei do Inquilinato demanda delimitação de fronteiras. É cediço que a antinomia normativa é solucionada mediante o recurso aos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. Se, quanto ao segundo critério, temos leis de igual calibre (Leis nº 8.245/91 e nº 10.406/02), dentre os padrões relacionados à cronologia e especialidade o art. 2.036 do Estatuto Substantivo fez explícita opção pelo segundo, preservando coerentemente todo um microssistema devotado às locações de imóveis urbanos, até mesmo pela evidente diversidade principiológica conferida aos bens jurídicos situados em uma e outra legislação. Em caráter residual, a Lei Civil disciplinará as locações não alcançadas por leis especiais.

Ressalte-se que continuam regidos pela Lei Especial nº 8.245/91 os procedimentos da ação de despejo (arts. 59 a 66), de consignação de aluguel (art. 67), revisional de aluguel (arts. 68 a 70) e renovatória (arts. 71 a 75).

Interessante indagação diz respeito ao preceito consubstanciado no art. 835 do Código Reale que permite ao fiador exonerar-se da fiança sem limitação de tempo, por mera notificação extrajudicial. Ora, se não é necessário o ajuizamento de ação exonerativa, poderíamos afirmar que a inovação alcança os contratos de locação urbana anteriores à vigência do Código de 2002?

A princípio, poderíamos crer que os contratos anteriores a 11 de janeiro de 2003 estão imunes à alteração pelo fato de o contrato de fiança ser regido pela lei em vigor ao tempo de sua celebração. Seria essa norma que regeria as hipóteses de exoneração do fiador, mesmo que a resilição unilateral acontecesse sob o império da lei revogadora. Todavia, consideramos que a prorrogação do contrato de locação e, consequentemente, a obrigação acessória do fiador induzem a fato gerador de nova situação jurídica, pois nasce um segundo contrato completamente desvinculado da avença originária. Exemplificando, se um contrato de locação de trinta meses encerra-se já na vigência do Código de 2002, a prorrogação do contrato de locação – agora sem prazo – permite a exoneração do fiador por mera denúncia.

A modificação adapta-se ao art. 39 da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), "salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel". Como relação jurídica de trato sucessivo, os efeitos futuros da locação de imóvel e da fiança a ela vinculada recebem as necessárias correções da lei vigente.

Em matéria de colisão normativa, diante do tratamento pormenorizado que a Lei nº 8.245/91 defere à locação, nada impede que, em face de uma omissão do Código Civil, seja viável a utilização de alguma das regras da Lei do Inquilinato nos litígios envolvendo contratos de locação de coisas. Ilustrativamente, um contrato de locação de vaga autônoma de garagem será regido pelo Código Civil, mas o magistrado

oderá se servir da lei especial se as partes não previram certa eficácia negocial esprezada pela norma geral.

A recíproca também é válida. Quer dizer, não se pode excluir a eficácia subsiliária das regras do Código Civil nas hipóteses de colmatação de lacunas da Lei do nquilinato. De acordo com o art. 79, da Lei nº 8.245/91, "no que for omissa esta ei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil". O fato de locação urbana ser governada por legislação especial não torna a matéria infensa s diretrizes de socialidade, eticidade e operabilidade que iluminam o Código Reale. leve-se lembrar que o Código Civil é a norma central da ordem civil (CC, art. 1º), endo que haverá nítida convergência entre a Constituição Federal, o Código Civil os microssistemas – no caso, a Lei do Inquilinato –, com constante influxo dos rincípios daquelas esferas para essa e, imediatamente, do exposto no parágrafo nico do art. 2.035 do Codex.

Nesse ponto, há uma curiosidade. A norma geral remete à lei especial e esta, iovamente, conduz ao Código Civil. Basta perceber que a locação de imóveis urbanos tratada na Lei nº 8.245/91, sendo que logo em seu art. 1º, parágrafo único, adverte cerca das modalidades de locação que a ela não interessam e, consequentemente, erão regidas pelo Código Civil e pelas leis especiais (norma de reenvio).

Com efeito, estatui o parágrafo único do art. 1º que: "continuam regulados pelo ódigo Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da Jnião, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de agas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de spaços destinados à publicidade; 4. em apart-hotéis, hotéis-residência ou equipaados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e omo tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer le suas modalidades".

É natural que a lei especial das locações já inicie dessa maneira. A natureza rotetiva de diversas normas da locação predial urbana é da essência da Lei nº 3.245/91, bem como, em maior ou menor grau, das leis que lhe precederam. Perebe-se esse perfil tutelar em prol da parte assimétrica às regras específicas sobre ermos contratuais – com hipóteses restritivas da resilição pura e simples –, bem ssim o complexo sistema de revisão dos aluguéis. Justamente pelo relevante papel le equilibrar posições jurídicas desiguais, a Lei do Inquilinato exclui de seu manto rotetor aquelas relações jurídicas em que é desnecessário *o reequilíbrio pela lei laquilo que a realidade tratou de desequilibrar.*

Para começar, todos os negócios jurídicos em que a União se coloca na posião de locador se submetem às normas de direito público, mesmo em se tratando le aluguel de bens patrimoniais, seguindo a disciplina do DL nº 9.760/46. Enuncia art. 87 do referido Decreto-lei: *A locação de imóveis da União se fará mediante ontrato, não ficando sujeita a disposições de outras leis concernentes à locação.* A ecessidade de se efetuar a cessão da posse por um contrato de concessão de uso

não se aplica apenas à União, estendendo-se às suas autarquias[8] e fundações públicas, quando ocupem a posição de concedentes. O mesmo não se diga quanto às empresas públicas[9] e sociedades de economia mista, sujeita às normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive nas relações jurídicas contratuais que venha a manter, conforme expressamente menciona o art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Certamente o privilégio estatal será abolido se a pessoa jurídica de direito público participar do contrato na qualidade de locatário. Nesse caso prevalecerá a Lei nº 8.245/91.

Todavia, o Decreto-lei nº 9.760/46 não se aplica aos estados-membros e aos municípios, bem como às suas respectivas autarquias e fundações públicas. Se esses entes públicos não se submetem à lei especial, quando assumirem a posição de locadores os contratos serão regidos pelo Código Civil de 2002. Caso contratem na posição de locatários, aplicar-se-á a Lei do Inquilinato.

A outro giro, o Código Civil regula a locação de vagas autônomas de garagem; espaços destinados à publicidade; locação de apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados e formas de locação que não tenham sido objeto de regulamentação por legislação própria.

---

8. Informativo nº 0476, Período: 6 a 10 de junho de 2011. Quarta Turma. *Trata o recurso da possibilidade de o Estado ajuizar ação de reintegração de posse de imóvel público ocupado por servidor de autarquia desde antes de sua extinção, com alegada anuência verbal do Poder Público. A Turma entendeu que não se pode falar em contrato verbal firmado com a Administração Pública, uma vez que, pela natureza da relação jurídica, é inadmissível referida pactuação, não podendo, daí, exsurgir direitos. Ademais, não seria admissível avença celebrada com autarquia tendo por objeto locação de bem público sem as cláusulas essenciais que prevejam direitos e obrigações. A referida avença não propiciaria o efetivo controle do ato administrativo no que tange à observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade. Não tendo relevância jurídica o aludido contrato verbal supostamente firmado com a autarquia, torna-se nítido haver mera detenção do imóvel público pelo recorrido. Tendo o recorrente feito notificação judicial ao recorrido para que desocupasse o imóvel, com a recusa do detentor, passou a haver esbulho possessório, mostrando-se adequado o ajuizamento de ação de reintegração de posse. Não havendo posse, mas mera detenção, não socorre o recorrente o art. 924 do CPC – que impossibilita a reintegração liminar em prejuízo de quem tem a posse da coisa há mais de ano e dia.* REsp 888.417/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7.6.11.

9. Informativo nº 0542, Período: 27 de junho de 2014. Quarta Turma.. *Empresa pública federal que realize contrato de locação comercial de imóvel de sua propriedade não pode escusar-se de renovar o contrato na hipótese em que o locatário tenha cumprido todos os requisitos exigidos pela Lei de Locações (Lei 8.245/1991) para garantir o direito à renovação. Inicialmente, vale ressaltar que somente as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas não se submetem às normas da Lei de locações, conforme previsto no art. 1o, parágrafo único, "a", 1, desse diploma legal. Nos termos do Decreto-lei 200/1967 e do art. 173, § 1o, da CF, as empresas públicas são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e, ressalvadas as hipóteses constitucionais, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive nas relações jurídicas contratuais que venham a manter. Nesse contexto, na hipótese em que empresa pública realize contrato de locação comercial de imóvel de sua propriedade, sendo o imóvel locado bem de natureza privada – por ser de titularidade de empresa pública que se sujeita ao regime jurídico de direito privado –, o contrato locatício firmado também é de natureza privada, e não administrativa, submetendo-se à Lei de Locações. Assim sendo, tendo o locatário obedecido a todos os requisitos exigidos na referida lei para garantir o direito à renovação do contrato, não é possível à locadora escusar-se da renovação. Nesse aspecto, ensina a doutrina que "As locações são contratos de direito privado, figure a administração como locadora ou locatária. Neste último caso, não há norma na disciplina locatícia que retire do locador seus poderes legais. Naquele outro também não se pode descaracterizar o contrato de natureza privada, se foi este o tipo de pacto eleito pela administração, até porque, se ela o desejasse, firmaria contrato administrativo de concessão de uso."* REsp 1.224.007/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24.4.14.

Assim, será o Código Reale que disciplinará o contrato de garagem, bem como negócios jurídicos que envolvam espaços publicitários em prédio alheio. Todavia, se o contrato tiver por objeto a locação de terreno urbano, encontra-se ele submetido às regras da Lei nº 8.245/91, sendo indiferente para sua classificação o fato de ter sido o referido imóvel destinado à construção de vagas de garagem por parte do locatário.[10]

Observe-se que não se excluirá a incidência da Lei nº 8.245/91 no contrato entre o garagista e o usuário da garagem, se a vaga de estacionamento se vincular a uma locação de imóvel. Isto é, apenas será afastada a lei especial para aquelas locações exclusivamente destinadas a veículos, sem qualquer vinculação com um imóvel locado, seja este residencial ou não residencial. Nesses casos, a retomada da coisa pelo locador não será regulada pela ação de despejo – específica para a Lei do Inquilinato –, pois resilida eficazmente a locação, para que se opere a restituição de coisa locada, será exercida a pretensão de reintegração de posse.[11]

Nesse sentido, explica Sylvio Capanema[12] que tanto a locação da vaga de garagem como de espaços de publicidade não se revestem de maior densidade social a justificar restrição mais intensa à autonomia privada dos contratantes. Portanto, no que tange aos imóveis urbanos, os contratos locatícios submetidos ao Código Civil serão aqueles que envolvam vagas de estacionamento, espaços de publicidade e aos prédios de titularidade dos Estados, Municípios e suas autarquias e fundações.

Outrossim, excluem-se do espectro de incidência da Lei Civil os contratos de arrendamento rural, submetidos à Lei nº 4.504/64 – Estatuto da Terra.[13] O termo *arrendamento*, explica Venosa,[14] é utilizado entre nós preferentemente para as locações imobiliárias rurais. Nada impede que, para ser evitada repetição, locação e arrendamento sejam utilizados indistintamente. No entanto, o arrendamento prende-se mais à ideia de imóvel rural porque abrange a percepção de frutos, além do uso. Na locação, realça-se a relação de uso. A nosso ver, o contrato de arrendamento rural tem como elemento essencial a posse do imóvel pelo arrendatário, que passa a ter o uso e gozo da propriedade. Dessa forma, na hipótese em que tenha sido firmado contrato de arrendamento rural sem que o arrendatário tenha efetivamente exercido

10. Informativo nº 0505, Período: 20 de setembro a 3 de outubro de 2012. Terceira Turma. *A locação de prédio urbano para a exploração de serviço de estacionamento submete-se às disposições da Lei n. 8.245/1991. A locação que objetiva a exploração de serviço de estacionamento não se compreende na exceção contida no art. 1o, parágrafo único, a, item 2, da Lei n. 8.245/1991, que prevê que as locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais.* AgRg no REsp 1.230.012/SP, rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 2.10.12.

11. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada*, p. 15-16.

12. SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*, p. 27.

13. STJ, Informativo nº 0522 Período: 1º de agosto de 2013. *Como instrumento típico de direito agrário, o contrato de arrendamento rural também é regido por normas de caráter público e social, de observação obrigatória e, por isso, irrenunciáveis, tendo como finalidade precípua a proteção daqueles que, pelo seu trabalho, tornam a terra produtiva e dela extraem riquezas, dando efetividade à função social da terra* (REsp 1.339.432/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16.4.13).

14. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Contratos em espécie*, p. 142.

a posse direta da terra a ser explorada, deve-se afastar a natureza do contrato de arrendamento para considerá-lo como de "locação de pastagem", caso em que não é possível exercer o direito de preferência que a lei estabelece para o arrendatário.

O arrendamento mercantil (*leasing*) também não é regido pelas normas do Código Civil posto submetido à Lei nº 6.099/74 e às resoluções do Banco Central. O arrendamento se assemelha à propriedade fiduciária, já que, em ambos os modelos, há desdobramento da posse direta, em favor do usuário, e indireta, em prol do proprietário. Mas o *leasing* é um negócio jurídico complexo, pois reúne uma pluralidade de relações de direito obrigacional. Trata-se de locação de coisas atreladas a um financiamento e qualificada pela eventualidade de uma compra e venda ao final do contrato. É um contrato de natureza mista, que apresenta uma simbiose de locação, financiamento e venda. Apesar de sua aproximação com a locação, merece tratamento autônomo, principalmente pela possibilidade do arrendatário deliberar por adquirir a propriedade, convertendo-se as importâncias pagas a título locatício em amortização de parcela do débito. Ou seja, a retribuição despendida pelo arrendatário não se reduz a um mero aluguel, mas em pagamento parcial do bem.

Pela atipicidade que decorre da mescla da cessão da posse do bem a título de hospedagem com a prestação de serviços, unidades vinculadas a apart-hotéis, hotéis-residências e *flat services* não se afeiçoam à legislação locatícia, a eles reservando-se disciplina própria.

Em síntese, o âmbito de incidência do Código Civil de 2002 é amplo no que concerne aos contratos de locação de coisas móveis (automóveis, roupas, eletrônicos, mobiliários domésticos e utensílios para festas) e de âmbito mais restrito, em caráter excepcional, nas relações locatícias referentes a bens imóveis (vagas de garagem e espaços de publicidade).

4. ELEMENTOS CONTRATUAIS

Afastando-se da acepção ampla de locação tanto a prestação de serviço como a empreitada, da leitura do art. 565 do Código Civil surge o contrato de locação de coisas como o *negócio jurídico pelo qual uma das partes, mediante contraprestação, concede à outra em caráter temporário o uso e gozo de coisa infungível.*

Do aludido conceito podemos extrair 4 elementos constantes em qualquer contrato dessa natureza: a) cessão de uso e gozo; b) coisa infungível; c) retribuição (aluguel); d) temporariedade (prazo).

4.1 Cessão do uso e gozo

O locador cederá ao locatário tão somente o uso e o gozo do bem, sem que se transmita a sua titularidade.

O desdobramento da posse é fenômeno que se verifica quando o proprietário, efetivando uma relação jurídica negocial com terceiro, transfere-lhe o poder de fato sobre a coisa. Apesar de não mais se manter na apreensão da coisa (que está sob o poder de fato do terceiro-contratante), o proprietário continuará sendo reputado possuidor, só que indireto. Assim, por força de uma relação jurídica travada entre o proprietário e um terceiro, detecta-se o desdobramento da posse em direta e indireta. Exemplos fecundos podem ser lembrados com os contratos de locação, usufruto, comodato etc. Em tais hipóteses, o proprietário (que permite que um terceiro apreenda a coisa) se mantém como possuidor indireto, enquanto o terceiro assume a posição de possuidor direto. Portanto, a posse direta do locatário não anula a posse indireta do proprietário. Não se olvide de que o gozo ou fruição da propriedade verifica-se diretamente pelo seu titular (pela obtenção de frutos naturais e industriais) ou por intermédio de outras pessoas (*v.g.* aluguéis como frutos civis). A essa coexistência pacífica, decorrente do desdobramento da relação possessória, dá-se o nome de *posses paralelas*.

A posse direta do locatário é também caracterizada como subordinada ou derivada, já que a atuação do possuidor direto é limitada ao âmbito de poderes dominiais a ele transferidos pelo possuidor indireto, de acordo com a espécie de relação jurídica. Em princípio, o locatário terá ampla exploração econômica da coisa por concentrar consigo as faculdades temporárias de usar e fruir a coisa. Nada obstante, a dimensão da posse oscilará, dependendo exclusivamente do conteúdo do negócio jurídico eleito pela autonomia privada das partes. Como bem indica o art. 569, I, do Estatuto Substantivo, o *locatário é obrigado 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.* Da regra se extrai que naturalmente incumbirá ao locatário usar e fruir do bem em atenção ao uso convencionado pelas partes, sendo vedada a prática de atos que desvirtuem a finalidade do contrato. Supletivamente, na falta de disposição expressa, a extensão do uso e fruição será presumida pela natureza do imóvel e atividade a ser exercitada pelo locatário.[15]

Em contrapartida, a posse indireta ou mediata é a que o proprietário conserva quando temporariamente cede a outrem o poder de fato sobre a coisa. Releva perceber

15. STJ. Informativo nº 0506, Período: 4 a 17 de outubro de 2012. Terceira Turma. *O proprietário possui legitimidade passiva* ad causam *para responder por eventuais danos relativos ao uso de sua propriedade decorrentes do descumprimento dos deveres condominiais pelo locatário. Ao firmar um contrato de locação de imóvel, o locador mantém a posse indireta do imóvel, entendida como o poder residual concernente à vigilância, à conservação ou mesmo o aproveitamento de certas vantagens da coisa, mesmo depois de transferir a outrem o direito de usar o bem objeto da locação. Dessa forma, ao locador cumpre zelar pelo uso adequado de sua propriedade, assegurando-se que o locatário dê a destinação correta ao imóvel, visto que lhe são conferidos instrumentos coercitivos para compelir o locatário a cumprir as disposições condominiais, inclusive com a possibilidade de ajuizamento de ação de despejo, nos termos da Lei n. 8.245/1991. Assim, tratando-se de direito de vizinhança, a obrigação é propter rem, ou seja, decorre da propriedade da coisa. Por isso, o proprietário com posse indireta não pode se eximir de responder pelos danos causados pelo uso indevido de sua propriedade. Todavia, a demanda também pode ser ajuizada contra o possuidor do imóvel que, em tese, é quem comete a infração condominial, sem excluir a responsabilidade do proprietário.* REsp 1.125.153/RS, rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 4.10.12.

que nem sempre o proprietário será o locador do imóvel, eventualmente essa condição recairá sobre o titular de um direito real ou obrigacional que cede a posse direta a um terceiro. Com efeito, o desdobramento possessório pode comportar uma verticalização em vários graus. Concebe-se, no mínimo, a viabilidade de uma tripartição da posse. Assim, *exempli gratia*, o próprio usufrutuário do bem poderá locar o bem que não lhe pertence, mas sob o qual ostenta direito real de fruição (CC, art. 1.394). Em suma, a posse direta sempre será una, cabendo àquele que mantiver atuação material sobre a coisa; o que se desdobra verdadeiramente é a posse indireta, que, no exemplo, caberá tanto ao proprietário como ao usufrutuário.[16]

Tratando-se de compropriedade, segundo a parte final do art. 1.323 do Código Civil, "preferir-se-á, em condições iguais, o condômino ao que não é". Assim, se a deliberação da maioria dos condôminos for pela locação da coisa, qualquer condômino preferirá a estranhos, simplesmente ofertando *tanto por tanto*. Bem pontua Francisco Loureiro[17] que "tem a norma razão de ser, pois via de regra o condômino melhor zelará pela coisa comum a ele locada, além de seu quinhão ideal responder por eventual inadimplemento. Constitui ademais, meio eficaz de evitar a fraude da maioria, locando a coisa por valor inferior ao do mercado, em detrimento de condômino minoritário".

4.2 Coisa infungível

A distinção dos bens em fungíveis e infungíveis diz respeito à possibilidade de sua substituição. Fungíveis são os bens susceptíveis de substituição por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade (CC, art. 85), determinados por número, peso ou medidas. Exemplo típico é o dinheiro. A fungibilidade é própria dos móveis, sendo resultado de comparação entre coisas equivalentes.

São infungíveis, por sua vez, os bens insusceptíveis de substituição por outro de igual qualidade, quantidade e espécie, como no exemplo de um quadro de Portinari. Em razão de sua qualidade individual, possuem valor especial, inadmitindo, por

16. STJ, Informativo nº 0515, Período: 3 de abril de 2013. Terceira Turma. *O locador, ainda que não seja o proprietário do imóvel alugado, é parte legítima para a propositura de ação de despejo fundada na prática de infração legal/contratual ou na falta de pagamento de aluguéis. A Lei n. 8.245/1991 (Lei de Locações) especifica as hipóteses nas quais é exigida a prova da propriedade para o ajuizamento da ação de despejo. Nos demais casos, entre os quais se encontram os ora analisados, deve-se atentar para a natureza pessoal da relação de locação, de modo a considerar desnecessária a condição de proprietário para a propositura da demanda. Ademais, cabe invocar o princípio da boa-fé objetiva, cuja função de relevo é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, em cuja seriedade o outro pactuante confiou. Assim, uma vez celebrado contrato de locação de imóvel, fere o aludido princípio a atitude do locatário que, após exercer a posse direta do imóvel, alega que o locador, por não ser o proprietário do imóvel, não tem legitimidade para o ajuizamento de eventual ação de despejo nas hipóteses em que a lei não exige essa condição do demandante.* REsp 1.196.824/AL, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19.2.13.

17. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*, p. 1238. Conclui o autor: "É omisso o preceito quanto ao modo de exercício da preferência, razão pela qual se aplica a regra do art. 504 do Código Civil. Caso diversos condôminos almejem a preferência, aplicam-se, por analogia, os critérios de prioridade entre os consortes, previstos no art. 1.322. Não cabe à maioria negar a preferência do minoritário, porque a norma em questão é cogente".

conseguinte, substituição sem que isso modifique seu conteúdo. A infungibilidade, pois, pode apresentar-se tanto em bens móveis, quanto nos imóveis.

O art. 565 do Código Civil limita a locação aos bens não fungíveis, como joias, louças, automóveis e, residualmente, aos imóveis que, por sua natureza urbana residencial ou não residencial e, mesmo rurais, submetem-se a legislação especial. A exclusão das coisas fungíveis se dá pelo simples fato de que o locatário tem a obrigação de, ao fim do contrato, restituir ao locador exatamente o mesmo bem que recebeu. Dispõe o art. 569, IV, do mesmo Códex, que o locatário é obrigado *a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular*. Ora, sendo os bens fungíveis e consumíveis passíveis de exaurimento, a sua cessão descaracterizaria a locação, conforme a acepção a eles conferida pelos arts. 85 e 86 da Lei Civil.

Por conseguinte, não basta a restituição em si, mas que a coisa mantenha dentro do possível as suas características, preservando a sua essência, caso contrário o locatário será indenizado pelos prejuízos decorrentes de conduta negligente ou dolosa, excetuando-se os prejuízos provenientes do próprio desgaste normal da coisa.

Caso o objeto do negócio jurídico seja uma coisa fungível, o fato de se nomear o contrato como de locação não desvirtuará a sua verdadeira natureza de um contrato de mútuo. Segundo o art. 586 do Estatuto Civil, "o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade". De fato, o empréstimo é o contrato pelo qual uma parte entrega a outra uma determinada quantia de dinheiro ou outras coisas fungíveis, obrigando-se esta outra a restituir igual quantidade de coisas da mesma espécie e qualidade. As partes deste negócio jurídico são o mutuante (quem concede o empréstimo) e o mutuário (o beneficiário que assume a obrigação de restituir).

Nota-se que a marca registrada do mútuo é a transferência da plenitude dos poderes sobre a coisa emprestada, diferentemente do locatário, pode o mutuário atender aos seus interesses livremente, consumindo, alienando, dispondo, abandonando etc. Para tanto, exige-se a transferência não apenas da posse, mas também da propriedade da coisa mutuada, permitindo o seu consumo.

Bem por isso, inclusive, exige-se que o mutuante seja o proprietário do bem, não sendo possível a concessão de um empréstimo por mero possuidor, como o locatário, o usufrutuário e mesmo o comodatário – que possuem o dever de restituição.

Por último, além da recusa à fungibilidade, a consuntibilidade do bem também é incompatível com o objeto da locação. Na dicção do art. 86 do Código Civil, consumíveis são os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância. É a chamada consumibilidade natural ou consumibilidade de fato, de que são exemplos os gêneros alimentícios. Os inconsumíveis, por seu turno, são os bens que admitem uso constante, possibilitando que se retirem todas as suas utilidades sem atingir sua integridade, como um livro. Inviável, destarte, o aluguel de energia elétrica ou gás, bens consumíveis que perdem a substância com o primeiro uso.

4.3 Retribuição (aluguel)

O preço é um dos elementos essenciais da locação. Ao contrário da compra e venda, a vontade das partes quanto ao preço não importa em transmissão da propriedade, mas em cessão de posse. O aluguel é a contraprestação fundamental do locatário, a mais importante de suas obrigações. A retribuição é explicada como compensação pecuniária ao proprietário que é privado da posse imediata da coisa e da percepção de seus frutos naturais e industriais. Daí servirem os pagamentos como frutos civis, pouco importando se o locatário utiliza a coisa efetivamente ou não.

Se não há a onerosidade, instala-se o comodato. Enfatiza o art. 579 do Codex que "o comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto".

E se por acaso não houver retribuição ao locador, mas exista cláusula impondo o cumprimento de uma obrigação por parte do locatário em favor do locador ou de terceira pessoa? A eventual imposição de algum encargo (ou modo) ao comodatário não descaracteriza o comodato. Assim, mesmo que incida um encargo sobre o comodato (*v. g.*, ter o beneficiário de entregar, semanalmente, dez litros de leite em uma creche) ou deva o comodatário arcar com determinadas despesas, mantém-se a gratuidade, eis que tais gastos não configuram contraprestações, mas meras restrições à liberalidade. Trata-se da figura conhecida como comodato modal ou comodato com encargo. Persiste a gratuidade, não correspondendo a uma contraprestação em favor daquele que cedeu a posse.

Aliás, no campo das relações familiares, não raramente, um comodato pode se transmudar em locação em virtude de intervenção judicial. Ilustrativamente, *A* ajuíza reintegração de posse em face de *B* alegando a existência de comodato verbal. Por seu turno, *B* demonstra a existência de união estável com *A*, o que lhe asseguraria a preservação da posse e o insucesso da pretensão de restituição do bem. Ocorre que a lide possessória é independente da solução do litígio familiar, não só em face da natureza diversa dos temas, mas porque tal conflito é inerente à definição de uso ou fruição sobre determinado bem, toda vez que não houver consenso entre os cotitulares a respeito do aproveitamento daquele. Em outras palavras, o eventual reconhecimento da união estável não elimina a lide possessória, pois, na melhor das hipóteses, *B* se tornaria apenas coproprietária em metade ideal de um bem indivisível. A dúvida sobre o exercício do direito de posse, portanto, permaneceria, na medida em que uma eventual divisão do patrimônio não solucionará o conflito entre os dois coproprietários quanto à pretensão de exercício exclusivo da posse do imóvel por apenas um deles. A solução em face de tal situação é a de estabelecer compensações para o coproprietário que se vê alijado da posse, quando evidente que só um deles poderá exercê-la em plenitude. Assim, *B* deverá pagar um aluguel proporcional a *A* como contraprestação pela sua ocupação exclusiva do bem.

Excepcionalmente o aluguel não representará uma retribuição, mas uma sanção punitiva privada. Estatui a 2ª Parte do art. 582 do Código Civil que *o comodatário*

constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante. O contrato de comodato não se transmuda em locação, permanecendo com a sua natureza primitiva. Trata-se, em verdade, de um aluguel-pena, servindo como um meio coercitivo (inibitório) e atuando para que o comodatário restitua o bem. Esse valor pode ser fixado mesmo que em cifra elevada, pois não se trata de retribuição correlativa da utilidade, mas de uma pena, a que se sujeita o comodante moroso.[18]

O aluguel normalmente será pago em dinheiro. Em regra, traduz-se em uma obrigação de dar quantia certa, em prestações sucessivas, na época convencionada no contrato. Porém será viável que se ajuste a retribuição através da entrega de bem de outra espécie. O art. 569, II, da Lei Civil não vincula o aluguel a uma prestação pecuniária, ao contrário do que ocorre no contrato de compra e venda, cuja contraprestação é necessariamente pecuniária (CC, art. 481).

De acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o recurso aos costumes é um dos caminhos para a integração das lacunas da lei. O dispositivo reconhece a insuficiência do modelo legislativo e consagra a aplicação do modelo consuetudinário. Ensina Marcos Ludwig que num país de dimensões continentais como o Brasil cada região segue um *modus operandi* próprio, "de maneira que o costume daqui não é necessariamente o costume de outras paragens".[19] Isso gera a coexistência de uma multiplicidade de usos. Portanto, sendo o costume fonte material de direito, resultando da observação da espontânea reiteração de condutas sociais, o pagamento em produto (*v. g.* safra ou sacas do produto colhido) deve ser acolhido pelo ordenamento.

Não se olvide, ainda, que o pagamento reiterado da contraprestação em coisa distinta de dinheiro poderá prevalecer mesmo contra expressa disposição contratual se evidenciado o fenômeno da *supressio*. Esse importante modelo jurídico derivado do princípio da confiança indica a possibilidade de considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o reiterado no não exercício do direito

18. STJ, Informativo nº 0504, Período: 10 a 19 de setembro de 2012. Terceira Turma. *O comodante pode fixar aluguel de forma unilateral em caso de mora do comodatário na restituição da coisa emprestada, desde que em montante não superior ao dobro do valor de mercado. O art. 582, 2a parte, do Código Civil dispõe que o comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituir a coisa, o aluguel que for arbitrado pelo comodante. A natureza desse aluguel é de uma autêntica pena privada, e não de indenização pela ocupação indevida do imóvel emprestado. O objetivo central do aluguel não é transmudar o comodato em contrato de locação, mas sim coagir o comodatário a restituir o mais rapidamente possível a coisa emprestada, que indevidamente não foi devolvida no prazo legal. O arbitramento do aluguel-pena não pode ser feito de forma abusiva, devendo respeito aos princípios da boa-fé objetiva, da vedação ao enriquecimento sem causa e do repúdio ao abuso de direito. Havendo arbitramento em valor exagerado, poderá ser objeto de controle judicial, com eventual aplicação analógica da regra do parágrafo único do art. 575 do Código Civil, que, no aluguel-pena fixado pelo locador, confere ao juiz a faculdade de redução quando o valor arbitrado se mostre manifestamente excessivo ou abusivo. Para não se caracterizar como abusivo, o montante do aluguel-pena não pode ser superior ao dobro da média do mercado, considerando que não deve servir de meio para o enriquecimento injustificado do comodante.* REsp 1.175.848/PR, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 18.9.12.

19. CAMPOS LUDWIG, Marcos de. *Usos e costumes no processo obrigacional*, p. 163.

pelo credor culmina por gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo. Isto é, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes em exercer direito ou faculdade ao longo da execução do contrato, criando para a outra a sensação legítima de ter havido a renúncia àquela prerrogativa. Assim, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão do locador de exigir retroativamente valores em dinheiro que foram por ele dispensados, de forma a preservar uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual pelo locatário.[20] Aliás, enfatiza Hamid Bdine que o comportamento capaz de provocar modificações contratuais poderia ser reconhecido pela incidência da hipótese prevista no art. 111 do Código Civil, no qual o próprio silêncio é havido como anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, não sendo necessária a declaração expressa de vontade.[21]

No tocante à periodicidade do pagamento da retribuição, assevera o inciso II do art. 569 do mesmo Diploma Legal que o locatário é obrigado: *a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar.* Em princípio, as prestações sucessivas serão pagas na época convencionada no contrato.

Todavia, no silêncio da convenção, o legislador remete ao costume do lugar do pagamento. Mais ponderada, nesse sentido, parece-nos a Lei do Inquilinato (art. 23 da Lei nº 8.245/91), que estabelece o prazo legal supletivo do sexto dia útil do mês seguinte ao aluguel vencido. Mas, nas locações regidas pelo Estatuto Substantivo, será necessário buscar os usos e práticas do local do pagamento, que será o do local do imóvel (CC, art. 328) ou, tratando-se de bem móvel, o domicílio do inquilino, salvo se as partes convencionarem o contrário – dívida portável (CC, art. 327).

É possível a cobrança antecipada do aluguel? Na Lei nº 8.245/91 a regra geral é a da impossibilidade de exigência antecipada do pagamento (art. 20), excepcionando-se a hipótese em que não houver nenhuma das garantias locatícias definidas no art. 37 da mesma lei. Ou seja, sem caução, fiança ou seguro de fiança locatícia, o locador pode perseguir antecipadamente a prestação do mês vincendo. Outra exceção explícita do art. 20 da Lei do Inquilinato recai sobre a locação por temporada. Já no Código Civil não há norma impeditiva à antecipação do aluguel, sendo um equívoco se cogitar da aplicação analógica de norma de ordem pública concebida para a locação de imóveis urbanos. Portanto, é livre a pactuação de cobrança antecipada

20. STJ, Informativo nº 0478, Período: 20 a 24 de junho de 2011. Terceira Turma. *O recorrente firmou com a recorrida o contrato de prestação de serviços jurídicos com a previsão de correção monetária anual. Sucede que, durante os seis anos de validade do contrato, o recorrente não buscou reajustar os valores, o que só foi perseguido mediante ação de cobrança após a rescisão contratual. Contudo, emerge dos autos não se tratar de simples renúncia ao direito à correção monetária (que tem natureza disponível), pois, ao final, o recorrente, movido por algo além da liberalidade, visou à própria manutenção do contrato. Dessarte, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão de exigir retroativamente a correção monetária dos valores que era regularmente dispensada, pleito que, se acolhido, frustraria uma expectativa legítima construída e mantida ao longo de toda a relação processual, daí se reconhecer presente o instituto da supressio.* REsp 1.202.514/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21.6.11.

21. BDINE JÚNIOR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, p. 290.

nos contratos locatícios afetos ao Código Civil, mesmo que a locação não disciplinada por lei especial seja atraída pelo CDC.[22] Os usos negociais são recorrentes nesse sentido. Aluguel de DVDs, roupas, salões de festa: a prática reiterada é a do pagamento antecipado.

4.4 Temporariedade (prazo)

Em conformidade com o art. 1.197 do Código Civil, posse direta ou imediata é a que adquire o não proprietário, correspondente à apreensão física da coisa. Tal como qualquer outra posse direta, a do locatário será marcada pela temporariedade, pois o desdobramento da posse baseia-se em relação transitória de transferência de poderes dominais.

De fato, em algum momento, a relação jurídica obrigacional que deu margem à cessão do uso e fruição do bem atingirá seu termo final, e a posse íntegra volverá ao proprietário.

A locação será contratada por prazo ou sem prazo. Mesmo que inicialmente as partes tenham ajustado a época da extinção do contrato, nada impede que se prorrogue a avença, doravante sem prefixação de um prazo (CC, art. 574). Em qualquer dos casos, a temporariedade é fundamental, pois a perpetuidade conduziria a uma espécie de enfiteuse, que não pode mais ser constituída a partir de 11 de janeiro de 2003 (CC, art. 2.038).

Lembre-se de que, na locação de imóveis urbanos, a legislação especial enfatiza que a extinção do contrato se sujeita ao ajuste por escrito de um prazo não inferior a trinta meses de locação (art. 46 da Lei nº 8.245/91), caso em que a resistência à devolução permitirá que a pretensão restituitória seja resguardada pela denúncia vazia.

A temporariedade também é um atributo capaz de apartar a locação de coisas do Código Civil de negócios jurídicos atípicos que dela muito se aproximam. As necessidades do mundo real tornaram corriqueira a elaboração de contratos de locação de equipamentos com opção de compra do bem, mediante pagamento mensal de aluguel. Tais locações envolvem os demais elementos contratuais desse contrato: cessão do uso e fruição, infungibilidade e retribuição por aluguel. Porém não se trata de locação, na medida em que o exercício do direito potestativo de opção pela compra converterá o locatário em proprietário, abolindo a temporariedade, ínsita a qualquer locação. No perímetro de autonomia conferida pelo ordenamento jurídico à manifestação de vontade dos contratantes, há a possibilidade de concepção de novos modelos de negócios jurídicos, chamados de contratos atípicos ou inominados, atualmente autorizados pelo art. 425 do Código de 2002. Pela licitude do objeto e

22. STJ, AgRg no Ag 1347140/PE, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., *DJe* 5.6.2013. *Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de locação, regido especificamente pela Lei no 8.245/91. Precedentes.*

atendimento aos demais requisitos de validade do art. 104 do Código Civil haverá a inserção dessa especial locação no universo dos contratos atípicos.

Em sentido contrário, o sistema não pode violentar a autonomia dos contratantes, pela premissa de que essa operação econômica encobriria um contrato de compra e venda a prestação. O referido ato de liberdade contratual não tem como cerne a transmissão da propriedade, porém a cessão de uso e fruição do bem mediante aluguel mensal determinado e a consequente possibilidade de compra ao final, se assim for o desejo do locatário e estiver ele em dia com suas obrigações. A prestação da locadora consistente na instalação e entrega do bem ao locatário, não caracteriza propriamente uma "tradição", mas consentimento do proprietário para sua utilização pelo locatário durante o período entabulado e sua devolução posterior, no caso de inadimplemento contratual ou não exercício da opção de compra.[23]

5. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do contrato de locação pode ser evidenciada por 6 inexoráveis atributos: bilateral, oneroso, comutativo, consensual, não solene e de execução periódica.

a) contrato bilateral: as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de uma corresponde o direito de outra. O locador cede o uso e gozo do bem em troca de retribuição pecuniária, sendo que os principais deveres das partes se localizam nos arts. 566 e 569 do Estatuto Substantivo. Ao contrato bilateral não basta – como se extrai da literalidade da expressão – a mera bilateralidade das obrigações para ambos os contratantes, porém a correspectividade e reciprocidade entre elas.

É essencial à bilateralidade a caracterização do *sinalagma*, no sentido de uma obrigação ser a causa da outra. Assim, a bilateralidade da locação emana de duas obrigações, ao mesmo tempo principais e mutuamente correlatas, na qual, tanto quem entrega a coisa, como quem recebe a retribuição periódica, percebam na prestação do outro uma compensação suficiente à sua própria prestação. Enfim, a obrigação de cada um dos contratantes aparece como equivalente da assumida pelo outro, o que implica no campo da eficácia, na possibilidade de aplicação à locação de modelos jurídicos como a *exceptio non adimpleti contractus* (CC, art. 476) e a cláusula resolutiva tácita (CC, art. 474).

É fundamental que o estudioso da matéria não confunda negócio jurídico bilateral com contrato bilateral. O contrato é a expressão maior dos negócios jurídicos bilaterais. Todo contrato é negócio bilateral. Em qualquer contrato há sempre duas

23. STJ, REsp 861711/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., *DJe* 17.5.2011. *Validade dos "contratos de locação com opção de compra" de máquinas fotocopiadoras, não se justificando sua transmutação em "compra e venda à prestação". Concreção do princípio da autonomia privada em sua dimensão primária (liberdade contratual).*

ou mais declarações de vontade, com conteúdos diversos, que se harmonizam ou se conciliam mutuamente, ajustando-se uma à outra, como as diversas partes de um mesmo objeto, pois se dirigem à produção de um resultado jurídico unitário, embora tendo para cada um dos declarantes, ou grupo de declarantes, significações distintas e até de certo modo antagônicas;[24]

b) contrato oneroso: os contratos são gratuitos ou onerosos, consoante originem, de acordo com a intenção das partes, vantagens para uma só delas ou para as duas. A distinção se refere à respectiva atribuição patrimonial, compreendida como a vantagem avaliável em dinheiro. Se esta vantagem tem como contrapartida um sacrifício patrimonial suportado pelo beneficiário, o contrato será oneroso; do contrário, será gratuito. Na locação, os sacrifícios e vantagens dos contratantes são recíprocos. O locador recebe o aluguel e ao locatário é oportunizado o uso e fruição do bem.

A classificação do contrato como gratuito ou oneroso é autônoma ao binômio unilateralidade/bilateralidade. Normalmente, há efetiva coincidência entre contratos unilaterais e gratuitos, assim como entre bilaterais e onerosos. A par da aproximação, há independência dos dois pares, em virtude de distinções que decorrem de pressupostos diversos: a oposição dos contratos unilaterais e bilaterais radica na estrutura jurídica do vínculo, em saber se há ou não obrigações interdependentes para ambas as partes: pelo contrário, os contratos gratuitos distinguem-se dos onerosos considerando as atribuições de vantagens que os mesmos envolvem, ou seja, com base no conteúdo e finalidade do negócio.

Diferenciado é o tratamento do contrato oneroso em matéria de garantia por responsabilidade em face de vícios redibitórios e evicção (CC, arts. 441 e 447). Em comum, todo o regime de indenização objetiva restaurar o equilíbrio rompido, relação de equivalência esta que apenas se manifesta em contratos onerosos. Essa tutela é particularizada na locação pela regra do art. 568 da Lei Civil, pela qual "o locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação";

c) contrato comutativo: os contratos onerosos se dividem em comutativos e aleatórios. Comutativos quando houver equivalência aproximada ou exata entre as prestações das duas partes contratantes: aleatórios, se as vantagens a obter são incertas e vacilantes, podendo ser maiores, iguais ou menores do que as prestações realizadas para obtê-las, ou até absolutamente nulas.[25] A correspectividade das atribuições patrimoniais é a marca dos contratos onerosos, como se percebe nitidamente na locação. Busca-se uma compensação através de recíprocas obrigações das partes. Os contratos onerosos comutativos são aqueles em que a correspectividade é fixada pelas partes, infensa a variações. A prestação de ambas as partes é determinável

24. ABREU FILHO, José, cf. *O Negócio Jurídico e sua Teoria geral*, p. 73.
25. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, p. 179.

de início, sendo os resultados econômicos da locação previstos desde a formação, mantendo-se uma relação de equivalência imediata.

E se o valor da locação for bastante inferior ou superior ao valor de mercado do bem? Relativamente à lesão como vício do consentimento cuja sanção é a anulabilidade do negócio jurídico (CC, art. 157, c/c 171, II), admitimos que a manifesta quebra do sinalagma genético de um contrato – por inexperiência ou necessidade de um dos contratantes – é fenômeno manifestamente vinculado a sua natureza comutativa. Afinal, é palpável a objetiva desproporção entre prestações preestimadas. Exemplificando, há lesão quando *A* conscientemente se expõe a alugar um modesto apartamento de *B* por R$ 2.000,00 – que na verdade vale R$ 800,00 – apenas para se instalar com a família próximo a seu trabalho, pelo risco de perder o emprego em decorrência dos constantes atrasos pelas longas distâncias percorridas até então. Essa aferição de proporcionalidade é incompatível com a natureza dos contratos aleatórios;

d) contrato consensual: contrato consensual é aquele em que o acordo de vontades das partes é bastante ao seu aperfeiçoamento. Forma-se *solo consensu*, mediante a integração de duas ou mais declarações de vontade, sem qualquer exigência adicional. Assim ocorre não apenas na locação, mas também na compra e venda, mandato e na maior parte dos contratos. Já o contrato real é aquele que, além do consenso das partes, demanda a entrega da coisa para o seu aperfeiçoamento. Não basta a manifestação de vontades acordes, sendo necessária a tradição do objeto para a constituição válida do negócio jurídico. É o que se dá nos contratos de depósito, comodato e mútuo.

Em outros termos, nos negócios jurídicos reais o suporte fático prevê, como elemento nuclear, além do consenso entre os figurantes, um ato-fato representado pela tradição do objeto da prestação. No mútuo, por exemplo, exige-se a entrega ao mutuário do dinheiro. Em contrapartida, revestindo-se a locação de natureza consensual, aperfeiçoando-se com o acordo de vontades, a entrega da coisa móvel ou imóvel para o locatário não será pressuposto de existência, e sim fase de execução.

Se o consensualismo na locação é normalmente instrumentalizado por um contrato escrito, nada impede, como pondera Paulo Sanseverino[26] que seja concretizado por telefone, *fac-simile* ou internet, a dificuldade será a demonstração da efetiva existência do contrato e de suas cláusulas. Essa dificuldade de prova do conteúdo do negócio, entretanto, é questão processual, que não se confunde com a sua natureza consensual.

Por necessário, premissa básica para que se aperfeiçoe o acordo de vontades será a capacidade das partes. Especificamente quanto ao locador do imóvel, a capacidade plena será a mesma para a prática dos demais atos da vida civil. Como ato de administração patrimonial, a contratação dispensa a legitimação própria para os atos de

26. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II*, p. 210.

disposição de bens (CC, art. 1.647, I) – como a compra e venda e a hipoteca –, cuja consequência mais grave será a anulabilidade do ato pela falta da outorga conjugal (CC, art. 1.649), não havendo o eventual suprimento judicial (CC, art. 1.648). Assim, preservará a validade a locação de bem imóvel sem o consentimento do marido ou da esposa, apenas se expondo a sanção da ineficácia a eventual concessão de aval ou fiança em garantia do locatário, sem que o fiador ou avalista a submeta a outorga do cônjuge;

e) contrato não solene: todo negócio jurídico possui uma forma. Em seu suporte fático há uma manifestação de vontade, significando que todo ato de autonomia privada pressupõe uma determinada forma pelo qual será exteriorizado na atividade econômica. Trate-se de forma verbal ou escrita, todo contrato é formal. Porém, por uma questão de segurança jurídica, determinados contratos exigem para a sua validade não apenas o consenso das partes, mas ainda determinada forma específica. Assim, surgirá o contrato solene, que pode ser conceituado como aquele a que a lei impõe uma determinada forma. A função da forma é assegurar a idoneidade dos atos jurídicos de significado social mais relevantes, evitando obscuridades e garantindo a fluência do tráfego jurídico. Em contraposição, os contratos não solenes são aqueles que podem ser celebrados de qualquer forma que torne o seu conteúdo socialmente reconhecível, como melhor aprouver aos contratantes.

Anuncia o art. 107 do Estatuto Substantivo: "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir". O legislador destacou o princípio da liberdade de forma, ou do consensualismo, pelo qual a exigência de forma solene para os contratos é excepcional. Aqui se situa o contrato de locação do Código Civil. Em princípio prevalece o respeito à palavra dada, como expressão da liberdade de iniciativa, pois a validade do contrato não demanda forma especial.

A prática demonstra que os contratos de locação são comumente celebrados por instrumento particular, até mesmo pela vantagem da inclusão de cláusula penal, garantias locatícias e prazos para o exercício de direitos. Todavia, isto não significa que a locação verbal será sancionada pelo ordenamento jurídico como inválida ou ineficaz. Pelo contrário, a informalidade do contrato de locação é um dado que se aplica aos bens móveis e imóveis. De fato, a operação econômica de cessão remunerada de uso e gozo temporário de um bem de raiz dispensa a escritura pública – independentemente do valor do contrato –, sendo a formalidade apenas 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 (CC, art. 108).

Sob o ponto de vista probatório, inclusive, foi removida pelo Código de Processo Civil de 2015 a limitação ao uso de prova testemunhal para demonstrar a existência, a validade e a eficácia de contratos que excediam ao décuplo do valor do salário mínimo em vigor. É que o novo Código Instrumental revogou o art. 227 do Código

Civil (CPC, art. 1.072, II). Com isso, o sistema jurídico passou a admitir a prova testemunhal para demonstrar a celebração de negócios jurídicos, independentemente de seu valor, o que se mostra mais consentâneo e harmônico com as garantias constitucionais de produção de prova.

f) contrato de execução periódica: os contratos de duração se dividem em contratos de execução periódica e de execução continuada. Nestes a obrigação se prolonga no tempo, sem interrupção (*v. g.* contrato de sociedade, de trabalho). A outro turno, os contratos de execução periódica (ou de trato sucessivo) se caracterizam pela efetivação das prestações em repetições periódicas, tal como no fornecimento de serviços (energia, água, telefone), com ou sem regularidade exata. A locação é contrato de execução periódica: uma só relação obrigacional com diversas prestações repetidas e regularmente satisfeitas. A locação 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 cada período.

Se a locação não for submetida a prazo, a sua execução terminará no momento em que uma das partes exercite o direito potestativo de resilir unilateralmente o contrato (CC, art. 473).

No plano consequencial, os contratos de duração – incluindo-se aí os de execução periódica ou trato sucessivo como a locação – dão ensejo à a resolução por onerosidade excessiva (CC, art. 478) e à revisão contratual (CC, art. 317) quando preenchidos os demais requisitos para a sua aplicação.

6. OBRIGAÇÕES DOS CONTRATANTES

A bilateralidade ínsita à locação predispõe ambos os contratantes a direitos e obrigações em todos os momentos da vida do negócio jurídico. Os arts. 566 a 568 do Estatuto Civil enumeram as obrigações do locador. A seu turno, os deveres legais do locatário são perfilados nos arts. 569 e 570 do mesmo Diploma Legal.

6.1 Obrigações do locador

A primeira obrigação do locador consiste em entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertenças, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário (CC, art. 566, I).

Tratando-se a locação de contrato consensual, a entrega da coisa não se presta ao papel de pressuposto de existência do negócio jurídico, porém já se encontra em sua fase de execução, configurando obrigação de dar coisa certa a cargo do locador. No plano eficacial da locação, cuida-se da mais relevante obrigação do locador. Descumprindo-se a tradição do bem, abrem-se duas opções ao locatário: poderá pleitear a resolução do contrato por inadimplemento (CC, art. 475) ou insistir na

tutela específica da obrigação de dar, para se alcançar o adimplemento da obrigação contratual de entrega de coisa móvel, sob pena de multa periódica ou determinação de busca e apreensão (CPC, art. 498). Diante de recusa de entrega em locação de coisa imóvel, faculta-se a tutela de imissão na posse. O titular do direito à imissão na posse é aquele a quem alguém se obrigou a transferir a posse, pois o que se pretende é haver a posse de quem se obrigou a transferi-la. Na locação, a cognição da ação de imissão na posse será restrita à discussão da eficácia do contrato, sem que se discuta o direito de propriedade. Em caso de procedência, a técnica executiva será a expedição do mandado de imissão na posse (CPC, art. 498).[27]

A inexecução do contrato também será consequente a entrega da coisa, quando desacompanhada das pertenças, que lhe concedem utilidade e serviço (CC, art. 93). Vê-se que a disposição enfeixada no inciso I do art. 566 do Codex excepciona o regramento geral das pertenças (CC, art. 94), pois mesmo que locador e locatário não convencionem a inclusão dos bens acessórios no objeto do contrato, o negócio jurídico locatício sobre o bem principal invariavelmente alcançará as pertenças. Nesse passo, a locação de um veículo incluirá o aparelho de DVD que lá se encontrava, exceto se houver cláusula expressa excluindo a pertença.

O princípio da boa-fé objetiva indica que não é suficiente a entrega material da coisa para se alcançar o adimplemento. Acresça-se ao cumprimento da obrigação principal o dever instrumental de cooperação com o locatário, aqui traduzido na necessidade de entrega da coisa em condições de cumprir perfeitamente a sua destinação, resguardando-se as legítimas expectativas do possuidor direto. Em síntese, por mais que a posse do bem se transfira ao locatário, evidenciado o mau estado de conservação, poderá ele optar pela resolução face ao descumprimento da obrigação ou então pela tutela específica da entrega em situação adequada ao uso a que se destina.

Se, em princípio, as despesas de conservação da coisa incumbem ao locador, tal obrigação poderá ser transferida ao locatário, em razão de cláusula expressa em contrário.

Adiante, o locador garantirá ao locatário o *uso pacífico da coisa* (CC, art. 566, II). Temos aqui mais uma derivação da boa-fé objetiva. A obrigação principal do locador é a de ceder a posse direta da coisa ao locatário. Todavia, por mais que o contrato de locação omita referência a qualquer outro comportamento do cedente, é corolário lógico da solidariedade contratual o dever do locador de cooperar com o locatário no sentido do exitoso desenvolvimento das finalidades do negócio jurídico.

Isso importa em afirmar que, durante a locação – antes do advento de seu termo ou, não havendo termo, antes do prazo da interpelação – o locador deverá se abster de comportamentos que perturbem o regular uso e fruição do bem de modo a

27. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*, p. 438.

não frustrar as legítimas expectativas de confiança do locatário quanto a seriedade da avença. Nesse diapasão, qualquer tentativa injustificada de retomada da coisa será infrutífera, podendo o locatário ajuizar ação possessória para a tutela de sua posse direta em face do proprietário que desrespeite a temporariedade da relação obrigacional. Basta pensar no aluguel de uma vaga autônoma de garagem, na qual familiares do locador frequentemente estacionam os seus veículos, prejudicando a plena fruição do bem por parte do locatário.

O que se passa na locação é a reiteração das regras atinentes ao desdobramento da posse (CC, art. 1.197). O possuidor direto (locatário) pode defender a posse mesmo contra o possuidor indireto (locador), na vigência da relação jurídica, em virtude de qualquer tipo de agressão à sua posse. De fato, enquanto perdurar a temporária relação jurídica de direito obrigacional, a tutela possessória deferida ao possuidor direto será dirigida em face de *erga omnes*, incluindo-se no polo passivo o próprio locador, que eventualmente desrespeite a vigência do negócio jurídico. Basta lembrar, tal qual enuncia Francisco Loureiro,[28] a hipótese comum na periferia das grandes cidades, do locador que pretende retomar a coisa locada pra uso próprio, ou por ter escoado o prazo, ou mesmo, por falta de pagamento, sem usar o devido processo legal, retirando o bem do locatário à força, ou praticando atos turbativos, como o corte de energia elétrica ou da água corrente. Tem o locatário ação possessória contra o locador, em razão da conduta ilícita deste, que molesta a sua posse.

Prosseguindo, dispõe o art. 567 da Lei Civil que: "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".

O dispositivo não cuida dos vícios redibitórios do bem locado (CC, art. 441), pois faz alusão à deterioração da coisa em momento posterior à contratação, gerando a perda do sinalagma funcional do contrato que nasceu equilibrado em suas prestações e desprovido de vício oculto que lhe prejudicasse a funcionalidade. Nessa toada, louve-se o Estatuto de 2002 pelo recurso ao vocábulo *resolver*, ao invés de *rescindir*. Enquanto o termo *rescisão* se aplica à desconstituição do contrato por vícios anteriores à contratação, tal como o vício redibitório, a palavra *resolução* se destina à extinção do negócio bilateral por uma inexecução superveniente ao acordo de vontades.

Frise-se, por necessário, que o dispositivo mira na *deterioração da coisa*, ou seja, cuida exclusivamente da degeneração ou destruição parcial do bem locado, sem mencionar a possibilidade de destruição total e insuscetível de reparo. Em caso de ruína completa do bem motivada pelo fortuito, será inexorável a extinção do contrato, seguindo-se a regra geral do art. 393 do Código Civil.

28. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*, p. 1064.

Outrossim, a opção entre a mitigação do valor locatício ou a resolução do contrato somente se viabilizará se a deterioração sofrida pelo bem locado decorrer do fortuito, ou seja, um fato não imputável ao comportamento dos contratantes. De fato, havendo culpa do locador pela degeneração superveniente do bem, ao locatário será lícita a cumulação de qualquer das duas alternativas assinaladas no dispositivo com uma pretensão indenizatória decorrente do fato culposo. Por outro lado, se a culpa for do locatário, incidirá o art. 569 do Código Civil.

Em princípio, a leitura do artigo sugere que diante da depreciação da funcionalidade do bem seja outorgado ao locatário o direito potestativo de reduzir proporcionalmente o valor locatício, ou resolver o contrato, extinguindo a relação contratual. Mas mesmo o exercício de uma *potestade* pode resultar em abuso do direito, quando a eleição da faculdade resolutória for exigida diante de uma insignificante avaria no bem, causada pelo decurso do tempo. Preservando a regra da proporcionalidade, a parte final do mencionado art. 567 condiciona o exercício do direito potestativo extintivo à deterioração que retire da coisa "o fim a que se destinava". Assim, somente uma significativa depreciação material da coisa determinará a extinção do contrato. Caso contrário, atende-se ao princípio da conservação do negócio jurídico, prevalecendo a redução proporcional das prestações no restante do percurso contratual.

O art. 567 codificado é uma regra subsidiária. A solução imediata para os casos de deterioração superveniente sempre passam pela óbvia possibilidade do locador providenciar o reparo necessário para o prosseguimento normal do contrato – o que aliás se infere da dicção do art. 566, I, do Codex. Sendo o conserto inviável – e permanecendo viável a fruição do bem –, cogitar-se-á da redução proporcional do montante locatício.

Malgrado o silêncio do codificador, aplicando-se o princípio da simetria, o locador também poderá obter a revisão judicial do preço a fim de resgatar o sinalagma funcional, demonstrando que o decurso do tempo gerou desproporção manifesta entre prestação e contraprestação (CC, art. 317), do mesmo modo que se facultou na Lei nº 8.245/91, que cuida da locação de imóveis urbanos (art. 19).

Ainda no terreno das obrigações do locador, segue o importante art. 568 da Lei Civil: *o locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação.*

O dispositivo em relato consubstancia três enfoques acautelatórios do locatário: evicção, tutela possessória e vícios redibitórios. Em comum, todos abrangem o dever de garantia do locador perante o locatário, complementado a garantia ao uso pacífico da coisa a que alude o art. 566 do Código Civil.

Nas relações contratuais, não é suficiente que o transmitente entregue a coisa, cumprindo a obrigação principal, para haver a satisfação do outro contratante. As obrigações são complexas, exigindo-se do alienante que atue conforme a boa-fé,

Apesar de o Código Civil de 2002 silenciar a respeito, o direito de retenção também é aplicável às acessões artificiais. Efetivamente, as construções detêm relevo econômico superior às benfeitorias, não sendo lícito supor que alguém possa reter uma casa em virtude da feitura de um banheiro (benfeitoria útil) e não receba idêntica proteção legal quando, de boa-fé, tenha-se incumbido de construir a própria edificação. Mesmo não se confundindo conceitualmente as acessões com as benfeitorias, ambas devem ser indenizadas em caso de evicção, já que não teria nenhum sentido mandar indenizar as benfeitorias e deixar de fora as acessões, utilizando para esse efeito um sentido restrito, que só serviria para beneficiar o causador da lesão.

6.2 Obrigações do locatário

De acordo com o art. 569 do Estatuto Substantivo, o locatário é obrigado a: "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; III – a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito; IV – a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular".

O inciso I guarda simetria com o disposto no art. 566, I, do mesmo Diploma Legal. Sendo o locador obrigado a entregar ao locatário a coisa em estado de servir ao uso a que se destina, naturalmente incumbirá ao locatário usar e fruir do bem em atenção ao uso convencionado pelas partes ou, na falta de disposição expressa, presumido pela natureza do imóvel e atividade a ser exercitada pelo locatário. Destarte, ele atuará como *bonus pater familiae*, conservando a coisa como se fosse sua, a fim de que possa cumprir a derradeira obrigação de restituir a coisa no estado em que a recebeu (inciso IV). Podemos exemplificar com o aluguel de um *box* de garagem utilizado pelo locatário para armazenar o lixo proveniente de uma reforma. Há um evidente desrespeito ao uso presumido da coisa dada em locação. Por conseguinte, o desvio de finalidade é uma violação negocial e a sua constatação – em regra por perícia – ensejará desde o pagamento de uma cláusula penal, até a própria resolução contratual por inadimplemento de obrigação inerente ao contrato.

Em convergência, dispõe o art. 570 também do Codex: "se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos". Apesar de mais uma vez empregar equivocadamente o termo *rescindir*, ao invés de *resolver* o contrato por um fato ilícito superveniente, o preceito revela uma boa amostragem da teoria do abuso do direito, na medida em que a ilicitude da conduta do locatário não deriva do exercício de uma atividade ilegal, mas da desconformidade do exercício de seu direito subjetivo com a finalidade (resultado) para a qual ele deveria ser orientado. A ilegitimidade da destinação econômica do bem revela o abuso do direito a teor do art. 187 do Código Reale.

Adiante, a principal obrigação do locatário é a de pagar pontualmente o aluguel, respeitando o prazo convencionado (CC, art. 566, II. Comentaremos sobre essa obrigação de forma pormenorizada em item específico dedicado à extinção da locação por inadimplemento.

O inciso III do citado dispositivo legal (art. 569) prevê uma nova hipótese de aplicação da regra da simetria. De acordo com o art. 566, II, do Código Civil incumbe ao locador garantir ao locatário o uso pacífico da coisa. Ora, essa tutela só será plenamente satisfeita se houver reciprocidade. Assim, incumbe ao locatário informar ao locador as agressões praticadas por terceiros contra a posse, sejam elas de direito, sejam elas fáticas (apesar de o dispositivo só se referir àquelas). Caso o locatário se olvide de atender à referida obrigação e houver prejuízo decorrente da agressão possessória, poderá o locador conciliar as pretensões de desconstituição da relação jurídica e indenização. Em suma, não obstante se permita ao possuidor direto o manejo autônomo dos interditos possessórios, não se exclui o dever de informação dirigido ao locador.

A obrigação de comunicar os atos turbativos de terceiros não se relaciona imediatamente a um dever anexo de informação motivado pelo princípio da boa-fé objetiva, pelo fato de ter sido explicitamente regrado pelo legislador. Isto é, cuida-se de obrigação acessória a que se submete todo locatário – independentemente de constar do contrato –, sem a necessidade de qualquer esforço hermenêutico para se justificar a sua natureza compulsória. Esse esclarecimento se faz necessário para, agora sim, compreender que o princípio da boa-fé objetiva será especialmente profícuo no sentido de materializar outros deveres avoluntários que não foram respaldados pelo art. 569 do Código Civil. Por conseguinte, pode-se afirmar que o dever de informação do locatário se amplia para lhe imputar a responsabilidade de comunicar ao locador qualquer fato relevante que diga respeito à conservação do bem. Ilustrativamente, um problema com uma peça de uma betoneira ou uma falha no sistema elétrico de um gerador de energia. Enfim, a par de previsão legal ou contratual, os deveres laterais se colocam para os contratantes desde a fase pré-negocial (tratativas) até a etapa pós-negocial.

Por fim, o inciso IV caracteriza a derradeira obrigação legal do locatário: *restituir a coisa locada no estado em que a recebeu.* O preceito envolve duas ordens de deveres: primeiro, a restituição do bem em si como consequência da temporariedade do vínculo jurídico. Se houver prazo convencionado, o descumprimento da obrigação acarreta a mora *ex re* do locatário e a posse se converte de justa a injusta pelo vício da precariedade (CC, art. 1.200), legitimando o ajuizamento de ação de reintegração de posse. Se a locação houver se estabelecido sem prazo, necessária se faz a interpelação do locatário. Superado o prazo sem que o possuidor restitua o bem, surge a mora *ex persona,* com o mesmo desdobramento jurídico da hipótese anterior.

Outrossim, não basta a restituição em si, mas que a coisa mantenha dentro do possível as suas características, caso contrário o locatário será indenizado pelos

prejuízos decorrentes de conduta negligente ou dolosa, excetuando-se os prejuízos provenientes do próprio desgaste normal da coisa. Em vez de perquirir perdas e danos, podem as partes ajustá-los previamente por cláusula penal (CC, art. 411), dispensando a quantificação dos prejuízos. Para que surja a eficácia indenizatória é imprescindível que o locador se desincumba do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, que eventuais avarias no bem não decorreram do uso natural e regular da coisa.

7. EXTINÇÃO DA LOCAÇÃO

A cessação do contrato de locação pode se dar de forma fisiológica ou patológica. Ou seja, o decesso do negócio jurídico tanto pode decorrer daquilo que se planejou para o seu cumprimento normal como por perturbações supervenientes à sua celebração, impactando na temática da resolução e da resilição da locação.

7.1 Extinção da locação com prazo

A teor do art. 573 da Lei Civil, "a locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso".

O dispositivo alude à cessação de pleno direito dos efeitos do contrato de locação com prazo. O fato de se tratar de contrato de trato sucessivo não anula a milenar regra do *dies interpellat pro homine*. Alcançado o termo contratual, dispensa-se interpelação do locatário, pois haverá uma espécie de cláusula resolutiva expressa (CC, art. 474), que impõe ao locatário a obrigação imediata de restituir a coisa, sob pena de sofrer ação de reintegração de posse, pelo fato de a posse se tornar injusta pelo vício da precariedade (CC, art. 1.200).

Sabemos que nas locações submetidas a termo, a regra será a cessação de pleno direito, independentemente de interpelação ou qualquer forma de aviso prévio. Porém, como adverte o art. 574 da Codificação de 2002, "se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado".

Estipula o art. 571 do Código Civil que "havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato".

A regra geral ainda veda a possibilidade de retomada da posse pelo locador ou de restituição pelo locatário antes do ocaso do termo contratual. Excepcionalmente, o legislador permite a resilição unilateral do contrato (CC, art. 473) – tanto pelo locador como pelo locatário – que será exercitada mediante a denúncia notificada à outra parte. Note-se que o direito potestativo será exercido mesmo na vigência de contrato com termo. Porém será o denunciante sancionado com a imposição de perdas e danos decorrentes da antecipação do prazo originário da relação jurídica.

Certamente, as partes prefixam o montante da cláusula penal compensatória, predeterminando as perdas e danos para o caso de eventual exercício do direito extintivo de resilição. Dispensa-se a prova do dano, pois ele será o valor formalizado pelos contratantes.[30] É usual, com relação à denúncia pelo locatário em contratos de bens imóveis, a fixação de multa no valor de três valores locatícios. Para bens móveis, os montantes oscilarão conforme a natureza do bem e as peculiaridades da avença.

A parte derradeira do comentado art. 571, ressalvou o pagamento *proporcional* da multa, coincidindo com a finalidade do art. 413 também do Codex, que atende à diretriz da concretude e dispõe que a penalidade será reduzida *equitativamente* (não mais "proporcionalmente") pelo magistrado se a obrigação principal tiver sido cumprida parcialmente. Vale dizer que, se a denúncia unilateral for praticada em data mais próxima ao termo contratual, o juiz observará as condições econômicas das partes e as peculiaridades do contrato para encontrar um valor adequado para a multa compensatória. Exemplificando: na locação de um bem móvel por vinte meses, a resilição concretizada no segundo mês será apurada de forma diversa daquela ocorrida apenas no décimo quinto mês. Aqui o prejuízo do locador será menor, pois praticamente alcançou a vantagem econômica do contrato, sendo reduzido o prejuízo diante da denúncia produzida pelo locatário. Todo esse raciocínio é válido para a resilição unilateral por parte do locador.

Lembre-se de que nas locações de imóveis urbanos é vedada ao locador a possibilidade de reaver o imóvel antes do prazo convencionado pelas partes ou pela lei – trinta meses –, pois o direito à resilição unilateral é exclusivo do locatário (art. 4º da Lei nº 8.245/91). Note-se que a vedação só se aplica à lei especial locatícia e não ao Código Civil por uma singela razão: o Código Civil é a lei dos iguais e a Lei do Inquilinato é o estatuto dos desiguais, pois pretende conceder maior tutela ao vulnerável, qüe, em nossa ordem econômica, é aquele que procura pela residência urbana diante da carência de meios de obtenção da "casa própria", sem se omitir do direito fundamental social à moradia (CF, art. 6º).

Atente-se, todavia, ao exposto no parágrafo único do art. 571 do Estatuto Reale: o *locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.* O dispositivo

30. STJ, Informativo nº 0540, Período: 28 de maio de 2014. Terceira Turma. *Não se pode cumular multa compensatória prevista em cláusula penal com indenização por perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação. Enquanto a cláusula penal moratória manifesta com mais evidência a característica de reforço do vínculo obrigacional, a cláusula penal compensatória prevê indenização que serve não apenas como punição pelo inadimplemento, mas também como prefixação de perdas e danos. A finalidade da cláusula penal compensatória é recompor a parte pelos prejuízos que eventualmente decorram do inadimplemento total ou parcial da obrigação. Tanto assim que, eventualmente, sua execução poderá até mesmo substituir a execução do próprio contrato. Não é possível, pois, cumular cláusula penal compensatória com perdas e danos decorrentes de inadimplemento contratual. Com efeito, se as próprias partes já acordaram previamente o valor que entendem suficiente para recompor os prejuízos experimentados em caso de inadimplemento, não se pode admitir que, além desse valor, ainda seja acrescido outro, com fundamento na mesma justificativa – a recomposição de prejuízos. Ademais, nessas situações sobressaem direitos e interesses eminentemente disponíveis, de modo a não ter cabimento, em princípio, a majoração oblíqua da indenização prefixada pela condenação cumulativa em perdas e danos.* REsp 1.335.617/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27.3.14.

observando os deveres anexos de proteção, cooperação e informação, a fim de que o bem adquirido possa ser fruído da melhor forma possível pelo adquirente, tutelando-se as suas legítimas expectativas quanto ao negócio jurídico realizado.

Contudo, além da obrigação principal e dos deveres anexos ou instrumentais oriundos da boa-fé, o sistema jurídico concebe garantias quanto à tutela física e jurídica do objeto adquirido. Vale dizer, o adquirente será protegido quanto à funcionalidade e a substância do bem, seja diante da existência de vícios ocultos que tornem a coisa imprópria para o uso (CC, art. 441), bem como no tocante à garantia da legitimidade jurídica do direito que lhe é transferido.

Sendo a evicção a perda de um bem em virtude de uma decisão que conceda o direito sobre ele a um terceiro, poderá ela se traduzir não apenas na perda da propriedade, mas na posse do bem locado. Nesse caso, será o locatário ressarcido dos prejuízos decorrentes pelo locador, caso desconheça o fato de a posse da coisa ser alheia ou litigiosa (CC, art. 457). Assim, se *A* aluga um imóvel a *B* e no transcurso da locação surge *C* reivindicando a condição de proprietário, por fundamento anterior à locação, terá *B* – agora alijado da condição de possuidor direto – a faculdade de promover uma demanda contra *A* em função da evicção, pela perda do objeto do contrato locatício. Vê-se pelo exemplo não se tratar de evicção decorrente de privação de direito de propriedade, mas sim de direito à posse, porquanto a locação era fundada no uso e fruição da coisa, agora impossibilitados pela perda da propriedade em favor do verdadeiro titular. Contudo, se a insurgência do terceiro disser respeito a aspectos fáticos, o alienante nada indenizará, pois apenas garante a indenidade jurídica da coisa. Ou seja, tratando-se de agressão à posse, o próprio locatário deverá se resguardar pela via do desforço imediato ou das ações possessórias.

Faz-se ainda menção à garantia pelos vícios redibitórios, como aqueles ocultos e anteriores à tradição, que tornem a coisa imprópria ao uso a que é destinada. O vício redibitório consiste no vício oculto que acomete a coisa transferida em contratos comutativos, tornando-a imprópria ao uso a que se destina ou lhe reduzindo o valor. Sendo inerente à essência do produto, o vício é capaz de torná-lo imprestável ao seu fim natural ou em reduzir a capacidade do bem por ocasião de sua utilização. Exemplificando: uma pessoa loca uma vaga de garagem autônoma em julho e, no período de chuvas de dezembro, descobre uma grave infiltração que lhe acarreta dificuldades na utilização do próprio espaço. Além da possibilidade de se exigir do locador a sanção do vício, faculta-se ao locatário pleitear a própria rescisão do negócio jurídico quando o vício redibitório for extenso a ponto de suprimir a serventia do bem.

Interessante perceber que o dever de garantia do locador não se resume ao âmbito da evicção e do vício redibitório, alcançando ainda as *turbações* provocadas por terceiros.

O termo *turbação* não foi aqui corretamente empregado. A turbação é o ato de moléstia da posse, cujo objetivo é perturbar o seu exercício, sem contudo privar o possuidor do poder de fato sobre o bem. Quando surge o ato material de turbação,

o locatário, na qualidade de possuidor direto do bem, será legitimado de forma autônoma ao ajuizamento de ação possessória perante qualquer indivíduo (CC, art. 1.210). Não se olvide da imediata via extrajudicial do exercício da autodefesa, pelos meios necessários e proporcionais à agressão. Vale dizer: tratando-se de posses paralelas, qualquer dos possuidores poderá defender o poder fático sobre a coisa, sem a necessidade de concurso processual com o outro possuidor.

Porém, o art. 568 do Códex se refere à *turbação* de uma maneira peculiar. Aduz o dispositivo que a garantia do locador compreende "embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada". Vale dizer, a turbação já não mais como ato material de violência ou clandestinidade, mas como uma pretensão jurídica de terceiro sobre o bem. Seria o caso de uma medida constritiva de terceiro que alegue possuir direito sobre um bem que se encontre na posse do locatário. Ilustrativamente, em razão de um débito, *A* promove execução de um trator de propriedade do devedor *B*. Porém, a penhora incide justamente quando o maquinário está na posse do locatário *C*. Embora tenha sido entabulado contrato de locação de coisa móvel e esteja na posse direta do bem, o locatário não será parte legítima para opor embargos de terceiro, uma vez que somente o locador pode resguardar o locatário de embaraços e turbações de terceiros que pretendam ter direitos sobre a coisa alugada.

Certo é que o dever de garantia do locador é conexo a toda e qualquer questão jurídica relacionada a fatos estranhos a comportamentos do locatário. Este deverá assumir as consequências de suas condutas antijurídicas. Ainda no exemplo de um trator, se o locatário sofre uma multa por conduzi-lo em local de trânsito proibido a esse tipo de veículo ou o seu mau uso acarreta um acidente de trabalho, não se poderá imputar ao locador uma responsabilidade pelo pagamento da multa ou pela indenização a que o empregado faz jus.

Por fim, o art. 578 da Codificação de 2002 reconhece ao locatário, *salvo disposição em contrário, o direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador.*

Fato corriqueiro é a realização de benfeitorias pelo locatário. As benfeitorias são obras ou despesas realizadas no bem, com o propósito de conservação, melhoramento ou embelezamento, tendo intrinsecamente caráter de acessoriedade, incorporando-se ao patrimônio do proprietário. Nos contratos com ou sem prazo, inexistindo acordo restritivo, será o locatário indenizado pelas benfeitorias necessárias e também pelas úteis, desde que, quanto às últimas, haja consentimento expresso do locador.

As benfeitorias necessárias são aquelas que propiciam a conservação física ou jurídica da coisa (CC, art. 96), daí se prescinde de prévia autorização para a atuação do locatário, pois sua necessidade é patente – e frequentemente urgente –, jamais se olvidando que o locador certamente as assumiria caso detivesse o poder imediato sobre a coisa. Já as benfeitorias úteis aumentam ou facilitam o uso do bem. Portanto, só serão indenizadas se o referido acréscimo qualitativo foi objeto de permissão

pelo locador. A situação jurídica do locatário é inferior a dos demais possuidores, posto excluída da incidência dessa relação jurídica a regra geral do art. 1.219 do Codex, na qual as benfeitorias úteis serão sempre indenizáveis, sendo bastante a boa-fé do possuidor.

A norma permite que o locatário exercite o direito de retenção sobre o bem, até que seja indenizado pelas aludidas benfeitorias que se incorporam ao patrimônio do locador. Se a obrigação do locador é a de restituir o bem no estado em que recebeu, não sendo possível o levantamento das benfeitorias – o *jus tollendi* –, a retenção será a forma pela qual o locatário exercitará a pretensão decorrente da violação do direito subjetivo ao pagamento. Atua ainda como meio coercitivo capaz de coibir o locador ao adimplemento, sob pena de não ingressar na coisa, mesmo após o êxito da demanda de desocupação em juízo.

No tocante às benfeitorias voluptuárias, que servem para mero deleite do possuidor (*v. g.*, piscina na casa de campo), poderá o locatário de boa-fé levantá-las, se possível. Caso impraticável sua retirada sem danificar a coisa, descabe pretensão indenizatória e, consequentemente, o exercício do direito de retenção.

A outro giro, devemos enfatizar que ao locatário de má-fé será vedada a possibilidade de exercício do direito de retenção, mesmo em se tratando de realização de benfeitorias necessárias. Exemplificativamente, seria o caso do locatário que introduza melhoramentos essenciais à conservação do bem após já ter sido consumado o prazo de notificação para restituir a coisa. Em tal caso, deverá se contentar o locatário com a pretensão indenizatória (CC, art. 1.220), evitando o enriquecimento sem causa do proprietário.

Ainda comentando a questão das locações, a esta específica relação jurídica não se aplica a regra geral de oponibilidade das benfeitorias *erga omnes*. Nada obstante, a Súmula 158 do Supremo Tribunal Federal estabelece que "salvo estipulação contratual averbada no registro imobiliário, não responde o adquirente pelas benfeitorias do locatário". Assim, *ad cautelam*, vê-se que o locatário tem o ônus de averbar o contrato de locação no Registro Geral de Imóveis, resguardando-se perante futura transferência da propriedade, sob pena de ser frustrado no reembolso das despesas com a manutenção da coisa locada se vier a exigi-las do novo proprietário.

Seguindo a linha da Lei do Inquilinato (art. 35 da Lei nº 8.245/91), o art. 578 do Estatuto Substantivo inovou substancialmente em relação ao seu predecessor, permitindo que a autonomia privada dos contratantes excepcione a regra geral referida no corpo do dispositivo, a ponto de o locatário anuir à renúncia ao direito de indenização sobre qualquer forma de benfeitoria, mesmo as necessárias. A derrogação convencional do direito à indenização e retenção de benfeitorias pressupõe uma relativa posição de igualdade dos contratantes na estipulação e discussão do teor das cláusulas.

Todavia, mesmo nas relações puramente civis, normalmente os contratos de locação se realizam sob a forma da adesão. As cláusulas são unilateralmente predeterminadas pelo locador, de forma rígida. A seu turno, o locatário apenas subscreve o contrato sem prévia discussão de conteúdo. Nesse ponto, é claro o art. 424 da Codificação Reale ao dispor que: "nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". Em reforço vale citar o Enunciado 433 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "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". Apesar do enunciado apenas fazer referência ao *imóvel urbano*, a contratação pela adesão extrapola a natureza mobiliária ou imobiliária do bem, sendo um método de celebração de contratos pelo qual uma das partes predispõe o inteiro teor e a outra a ele se submete, sem negociação.

Há muito se controverte acerca da abusividade da cláusula de renúncia. Seriam as relações locatícias, relações de consumo e como tais sujeitas à incidência do exposto no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor? Duas simples razões excluem a incidência da legislação de consumo às relações locatícias: a uma, a Lei nº 8.078/90 é anterior à Lei de Locações de Imóveis Urbanos, que é de caráter especial e permite no retrocitado art. 35 a renúncia ao direito de indenização, mesmo das benfeitorias necessárias; a duas, não há relação de consumo entre locador e locatário, pois o proprietário do imóvel não é fornecedor de serviços pela ótica do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor – não se confundindo com a empresa que administra o bem locado.[29] Tratando-se eventualmente de uma relação de consumo, como a locação de apartamentos em apart-hotéis, haverá a proteção própria das relações de consumo (CDC, art. 51, XVI).

Outrossim, a inserção da cláusula de exclusão de indenização e retenção de benfeitorias desnatura o próprio dever de cooperação das partes, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois o locatário se furtará a realizar as benfeitorias necessárias – sabendo que não será indenizado –, permitindo que o bem seja desvalorizado e mesmo que venha a perecer. Isso impede ao locatário o cumprimento da obrigação de restituir a coisa no estado em que a recebeu, conforme impõe o art. 569, IV, da Lei Civil, e, mais importante, elide a possibilidade de tratar a coisa como se sua fosse (CC, art. 569, I).

29. STJ, Informativo nº 523, de 14 de agosto de 2013. *É possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação entre proprietário de imóvel e a imobiliária contratada por ele para administrar o bem. Isso porque o proprietário do imóvel é, de fato, destinatário final fático e também econômico do serviço prestado. Revela-se, ainda, a presunção da sua vulnerabilidade, seja porque o contrato firmado é de adesão, seja porque é uma atividade complexa e especializada ou, ainda, porque os mercados se comportam de forma diferenciada e específica em cada lugar e período. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imóveis e a administradora; e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação. Nas duas situações, evidencia-se a destinação final econômica do serviço prestado ao contratante, devendo a relação jurídica estabelecida ser regida pelas disposições do diploma consumerista.* REsp 509.304/PR, 3ª T., rel. Min. Villas Bôas Cueva, julgado em 16.5.13.

Apesar de o Código Civil de 2002 silenciar a respeito, o direito de retenção também é aplicável às acessões artificiais. Efetivamente, as construções detêm relevo econômico superior às benfeitorias, não sendo lícito supor que alguém possa reter uma casa em virtude da feitura de um banheiro (benfeitoria útil) e não receba idêntica proteção legal quando, de boa-fé, tenha-se incumbido de construir a própria edificação. Mesmo não se confundindo conceitualmente as acessões com as benfeitorias, ambas devem ser indenizadas em caso de evicção, já que não teria nenhum sentido mandar indenizar as benfeitorias e deixar de fora as acessões, utilizando para esse efeito um sentido restrito, que só serviria para beneficiar o causador da lesão.

6.2 Obrigações do locatário

De acordo com o art. 569 do Estatuto Substantivo, o locatário é obrigado a: "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; III – a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito; IV – a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular".

O inciso I guarda simetria com o disposto no art. 566, I, do mesmo Diploma Legal. Sendo o locador obrigado a entregar ao locatário a coisa em estado de servir ao uso a que se destina, naturalmente incumbirá ao locatário usar e fruir do bem em atenção ao uso convencionado pelas partes ou, na falta de disposição expressa, presumido pela natureza do imóvel e atividade a ser exercitada pelo locatário. Destarte, ele atuará como *bonus pater familiae*, conservando a coisa como se fosse sua, a fim de que possa cumprir a derradeira obrigação de restituir a coisa no estado em que a recebeu (inciso IV). Podemos exemplificar com o aluguel de um *box* de garagem utilizado pelo locatário para armazenar o lixo proveniente de uma reforma. Há um evidente desrespeito ao uso presumido da coisa dada em locação. Por conseguinte, o desvio de finalidade é uma violação negocial e a sua constatação – em regra por perícia – ensejará desde o pagamento de uma cláusula penal, até a própria resolução contratual por inadimplemento de obrigação inerente ao contrato.

Em convergência, dispõe o art. 570 também do Codex: "se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos". Apesar de mais uma vez empregar equivocadamente o termo *rescindir*, ao invés de *resolver* o contrato por um fato ilícito superveniente, o preceito revela uma boa amostragem da teoria do abuso do direito, na medida em que a ilicitude da conduta do locatário não deriva do exercício de uma atividade ilegal, mas da desconformidade do exercício de seu direito subjetivo com a finalidade (resultado) para a qual ele deveria ser orientado. A ilegitimidade da destinação econômica do bem revela o abuso do direito a teor do art. 187 do Código Reale.

Adiante, a principal obrigação do locatário é a de pagar pontualmente o aluguel, respeitando o prazo convencionado (CC, art. 566, II. Comentaremos sobre essa obrigação de forma pormenorizada em item específico dedicado à extinção da locação por inadimplemento.

O inciso III do citado dispositivo legal (art. 569) prevê uma nova hipótese de aplicação da regra da simetria. De acordo com o art. 566, II, do Código Civil incumbe ao locador garantir ao locatário o uso pacífico da coisa. Ora, essa tutela só será plenamente satisfeita se houver reciprocidade. Assim, incumbe ao locatário informar ao locador as agressões praticadas por terceiros contra a posse, sejam elas de direito, sejam elas fáticas (apesar de o dispositivo só se referir àquelas). Caso o locatário se olvide de atender à referida obrigação e houver prejuízo decorrente da agressão possessória, poderá o locador conciliar as pretensões de desconstituição da relação jurídica e indenização. Em suma, não obstante se permita ao possuidor direto o manejo autônomo dos interditos possessórios, não se exclui o dever de informação dirigido ao locador.

A obrigação de comunicar os atos turbativos de terceiros não se relaciona imediatamente a um dever anexo de informação motivado pelo princípio da boa-fé objetiva, pelo fato de ter sido explicitamente regrado pelo legislador. Isto é, cuida-se de obrigação acessória a que se submete todo locatário – independentemente de constar do contrato –, sem a necessidade de qualquer esforço hermenêutico para se justificar a sua natureza compulsória. Esse esclarecimento se faz necessário para, agora sim, compreender que o princípio da boa-fé objetiva será especialmente profícuo no sentido de materializar outros deveres avoluntários que não foram respaldados pelo art. 569 do Código Civil. Por conseguinte, pode-se afirmar que o dever de informação do locatário se amplia para lhe imputar a responsabilidade de comunicar ao locador qualquer fato relevante que diga respeito à conservação do bem. Ilustrativamente, um problema com uma peça de uma betoneira ou uma falha no sistema elétrico de um gerador de energia. Enfim, a par de previsão legal ou contratual, os deveres laterais se colocam para os contratantes desde a fase pré-negocial (tratativas) até a etapa pós-negocial.

Por fim, o inciso IV caracteriza a derradeira obrigação legal do locatário: *restituir a coisa locada no estado em que a recebeu.* O preceito envolve duas ordens de deveres: primeiro, a restituição do bem em si como consequência da temporariedade do vínculo jurídico. Se houver prazo convencionado, o descumprimento da obrigação acarreta a mora *ex re* do locatário e a posse se converte de justa a injusta pelo vício da precariedade (CC, art. 1.200), legitimando o ajuizamento de ação de reintegração de posse. Se a locação houver se estabelecido sem prazo, necessária se faz a interpelação do locatário. Superado o prazo sem que o possuidor restitua o bem, surge a mora *ex persona,* com o mesmo desdobramento jurídico da hipótese anterior.

Outrossim, não basta a restituição em si, mas que a coisa mantenha dentro do possível as suas características, caso contrário o locatário será indenizado pelos

prejuízos decorrentes de conduta negligente ou dolosa, excetuando-se os prejuízos provenientes do próprio desgaste normal da coisa. Em vez de perquirir perdas e danos, podem as partes ajustá-los previamente por cláusula penal (CC, art. 411), dispensando a quantificação dos prejuízos. Para que surja a eficácia indenizatória é imprescindível que o locador se desincumba do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, que eventuais avarias no bem não decorreram do uso natural e regular da coisa.

7. EXTINÇÃO DA LOCAÇÃO

A cessação do contrato de locação pode se dar de forma fisiológica ou patológica. Ou seja, o decesso do negócio jurídico tanto pode decorrer daquilo que se planejou para o seu cumprimento normal como por perturbações supervenientes à sua celebração, impactando na temática da resolução e da resilição da locação.

7.1 Extinção da locação com prazo

A teor do art. 573 da Lei Civil, "a locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso".

O dispositivo alude à cessação de pleno direito dos efeitos do contrato de locação com prazo. O fato de se tratar de contrato de trato sucessivo não anula a milenar regra do *dies interpellat pro homine*. Alcançado o termo contratual, dispensa-se interpelação do locatário, pois haverá uma espécie de cláusula resolutiva expressa (CC, art. 474), que impõe ao locatário a obrigação imediata de restituir a coisa, sob pena de sofrer ação de reintegração de posse, pelo fato de a posse se tornar injusta pelo vício da precariedade (CC, art. 1.200).

Sabemos que nas locações submetidas a termo, a regra será a cessação de pleno direito, independentemente de interpelação ou qualquer forma de aviso prévio. Porém, como adverte o art. 574 da Codificação de 2002, "se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado".

Estipula o art. 571 do Código Civil que "havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato".

A regra geral ainda veda a possibilidade de retomada da posse pelo locador ou de restituição pelo locatário antes do ocaso do termo contratual. Excepcionalmente, o legislador permite a resilição unilateral do contrato (CC, art. 473) – tanto pelo locador como pelo locatário – que será exercitada mediante a denúncia notificada à outra parte. Note-se que o direito potestativo será exercido mesmo na vigência de contrato com termo. Porém será o denunciante sancionado com a imposição de perdas e danos decorrentes da antecipação do prazo originário da relação jurídica.

Certamente, as partes prefixam o montante da cláusula penal compensatória, predeterminando as perdas e danos para o caso de eventual exercício do direito extintivo de resilição. Dispensa-se a prova do dano, pois ele será o valor formalizado pelos contratantes.[30] É usual, com relação à denúncia pelo locatário em contratos de bens imóveis, a fixação de multa no valor de três valores locatícios. Para bens móveis, os montantes oscilarão conforme a natureza do bem e as peculiaridades da avença.

A parte derradeira do comentado art. 571, ressalvou o pagamento *proporcional* da multa, coincidindo com a finalidade do art. 413 também do Codex, que atende à diretriz da concretude e dispõe que a penalidade será reduzida *equitativamente* (não mais "proporcionalmente") pelo magistrado se a obrigação principal tiver sido cumprida parcialmente. Vale dizer que, se a denúncia unilateral for praticada em data mais próxima ao termo contratual, o juiz observará as condições econômicas das partes e as peculiaridades do contrato para encontrar um valor adequado para a multa compensatória. Exemplificando: na locação de um bem móvel por vinte meses, a resilição concretizada no segundo mês será apurada de forma diversa daquela ocorrida apenas no décimo quinto mês. Aqui o prejuízo do locador será menor, pois praticamente alcançou a vantagem econômica do contrato, sendo reduzido o prejuízo diante da denúncia produzida pelo locatário. Todo esse raciocínio é válido para a resilição unilateral por parte do locador.

Lembre-se de que nas locações de imóveis urbanos é vedada ao locador a possibilidade de reaver o imóvel antes do prazo convencionado pelas partes ou pela lei – trinta meses –, pois o direito à resilição unilateral é exclusivo do locatário (art. 4º da Lei nº 8.245/91). Note-se que a vedação só se aplica à lei especial locatícia e não ao Código Civil por uma singela razão: o Código Civil é a lei dos iguais e a Lei do Inquilinato é o estatuto dos desiguais, pois pretende conceder maior tutela ao vulnerável, que, em nossa ordem econômica, é aquele que procura pela residência urbana diante da carência de meios de obtenção da "casa própria", sem se omitir do direito fundamental social à moradia (CF, art. 6º).

Atente-se, todavia, ao exposto no parágrafo único do art. 571 do Estatuto Reale: o *locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.* O dispositivo

30. STJ, Informativo nº 0540, Período: 28 de maio de 2014. Terceira Turma. *Não se pode cumular multa compensatória prevista em cláusula penal com indenização por perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação. Enquanto a cláusula penal moratória manifesta com mais evidência a característica de reforço do vínculo obrigacional, a cláusula penal compensatória prevê indenização que serve não apenas como punição pelo inadimplemento, mas também como prefixação de perdas e danos. A finalidade da cláusula penal compensatória é recompor a parte pelos prejuízos que eventualmente decorram do inadimplemento total ou parcial da obrigação. Tanto assim que, eventualmente, sua execução poderá até mesmo substituir a execução do próprio contrato. Não é possível, pois, cumular cláusula penal compensatória com perdas e danos decorrentes de inadimplemento contratual. Com efeito, se as próprias partes já acordaram previamente o valor que entendem suficiente para recompor os prejuízos experimentados em caso de inadimplemento, não se pode admitir que, além desse valor, ainda seja acrescido outro, com fundamento na mesma justificativa – a recomposição de prejuízos. Ademais, nessas situações sobressaem direitos e interesses eminentemente disponíveis, de modo a não ter cabimento, em princípio, a majoração oblíqua da indenização prefixada pela condenação cumulativa em perdas e danos.* REsp 1.335.617/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27.3.14.

concerne à faculdade do locatário de reservar para si a posse sobre a coisa enquanto não for indenizado. Esse especial direito de retenção não se vincula à realização de benfeitorias, mas ao direito da parte de permanecer com a coisa pelo prazo previamente demarcado. Vale dizer: o locatário poderá manter o bem consigo – mesmo se o locador quiser exercitar o direito potestativo extintivo – como garantia de indenização pelos prejuízos resultantes da prematura extinção do contrato. O não exercício do direito de retenção e a imediata devolução da coisa não impedem que o locatário ajuíze a ação de cobrança pelos aludidos prejuízos.

Em boa hora, inova o art. 572 da Codificação de 2002, enunciando: "se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis". Aplaude-se o legislador por materializar na locação uma expressa previsão dos princípios da função social do contrato (CC, art. 421), do abuso do direito (CC, art. 187) e da vedação ao enriquecimento injustificado (CC, art. 884).

Em princípio, não há ilegalidade no fato de as partes ajustarem que a obrigação de pagar o aluguel alcançará o período restante do contrato desfeito. De fato, o art. 412 do Livro Civil adverte que a cláusula penal compensatória não excederá o valor da obrigação principal. Portanto, o locatário não pagará um centavo a mais do que arcaria, caso a locação prosseguisse.

Nada obstante, cláusulas de tal teor praticamente inviabilizam a autonomia privada e, por via oblíqua, esvaziam o próprio exercício do direito potestativo à resilição. Afinal, quem desejará se subtrair a um negócio jurídico sabendo que terá de arcar com as prestações sucessivas, mesmo sem a fruição do bem?

Ora, cláusulas de tal jaez representam violações ao espírito do direito, pois ultrapassam os limites éticos do ordenamento. O sistema jurídico, em boa hora, intervém nos referidos contratos para aplicar a regra da proporcionalidade e reduzir a cláusula penal para valores que efetivamente representem a realidade do negócio jurídico e preservem sua função social, impedindo que a liberdade de uma das partes seja sacrificada pela opressão do outro contratante. A expressão *bases razoáveis* é um conceito jurídico indeterminado, que será preenchido em vistas à ética da situação, às evidências reais da natureza do contrato e à consecução de seus objetivos.

O dispositivo em comento terá especial valia para os casos em que a cláusula penal consista no pagamento de aluguéis pelo tempo residual de execução de locação, pois a parte final do art. 571 codificado já antecipou o recurso à redução equitativa da indenização.

Essa, aliás, é a dicção do Enunciado 179 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "a regra do art. 572 do novo Código Civil é aquela que atualmente complementa a norma do art. 4º, 2ª parte, da Lei nº 8.245/91 (Lei de Locações), balizando o controle da multa mediante a denúncia antecipada do contrato de locação pelo locatário durante o prazo ajustado".

7.2 Extinção da locação sem prazo

Adiante, caso o contrato alcance o seu termo convencional e o locador não se manifeste acerca da devolução do bem, haverá uma presunção de prorrogação da locação, mas doravante sem prazo. O contrato será o mesmo, as cláusulas não sofrem alteração, inclusive no tocante ao valor da retribuição.

Na prática, o artigo inviabiliza a parte final da norma do art. 573 da Lei Civil. Com efeito, o locador está dispensado de interpelar o locatário para a restituição do bem nos contratos com termo, mas se não agir será penalizado pela manutenção da locação, agora sem novo prazo. Em síntese, a interpelação acaba se tornando um ônus para o locador, sob pena de suportar um prejuízo para si: submeter-se à prorrogação indefinida do contrato. Melhor seria se o legislador tivesse adotado regra semelhante à Lei do Inquilinato (art. 46, § 1º, da Lei nº 8.245/91) e fixasse em trinta dias o prazo de exercício de oposição por parte do locador, como condição de prorrogação contratual.

Com a prorrogação da locação, a resilição unilateral será a forma pela qual as partes poderão extinguir o contrato.

Com efeito, nas locações sem prazo, a qualquer momento será facultado a ambos os contratantes a *denúncia vazia* da locação. Vale dizer, dispensa-se motivação e pagamento de indenização. Para tal desiderato, partindo a iniciativa do locador, deverá interpelar o locatário para a restituição, a fim de constituí-la em mora *ex persona* (CC, art. 397, parágrafo único), assinalando um tempo razoável para a devolução da coisa. Com relação à denúncia pelo locatário será suficiente a devolução do bem locado, conforme prazo estabelecido no contrato. Eis aqui uma concreta aplicação da *resilição unilateral*. Cuida-se do direito potestativo de um dos contratantes impor a extinção do contrato, independente do inadimplemento da outra parte, sem que o outro possa a isto se opor, posto situado em posição de sujeição. De fato, a resilição unilateral é modelo inerente aos contratos sem prazo, seja por já ter sido concebido sem a sua determinação ou, pela prorrogação indeterminada de um contrato originariamente submetido a um prazo. Em qualquer das hipóteses, vislumbra-se a faculdade da parte exercer o poder liberatório, extinguindo o contrato. O fundamento da denúncia é a vontade presumida do contratante no sentido de que não deseja se vincular de forma perene, reservando-se ao direito potestativo de resilir o contrato a qualquer tempo, de forma imotivada, mediante simples declaração de vontade.

Naturalmente, parece-nos que o poder do locador de submeter o locatário a um prazo de restituição da coisa é sujeito ao transcurso de um período razoável para que o locatário tenha obtido considerável retorno da finalidade almejada com o contrato de locação. A título ilustrativo, a locação de um conjunto de britagem móvel para a realização de uma grande obra, sem que se tenha estipulado prazo, não poderá ser legitimamente desconstituída no mês seguinte à contratação, caso em que se instalaria o abuso do direito à interpelação por parte do locador. A advertência é especialmente importante nos contratos de adesão (CC, art. 424), com cláusulas

preestabelecidas unilateralmente de forma rígida por uma das partes no qual não há plena liberdade contratual na relação jurídica, frequentemente o distrato será um ônus que pode configurar abuso de direito. Aplica-se aqui o disposto no parágrafo único do art. 473 do Códex: "se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos".

Todavia, se o exercício da faculdade de denúncia se efetivar regularmente, quais serão as consequências da mora do locatário em restituir a coisa móvel ou imóvel? Extrai-se do art. 575 do Código Civil que, "se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito".

Como sanção pelo inadimplemento da obrigação de restituir a coisa após a notificação, o locatário será atingido de duas maneiras preconizadas nesse dispositivo.

Primeiramente haverá uma responsabilidade objetiva agravada do locatário pelos danos ocasionados ao bem. A sanção indenizatória se imputará ao devedor independente da existência de culpa e mesmo que o fato causador do dano possa ser atribuído a um evento externo e de caráter inevitável, remanescerá a obrigação de indenizar, sem que possa o locatário suscitar o art. 393 do Código de 2002: *o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.*

De uma certa forma o legislador particularizou na locação a norma geral do art. 399 do Código Civil: *o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.* Apesar da regra do art. 575, do mesmo Diploma Legal, ser mais gravosa ao devedor por não lhe deferir a excludente da parte final, cremos que o locatário também poderá se eximir da responsabilidade se provar que o dano ocorreria mesmo que o bem fosse restituído na época apropriada. Ilustrativamente, como sugere Hamid Bdine,[31] pense-se em um veículo que não é restituído à empresa locadora na data ajustada, mas fosse guardado no estacionamento em que ela mantém todos os outros veículos, de onde viesse a ser furtado. Aqui seria possível concluir que o devedor em mora não deve ser responsabilizado, pois se o veículo tivesse sido devolvido na data estabelecida, estaria guardado no mesmo local.

Há ainda uma segunda ordem de efeitos. O locador arbitrará uma espécie de *aluguel-pena*, que se estenderá até a devolução do bem. De acordo com o parágrafo único do art. 575, "se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o

31. BDINE JÚNIOR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, p. 379.

juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade". Cuida-se de sanção punitiva cuja finalidade é inibir a inexecução do dever de restituição da coisa locada. O montante fixado a título de pena independe da efetiva verificação de danos que o locador porventura tenha sofrido.[32]

Inova o legislador ao permitir a redução judicial da penalidade se aferido o seu caráter manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio jurídico. O arbitramento, embora não deva respeito à média do mercado locativo, deve ser feito com razoabilidade, respeitando o princípio da boa-fé objetiva, para evitar a ocorrência de abuso de direito e do enriquecimento sem causa do comodante. Além de seguir a letra do art. 413 do Código Civil no que tange à redução da cláusula penal, a norma acresce a necessidade de o magistrado jamais se olvidar da feição punitiva do aluguel. Vale dizer: se por um lado deve o juiz mitigar valores descomunais estipulados unilateralmente pelo locador, por outro cuidará para que a retribuição signifique acréscimo razoável sobre o valor normal de locação, sob pena de estimular a inadimplência do locatário no sentido de desconsiderar o dever de restituição.

A Lei nº 8.245/91 não prevê a figura do aluguel-pena para as locações urbanas residenciais e não residenciais. Mas seria possível a incidência subsidiária da regra do art. 575 do Código Civil como fator de pressão sobre o locatário para constrangê-lo a desocupar o imóvel?

A nosso viso a resposta é negativa. Essa transposição normativa esbarra na incompatibilidade das finalidades do Código Civil e da lei especial. O arbitramento de uma pena pelo locador desafia a teleologia da Lei do Inquilinato, baseada na especial tutela conferida ao locatário, parte assimétrica nessa relação obrigacional. Na prática isso significa que mesmo findo o contrato, será mantido o valor locatício até que o locatário restitua o bem de raiz.

7.3 Extinção pela venda do bem locado

Outro tema de especial interesse concerne à venda da coisa locada. O que ocorre se o proprietário aliena o bem na vigência da relação locatícia? Conforme o enunciado do art. 576 do Código Civil, *se a coisa for alienada durante a locação, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e não constar de registro.*

Temos aqui uma das mais tradicionais maneiras de distinguir os direitos obrigacionais dos direitos reais. Aqueles se caracterizam pela relatividade, produzindo efeitos entre as partes, não sendo extensíveis os deveres especiais a terceiros estranhos à

32. Enunciado 180 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: *A regra do parágrafo único do art. 575 do Código Civil, que autoriza a limitação pelo juiz do aluguel-pena arbitrado pelo locador, aplica-se também ao aluguel arbitrado pelo comodante, autorizado pelo art. 582, 2a parte, também do Código Civil.*

relação jurídica. Já os direitos reais são absolutos no sentido da oponibilidade *erga omnes* dos deveres de abstenção perante toda a coletividade.

Portanto, no contrato de locação – como em qualquer relação obrigacional –, a venda do bem móvel ou imóvel propicia ao novo proprietário o imediato acesso à posse do bem, já que a transferência da titularidade é acompanhada da ampla possibilidade de exploração econômica da coisa. Daí que o novo proprietário exercitará a denúncia vazia contra aquele com quem não contratou locação.

Vê-se que a regra é o rompimento da locação. Todavia, nas locações submetidas à prazo, se sobejou expressamente ajustada cláusula de vigência para o caso de alienação do bem, sendo esta registrada no Cartório de Títulos e Documentos (bem móvel) ou no Cartório de Imóveis (bem imóvel), o contrato de locação adquire eficácia real perante eventuais adquirentes, submetendo-se estes ao aguardo do término do prazo estipulado para o negócio jurídico. Não se cuida propriamente de uma conversão de uma situação obrigacional em real, mas da manutenção da vigência do contrato. Isto é, apenas de um acréscimo eficacial a um direito, mediante oponibilidade coletiva em razão da publicidade do registro e inserção de cláusula contratual. Nesse sentido, preconiza o § 1º do art. 576 da Codificação que: "o registro a que se refere este artigo será o de Títulos e Documentos do domicílio do locador, quando a coisa for móvel; e será o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição, quando imóvel".

Em reforço, ressalte-se o que reza a Súmula 442 do Supremo Tribunal Federal: *a inscrição do contrato de locação no registro de imóveis, para a validade da cláusula de vigência contra o adquirente do imóvel, ou perante terceiros, dispensa a transcrição no registro de títulos e documentos.*

Tratando-se de locação não submetida à prazo, ou mesmo naquelas em que tenha se prefigurado um termo mas o locatário não tenha se acautelado com o registro da cláusula de vigência, submeter-se-á ao direito potestativo de resilição por parte do novo proprietário. Contudo, cuidando-se de bens imóveis, impõe-se a notificação do locatário com a concessão do prazo especial mínimo de noventa dias para a desocupação, fluindo a partir da interpelação. O referido prazo é idêntico ao estabelecido pelo art. 8º da Lei nº 8.245/91 para imóveis urbanos.[33] Entendemos que o aludido prazo de noventa dias não é inflexível, submetendo-se à regra geral sobre a prorrogação compulsória dos contratos em caso de resilição, conforme as exigências da boa-fé e da função social ínsita a cada contrato de locação. Nesse diapasão, estatui o parágrafo único do art. 473 do Código Civil que "se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos".

33. Essa é a letra do § 2º do art. 576 do Código Civil: "em se tratando de imóvel, e ainda no caso em que o locador não esteja obrigado a respeitar o contrato, não poderá ele despedir o locatário, senão observado o prazo de noventa dias após a notificação".

De qualquer forma, o brocardo "venda rompe a locação" tem a sua eficácia condicionada ao exercício da interpelação pelo novo proprietário nos noventa dias, sob pena de prosseguimento da relação locatícia, sucedendo o novo proprietário ao antigo na posição de locador. Com efeito, é imperativo que o locatário não fique eternamente à mercê do exercício da denúncia pelo novo proprietário.

Por último, na venda do bem locado inexiste o mecanismo do direito de preferência ao locatário no sistema do Código Civil. Inviável restaria a aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 8.245/91 e nem o art. 92 do Estatuto da Terra, normas especiais que resguardam o direito de preempção de inquilinos de imóveis urbanos e arrendatários de terrenos rurais, o que justifica especial ênfase na preservação do direito social de moradia.[34] No tocante aos bens móveis e imóveis cuja locação é disciplinada pela lei civil, a relativa igualdade entre as partes desaconselha a excessiva intervenção do ordenamento no sentido de deferir ao locatário o automático direito de preferência em caso de venda pelo locador.

Aliás, quando o Código Civil deseja por quaisquer razões atribuir ao particular o direito de preferência assim expressamente o regula, tal como se infere da preempção ao condômino em bem indivisível (CC, art. 504) ou da retrocessão na desapropriação (CC, art. 519).[35]

Nada obstante, no âmbito de autonomia privada dos contratantes, é perfeitamente válida uma cláusula contratual que estabeleça direito de preferência na hipótese de venda do bem locado. Tal cláusula é especialmente interessante para o locatário, mitigando o risco de venda simuladas. O sistema de preferência é deferido às partes no bojo da compra e venda, para bens móveis e imóveis (CC, art. 513) e não haveria qualquer motivo para interditá-lo do crivo da liberdade contratual de locadores e locatários.

7.4 Extinção pelo inadimplemento

A principal obrigação do locatário é a de pagar pontualmente o aluguel, respeitando o prazo convencionado (CC, art. 566, II). A retribuição periódica é o elemento

34. STJ, Informativo nº 522, 1º de agosto de 2013. *O contrato firmado como "arrendamento de pastagens", na hipótese em que não tenha havido o exercício da posse direta da terra explorada pelo tomador da pastagem, não confere o direito de preempção previsto na Lei 4.504/1966 e no Dec. 59.566/1966. De fato, o art. 92, § 3o, da Lei 4.504/1966 e o art. 45 do Dec. 59.566/1966 estabelecem o direito de preempção do arrendatário rural na aquisição do imóvel arrendado. Pode-se afirmar que o referido direito foi conferido ao arrendatário rural como garantia do uso econômico da terra explorada por ele, não abrangendo outras modalidades de contratos agrários por se tratar de norma restritiva do direito de propriedade. Nesse contexto, vale observar que o contrato de arrendamento rural tem como elemento essencial a posse do imóvel pelo arrendatário, que passa a ter o uso e gozo da propriedade. Dessa forma, na hipótese em que tenha sido firmado contrato de "arrendamento de pastagens" sem que o tomador da pastagem tenha a posse direta da terra a ser explorada, deve-se afastar a natureza do contrato de arrendamento para considerá-lo como de "locação de pastagem", caso em que não é possível exercer o direito de preferência que a lei estabelece para o arrendatário.* REsp 1.339.432/MS, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16.4.13.

35. O arquivado Projeto de Lei nº 6.960 previa, dentre outros, alteração do art. 576 no sentido de estabelecer preempção legal do locatário no prazo de 30 dias.

que aparta a locação do comodato, tornando-se exigível a partir do momento em que o bem é colocado a disposição do locatário, mesmo que este postergue o início da prática de atos possessórios.

Em princípio, o termo será convencional, resultado da autonomia dos contratantes. Entretanto, caso o contrato omita o momento do adimplemento das sucessivas prestações será possível seguir a regra concernente ao prazo legal supletivo da locação imobiliária, correspondente ao sexto dia útil do mês seguinte vencido (art. 23, I, Lei nº 8.245/91). O referido prazo normativo também se aplica nas situações em que não há contrato escrito.

Na locação de bens móveis não há incidência subsidiária da Lei do Inquilinato, não apenas pela distinta lógica do uso das coisas móveis, como pela brevidade de contratos que envolvam os referidos bens. Na maior parte das vezes a locação se resumirá a apenas um pagamento. Daí o domínio dos usos do comércio, reiterando práticas como o do pagamento antecipado (*v. g.* aluguel de roupa para festa), ou do adimplemento no momento de sua restituição (*v. g.* locação de automóveis). Não se olvide da natureza disponível do preceito, pois a despeito das práticas consuetudinárias, as partes podem livremente eleger um prazo para o cumprimento da obrigação.

O legislador foi econômico na redação do inciso II do art. 566 do Codex, uma vez que a pontualidade não se refere apenas ao pagamento do aluguel em si, estendendo-se aos encargos da locação, sejam eles contratuais ou legais. O inadimplemento da obrigação nos contratos de locação disciplinados pela Codificação não conduz à ação de despejo, como soí acontecer na Lei nº 8.245/91.

Na lei civil comum, a inexecução do pagamento de prestações relativas a bens móveis e imóveis gera a pretensão à resolução contratual (CC, art. 475) cumulada com pedido sucessivo de reintegração de posse. Configurada a mora *ex re* com o simples descumprimento da obrigação (CC, art. 397), será desnecessária a interpelação do locatário para a constituição em mora. Os juros moratórios são devidos a partir do vencimento contratual das parcelas em atraso, por se tratar de inadimplemento de obrigação positiva e líquida. Isto é, se o contrato especifica o valor do aluguel e a data de pagamento, os juros de mora fluem a partir do vencimento das prestações.

Caso haja resistência de restituição voluntária do bem por parte do locatário inadimplente, primeiramente o locador deve suprimir a causa que justifica a posse – ou seja, o contrato –, convertendo-a de justa em injusta (pelo vício da precariedade). Configurado o esbulho possessório pela indevida recusa de restituição da coisa, entra em cena a pretensão sucessiva de reintegração de posse.

Se o locador deseja obter os pagamentos em aberto, a pretensão de cobrança será sujeita a três prazos: (i) três anos – prédios urbanos e rurais (Lei nº 8.245/91 e CC, art. 206, § 3º, I); (ii) cinco anos – dívidas líquidas, constantes de instrumento público ou particular (CC, art. 206, § 5º, I); e (iii) dez anos – dívidas ilíquidas ou não tituladas, conforme o prazo geral do *caput* do art. 205 da Codificação de 2002.

7.5 Extinção pela morte de uma das partes

Dispõe o art. 577 do Texto Codificado que *morrendo o locador ou o locatário, transfere-se aos seus herdeiros a locação por tempo determinado.*

Em princípio, o contrato de locação não é *intuitu personae*, sendo passível de transmissão aos herdeiros do locador e do locatário até que se alcance o prazo convencional estipulado (CC, art. 1.784). Trata-se de uma sub-rogação contratual, pela qual os herdeiros assumem a posição econômica do *de cujus*. Mas, caso as forças da herança não suportem a locação, não poderá o locador exigir débitos vencidos do locatário (CC, art. 1.792).

É cediço que não apenas a propriedade, mas também a posse se transmite aos herdeiros no instante exato da morte, aplicando-se a *saisine*. A posse transmitida aos herdeiros do proprietário é a indireta que não demanda apreensão física da coisa, enquanto a posse atribuída aos sucessores do locatário é a direta, o que permite a permanência do uso e fruição do bem locado pelo restante do prazo contratual.

Outrossim, se eventualmente o contrato assumir conotação personalíssima, poderão os sucessores imediatamente desconstituir a relação, sem que tenham de assumir as cláusulas penais previstas para as partes originárias (*v. g.*, locação de automóvel para anúncio de espetáculo musical, quando o artista-locatário falece).

Se o contrato não possuir prazo, tanto os herdeiros como a parte contrária poderão denunciá-lo, da mesma forma que as partes originárias, mediante interpelação. Esses contratos, na terminologia *pontiana*, são *inerdáveis*.

É facultado aos contratantes, no interno de seu poder de autodeterminação, a estipulação de cláusula em contrato de tempo determinado, outorgando aos sucessores e à parte contrária a imediata resilição da locação pelo fato jurídico da morte. Em sentido inverso, mesmo em uma locação não submetida a prazo é lícita a cláusula que preveja a prorrogação do contrato, a despeito do decesso de uma das partes.

Ademais, é irrelevante a morte do locatário no curso do prazo para desocupação. A obrigação de restituir será transmitida ao sucessor. O falecimento do locatário no curso do prazo ajustado para desocupação não subtrai os efeitos do acordo estabelecido com o senhorio, devendo o sucessor assumir a relação jurídica com a obrigação de restituir a coisa na data estipulada.

No regime da Lei nº 8.245/91 é distinta a eficácia da morte na locação. De acordo com o art. 10 da Lei nº 8.245/91, a morte do locador não extingue o vínculo, pois os herdeiros podem ingressar na relação, com transmissão de direitos e deveres. Caso o falecimento seja do locatário, o art. 11 da Lei do Inquilinato acentua o intuito protetivo da norma em prol da entidade familiar nas locações residenciais, mediante sub-rogação legal, sem qualquer limitação quando já vigorar sem prazo.

CAPÍTULO XII

Contrato de Fiança

Sumário • 1. Introdução ao estudo das garantias creditícias – 2. Noções gerais do contrato de fiança – 3. Características primordiais – 4. Regramento da fiança – 5. Eficácia da fiança – 6. Extinção da fiança: 6.1 Decurso do prazo e exoneração do fiador; 6.2 Morte do fiador; 6.3 Causas imputáveis ao credor; 6.4 Causas extintivas diretas genéricas; 6.5 Causas extintivas indiretas.

"Mais vale penhor na arca que fiador na praça."

(Provérbio português)

1. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DAS GARANTIAS CREDITÍCIAS

Contra Dionísio, o tirano, ousara ir Dâmon, com a adaga no manto; guardiões detiveram-no em bando. "Que fazes com a adaga? Fala!", gritou-lhe a voz do tirano. "Libertar do tirano a cidade!" – "pagarás numa cruz tua vontade!". "Estou pronto", ele disse, "a morrer e pela vida não vos peço", mas um favor vos agradeço: imploro três dias, até conceder a mão de minha irmã a quem a merecer. Meu amigo, como penhor, podereis enforcar se eu me for." E o rei sorriu dissimulado, e após um momento falou: "como graça os três dias te dou. Mas saibas: se ao fim deste prazo tu não tiveres retornado, ele perece em teu lugar mas teu castigo vou anular". E ele diz ao amigo: "O tirano deseja que eu pague na cruz, com a vida, pela minha ambição desmedida. Porém, deu-me três dias de tempo, para minha irmã celebrar casamento. Tu serás a fiança ao rei, mas eu logo te libertarei".[1]

O filósofo Schiller introduz as crianças ao universo da poesia através da epopeia do intrépido Dâmon, um condenado à morte que suplica ao rei que lhe conceda três dias para casar a sua irmã: como *fiança* deixa um amigo em seu lugar. O herói parte em uma audaz viagem, sabendo que se não voltar no tempo o tirano *executará a garantia*. A narrativa do século XVIII nos remete aos tempos em que as obrigações eram pessoais e o seu descumprimento poderia acarretar o sacrifício de vidas ou a supressão da liberdade.

1. SCHILLER, Friedrich. *A fiança*, p. 3.

O interesse prático das garantias é considerável, lembra Gilissen,[2] pois elas constituem o substrato jurídico fundamental para o desenvolvimento do crédito. Por essa razão, não é de estranhar que as garantias ocupem um lugar importante na teoria geral das obrigações. O regime complexo das garantias, tal como o conhecemos atualmente, é fruto de uma longa evolução histórica: os três tipos fundamentais de garantias (pessoal, mobiliária e imobiliária) coexistem nos sistemas jurídicos desenvolvidos.

Uma das marcas do Direito das Obrigações é a sua lenta evolução no tempo, por tratar-se de área pouco infensa à influência de fatores políticos, morais e religiosos. No Direito romano, as obrigações foram definidas como relações baseadas em vínculos jurídicos que compelem pessoas a efetuar uma determinada prestação.

No (merecidamente) conhecido Dicionário Aurélio, a primeira definição para o termo *vínculo* é tudo aquilo que ata, liga ou aperta. Em suma, traz a ideia de prisão ou cadeia, de subordinação pessoal do devedor à pessoa do credor.

Isso efetivamente já era reconhecido no próprio Direito romano arcaico. O inadimplemento da obrigação era sancionado com a própria condução do devedor à escravidão ou, mesmo, a uma punição corporal ou à eliminação da vida. Ensina o mestre Caio Mário da Silva Pereira,[3] que em razão da pessoalidade do vínculo, estabelecia-se o poder do credor sobre o corpo do devedor quando faltava o resgate da dívida, "estas ideias eram tão naturalmente recebidas que não repugnava impor sobre o devedor insolvente um macabro concurso creditório, levando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida e dividia-se o seu corpo pelos credores". Apenas com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C., tornou-se possível eliminar a sanção pessoal, substituindo-a pela patrimonialidade da sanção ao inadimplemento. Inclusive, no *Corpus Iuris Civilis*, de Justianiano (534 d.C.), consolidou-se a feição da obrigação como prestação.

Em um grande salto no tempo, no Código Napoleônico de 1804 – marco para todas as codificações do Século XIX e início do Século XX – o caráter pessoal da obrigação tão presente na noção romana é suplantado pela impessoalidade da obrigação. Profundamente influenciado pelas transformações econômicas vivenciadas a partir do Renascimento e pelo grande afluxo de trocas comerciais entre diversas nações, o *code* já estabelecia que, no patrimônio do devedor, os credores encontrariam as garantias para o caso de inadimplemento (art. 2.093).

Esta evolução universal, de substituição da pessoalidade para a patrimonialidade das obrigações, demonstra que toda a construção da matéria não passa de uma constante e perseverante busca pela afirmação da liberdade. O fundamento para o qual duas

2. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 753.

3. PEREIRA, Caio Mário da Silva, cf. *Instituições de Direito Civil*, p. 10. Colhe-se, ainda, da lição do Mestre das Alterosas que "de todo o Direito Civil são as obrigações que maior cunho guardam de elaboração científica, e maior expressão ideal da lógica jurídica apresentam no direito moderno, prestando maior fidelidade ao Direito romano, pois foi o direito obrigacional, em decorrência de seu caráter especulativo, a obra-prima da legislação romana".

pessoas submetam-se a uma obrigação é justamente o livre-arbítrio de optar por seus caminhos, o que, atualmente, denominamos autonomia privada. Portanto, ao término da vigência da obrigação, a função maior do Direito será restituir aquela parcela de liberdade, temporariamente cedida, em razão do cumprimento da relação jurídica. Se a liberdade cedida não for restituída, o devedor inadimplente será escravizado pelo credor.

Substitui-se a noção de vínculo pela ideia de relação obrigacional. O devedor não está mais submetido à pessoa do credor, mas sim subordinado à prestação. Daí o interesse do devedor em exonerar-se da relação obrigacional.

A importância concedida pelo legislador ao cumprimento da obrigação é vislumbrada pela própria nomenclatura destinada ao Título III do Livro das Obrigações: do Adimplemento e Extinção das Obrigações. O estudo do adimplemento insere-se em capítulo anterior ao que versa sobre as outras formas de extinção das obrigações.

Há uma humanização da execução, pois na ótica da obrigação como liberdade a única hipótese de prisão civil concebida pelo ordenamento jurídico será por débito alimentar. Trata-se de forma residual e legítima de coação ao cumprimento de obrigações visando em última instância preservar a vida e a dignidade da pessoa humana (coincidentemente na posição de credor).

Por conseguinte, a responsabilidade patrimonial constitui o corolário de uma longa evolução do direito privado. Consiste na sujeição que recai sobre o patrimônio do devedor como garantia do direito do credor, derivada do inadimplemento do débito originário. Por intermédio de agressão aos bens do devedor, será concretizada a pretensão do credor, quando houver lesão a seu direito material. Trata-se da velha parêmia, "quem deve, também responde".

Os elementos do débito e responsabilidade são inerentes à relação obrigacional de direito material, apartados do aspecto processual. Dois aspectos merecem destaque: Primeiro, se o adimplemento é verificado, não se diga que a responsabilidade jamais existiu. Ela apenas permaneceu em estado latente, exercendo a função inibitória de desestimular o inadimplemento. Ou seja, atuou como sanção de caráter preventivo; segundo: havendo o descumprimento da obrigação, a pretensão daí derivada possui natureza de direito material, implicando a exigibilidade do cumprimento espontaneamente negligenciado pelo devedor. Esta pretensão é em regra instrumentalizada pela via do processo, mas nada impede que vias extrajudiciais se encarreguem de concretizar a exigibilidade, tal qual o protesto notarial ou a arbitragem.

A responsabilidade patrimonial não atua apenas na função de garantia contra o eventual inadimplemento do dever obrigacional, detendo ainda um caráter coercitivo, pois constrange o devedor a satisfazer voluntariamente a prestação. Ou seja: além da tradicional tutela reparatória, não se pode negar a grande efetividade da tutela inibitória das obrigações, como modo de evitar a concretização de danos de uma parte à outra, impedindo-se a prática do ilícito contratual e a consequente produção da lesão ao direito subjetivo a um dos participantes da relação.

Em resumo, débito e responsabilidade nascem simultaneamente, mas, no mundo fático, temos dois momentos distintos. Primeiro, o direito subjetivo ao crédito que se impõe em face do devedor; segundo, a eventual lesão ao direito subjetivo, gerando o nascimento da pretensão de direito material em favor do credor. A pretensão consiste no poder de exigibilidade da prestação, que nasce no momento em que o devedor adota um comportamento diferente do esperado, recusando o cumprimento voluntário da prestação. Aqui se permite que o credor ingresse no patrimônio do devedor ou dos demais responsáveis.

O art. 391 do Código Civil é de clareza solar ao estabelecer que "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor". Por certo, o legislador se excedeu, olvidando a tutela do patrimônio mínimo do devedor inadimplente, composto pelos bens afetados por impenhorabilidade e inalienabilidade (como nos exemplos mencionados nos arts. 833 e 834 do Código de Processo Civil de 2015), além de outras hipóteses legais (*v. g.*, o bem de família previsto na Lei nº 8.009/90 e nos arts. 1.711 a 1.722 da Lei Civil), em que o princípio da solidariedade impede que o devedor seja colocado em um nível afrontoso à especial dignidade da pessoa humana.

Entretanto, para aquilo que diretamente nos interessa, o Direito romano já reconhecia como garantia toda e qualquer situação jurídica destinada a reforçar a expectativa do credor em receber a prestação, podendo essa situação jurídica ser fornecida pelo devedor (garantia geral) ou por um terceiro e ter natureza obrigacional ou real. A realidade teima em demonstrar que uma garantia restrita aos bens do próprio devedor ostenta baixa efetividade, pois mesmo que seja ele solvente ao tempo do negócio jurídico, as contingências do tempo frequentemente provocam movimentos ciclotímicos em seu patrimônio. Daí a importância das *garantias*.

Etimologicamente, o termo *garantia* advém do francês *garantie*, que significa ato ou efeito de proteger, de assegurar, afiançando-se, por isso mesmo, que toda garantia é uma segurança, uma proteção, que se estabelece em favor de alguém.

A ideia de garantia existe em função de dois conceitos logicamente antecedentes, os de interesse e de risco. Leciona Adalberto Pasqualoto que uma garantia impõe-se na medida em que um interesse legítimo seja passível de diminuição, perda ou qualquer prejuízo. O credor tem duas ordens de interesses: o interesse no cumprimento do dever de prestação (objeto imediato da obrigação) e o interesse no seu conteúdo (objeto mediato da obrigação). A cada interesse correspondem garantias distintas: garantias acessórias, que são pertinentes ao dever de prestação, objetivando a realização da conduta devida, sob de responsabilidade patrimonial pelo descumprimento; e garantias principais, que têm em vista a utilidade da prestação, do ponto de vista jurídico e material (evicção, vícios redibitórios – que se situam fora da nossa temática).[4]

4. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*, p. 222.

Ligada à ideia de patrimônio está a noção de garantia, como explica Caio Mário da Silva Pereira. O patrimônio da pessoa responde por suas obrigações. É uma garantia geral, ou comum, efetivada mediante meios técnicos previstos nas normas processuais, como o arresto, penhora, sequestro e arrecadação. Com o preço obtido com a excussão dos bens do devedor, em hasta pública, o credor satisfaz o seu crédito.[5]

Indo além, a *garantia especial*, ensina Menezes Leitão,[6] representa um reforço suplementar de segurança atribuído aos credores em relação à garantia comum que é conferida pelo patrimônio do devedor. Esse reforço de garantia que representa a garantia especial varia, consoante se trate de garantias pessoais ou reais.

Na garantia real, esse reforço traduz-se antes em instituir uma afetação de bens, quer do devedor, quer do terceiro, ao pagamento preferencial de certas dívidas. Dispõe o art. 1.419 do Código Civil que "nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação". Os dois principais efeitos da garantia real são a *sequela e a preferência* (salvo na anticrese). O bem garantido é destacado do patrimônio geral do devedor ou do terceiro e o vínculo real o acompanha, independentemente de eventuais mutações de sua titularidade, sem que a existência de outros credores desprovidos de privilégios possa embaraçar o exercício de seu direito de crédito.

A outro lado, na garantia pessoal esse reforço à segurança do crédito consiste em intuir uma obrigação secundária, assumida por um devedor diferente. As garantias pessoais implicam um reforço da garantia geral, tornando responsáveis à face do credor outra ou outras pessoas diferentes, o que implica consequentemente a vinculação do patrimônio destas à satisfação do direito de crédito. Para além disso, normalmente o garante da obrigação assegurada adquire, em caso de pagamento, ou o crédito, em resultado da sub-rogação, ou um direito de regresso sobre o primitivo devedor.

No sistema brasileiro não há uma disciplina geral das garantias tal como se verifica em outros sistemas. Aqui, as garantias são tratadas conforme a sua natureza jurídica. Enquanto as garantias reais, como o penhor, a hipoteca e a anticrese se encontram no livro do Direitos Reais (CC, arts. 1.419 a 1.510), a fiança é incluída entre os contratos em espécie. Diversamente, o Código Civil de Portugal dedica uma seção às garantias especiais das obrigações (arts. 623 a 626), enquanto o Código Civil da Itália dedica o sexto livro à tutela dos direitos, sendo o título terceiro devotado à responsabilidade patrimonial, com uma disposição genérica, sob a rubrica de obrigação de garantia (art. 1.179). Já o alemão, o BGB, possui preceitos específicos nos §§ 232 a 240. E, o Código

5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, IV, p. 321.

6. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*, p. 108. Explica ainda o autor que: *no âmbito da análise econômica do direito, a atribuição de grantias especiais tem vindo a ser explicada em ordem à redução, quer dos custos de monitorização da atividade do devedor, quer dos custos de transação. Nesta perspectiva, a não concessão de garantias especiais afeta negtivamente o devedor, já que, tendo ele um patrimônio suficiente para cumprir todas as suas obrigações, o fato de solicitar empréstimos não cobertos por garantias especiais pode levá-lo a pagar juros superiores do que se onerasse todo o seu patrimônio com garantias especiais*, p. 113.

Civil da Espanha, por seu turno, tal como o brasileiro, fere o tema de forma dispersa, originando inconvenientes como a inserção da propriedade fiduciária – propriedade com função de garantia – no título da propriedade em geral do Código Civil.[7]

Enfim, como lembra Flávio Tartuce,[8] a fiança não é um direito real de garantia, ao mesmo tempo em que o penhor, a hipoteca, a anticrese e a alienação fiduciária não são contratos, no sentido jurídico e restrito do termo. Na verdade, os últimos institutos, os direitos reais, podem e são instrumentalizados por meio de contratos, no sentido de negócios jurídicos.

Talvez essa ausência de sistematização tenha contribuído para a difusão do emprego do termo *caução* em um sentido *lato*, como sinônimo de garantia. Porém, em sentido estrito, consiste em figura genérica que pode ter como conteúdo outras garantias específicas. A caução resulta de uma obrigação ou autorização conferida por lei, decisão judicial ou negócio jurídico e tanto pode concretizar-se através de garantias pessoais como através de garantias reais, assegurando o cumprimento de obrigações eventuais ou de amplitude indeterminada.[9]

E, de fato, no direito brasileiro, há uma prodigalidade do emprego do vocábulo caução para o cumprimento de obrigações incertas ou indeterminadas. Apontam-se os seguintes preceitos: caução para garantia de retribuição, de despesas ou de danos do depositante (CC, art. 644); caução do vizinho que fizer alicerce ao pé da parede divisória (CC, art. 1.305, parágrafo único); caução de ratificação do credor solidário (CC, art. 260, II); caução de dano iminente (CC, art. 1.280); caução do fiduciário sobre os bens do fideicomisso (CC, art. 1.953, parágrafo único); caução do usufrutuário sobre os bens recebidos em usufruto (CC, art. 1.400). O contrato de caução, de qualquer sorte, é reputado como um título executivo extrajudicial (CPC, art. 784).[10]

Para além disso, no campo processual, há previsão de uma caução judicial. A título ilustrativo, vale citar o art. 520 do Código Instrumental de 2015 ao fazer alusão, em seu inciso IV que:

> "O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: (...) IV – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos."

Portanto, o apelo ao mecanismo das garantias é muito difundido, justamente por não ser contraproducente, principalmente em se tratando da garantia de origem

7. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 199.
8. TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos*, p. 433.
9. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*, p. 116.
10. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*, p. 225.

convencional. Em verdade, atua como facilitação do crédito para o devedor, bem como uma concessão de segurança suplementar para os credores. Dentre as garantias especiais, pode-se afirmar com segurança que nos últimos 50 anos houve uma progressiva ruptura com a clássica superioridade das garantias reais sobre as pessoais. Nas sociedades contemporâneas há uma preponderância dos serviços sobre os bens, da mobilidade da circulação de créditos sobre as titularidades corpóreas dos *bens de raiz*. O fenômeno econômico reverbera no aparato jurídico, evidenciando o grande destaque concedido às garantias pessoais, nas quais a fiança – em seus diversos formatos – desponta como estrela maior.

2. NOÇÕES GERAIS DO CONTRATO DE FIANÇA

> *"Nada é menos sincero que a maneira de pedir e de dar conselhos: aquele que o pede parece ter uma respeitosa deferência para com os sentimentos de seu amigo, se bem que ele só pense em fazê-lo aprovar os seus e a tomá-lo fiador de sua conduta; e o que aconselha corresponde à confiança que lhe testemunham com zelo ardente e desinteressado, embora não procure, o mais das vezes, nos conselhos que dá, senão seu próprio interesse ou sua glória."*
>
> **(La Rochefoucauld)**

Esclarecemos em que se traduzem as *garantias pessoais* das obrigações. Através dela, terceiros garantem com os seus patrimônios dívidas alheias. Com exatidão, proclama Almeida Costa[11] que com as garantias pessoais há "um reforço quantitativo da garantia do credor", já que outras pessoas, além do devedor, ficam responsáveis com os seus patrimônios pelo cumprimento da obrigação.

Se hoje a fiança apresenta-se como garantia pessoal típica, em Roma a instituição aparece na *fideiussio*, no fim da república: é um contrato verbal e formalista, pelo qual o fiador (*fideiussor*) garante a execução da obrigação pelo devedor principal. Essa obrigação do fiador tinha caráter acessório, na medida em que pressupunha uma obrigação já existente, independentemente de qual a sua fonte ou de já estar ou não vencida. A fiança aparece a partir do século XVI tal como será descrita pelo *Code de France* de 1804, sistema largamente inspirado nos princípios do Direito romano bizantino.[12]

Conceituamos a fiança como o fato de um terceiro garantir com o seu patrimônio o adimplemento de uma obrigação alheia, responsabilizando-se por esse cumprimento pessoalmente perante o respectivo credor. Na fiança, o credor procura uma garantia contra o risco de descumprimento da obrigação do devedor. Especialmente relevante será perceber que o fiador constitui uma obrigação própria,

11. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, p. 819.
12. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 756.

independente da do devedor, pois a par da acessoriedade e da subsidiariedade de sua posição jurídica, possui um dever especial de prestar. Com efeito, se o fiador efetivar a prestação, tal será considerado como um pagamento por terceiro interessado que garantiu a obrigação, ainda que sujeita por esse motivo à sub-rogação legal (CC, art. 346, III).

O Estatuto Civil de 2002 trata da fiança convencional nos arts. 818 a 839 do Código Civil. O legislador erigiu no art. 818 um conceito de fiança: "pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra".

Cuida-se de hipótese de *responsabilidade por débito alheio*. Se, em geral, o dever jurídico e a responsabilidade incidem sobre a mesma pessoa, a garantia recairá sobre aquele que se encontra em situação jurídica passiva, por haver assumido e, posteriormente, descumprido a obrigação. Mas não é raro que, para o fortalecimento da posição do credor, o devedor ofereça outras garantias externas ao seu próprio patrimônio. Na obrigação fidejussória, mediante uma avença entre o fiador e o credor do afiançado, aquele presta caução, tornando-se garantidor de débitos alheios, sem que contudo seja o devedor da prestação de dar, fazer ou não fazer.

Diferencia-se a fiança do aval, malgrado outra forma de garantia pessoal, porquanto especificamente atinente ao direito cambiário, mas que, além disso, envolve uma obrigação cambiária autônoma e indutiva de uma responsabilidade solidária do avalista, e não subsidiária, como em princípio a do fiador.[13] Outra diferença é que o aval não depende de contrato, mas da simples assinatura do avalista no título de crédito.

O negócio jurídico constitutivo da fiança sempre será bilateral. Impraticável que o fiador se submeta a uma dívida alheia mediante a declaração unilateralmente emitida por terceiro. Assim, invariavelmente consistirá em um contrato entre o credor e o fiador. Caso o ajuste se firme entre o devedor afiançado e o fiador, no qual se comprometa a realizar uma prestação a favor do credor, revestirá a natureza de um contrato a favor de terceiro.

Apesar de a fiança ser normalmente originada num contrato entre duas partes – eventualmente poderá ser fruto de um contrato plurilateral entre as 3 partes –, ela é sempre elemento de uma relação trilateral entre o fiador, o credor e o devedor afiançado. Os três personagens se desdobram em duas relações jurídicas sucessivas: a primeira é a relação base entre credor e o devedor e a segunda, o negócio acessório, firmado entre o credor e o fiador.

Efetivamente o devedor e o fiador serão pessoas distintas, já que seria sem valor alguém se vincular como fiador de uma dívida própria, uma vez que o devedor já responde com todo o seu patrimônio pelas obrigações que contraiu. Já o credor

13. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código civil comentado*, p. 790.

da obrigação principal tem que necessariamente ser o mesmo credor da obrigação do fiador, sem o que a fiança perderia a sua função de garantia.[14] Todavia, será admissível a figura da *fiança recíproca* nos casos em que exista mais de um afiançado e um deles se prontifica a ser o fiador. Essa situação não é invulgar na locação, na qual dentre dois ou mais locatários, um deles se tornará também o fiador.[15]

Nesse sentido, preconiza o art. 820 do Código Civil: "pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade". O dispositivo é relevante, não apenas por explicitar nas pessoas do credor e do fiador a polarização do negócio jurídico, como, pedagogicamente, realçar que a aceitação do devedor a essa vinculação é despicienda. Vale dizer, mesmo que o afiançado não adira ao contrato ele será válido. O consentimento do devedor é dispensado de forma a se demonstrar a preponderância do interesse do credor na constituição de uma garantia que potencialize o adimplemento. Na linha da obrigação como processo, o referido dispositivo enaltece o contrato de fiança como uma relação polarizada ao adimplemento.

Se o negócio é bilateral, por certo o contrato de fiança será unilateral. Nos contratos unilaterais, uma das partes tem a condição de credor e a outra de devedor. A relação jurídica oriunda de contrato unilateral é simples, pois só uma parte se constitui devedora, enquanto a que nasce de um contrato bilateral se apresenta complexa, visto que em ambas os contraentes figuram reciprocamente como sujeito ativo e passivo. Em suma, a prestação principal nasce apenas para o fiador.

Em regra a fiança será gratuita. Os contratos são gratuitos ou onerosos, consoante originem, de acordo com a intenção das partes, vantagens para uma só delas ou para as duas. A distinção se refere à respectiva atribuição patrimonial, compreendida como a vantagem avaliável em dinheiro. Se esta vantagem tem como contrapartida um sacrifício patrimonial suportado pelo beneficiário, o contrato será oneroso; do contrário, será gratuito. Tal como na doação e comodato, no contrato de fiança o fiador concede a outra parte vantagens sem contraprestação, só ele se submetendo a um sacrifício patrimonial, enquanto a outra obtém um benefício. Não se ignora que a

14. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*, p. 119.

15. STJ, Informativo nº 0445, Período: 30 de agosto a 3 de setembro de 2010. Quinta Turma. *Na espécie, os ora recorridos celebraram um contrato de locação comercial no qual figuraram como fiadores de si mesmos. O contrato foi executado judicialmente, o que resultou na penhora do único imóvel residencial de propriedade de um dos recorridos. O juízo da execução, acolhendo manifestação dos locatários fiadores, revogou a penhora por entender inválida a fiança de si mesmo, decisão que foi mantida em sede de agravo de instrumento pelo tribunal a quo. No REsp, os recorrentes, entre outras alegações, sustentam não haver nenhuma incompatibilidade entre o fato de alguém ser, de um lado, locatário de imóvel e, de outro, um dos fiadores dele próprio, tal como no caso, até porque não há nenhuma restrição de ordem legal. Nesta instância especial, reiterou-se o entendimento de que é válida a fiança prestada pelo próprio locatário quando há mais de um, hipótese em que se configura, na verdade, uma fiança recíproca, uma vez que um locatário é considerado fiador dos outros e vice-versa, afastando a invalidade do contrato. Contudo, não se restabeleceu a penhora realizada sobre o bem de família do locatário fiador; pois, a despeito da validade da fiança prestada pelos recorridos que autoriza a penhora do bem de família, entendeu-se caber ao juiz da execução verificar a necessidade do restabelecimento da referida penhora em observância ao princípio da menor onerosidade para o executado.* REsp 911.993/DF, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 2.9.10.

fiança constitui, no mais das vezes, um favor prestado pelo garante a pessoa de seu meio de convivência e movido por questões de parentesco, amizade, dentre outras.

Como inexorável consequência da gratuidade, dispõe a parte final do art. 819 do Código Civil que a fiança *não admite interpretação extensiva*. A sua obrigação se limita àquilo que foi declarado. Essa é a razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 214 da Súmula de sua jurisprudência, com um texto claro: "o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu". A interpretação restritiva da fiança impacta sobremaneira no poder liberatório do fiador em discussões relacionadas à prorrogação automática do contrato.[16] O sistema da fiança segue portanto a regra geral de hermenêutica do art. 114 do Código Civil: "Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente."

À medida que o Código Civil de 2002 cuidou de unificar as obrigações civis e empresariais, excepcionalmente surgirá a *fiança onerosa*, na qual o garante será remunerado para prestar a fiança – normalmente mediante uma percentagem sobre o valor total garantido – como verdadeira operação financeira no mercado de consumo. Ilustrativamente, a fiança bancária é um contrato por meio do qual o banco, que é o fiador, garante o cumprimento da obrigação de seus clientes (afiançado), por meio de uma *carta de fiança*. Tal fiança é certamente atípica, pois a relação se estabelece diretamente entre fiador e devedor e não entre aquele e o credor. Essa espécie de caução é concedida em diversas modalidades de operações e em operações ligadas ao comércio internacional. Já o seguro de fiança locatícia é uma modalidade de garantia convencional que deverá ser contratado junto a uma companhia seguradora, o qual abrange os encargos contratuais podendo ser limitado a um valor predeterminado. Em qualquer de suas variações, a fiança onerosa será submetida às normas do Código de Defesa do Consumidor, se a assimetria se concretizar e o devedor se subsumir ao conceito de *destinatário final* pela teoria finalista mitigada.

16. Informativo nº 534, 26 de fevereiro de 2014. *Havendo expressa e clara previsão contratual da manutenção da fiança prestada em contrato de mútuo bancário em caso de prorrogação do contrato principal, o pacto acessório também é prorrogado automaticamente. O contrato de mútuo bancário tem por característica ser, em regra, de adesão e de longa duração, vigendo e renovando-se periodicamente por longo período. A fiança, elemento essencial para a manutenção do equilíbrio contratual do mútuo bancário, tem como características a acessoriedade, a unilateralidade, a gratuidade e a subsidiariedade. Além disso, não se admite, na fiança, interpretação extensiva de suas cláusulas, a fim de assegurar que o fiador esteja ciente de todos os termos do contrato de fiança firmado, inclusive do sistema de prorrogação automática da garantia. Esclareça-se, por oportuno, que não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança. Nesse contexto, não há ilegalidade na previsão contratual expressa de que a fiança prorroga-se automaticamente com a prorrogação do contrato principal. Com efeito, como a fiança tem o propósito de transferir para o fiador o risco do inadimplemento, tendo o pacto contratual previsto, em caso de prorrogação da avença principal, a sua prorrogação automática – sem que tenha havido notificação resilitória, novação, transação ou concessão de moratória relativamente à obrigação principal –, não há falar em extinção da garantia pessoal. Ressalte-se, nesse ponto, que poderá o fiador, querendo, promover a notificação resilitória nos moldes do disposto no art. 835 do CC, a fim de se exonerar da fiança.* REsp 1.374.836/MG, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3.10.13.

Biblioteca Ceará

Além dos requisitos normais de capacidade civil para contratar, observa Cláudio Godoy[17] que a fiança reclama atendimentos às regras de legitimação. Assim, por exemplo, a pessoa casada que não o seja nos regimes da separação de bens precisará de vênia conjugal para prestar a garantia (CC, art. 1.647, III), sob pena de anulabilidade como hoje se expressa, a ser deduzida em 2 anos, conforme preceito do art. 1.649 da Lei Civil.[18] O mesmo não se pode dizer, ao que se entende, com relação aos companheiros, porque, ao contrário do casamento – instituição formal cuja publicidade inerente enseja ciência sobre a sua existência, início e término a quem quer seja, bastando consulta ao registro civil –, a união estável não propicia a terceiros o necessário e apriorístico conhecimento sobre se existente, sobre quando se iniciou e sobre o seu fim, até de forma a exigir-se o *placet* do companheiro à outorga da fiança. O tutor e o curador estão impedidos de prestar fiança pelo pupilo ou curatelado. O mandatário, para fazê-lo, precisa de poderes especiais (CC, art. 661, § 1º). De igual maneira, mesmo capazes estão impedidas de prestar fiança algumas pessoas em virtude de sua função, como os leiloeiros. A pessoa jurídica somente poderá prestar fiança se não o vedarem os seus atos constitutivos ou, no silêncio, se em seu benefício e de acordo com a sua finalidade social.[19]

---

17. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código civil comentado*, p. 791.

18. STJ, Informativo nº 0439 Período: 14 a 18 de junho de 2010. Quinta Turma. *Na hipótese, há que se ter por válida a fiança prestada pelo cônjuge varão sem outorga uxória e, por conseguinte, afastar a alegação de nulidade da própria ação de execução que culminou na arrematação do imóvel pertencente ao casal, pois a esposa, há mais de 13 anos, encontra-se em local incerto e não sabido. Também pesa o fato de que sua declaração de ausência só foi requerida em juízo após quatro anos da concessão da referida garantia e após quase três anos da própria arrematação. Diante desse quadro, embora não se possa considerar viúvo o fiador, ele ao menos se assemelha ao separado de fato, a determinar a mitigação do disposto no art. 235, III, do CC/1916, ressalvada a meação da recorrente, tal como determinado pelo acórdão recorrido. A peculiaridade do caso afasta a aplicação do entendimento já consolidado no STJ de que a falta da referida outorga invalida a fiança por inteiro.* REsp 900.255/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

19. Informativo nº 0535 Período: 12 de março de 2014. Quarta Turma. *Ainda que a união estável esteja formalizada por meio de escritura pública, é válida a fiança prestada por um dos conviventes sem a autorização do outro. Isso porque o entendimento de que a "fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia" (Súmula 332 do STJ), conquanto seja aplicável ao casamento, não tem aplicabilidade em relação à união estável. De fato, o casamento representa, por um lado, uma entidade familiar protegida pela CF e, por outro lado, um ato jurídico formal e solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico. A união estável, por sua vez, embora também represente uma entidade familiar amparada pela CF – uma vez que não há, sob o atual regime constitucional, famílias estigmatizadas como de "segunda classe" –, difere-se do casamento no tocante à concepção deste como um ato jurídico formal e solene. Aliás, nunca se afirmou a completa e inexorável coincidência entre os institutos da união estável e do casamento, mas apenas a inexistência de predileção constitucional ou de superioridade familiar do casamento em relação a outra espécie de entidade familiar. Sendo assim, apenas o casamento (e não a união estável) representa ato jurídico cartorário e solene que gera presunção de publicidade do estado civil dos contratantes, atributo que parece ser a forma de assegurar a terceiros interessados ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoa, patrimônio sucessório, etc. Nesse contexto, como a outorga uxória para a prestação de fiança demanda absoluta certeza por parte dos interessados quanto à disciplina dos bens vigente, e como essa segurança só é obtida por meio de ato solene e público (como no caso do casamento), deve-se concluir que o entendimento presente na Súmula 332 do STJ – segundo a qual a "fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia" –, conquanto seja aplicável ao casamento, não tem aplicabilidade em relação à união estável. Além disso, essa conclusão não é afastada diante da celebração de escritura pública entre os consortes, haja vista que a escritura pública serve apenas como prova relativa de uma união fática, que não se sabe ao certo quando começa nem quando termina, não sendo ela própria o ato constitutivo da união estável.*

Cumpre ainda ressaltar que a fiança é um negócio jurídico formal. A teor do art. 819 do Código Civil, "a fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva." Em uma acepção ampla todo negócio jurídico possui uma forma. Todo ato de autonomia privada pressupõe uma determinada forma pelo qual será exteriorizado na atividade econômica. Trate-se de forma verbal ou escrita, todo contrato é formal. Porém, por uma questão de segurança jurídica, determinados contratos exigem para a sua validade não apenas o consenso das partes, mas ainda determinada forma específica. Assim, surgirá o contrato solene, que pode ser conceituado como aquele a que a lei impõe uma determinada forma. A função da forma é assegurar a idoneidade dos atos jurídicos de significado social mais relevantes, evitando obscuridades e garantindo a fluência do tráfego jurídico.

Qualquer exigência de solenidade especial, mesmo um simples escrito particular, já converte o contrato em solene. Basta a vinculação da forma como elemento essencial do negócio. Neste sentido, podemos classificar como solenes: a) aqueles para os quais a lei exige o instrumento público, como os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, de valor superior a trinta salários mínimos (CC, art. 108); b) aqueles para os quais a lei demande o instrumento escrito como de sua essência, embora particular. No caso da fiança, o só fato de não se admitir a forma verbal impactará em sua invalidade caso assim seja constituída, não obstante o contrato principal seja feito por escrito. Mesmo que a obrigação principal não tenha sio submetida a qualquer forma (*v. g.* a compra de uma mesa por R$ 3.000,00) deverá a fiança ser prestada por escrito, sendo inadmitida a prova por outro meio.

Por fim, em raras hipóteses a fiança não se revestirá da clássica característica de garantia autonomamente convencionada entre credor e fiador. São situações em que haverá um *dever* de prestar a fiança. Por exemplo, quando houver tutela, se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante (CC, art. 1.745, parágrafo único). Caso a caução eleita seja fidejussória, nascerá uma espécie de fiança judicial, por exigência legal.

Mais frequentemente será a fiança um ônus para o devedor, nos casos em que sem a indicação de um fiador lhe ser suprimida uma vantagem. É a hipótese da locação, na qual se o candidato ao imóvel não oferece um fiador culmina por não contratar. Eventualmente, a exigência de obtenção de um fiador pode se tornar uma lesão a um interesse existencial merecedor de tutela. Exemplificando, ao exigir carta de fiança de empregado que terá acesso à movimentação financeira da empresa, a

---

Ademais, por não alterar o estado civil dos conviventes, para que dela o contratante tivesse conhecimento, ele teria que percorrer todos os cartórios de notas do Brasil, o que seria inviável e inexigível. REsp 1.299.866/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25.2.14.

pessoa jurídica pode colocar em dúvida a sua honestidade, algo que é abusivo e discriminatório, gerando necessidade de reparação por danos morais.[20]

Seja como dever ou como ônus o fato de não ter sido o credor a pessoa a indicar o garante lhe concede a faculdade de recusar o fiador, "se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação" (CC, art. 825). Seja pelo fato de o credor entender que o credor goza de reputação duvidosa, resida em localidade distante ou tenha patrimônio diminuto em face do total da obrigação – apesar de não ser insolvente –, terá que demonstrar de forma objetiva uma dessas motivações que caracterizem a inidoneidade financeira ou moral do fiador para exercer o direito potestativo à recusa.

Com efeito, o abuso do exercício do direito de denegação do fiador é um comportamento não merecedor de tutela (CC, art. 187), sendo possível se considerar a fiança prestada não obstante a resistência injustificada do credor. Isto é, o juiz poderá desconsiderar a recusa e determinar a compulsória aceitação do fiador.

Interessante situação é a da substituição da penhora da totalidade dos ativos financeiros do executado por *carta de fiança bancária*, na forma do art. 805 do Código Adjetivo Civil. Em observância ao princípio da menor onerosidade da execução, o poder de substituição pelo devedor será respeitado pelo credor, mesmo que não conte com a aquiescência do credor.[21] Sendo, todavia, caso em que a garantia fidejussória

20. Esse entendimento levou a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho a condenar a Empresa Gontijo de Transportes a pagar R$ 20 mil a profissional bilheteira de quem exigiu carta de fiança. Os ministros acolheram o Recurso de Revista e reformaram acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR).Após trabalhar na empresa por mais de sete anos, a bilheteira foi dispensada sem justa causa em setembro de 2009. Ela ajuizou a ação alegando ter sido submetida a constrangimento, pois teve de pedir aos próprios pais que assinassem a carta de fiança, com ambos se responsabilizando por R$ 3 mil, valor referente à venda de bilhetes em Curitiba. A mulher juntou à ação um documento assinado em cartório, com logotipo da empresa, identificada como "carta de fiança". O pedido de indenização foi rejeitado em primeira instância e, ao analisar o recurso, o TRT- da 9ª Região citou a aparência formal de validade da cópia do documento, que não foi contestado pela Gontijo. No entanto, para os desembargadores, exigir a carta não representa ofensa específica à integridade moral, motivando a decisão de negar provimento. Ao Tribunal SUperior do Trabalho, a mulher citou a ilicitude do pedido e apontou violação aos artigos 187 e 927 do Código Civil, justificando o pedido de indenização. Relator do caso, o ministro Cláudio Mascarenhas Brandão se posicionou pela violação do direito de personalidade da bilheteira apenas por conta da conduta da empresa. Como o dano independia da comprovação do abalo psicológico da vítima, segundo ele, não era necessária a demonstração de humilhação, aflição, abalo à honra, à psique ou à intimidade. Como informou ao exigir a apresentação da carta de fiança, a empresa abusou de seu poder diretivo, justificando a necessidade de indenização.

21. STJ, Informativo nº 0466, Período: 7 a 18 de março de 2011. Terceira Turma. *Cuida-se de REsp em que a questão centra-se em saber se é possível o credor recusar o oferecimento de fiança bancária pelo devedor em garantia a débito objeto de execução judicial. Na espécie, o devedor ofereceu, antes de qualquer iniciativa do credor, uma carta de fiança à penhora. Assim, ressaltou a Min. Relatora que, em tal situação, não se pode aplicar, de maneira direta, o entendimento de que a penhora de dinheiro mediante bloqueio de valores em conta corrente tem prioridade absoluta sobre o oferecimento de qualquer outro bem. Trata-se de uma hipótese em que é necessário o juízo, ponderando os elementos da causa, apreciar o bem oferecido pelo devedor e checar a conveniência de acolhê-lo ou rejeitá-lo. Observou não se poder engessar a interpretação do Código de Processo Civil de modo a não permitir que, mesmo em hipóteses excepcionais, seja possível ao devedor evitar a imobilização de vultoso capital em espécie. Desse modo, entendeu que, embora a fiança bancária discutida*

importa melhora na liquidez do bem penhorado, tem direito o devedor-executado à substituição do bem penhorado – independentemente, portanto, de eventual aceitação do exequente.[22]

3. CARACTERÍSTICAS PRIMORDIAIS

"Não confio num banco que me empresta dinheiro sem a menor garantia."

(Robert Benchley)

A fiança possui como características centrais a acessoriedade e a subsidiariedade.

1. *Acessoriedade* – essa característica significa que a obrigação do fiador se apresenta na dependência funcional e estrutural da obrigação do devedor, sendo determinada por essa obrigação em termos genéticos, funcionais e extintivos.[23]

Explica Perlingieri que a coligação de acessoriedade é a hipótese das relações de garantia. A uma relação principal (por exemplo, a obrigação de pagamento de uma quantia em dinheiro) se coliga uma relação de garantia real (penhor ou hipoteca) ou pessoal (fiança). As vicissitudes da relação principal (a dívida garantida) incidem sobre a existência ou a magnitude da relação acessória.[24]

A causa pressuposta da fiança é o débito primevo que vincula o credor ao devedor. A acessoriedade parte da relação de causalidade entre duas relações jurídicas: a primeira, envolvendo aqueles personagens centrais, é a principal, sendo em regra um contrato ou eventualmente um negócio unilateral (*v. g.* promessa de recompensa); a seu turno, a segunda relação é o negócio jurídico bilateral acessório, convencionado entre credor e fiador.

Os negócios jurídicos que dão ensejo à fiança são os mais variados, praticamente todo contrato envolvendo risco patrimonial é suscetível de ser afiançado. Mas como veremos, a acessoriedade se prende não à origem convencional da relação jurídica de base, mas à visceral dependência à obrigação principal, seja ela emanada de um contrato, negócio unilateral ou mesmo por imposição legal ou arbitramento judicial. Ilustrativamente, há interessante situação prevista no Código de Processo Civil de

---

não apresentasse condições de ser aceita na medida em que o devedor se dispôs apenas a cobrir o crédito executado, dever-se-ia ter facultado a ele o oferecimento da garantia nos moldes do art. 656, § 2o, do CPC, ou seja, no valor do débito acrescido de 30%. Destarte, a recusa da referida fiança somente poderia ser justificada por sólidos argumentos que indicassem precisamente o prejuízo que seria causado ao credor e a ausência de significativos prejuízos ao devedor pela imobilização do capital, o que não ocorreu na espécie. Diante disso, a Turma conheceu parcialmente do recurso e, na parte conhecida. REsp 1.116.647-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.3.11.

22. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*, p. 672.
23. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*, p. 120.
24. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 741.

2015, ao se reportar à indenização por ato ilícito que incluir prestação de alimentos (prestações periódicas). Nessa hipótese (prestações periódicas indenizatórias), impõe-se ao executado constituir um capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. Todavia, de acordo com § 2º do art. 533, "o juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz". Ademais, ainda em relação às normas do novo Código de Processo Civil, o juiz poderá substituir o bem indicado à penhora, a teor do Parágrafo Único do art. 848: "a *penhora pode ser substituída por fiança bancária ou por seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.*"

Ora, a partir da diretriz da acessoriedade da fiança, emanam várias consequências. Estabelece, por exemplo, o art. 823 do Código Civil que "a fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada". Assim, a fiança não pode exceder a dívida principal, nem ser contraída em condições mais onerosas; contudo poderá ficar aquém dela, num e noutro desses aspectos. Caso exceda a dívida principal ou se contraia em condições mais onerosas, a fiança não será nula, mas apenas redutível aos termos da dívida afiançada. Por conseguinte, se a obrigação for equivalente à R$ 1.000,00, a fiança poderá ser estipulada em R$ 100,00, mas a recíproca não se admite. Da mesma maneira, admite-se que a fiança seja estipulada com juros menores que os da obrigação principal, ou que a fiança seja submetida a termo ou condição enquanto a prestação do devedor seja simples, sem elementos acidentais. O inverso provocará a ineficácia da cláusula, de modo a manter o mesmo rigor da obrigação principal, na pior das hipóteses. Esse raciocínio repercute não apenas na limitação quantitativa da fiança ao nível da obrigação do afiançado, mas também em sua tutela qualitativa, abrangendo o local, forma e modo de cumprimento da obrigação acessória e toda a repercussão em termos de eficácia, como os prazos prescricionais.[25]

Outra repercussão da acessoriedade se traduz no fato de a nulidade da obrigação principal provocar a invalidade da fiança, exceto, tal como preconiza o art. 824 do Codex, *se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.*

O dispositivo apenas faz alusão ao vício que acarreta a *nulidade* da obrigação principal, mas não às causas de anulabilidade. Estariam elas incluídas? Por mais que

25. STJ. *1. A fiança, obrigação acessória que se pressupõe graciosa e de favor, deve ser interpretada restritiva e não ampliativamente. 2. No caso de celebração de segundo contrato que prorrogou o prazo de pagamento, sem a anuência dos fiadores originais, o prazo prescricional conta-se do termo inicial estabelecido no primeiro contrato, não se podendo considerar, para nenhum efeito, contra os fiadores, as consequências do segundo contrato, de que não participaram. 3. Não se considera, contra os fiadores, que não anuíram em segundo contrato, cláusula de que se extraia alongamento da fiança, mediante o alongamento da data de início do cômputo de prazo para início de prescrição, como consequência de previsão do primeiro contrato* (REsp 1046472/RJ, Rel. Min. Sidnei Benetti, 3ª T., *DJe* 7.12.12).

a invalidade seja um gênero que se bifurque no binômio nulidade/anulabilidade, acreditamos que a fiança apenas estará irremediavelmente comprometida quando a sanção do ordenamento jurídico for a completa supressão da eficácia da obrigação do devedor em razão de ofensa à norma de ordem pública. Ilustrativamente, é insuscetível de fiança uma obrigação de vender drogas ilícitas. Todavia, tratando-se a anulabilidade de uma sanção a um comportamento que ofende interesses disponíveis das partes, poderá a obrigação acessória subsistir, se o ato inquinado como anulável for posteriormente confirmado pela parte ou por terceiros. Assim, se um jovem de 16 anos entabula obrigação sem a assistência de seus pais, a subsistência da fiança concedida àquela operação econômica terá a sua validade condicionada ao subsequente ato de confirmação do negócio anulável, seja pelo próprio devedor ao completar a maioridade, ou por seus pais (CC, art. 180).

Ressalve-se a parte final do art. 824 do Estatuto Reale, validando as fianças contraídas em obrigações assumidas por absolutamente incapazes, ou seja, nulas. A norma se aplica quando, mesmo ciente da incapacidade do devedor, o fiador oferece a garantia pessoal. Seria o caso do que assume a posição de fiador, conhecendo o fato de o afiançado ser menor de dezesseis anos de idade, enquadrado no conceito de absolutamente incapaz (CC, art. 3º). O credor não poderá agir contra o afiançado, mas terá pretensão válida contra o fiador. Se este pagar integralmente a dívida não ficará sub-rogado nos direitos do credor, ao contrário da previsão do art. 831 do Código Civil. Será apenas credor de uma obrigação natural, que jamais poderá ser obtida coercitivamente, mesmo mediante o recurso a uma ação de enriquecimento sem causa.

Nada obstante, insinua o parágrafo único do citado art. 824 que "a exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor." Não subsistirá a fiança, caso a obrigação principal tenha sido contraída por absolutamente incapaz sem representação. O dispositivo complementa a milenar regra do *senatus consulto macedoniano*,[26] localizado no art. 588 do Código Civil, pelo qual "o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores." Subtrai-se, portanto, ao fiador, a pretensão de restituição daquilo que se mutuou sem a autorização dos responsáveis.

Outra eficácia ínsita à acessoriedade é a possibilidade de se estabelecer fiança para a garantia de obrigações condicionais. É claro que a sobrevivência da fiança se

26. Em linhas gerais, a regra do artigo em comento guarda um curioso antecedente histórico, o que justifica a antipatia legislativa ao mútuo feito em favor de menor. Em Roma, um filho menor de um senador chamado Macedo contraiu empréstimo e, na impossibilidade de saldá-lo, culminou por matar o próprio pai, a fim de obter a herança necessária ao pagamento. Impressionado, o Senado editou o *Senatus Consulto Macedoniano*, por volta do ano 47, estabelecendo que o mútuo contraído pelo incapaz, sem representação ou assistência, não poderia ser posteriormente cobrado do mutuário ou de seus fiadores. O Direito brasileiro mantém a regra, que já foi extirpada da maioria dos ordenamentos contemporâneos, como o português, o italiano, o francês e o germânico. A ideia é desestimular o empréstimo feito a um incapaz. Trata-se, em verdade, de uma exceção que deve ser invocada pela parte interessada (devedor demandado para o pagamento), atingindo a exigibilidade da dívida (eficácia).

relacionará com a eclosão do evento futuro e incerto que dará início à eficácia da obrigação principal (condição suspensiva) ou lhe imputará o seu término (condição resolutiva). O certo é que a fiança jamais transcende ao decesso da obrigação do devedor.

Mais um corolário imanente à acessoriedade se traduz na extinção da fiança caso seja extinta a obrigação principal. É curial que o pagamento da dívida elimina a fiança, pois, na letra do art. 818 do Código Civil, o fiador só satisfaz a obrigação assumida pelo devedor "caso este não a cumpra". Mas não apenas pelo pagamento direto se extingue a obrigação acessória, conforme veremos no capítulo próprio, modalidades de pagamento indireto também libertam o fiador do vínculo jurídico. Nessa linha, enuncia o art. 366, que "importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal". O dispositivo confere tratamento benéfico à fiança, nas palavras de Hamid Bdine,[27] a exoneração só resulta da novação, de maneira que, se não caracterizar a substituição do débito original, o fiador permanece responsável pela dívida, pois a nova obrigação apenas confirmará a primeira, nos termos do disposto no art. 361 do Código Civil. No entanto, se não houver novação, mas o devedor principal modificar as condições do contrato, aumentando o valor da dívida, não se pode responsabilizar pelo aumento o fiador que, embora não exonerado, não assumiu a responsabilidade pelo acréscimo, tal qual se infere da já citada Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça.

Caso o pagamento seja efetuado pelo fiador, pelo *benefício da sub-rogação* lhe serão transferidos todos os direitos, ações, privilégios e garantias do credor primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal (CC, art. 831). Desse modo, se o credor é o consumidor e conta com as prerrogativas de um microssistema dedicado aos vulneráveis, caso o fiador oferte o pagamento, mesmo se colocando na posição de instituição financeira, poderá se valer da qualificação preferencial das normas do Código de Defesa do Consumidor para agir em face do devedor afiançado.

Lembre-se, por fim, que a possibilidade do fiador opor ao credor os meios de defesa próprios do devedor é outra manifestação da acessoriedade da obrigação. No ponto, reside uma regra geral da teoria das obrigações, materializada no art. 304 do Código Civil: "qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor".

2. *Subsidiariedade* e *benefício de ordem* – além de acessória, a obrigação do fiador é em regra marcada pelo caráter subsidiário. Vale dizer, o cumprimento pelo fiador só será exigível quando o devedor não cumpra nem possa cumprir a obrigação a que se encontra adstrito.

Esta segunda característica da fiança não deve entender-se isolada da anterior. Pois, se uma obrigação é apenas subsidiária e não também acessória de outra, não

27. BDINE JÚNIOR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, p. 335.

haverá fiança. Por exemplo: obrigando-se *A* a transportar um certo objeto caso *B* não o transporte, *A* não é fiador, mas sim devedor principal; a sua obrigação é subsidiária da obrigação de *B* – no sentido de que está dependente da condição de *B* não cumprir – mas não é acessória dela.[28]

Destarte, a subsidiariedade da fiança se concretiza com o chamado *benefício da excussão, ou de ordem,* consistente na vantagem outorgada ao fiador de exigir, caso acionado pelo débito principal, que primeiramente sejam excutidos os bens do devedor afiançado. Preleciona o art. 827 do Código Civil: *o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.*

Primeiramente, não se pode entender o benefício de ordem como uma vedação legal sobre o credor, impedindo-o de endereçar a pretensão ao pagamento em face do fiador. O credor poderá escolher entre o afiançado e aquele que se obrigou na condição de garante, pois ambos são responsáveis pelo débito, aquele na condição de devedor e este, em sua autonomia privada, como autor de uma declaração que vincula o seu patrimônio à satisfação do crédito alheio. Em verdade, o benefício de excussão traduz uma *exceção substancial* que neutraliza a eficácia da pretensão do credor. Em outros termos, caso a lide se dirija ao fiador, caberá a ele se valer de uma defesa indireta de mérito, com o objetivo de impedir que a pretensão repercuta imediatamente sobre os seus bens. Já em um processo de conhecimento será admissível o chamamento ao processo do afiançado, na ação em que o fiador for réu.

Para tanto, ao tempo da contestação o fiador não negará o fato constitutivo afirmado pelo autor (a existência do débito), mas invocará o fato de que o afiançado possui bens livres, desonerados e suficientes para fazer frente ao crédito, tendo o ônus de indicá-los. Dessa conclusão não escapa o parágrafo único do art. 827 da Lei Civil: "o fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito". Nada mais natural, pois se o autor tem o ônus da prova do fato constitutivo, o réu tem o ônus de provar o fato impeditivo – em ampla dilação probatória –, elidindo a exigibilidade da pretensão contra a sua pessoa e direcionando o litígio às esferas jurídicas do credor e devedor. A referida exceção não possui eficácia extintiva, pois não imuniza o patrimônio do fiador de forma perene, apenas lhe defere o anteparo do patrimônio do afiançado.

Todavia, se o devedor não alega a exceção, no prazo preclusivo de quinze dias a que alude o art. 350 do Código de Processo Civil de 2015, sofrerá os efeitos da decisão da demanda, o que demonstra que a par da sua natureza material, a subsidiariedade da fiança requer a aptidão do devedor para indicar bens do devedor dentro de prazos processuais restritos. Isso revela, mais uma vez, que o grande potencial da fiança reside em maximizar a tutela do credor, potencializando o adimplemento. Daí

28. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, p. 833.

a enorme cautela do fiador ao se obrigar por dívida alheia. Tanto é verdade que se o devedor for insolvente ou falido, o benefício de ordem não aproveitará ao fiador (CC, art. 828, III). Ou seja, mesmo que quisesse alegar a exceção impeditiva, será inviável nomear os bens do devedor em tais circunstâncias.

Com base em uma ampla hermenêutica do benefício de ordem, a par da inexistência de dispositivo legal, se a dívida afiançada também tiver sido objeto de garantia real prestada por terceiro (estranho ao devedor e ao fiador), terá o fiador o direito de exigir a prévia excussão dos referidos bens, partindo-se da premissa que a caução real não foi prestada em momento posterior à fiança. Certamente o fiador terá que demonstrar que os bens caucionados pelo terceiro possuem valor suficiente para garantir a obrigação.

Dissemos e reafirmamos que a subsidiariedade não é uma característica essencial da fiança, uma vez que o fiador pode renunciar a ela. Estatui o art. 828 do Código Civil: não aproveita este benefício ao fiador: I – se ele o renunciou expressamente; II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário.

O benefício de ordem é direito dispositivo do devedor. Quando o inciso I do art. 828 da Lei Civil se refere à sua renúncia expressa pode expressar duas ordens de ideias. O benefício de excussão pode ser pré-excluído desde logo no contrato de fiança ou renunciado posteriormente. Essa distinção é útil para discernir abusos de liberdade. A pré-exclusão que ocorre em contrato de adesão, em que a fiança é exigida pelo credor como pressuposto do negócio principal e é estabelecida no mesmo instrumento contratual, indica possível abuso do predisponente, no desiderato de uma garantia fidejussória mais sólida do que a comum, arrogando-se a possibilidade de demandar imediatamente o fiador. Se, no entanto, verifica-se a renúncia no curso do contrato, a possibilidade de abuso é bem menos considerável.[29]

Atento a essas variáveis, vê-se que o comum na prática jurídica brasileira, sobremaneira em contratos de locação, é a renúncia ao tempo da contratação, mediante cláusula expressa. Se a renúncia à subsidiariedade foi objeto de um contrato paritário com prévia discussão de cláusulas, presume-se a validade da cláusula pela igualdade de poderes entre os contratantes.[30] O fiador se equiparará, do ponto de vista do credor, a um verdadeiro devedor solidário; só que, não o sendo realmente, poderá, depois de cumprir a obrigação, exigir do afiançado a totalidade do que pagou.[31]

29. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*, p. 250.

30. *A orientação da Corte Superior de que "é válida a cláusula contratual em que o fiador renuncia ao benefício de ordem. Inteligência do art. 1.492, I, do Código Civil de 1916 [art. 828, I, do Código Civil atual]* (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 174654/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., *DJe* 20.6.14).

31. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, p. 834. Explica ainda o autor que: "A posição do fiador que se obriga como principal pagador ou renuncia ao benefício não se identifica com a posição do devedor solidário. Na verdade, a obrigação daquele, embora não seja subsidiária em face do credor, continua a ser acessória em relação à do devedor afiancado, com as respectivas consequências. Recordemos, por exemplo, que a fiança não é válida caso o não seja a obrigação principal, e que o fiador pode opor ao credor os meios de defesa que competirem ao devedor. Ora, bem se sabe que tal não acontece na solidariedade passiva", p. 835.

Porém, tratando-se de contrato por adesão interprivado, os atributos da pré-disposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez, evidenciam que um dos contratantes não possui a liberdade de estipulação do conteúdo das cláusulas, restando-lhe apenas a liberdade de aceitar ou não a contratação (*take it or leave it*). Se o conteúdo das cláusulas não pode ser atribuído a ambas as partes pois nasceu de uma prévia imposição inegociável de um dos contraentes, não se sustentará a renúncia ao benefício de ordem. A propósito, vale realçar o Enunciado 364 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, "no contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão".

O inciso II do art. 828, por seu turno, traz uma variável, pois assume que a derrogação do regime de subsidiariedade não só ocorre quando há renúncia expressa, mas nas hipóteses que o fiador *se obriga como principal pagador, ou devedor solidário*. Daqui se extrai que a inclusão de tais cláusulas se mostra incompatível com a prerrogativa legal conferida ao fiador de se agarrar ao benefício de excussão. De fato, ao se declarar principal pagador o fiador se coloca em idêntico patamar ao do devedor principal. Já ao expressamente se assumir como devedor solidário, admite que em caso de inadimplemento o credor poderá livremente escolher entre o fiador e o afiançado, de forma conjunta ou isolada, tal como prescreve o art. 275 do Código Civil.

4. REGRAMENTO DA FIANÇA

Preconiza o art. 821 do Código Civil que "as dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor."

As garantias especiais cobrem todas as espécies de obrigações econômicas: de dar, fazer ou não fazer, simples, condicionadas, líquidas ou ilíquidas. Admite-se mesmo garantia hipotecária sobre obrigações futuras como estatui o art. 1.487 do Código Civil. Assim, não é de se surpreender a aceitação de uma espécie de fiança sobre obrigação que, embora ainda não tenha nascido, sustente-se em uma relação jurídica preexistente. A garantia é licitamente instituída pela simples eventualidade de se constituir no futuro. Apesar da obrigação se encontrar em estado potencial a fiança já existe e é válida.

É necessário não confundir a fiança que antecede a obrigação a ser garantida – a que se refere o conceito de "dívidas futuras" do art. 821 do Estatuto Civil – com dívidas atuais que ostentam causa presente, em contratos de execução sucessiva. Exemplificando, em uma locação pode-se supor que o fiador garante dívida futura pelo fato de o locatário não ter atrasado o pagamento do aluguel ao tempo da celebração do contrato. Porém, o raciocínio é equivocado: sendo a causa do aluguel o uso e fruição remunerados do bem alheio, o só fato de o contrato estar em vigor já torna a dívida atual, não obstante a possibilidade de sua periódica renovação pelo diferimento das prestações. Todavia, se locador e locatário convencionam que este indenizará os danos

causados ao imóvel ao tempo da desocupação, havendo prestação de fiança como garantia dos eventuais prejuízos, já entramos na seara da dívida futura. Com efeito, a causa presente é o contrato de locação, porém a obrigação de indenizar é uma causa futura, que não mais se prende ao negócio jurídico, porém à responsabilidade civil decorrente de danos. Em face de sua acessoriedade, a fiança acompanhará a dívida futura.

Em suma, uma coisa é uma dívida futura, sem que exista um vínculo anterior que lhe alicerce; outra, bem distinta, é o vencimento futuro de dívidas atuais. Aliás, é a da essência da fiança a sua incidência sobre dívidas atuais de causa presente. Como enuncia o art. 818 do Código Civil, *pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.*

Também não entra no conceito de dívida futura a obrigação condicional. A condição suspensiva se estabelece em uma obrigação atual e apenas modula a sua eficácia de acordo com a superveniência de evento futuro e incerto, que a tornará exigível. Já na dívida futura o que é eventual é a própria constituição da relação obrigacional. Extrai-se da parte final do art. 821 do Código Civil que o fiador só será demandado quando *se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor.* De certa forma, há uma contradição entre os dois segmentos do dispositivo: a parte inicial versa a respeito das dívidas futuras; em contrapartida, sendo a dívida certa e líquida, já se refere o legislador às dívidas atuais. Se a obrigação é incontroversa quanto ao objeto e ao valor, nenhuma dúvida quanto a sua exigibilidade perante o fiador. Voltando ao exemplo da fiança por danos que sejam eventualmente provocados pelo inquilino no imóvel, se eles se consumam e são devidamente liquidados, é evidente que a demanda poderá ser direcionada ao fiador.

Na sequência, reza o art. 822 do mesmo Codex: "não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador." A regra geral é da *ilimitação da fiança*. Se não houver expressa ressalva no contrato o fiador assume não apenas a obrigação do afiançado, como ainda todos os acessórios decorrentes do seu descumprimento. O dispositivo reflete a regra da *gravitação jurídica*, pela qual o principal abrange todos os seus acessórios. Dessa forma, o fiador se responsabilizará por todas as consequências do inadimplemento, alcançando os consectários legais do art. 389 do Código Civil, isto é, perdas e danos, juros, atualização monetária e honorários de advogado, sendo esses os contratuais e não os sucumbenciais. Eventual cláusula penal estipulada para sancionar o locatário também será atribuída ao fiador.

Tal dispositivo não contraria a regra geral de interpretação prevista no art. 819, segundo a qual esse contrato deve ser interpretado de forma restritiva, pois as despesas mencionadas são acessórios da obrigação principal, portanto compreendidas na fiança.[32]

32. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil comentado*, II, p. 637.

Já na fiança limitada credor e fiador expressamente estipulam uma mitigação à responsabilidade do fiador, seja de cunho quantitativo ou qualitativo. É a única forma do fiador elidir a incidência do art. 822, corolário lógico acessoriedade da obrigação. A cláusula poderá estipular um teto ao seu pagamento, de valor inferior ao da obrigação principal (CC, art. 823), ou então uma especificação da abrangência do débito, ilustrativamente, alcançando a dívida do afiançado, mas excluindo o pagamento do débito condominial do locatário afiançado.

Aliás, nos contratos de locação por adesão o normal é a fiança ilimitada, que melhor tutela os interesses do locador, alcançando não apenas o aluguel em si, como despesas condominiais, tributárias e até os danos eventuais provocados pelo afiançado na unidade habitacional. No tocante às despesas judiciais o termo *a quo* será a citação do fiador. Natural que assim o seja, pois a pretensão só será validamente exercida contra o réu fiador a partir do momento em que há a litispendência. Se a demanda flui somente contra o afiançado não responde o fiador pelas despesas judiciais que poderia ter evitado, se houvesse se defendido.[33]

Prosseguindo, dispõe o art. 826 do Código Civil que "se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído." O desiderato da norma é a preservação da essência da garantia especial. Para que a expectativa de confiança do credor quanto ao adimplemento da obrigação seja resguardada, imperativo que o fiador tenha condições de oferecer o pagamento não apenas ao tempo da constituição do vínculo, mas no transcurso do *iter* obrigacional. Essas condições transcendentais são a *capacidade* e a *idoneidade financeira*.

Portanto, o primeiro requisito para que se aplique o dispositivo será a constatação da efetivação da incapacidade ou da insolvência em momento superveniente à celebração do contrato. Em ambos os casos a consequência não será a extinção da fiança, mas a substituição do fiador, ou seja, não se trata de impossibilidade absoluta superveniente do contrato, porém de impossibilidade relativa.

De fato, se o fiador já era incapaz quando celebrou o negócio, à evidência a sanção será da nulidade ou anulabilidade, conforme a gradação da sua falta de discernimento. Por outro lado, sendo o fiador já insolvente quando contratou, temos um nítido exemplo de desídia do credor, que deverá arcar com as consequências da má eleição do garante, valendo o aforismo *dormientibus non succurrit jus*. Excepcionalmente, poderá o credor provar algum vício do consentimento, como erro, dolo ou coação, para fins de anulação do negócio jurídico.

33. STJ, Informativo nº 0509, Período: 5 de dezembro de 2012. Quarta Turma. *As despesas judiciais só serão arcadas pelo fiador a partir de sua citação. Segundo dispõe o art. 822 do CC, não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador. Isso para que a lei não se afaste da fundamental equidade, impondo ao fiador uma responsabilidade excessivamente onerosa, sem antes verificar se ele deseja satisfazer a obrigação que afiançou.* REsp 1.264.820/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13.11.12.

O segundo requisito indispensável para que se tutele a posição jurídica do credor é que a fiança estabelecida entre ele e o fiador tenha sido aquiescida pelo devedor ao tempo da contratação. Assim, se a indicação da pessoa do fiador se fez ao arrepio da consulta do devedor ou, mesmo contra a sua vontade, sabemos que o contrato acessório é válido (CC, art. 820), mas a sua eficácia não será abrangente ao ponto de constranger o afiançado a substituir o fiador, restando ao credor assumir o risco pela designação unilateral do garante.

Partindo da premissa de que o fiador se converteu em pessoa portadora de transtorno mental no curso da obrigação, só a interdição acarretará presunção absoluta de incapacidade a autorizar a sua substituição por outrem – por vezes o próprio curador, caso o curatelado possua patrimônio suficiente para arcar com o débito. Como não há legitimidade do credor para requerer a interdição nos casos em que nenhum dos que possam fazê-lo tenham agido, sobrará apenas ao credor uma pretensão voltada a convencer o magistrado sobre o atual estado psíquico do fiador e da necessidade de sua substituição, com todo o ônus probatório em relação à demonstração dos fatos.

Mas a questão que desperta maior controvérsia concerne à insolvência do fiador. Demonstrado o desequilíbrio patrimonial do fiador, quando o passivo superar o ativo, com a declaração de insolvência no bojo de procedimento próprio (CC, art. 955), caso o devedor negligencie a necessária substituição, haverá o vencimento antecipado do débito (CC, art. 333, III), legitimando-se o credor a perseguir o seu crédito prematuramente.

Mas não apenas a falência do empresário ou a insolvência da pessoa natural conduzem à antecipação da eficácia do pagamento, pois prevê o art. 333, III, do Código Civil, a incidência da antecipação quando se *tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las*. Quer dizer, se o fiador não é tecnicamente insolvente, mas se evidencia sensível redução de sua capacidade patrimonial, o afiançado é interpelado a reforçar a garantia que se tornou insuficiente. E se não o faz? Pelo fato de o credor ter vinculado o contrato à garantia fidejussória, a negativa do reforço induz ao vencimento antecipado da dívida principal.

Quando há ocorrência de prestações sucessivas na relação entre o credor e o afiançado, sendo que aquele faria o pagamento em primeiro lugar, pode-se aplicar extensivamente a norma do art. 477 do Estatuto Substantivo,[34] que versa sobre a *exceção de insolvência ou de inseguridade*, conferindo ao contratante a pretensão ao retardamento de sua própria prestação quando se torne duvidoso ou arriscado o cumprimento da contraprestação, pelo fato de o parceiro contratual ter sofrido alterações patrimoniais. Esta situação será mantida até que a outra parte efetue a sua prestação

34. Art. 477, Código Civil: "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."

ou dê garantias suficientes. O suporte fático objetivo do risco do descumprimento é a hipótese de deterioração patrimonial do devedor. A perda patrimonial característica do risco de descumprimento deve ser superveniente à formação do contrato e grave o suficiente a suscitar dúvida quanto à efetiva possibilidade de adimplemento da prestação. Não basta, portanto, a mera desconfiança de que o patrimônio da outra parte foi afetado por perda superveniente.

Enfim, se o devedor prontamente substituir o fiador, seja pela incapacidade posterior como pela insolvência superveniente, não haverá nenhuma perturbação da relação obrigacional, que avançará normalmente com a integração do novo garante.

5. EFICÁCIA DA FIANÇA

Dentre os efeitos da fiança, já tratamos de forma pormenorizada do benefício de excussão ou de ordem no item 3, dedicado ao exame das características primordiais da fiança. Contudo, com o nascimento válido do contrato de fiança, duas diversas ordens de eficácia àquela acrescem para detalhar o panorama desse rico modelo jurídico. Os efeitos a que faremos menção são: o benefício de divisão e o benefício de sub-rogação.

1. *Benefício de divisão* – sabemos que o *benefício da excussão, ou de ordem,* consiste na vantagem outorgada ao fiador de exigir, caso acionado pelo débito principal, que primeiramente sejam excutidos os bens do devedor afiançado. O benefício de ordem é a regra geral, segundo nos informa o art. 827 do Código Civil, dele não se aproveitando o fiador nas hipóteses assinaladas no art. 828 do mesmo diploma legal.

Nada obstante, o benefício de divisão não é a regra, mas a exceção. Consiste ele na prerrogativa dos cofiadores de reservarem para si a responsabilidade proporcional pela garantia. Ou seja, havendo dois ou mais fiadores que se obrigam por um mesmo ato, surge o fenômeno da *fiança conjunta* ou *cofiança*. Assim, pode ser expressamente pactuado que cada um dos fiadores tão somente garantirá determinada cota do débito. Supondo a existência de uma dívida afiançada de 100 e dois fiadores conjuntos, cada um se responsabilizará pelo montante de 50. Incide aqui o parágrafo único do art. 829 do Código Civil: "estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento."

Para que o benefício da divisão se revista de eficácia há de se destacar que a pluralidade de fiadores deve se referir a uma mesma obrigação e de forma conjunta, pois se cada um dos fiadores se responsabiliza em ato autônomo e em apartado aos demais, inexistirá o liame interno entre eles, capaz de dar ensejo ao benefício de divisão.

Na falta de uma cláusula que inclua o acordo entre o credor e os fiadores quanto ao fracionamento de responsabilidades entre os garantes, será afastado o benefício da divisão e prevalecerá a regra geral do art. 829 do Código Civil: a *fiança conjuntamente*

prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

Nesse caso, a fiança conjunta induzirá à solidariedade passiva entre os fiadores, mesmo que a dívida seja idêntica e que ambos a tenham garantido em um só ato. Em sendo assim, será aplicada a regra geral da solidariedade, pela qual "o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto" (CC, art. 275). Em síntese, o credor poderá cobrar a totalidade do valor da dívida afiançada de qualquer dos fiadores e aquele que pagá-la por inteiro terá direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, conforme preconiza o art. 283 do Estatuto Reale.

A referida solidariedade passiva se estabelece apenas entre os fiadores e não abrange o devedor afiançado. Por conseguinte, mesmo que inexista o benefício da divisão, poderá o fiador – quando convocado a pagar – invocar a exceção substancial do benefício de ordem para que primeiro sejam excutidos os bens do afiançado (CC, art. 827).

Mas, se o benefício de divisão se materializar, surgem três preocupações. Em primeiro lugar, tal qual o benefício de ordem, a existência da cláusula de fracionamento não inibe o credor de cobrar de qualquer dos cofiadores o total do débito garantido. Em verdade, caberá ao fiador invocar a defesa indireta de mérito da exceção substancial da divisão, de forma a impedir peremptoriamente que o seu patrimônio seja atingido pela integralidade da fiança, restringindo-se a sua cota parte na divisão previamente ajustada. Infelizmente, caso o fiador se mantenha inerte no prazo preclusivo da contestação, terá que assumir a responsabilidade integral pelo débito, pois em matéria de direito disponível o juiz não poderá de ofício suscitar questões que integram a órbita da autonomia dos contratantes.

Em segundo lugar, mesmo existindo o benefício de divisão todos os cofiadores responderão perante o credor pelo risco da eventual insolvência de um dos cogarantes, de tal arte que a cota-parte do fiador insolvente acresce à dos demais, ou seja, reparte-se entre os fiadores solváveis.[35]

Em último lugar, o *caput* do art. 829 do Código Civil outorga o benefício da divisão mas não explicita o aspecto quantitativo do fracionamento do débito entre os cofiadores. Seria possível uma estipulação de divisão em frações desiguais? Em princípio a divisão será proporcional às cotas e cada um dos fiadores conjuntos assumirá perante o credor a responsabilidade por idênticos valores. Entretanto, nada impede que duas variações possam se manifestar: a um, a hipótese de demarcação de uma segunda cláusula – a primeira será a do benefício de divisão –, pela qual na relação interna dos cofiadores haverá diversidade de cotas individuais para fins de

35. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, p. 800.

direito de regresso. Essa cláusula não impacta na relação dos cofiadores com o credor, apenas repercute entre eles no direito de regresso. Ilustrativamente, *A* é credor e *B*, *C* e *D*, fiadores conjuntos. A dívida é de 90 e os cofiadores pactuam que *B* se responsabilizará por 10, *C* por 60 e *D* por 20. Quando *A* for exigir o pagamento dos fiadores poderá cobrar 30 de cada um, se cada qual ressalvar o benefício de divisão. Se a cobrança for dirigida a *B*, poderá ele obter 20 dos demais cofiadores em regresso.

A segunda variação sobre o tema é fruto da aplicação do art. 830 do Código Civil: "cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado". Por esse dispositivo os fiadores conjuntos poderão pactuar com o credor uma limitação da garantia de cada qual, em valores determinados e diferenciados. Isto é, não apenas respondem por partes diversas, mas imputam um teto às suas responsabilidades individuais. Nada além disto será pago e, ao contrário do que ocorre no benefício de divisão, não responde o fiador pela obrigação do outro fiador, mesmo se houver insolvência ou falência do outro devedor. Segundo Adalberto Pasqualoto, a utilidade do art. 830 está na criação de uma *fiança parcial* em que os cofiadores podem desde logo estabelecer com o credor diferenças de responsabilidades, seja quanto aos valores (diferença quantitativa), seja quanto às obrigações (diferença qualitativa). Podem dois fiadores de um locatário, por exemplo, assumirem em diferentes percentuais a responsabilidade sobre o pagamento da locação, ou um ser garantidor do pagamento do aluguel e outro dos demais encargos contratuais, tais como quotas de condomínio.[36]

2. *Benefício de sub-rogação* – surge o fenômeno da sub-rogação quando na relação jurídica se verifica a substituição de uma pessoa por outra, ou de um objeto por outro. Portanto, o verbo *sub-rogar* sempre exalta a ideia de substituir, modificar. Embora a sub-rogação pessoal propicie a satisfação e exoneração do credor originário, subsiste o mesmo vínculo obrigacional, agora entre o sub-rogado e o devedor. Portanto, a sub-rogação é modo de pagamento indireto, pois promove o terceiro adimplente a posição de credor, com alteração subjetiva no polo ativo da relação jurídica. A função primordial da sub-rogação é de índole substitutiva, pelo fato de conceder a um terceiro a possibilidade de substituir o credor, podendo ser ressarcido pelo devedor em momento ulterior. Secundariamente, há uma função de garantia, eis que o credor terá a segurança de recebimento do pagamento.

A sub-rogação legal, ou de pleno direito, dispensa manifestação de vontade das partes e suas hipóteses são exaustivamente tratadas no art. 346 do Código Civil, quais sejam: (ii) em favor do credor, que solve o débito do devedor comum; (ii) em favor do adquirente do imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário, elidindo a execução do bem que adquiriu, bem como do terceiro que efetiva o pagamento, para não ser privado do direito sobre o imóvel; (iii) em favor do *terceiro interessado*,

36. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*, p. 255.

que paga a dívida comum, pela qual poderia ser obrigado, no todo ou em parte. A hipótese tratada no inciso III do art. 346 do Codex é evidentemente a fórmula geral da sub-rogação legal e a que nos interessa, particularmente com relação ao pagamento realizado pelo fiador.

Com efeito, o terceiro interessado é aquele juridicamente vinculado ao credor e ao devedor. Possui inegável interesse em quitar o débito, pois futuramente poderia ser obrigado a pagar o débito. Deseja, portanto, evitar as desastrosas consequências da mora que podem recair sobre si, tais como cláusula penal, juros de mora e até mesmo uma ação executiva. Via de consequência, a norma alcança o devedor solidário (CC, art. 283), o coobrigado em dívida indivisível (CC, art. 259) e o fiador pois de acordo com o art. 831 da Lei Civil, *O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.* Como interessados na extinção da dívida, os fiadores poderão pagá-la, usando, se o credor se opuser, até mesmo a ação de consignação (CC, art. 304).

Destarte, a sub-rogação produz dois relevantes efeitos: liberatório, ante a exoneração do credor primitivo, apesar da preservação do débito com relação ao devedor, pois não é ele que efetua o pagamento; e translativo, pois o novo credor ingressa na exata posição do primitivo em relação à dívida, haja vista que apenas se verifica uma mutação subjetiva na obrigação (CC, art. 349). O pagamento não extingue a obrigação. Eis aqui o benefício da sub-rogação, permitindo ao fiador que exercite a sua pretensão contra o devedor. Na qualidade de *solvens*, assume o crédito com os mesmos privilégios, ações e garantias que o credor originário, pois o principal (crédito) é transferido com os acessórios. O fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.

De fato, havendo o cuidado em propiciar ao fiador o mais amplo direito de regresso em face do devedor, pontifica o art. 832 do Código Civil que "o devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança."[37] Resta cristalino que além do principal da dívida, abrange o direito regressivo o acessório dela decorrente, abarcando a expressão *perdas e danos* em sentido amplo, não só compreendendo os prejuízos de ordem patrimonial (honorários, cláusula penal) com o pagamento a pessoa do credor, como eventual dano econômico reflexo pelos seus próprios interesses frustrados. Basta supor a situação do fiador que, para arcar com o débito e afastar a excussão, vende a sua fazenda em caráter emergencial, por valor bem inferior ao do mercado, deixando ainda de obter os frutos imediatos da exploração do bem. Nada obstante,

37. Informativo nº 0509, Período: 5 de dezembro de 2012. Quarta Turma. *As despesas judiciais só serão arcadas pelo fiador a partir de sua citação. Segundo dispõe o art. 822 do CC, não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador. Isso para que a lei não se afaste da fundamental equidade, impondo ao fiador uma responsabilidade excessivamente onerosa, sem antes verificar se ele deseja satisfazer a obrigação que afiançou.* REsp 1.264.820/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13.11.12.

esses valores não serão cobrados do devedor pela técnica da sub-rogação, mas pela via da responsabilidade civil.

Há ainda norma própria para regrar os chamados *juros de desembolso*. Conforme prevê o art. 833 do Código Civil, "o fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora." Na sub-rogação coexistem duas espécies de juros: (i) aqueles convencionalmente estipulados entre devedor e credor na obrigação principal – ou na falta de estipulação, os juros legais;[38] (ii) os juros sobre o valor que o fiador desembolsou para pagar a obrigação do afiançado, que começam a fluir da data em que aquele adimpliu a dívida alheia e respeitará o percentual afixado na obrigação principal, ou, em sua falta, os juros legais do art. 406 do Código Civil. A despeito da não materialização de juros no pagamento realizado pelo fiador ao credor, incidirão os juros de desembolso em face do devedor.

A tutela patrimonial do fiador conta com mais um instrumento. Disciplina o art. 834 do Estatuto Substantivo: *quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento.* A regra poderia suscitar a perplexidade dos que acreditam que pelo fato de o fiador ser em regra um devedor subsidiário, o fato de o credor não litigar contra o devedor lhe seria indiferente, haja vista que o seu patrimônio não seria atingido enquanto o sujeito ativo não exaurisse a excussão contra o afiançado. Entretanto, o legislador teve o mérito de particularizar uma incidência do princípio da vedação ao abuso do direito (CC, art. 187). Tem-se que o abuso se concretiza quando alguém exercita um direito subjetivo ou potestativo de forma desproporcional, frustrando a boa-fé objetiva. A legítima expectativa do fiador quanto à cooperação do credor no sentido de agilizar a cobrança é fundamental para que o garante não incorra em prejuízos excessivos e perfeitamente desnecessários, caso venha a pagar ao credor pela obrigação inadimplida.

Nessa senda, seja pelo fato de que pode haver um conluio entre credor e devedor, ou mesmo que não haja, pelo fato de que o retardamento na excussão poderá encontrar o patrimônio do afiançado já esvaziado, contribui decisivamente o art. 834 para encetar uma espécie de legitimação extraordinária em prol do fiador, para agir em nome próprio na defesa dos interesses do credor (e da sua reflexamente), prosseguindo na execução em face do devedor.

38. Informativo nº 0509, Período: 5 de dezembro de 2012. Quarta Turma *Os juros de mora decorrentes de inadimplemento em contrato de locação fluem a partir do vencimento de cada parcela em atraso, inclusive para o fiador. Configurada a denominada mora ex re (art. 397 do CC), na qual o simples descumprimento da obrigação constitui o devedor em mora em razão do termo estabelecido pelas partes, sendo desnecessária a constituição em mora do devedor, os juros moratórios são devidos a partir do vencimento contratual das parcelas em atraso, por se tratar de inadimplemento de obrigação positiva e líquida. Ademais, por ser a fiança tão somente garantia pessoal, o fiador se obriga a satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor (locatário), não constituindo obrigação distinta da contraída pelo afiançado, colocando-se o garante na posição de devedor subsidiário. Assim, se o contrato especifica o valor do aluguel e a data de pagamento, os juros de mora fluem a partir do vencimento das prestações, e não a partir da citação do garante na ação de execução.* REsp 1.264.820/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13.11.12.

Traz-se a lume, em razão de sua evidente conexão com a temática, o modelo do *due to mitigate the own loss*, ou dever de mitigar o próprio prejuízo inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro, com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda. Não cumprindo o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções. No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual.[39]

Vale dizer, se o credor adota comportamento desidioso, descurando para o fato de que a perda econômica do fiador em nada lhe favorecerá, a sua inação culminará por lhe impor injustificado desfalque. Esta negligência danosa é uma ofensa ao princípio da confiança, pois evidencia completo desprezo pelo dever anexo de cooperação. O Enunciado 169 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal enuncia: "o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo."

A par de todas as prerrogativas legais conferidas ao fiador para reaver a integralidade do pagamento, poderá não raramente ser frustrado em seu intento pela resistência do afiançado em lhe ressarcir. Interessante forma de se acautelar contra tais riscos reside na retrofiança. Chama-se *retrofiança* a garantia que socorre ao fiador para assegurar-se do direito de regresso, caso não haja reembolso espontâneo do devedor. O retrofiador será o garante do fiador.[40] É da essência desse modelo jurídico que o fiador assuma riscos, sendo o principal, que o devedor principal – que já deixou de adimplir – também não tenha meios ou dificulte a prestação de regresso. Daí a conveniência prática de retrofiança. Fiança e retrofiança podem nascer simultaneamente, sendo a constituição deste pressuposto para que o futuro fiador se vincule pelo contrato de fiança.[41]

O comentado art. 831 do Codex apenas admite a sub-rogação quando o fiador *pagar integralmente a dívida*. Mas e se realizar o pagamento parcial? Vamos supor que a dívida é de 100 e o fiador paga 50. Poderá efetivar a sub-rogação legal em

39. FRADERA, VÈra Maria Jacob, Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de Direito Civil. RTDC*, v. 5, nº 19, jul./set. 2004, p. 110 e 118.

40. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*, p. 258. Esclarece ainda o autor que "na sub-rogação se compreende a prestação em espécie feita pelo fiador, conforme o estipulado no contrato principal. Se o pagamento foi pecuniário, a sub-rogação é pecuniária. Se a dívida não era pecuniária, mas de entrega de bens móveis e o fiador os entregou, terá direito à restituição na mesma espécie" (p. 256).

41. O art. 1.482 do Código Civil de 1916 trazia a figura do abonador, como uma espécie de garante do fiador quanto à solvência do devedor. O Código Reale não reiterou a norma, mas nada impede que a liberdade contratual estimule a retrofiança.

face do devedor? Impende ressaltar que o art. 350 do mesmo Diploma Legal consubstancia regra geral sobre o tema: "na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor". Daí se infere que o cumprimento parcial pelo fiador – como terceiro interessado – propicia a sub-rogação com relação àquilo que foi pago, sem que necessite recorrer ao fundamento do enriquecimento sem causa para obter a restituição. Contudo, no que tange ao montante em aberto, o credor originário terá preferência ao fiador sub-rogado, na cobrança da dívida restante (CC, art. 351).

Até agora comentamos o regresso na perspectiva hermética das relações internas entre fiador e afiançado. Porém, devemos avançar. Afinal, a sub-rogação não legitima o fiador que pagou a agir regressivamente apenas contra o devedor, mas também em face dos demais fiadores. Há uma significativa diferença entre as duas frentes de sub-rogação: se o regresso se dirige ao afiançado, demandará o fiador o total do que pagou; mas, se a sub-rogação se volta aos outros fiadores, cada qual só pagará o limite de sua cota. Tal conclusão se extrai, analogicamente, daquilo que ocorre quando um devedor solidário adimple o saldo em aberto e regride contra os codevedores solidários. Determina o art. 283 do Código Civil que *o devedor que satisfez a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota*. Se as frações dos outros fiadores forem de valores distintos, haverá a necessidade do fiador que pagou provar tal desnível, infirmando assim a presunção de igualdade das cotas.

Em sentido diverso, a razão pela qual quando o regresso se volta ao devedor, propiciará ao fiador o total do que pagou reside na análise do art. 285 do Código Civil. "se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar." Aqui, o legislador reporta-se à dívida que interessa exclusivamente a um dos devedores, em princípio uma situação anômala, pois pela natureza das coisas o débito deve interessar a todos os credores, sem exceção. Mas há uma explicação para a redação do dispositivo. Ele se refere ao fiador, personagem que se responsabiliza pelo débito do afiançado na condição de garante, tornando-se ocasionalmente responsável solidário na obrigação de pagar, em face da caução pessoal que prestou.

Como já visto, a responsabilidade do fiador é subsidiária, pela própria acessoriedade da garantia. Em seu favor conta com o benefício de ordem ou de excussão, detendo a prerrogativa de exigir pela via da exceção, caso demandado, que primeiro sejam excutidos os bens do devedor (CC, art. 827). Nada obstante, surgem hipóteses em que não prevalecerá o benefício de ordem, precipuamente quando o fiador se declare devedor solidário (CC, art. 828, II), o que confere ao credor a prerrogativa de demandar contra todos os devedores. Para o credor, a origem da obrigação é despicienda, pois a solidariedade lhe faculta a escolha do réu na ação de cobrança. Caso o fiador, já na qualidade de responsável solidário, tenha que pagar o débito, o regresso contra o afiançado não respeitará a proporcionalidade a que alude o art. 283 do Estatuto Reale. Essa é a razão da excepcionalidade do art. 285 aludido. O fiador exigirá do afiançado tudo aquilo que dispendeu, pois na verdade não é ele um

devedor, mas apenas um terceiro interessado (CC, art. 304) responsável pelo débito alheio que culmina por se sub-rogar na posição do credor originário. Assumiu contratualmente a *Haftung*, mas o *Schuld* (prestação) a ele não se dirige.

Em complemento ao *caput*, aduz o parágrafo único do art. 831 que *a parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros*. A regra se aplica quando um dos cofiadores solidários se torne insolvente, de modo que a sua fração seja dividida entre os demais. Certo é que o fiador que pagou não poderá ser sancionado isoladamente diante da insolvência de outro membro do grupo. Reitera-se a parte final do disposto do art. 283 do Código Civil para a matemática do fracionamento na solidariedade em geral, *dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.*

3. *Há o benefício do bem de família?* – De acordo com o art. 3º da Lei nº 8.009/90, a impenhorabilidade do bem de família é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza. Dentre as exceções citamos o inciso VII – *por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.*

O Supremo Tribunal Federal se posicionou pela constitucionalidade da norma, ou seja, que é passível de penhora o bem de família pertencente a fiador em contrato de locação. Assim, exclui-se a liberação de seu imóvel residencial, objeto de constrição em processo executivo. Entende-se que a penhora do bem de família não viola o disposto no art. 6º da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 26/00 ("são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."), mas com ele se coaduna, já que é modalidade de viabilização do direito à moradia – o qual não deve ser traduzido, necessariamente, como o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de imóvel – porquanto, atendendo à própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária.[42]

42. STF, Informativo nº 416, de 17 de fevereiro de 2006. Pela relevância e atualidade do *leading case*, extraímos do voto do Relator, Min. Cezar Peluso os principais aspectos jurídicos da decisão: "Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990, a qual abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família. A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, "independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas", sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados "direitos a prestações, dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos". Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. Quais das diferentes espécies de prestações

Na mesma Colenda Corte houve pacificação do referido entendimento pela via da repercussão geral e confirmação da constitucionalidade da penhora do imóvel do fiador em recente decisão.[43,44] Outrossim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clara, no sentido de que é possível a penhora do bem de família de fiador de contrato de locação, mesmo quando pactuado antes da vigência da Lei nº 8.245/91, que alterou o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90.[45]

Todavia, a incidência da penhora sobre o imóvel do fiador reflexamente comprime o benefício da sub-rogação. O âmbito da eficácia da sub-rogação pelo fiador contra o afiançado sofre uma mitigação legal no âmbito do contrato de locação. Ao fiador que adimpliu, em via de regresso, será interditada a penhora do imóvel do devedor que funcionaliza o bem de família. Incide, portanto, o óbice do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90. A teor do art. 1º da Lei nº 8.009/90, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável e não responderá pela dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no art. 3º da aludida norma. Esse dispositivo excetua, em seu inciso VII, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza a constrição de imóvel pertencente a fiador. Os fiadores, garantidores do contrato de locação, sub-rogam-se nos direitos do locador tanto nos privilégios e garantias do contrato primitivo (CC, arts. 346 e 831) quanto nas suas limitações (art. 3º, VII, Lei nº 8.009/90). Assim, a transferência dos direitos inerentes ao locador em razão da sub-rogação não altera prerrogativa inexistente para o credor originário (proprietário). Portanto, o locatário não pode sofrer constrição em imóvel em que reside, seja em ação de cobrança de débitos locativos, seja em regressiva.

---

efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental. Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana –, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia. Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário" (STF, RE 407.688/SP).

43. STF, RE 612360 RG/SP – Rel. Min. Ellen Gracie, Julgamento: 13.8.10.
44. STF, RE 495105 AgR/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 5.11.13, Primeira Turma.
45. STJ, AgRg nos EDcl no REsp 771700/RJ, Rel. Desembargador convocado Vasco della Giustina, 6ª T., *DJe* 26.3.12.

1103
Ceará

6. EXTINÇÃO DA FIANÇA

A fiança pode se extinguir por causas diretas e indiretas, variando conforme o término da relação contratual seja o reflexo da ruína do negócio jurídico principal (extinção indireta), ou, se o decesso da fiança for fruto de circunstâncias internas, intrínsecas à autônoma relação de garantia, mesmo que sobreviva o contrato base que lhe deu origem (extinção direta). Começaremos a abordagem pela extinção direta da fiança.

6.1 Decurso do prazo e exoneração do fiador

Preconiza o art. 835 do Código Civil: "o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor."

Ao conceder a garantia especial, o fiador poderá fazê-lo com ou sem prazo. Havendo demarcação de um termo final de vigência, automaticamente estará extinto o contrato e exonerado o garante da obrigação de assegurar a dívida do negócio jurídico principal. Contudo, não havendo previsão convencional de encerramento da caução fidejussória terá o fiador o direito potestativo, a qualquer tempo, de se exonerar da garantia, provocando a extinção do contrato após o interregno de sessenta dias a contar da notificação por ele feita ao credor, prazo esse tido como adequado para que o credor encontre um novo fiador.

Natural que assim seja. Na concepção da obrigação como processo, ela nasce para ser cumprida e ninguém pode ser manter vinculado a um contrato *ad eternum*, sem previsão de se eximir de seus efeitos. As pessoas cedem uma parcela de sua esfera de liberdade ao contrato, com a confiança de que a recuperarão se houver o cumprimento de suas obrigações nos prazos prefixados. Quando não existem prazos e nem tampouco o fiador inadimpliu deveres negociais, mantê-lo preso ao contrato sem previsão de alforria seria uma violação à própria lógica de um direito das obrigações funcionalizado a compatibilização do interesse do credor na satisfação de seu crédito com a proteção da autonomia privada do fiador e necessidade de preservação da segurança jurídica, como fator de estabilidade das relações jurídicas.

O exercício do direito potestativo à exoneração se efetivará nos contratos sem prazo, exceto se o negócio principal se submeta a termo convencional entre credor e devedor. A fiança presta homenagem ao contrato base pela acessoriedade. Se fiador e credor não estipularam prazo de vigência da garantia, a hermenêutica contratual o remeterá ao momento do decesso da obrigação principal. Interpretação diversa fere a funcionalidade da fiança.[46]

46. Informativo nº 0468, Período: 28 de março a 8 de abril de 2011. Terceira Turma *É certo que a jurisprudência do STJ diz que a simples notificação extrajudicial feita pelo fiador ainda na vigência do art. 1.500 do CC/1916 não o exonera da fiança prestada, que só poderia ser afastada por avença ou sentença judicial. Contudo, na hipótese, pelo quadro fático-probatório definido na instância a quo, vê-se não se tratar de simples notificação,*

Vê-se que o poder de resilição unilateral do fiador se submete a uma prorrogação legal compulsória, pois, no curso dos 60 dias do período de latência da eficácia da denúncia, o garante terá a sua responsabilidade preservada em caso de descumprimento obrigacional por parte do afiançado. Na Lei do Inquilinato, esse prazo, por todos os efeitos da fiança, dobra para cento e vinte dias a contar do recebimento da notificação (art. 40, X, da Lei nº 8.245/91).

Seria viável a renúncia ao direito resilitório do fiador por cláusula contratual? Antecipamos a nossa resposta negativa, com algumas variáveis: a uma, se a fiança não tem prazo, mas o contrato base é submetido a termo, desnecessária será a previsão de renúncia, pois o negócio acessório não poderá sobreviver ao ocaso da relação principal; a duas, se a obrigação principal não tem prazo, pelas razões alinhavadas nos tópicos pregressos a renúncia ao poder de denúncia será coberta pela ilegitimidade e sancionada pela nulidade, por desvirtuar a liberdade da parte de se desvincular das amarras do contrato. Se todo contratante tema *potestade* de submeter a outra à resilição nos contratos sem prazo (CC, art. 473), a mesma prerrogativa será deferida ao fiador nas fianças sem prazo.

A fiança locatícia, estabelecida no art. 37, II, da Lei nº 8.245/91, é modalidade de garantia ao cumprimento das obrigações assumidas pelo locatário perante o locador. Ao contrário do que vimos para o Código Civil, a preexclusão contratual do poder exoneratório do fiador é admitida na lei de locação. O art. 39 da Lei do Inquilinato, na redação conferida pela Lei nº 12.112/09 determina 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, por força desta Lei".

Se concordarmos com a referida regra, ainda que o prazo da locação tenha terminado, e seguido de prorrogação, agora sem prazo, diante da existência de cláusula expressa no contrato de aluguel, a responsabilidade do fiador perdurará até a entrega das chaves, sem que se cogite de sua desobrigação unilateral em função do término do prazo originalmente pactuado. Em consequência, os fiadores continuariam responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato, se anuíram expressamente a essa possibilidade. Em suma, elide-se o poder unilateral de exoneração do fiador. Há divergência nas turmas do Superior Tribunal de Justiça e aqueles que sustentam a validade da cláusula pela qual o fiador se responsabiliza

---

pois os fiadores, ora recorridos, ao procederem com boa-fé, transparência e no fiel cumprimento da avença, após a cessão integral de suas quotas, notificaram a sociedade empresária recorrente do ocorrido e solicitaram a substituição da garantia, conforme previsto em cláusula contratual, com o que a recorrente anuiu, prosseguindo-se regularmente o relacionamento comercial. Saliente-se que, sucessivamente, houve a alteração do quadro societário e foi substituída a garantia, sempre com isso anuindo a recorrente. Diante disso, não há como responsabilizar os recorridos pelo débito ora cobrado. Por último, anote-se que há entendimento do STJ quanto a ser possível, diante da alteração do quadro social, ser possível a desobrigação mediante ação de exoneração ou notificação do fiador, a depender da época em que foi firmado o contrato, e a renúncia ao direito de exoneração da garantia, nesses casos, só produzir efeito no período original do contrato, não se estendendo à prorrogação, sob pena de tornar eterna a obrigação. STJ, REsp 1.112.852/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 5.4.11.

até a entrega das chaves, aduzem a inaplicabilidade a essa situação da Súmula 214 da Corte.[47]

Para alcançarmos um raciocínio coerente, cabe avaliar se nos contratos de locação prorrogados e, portanto, sem prazo, a qual diploma se submeterá a fiança oferecida sem limitação de tempo. Se à lei especial da locação imobiliária urbana ou ao Código Civil. A nosso viso, a especialidade da lei locatícia não se estende à fiança, pois esse modelo jurídico se ajusta às linhas mestras do estatuto civil, independentemente da acessoriedade da garantia pessoa se vincular a uma locação ou a um contrato privado de outra natureza.

Relativamente ao direito potestativo resilitório, a conclusão não será diferente. Deve ser aplicado o art. 835 do Código Civil. Admitir a cláusula de renúncia à exoneração representa condição puramente potestativa conferida ao locador e à locatária para dar continuidade a uma obrigação não desejada pelo fiador, o que não se pode admitir, a teor do art. 122 do Código Civil. Portanto, mesmo que exista a cláusula que estenda a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves, poderá o garante, com base na normativa geral, demitir-se da posição contratual a partir do momento em cessa o prazo de vigência do contrato de locação e passa a viger de forma indeterminada.[48] Enquanto assim não o fizer, deve o fiador responder pelos débitos gerados pelo afiançado, pois prevalece a cláusula de prorrogação até a entrega das chaves.

A discussão sobre a validade de cláusula de prorrogação contratual não é exclusiva da locação, pois quanto aos negócios pactuados por instituições financeiras também se controverte se a previsão contratual da manutenção da fiança prestada em contrato de mútuo bancário em caso de prorrogação do contrato principal, também acarreta a prorrogação automática da fiança. A resposta será positiva, se existe clara e expressa previsão contratual sobre a manutenção da fiança. Assim, caso o contrato principal seja prorrogado, o pacto acessório também o será. O fundamental é que

47. STJ, *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, na hipótese de prorrogação contratual de locação de imóvel, com o comprometimento dos fiadores até a devolução do imóvel, é inaplicável o enunciado da Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça.* (STJ, AgRg no REsp 604962/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., *DJe* 20.6.14).

48. STJ, *I – Na vigência do contrato de locação, responde o fiador pela garantia dada à locadora, não havendo que falar em aplicação do disposto nos arts. 1500 do CC/16 ou 835 do CC/02, que disciplinam os contratos sem limitação de tempo. II – No âmbito da 3a Seção desta Corte, está consolidado o entendimento segundo o qual os fiadores continuam responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato até a efetiva entrega das chaves, se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram na forma dos artigos 1.500 do Código Civil de 1916 ou 835 do Código Civil de 2002. Precedentes. III- A cláusula contratual na qual consta a renúncia do fiador ao benefício previsto no art. 1.500 do CC/16 – atual 835 do CC/02 – não subsiste após o decurso do prazo inicialmente previsto para a duração da locação, uma vez que o Direito não se compraz com relação jurídica eterna e permanente, especialmente no campo dos direitos pessoais, como é o caso da fiança. IV- A partir da vigência do Código Civil de 2002, o pedido de exoneração de fiança, independentemente da data do contrato de locação, será analisado à luz de suas disposições* (STJ, REsp 1426857/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, 5ª T., *DJe* 19.5.14).

se reserve ao fiador o direito potestativo de resilir unilateralmente o contrato, tal como lhe faculta o art. 835 do Código Civil.[49]

6.2 Morte do fiador

Em regra, o falecimento de uma das partes não implica decesso do contrato. Nascida a obrigação para o contratante, esta se transfere para os sucessores. No direito contratual não se prestigia a regra *mors omnia solvia*, pois a posição jurídica da parte até a abertura da sucessão será transmitida aos herdeiros do *de cujus*, a não ser que os contratantes tenham expressamente acordado solução diversa.

Excepcionalmente, nos contratos *intuitu personae*, insere-se a morte dentre as causas de dissolução contratual, afinal a relação contratual somente vicejou em razão de atributos específicos de um dos contratantes. Por sua índole de garantia personalíssima, a fiança se extingue com o fato jurídico da morte do fiador. Pontifica o art. 836 do Código Civil que: "a obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança". Na Lei de Locações de Imóveis Urbanos há norma semelhante: *a fiança se extingue com a morte do fiador* (art. 40 da Lei nº 8.245/91).

Da norma em comento extraímos duas diretrizes.

Primeiramente, a morte determina a extinção do contrato, mas a obrigação de garantia se pós-eficaciza com o espólio se no tempo anterior ao óbito o afiançado se tornou inadimplente. Curial que assim se diga, na sucessão *causa mortis* o passivo também se transmite. As dívidas que se produzem até o passamento são transportadas à universalidade pelo fenômeno da *saisine*. Ilustrativamente, se o fiador do locatário falece em junho de 2014, os locativos vencidos anteriormente se transmitem aos herdeiros caso o fiador não os tenha pago; porém, se o débito e os acessórios se formam posteriormente, os sucessores se eximem de responsabilidade. Mas, se o fiador

49. STJ, Informativo nº 0534, Período: 26 de fevereiro de 2014. Quarta Turma.. *Havendo expressa e clara previsão contratual da manutenção da fiança prestada em contrato de mútuo bancário em caso de prorrogação do contrato principal, o pacto acessório também é prorrogado automaticamente. O contrato de mútuo bancário tem por característica ser, em regra, de adesão e de longa duração, vigendo e renovando-se periodicamente por longo período. A fiança, elemento essencial para a manutenção do equilíbrio contratual do mútuo bancário, tem como características a acessoriedade, a unilateralidade, a gratuidade e a subsidiariedade. Além disso, não se admite, na fiança, interpretação extensiva de suas cláusulas, a fim de assegurar que o fiador esteja ciente de todos os termos do contrato de fiança firmado, inclusive do sistema de prorrogação automática da garantia. Esclareça-se, por oportuno, que não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança. Nesse contexto, não há ilegalidade na previsão contratual expressa de que a fiança prorroga-se automaticamente com a prorrogação do contrato principal. Com efeito, como a fiança tem o propósito de transferir para o fiador o risco do inadimplemento, tendo o pacto contratual previsto, em caso de prorrogação da avença principal, a sua prorrogação automática – sem que tenha havido notificação resilitória, novação, transação ou concessão de moratória relativamente à obrigação principal –, não há falar em extinção da garantia pessoal. Ressalte-se, nesse ponto, que poderá o fiador, querendo, promover a notificação resilitória nos moldes do disposto no art. 835 do CC, a fim de se exonerar da fiança.* (STJ, REsp 1.374.836/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3.10.13).

assumiu prestações de caráter diferido no tempo, os herdeiros terão que suportar o pagamento, pois a causa foi anterior à morte. Assim, se o contrato de venda foi subscrito em janeiro de 2014 e o pagamento do devedor foi ajustado para Setembro, o fato da morte em Junho – 3 meses antes da data do cumprimento – não exonera os sucessores se na eclosão do termo o afiançado não cumprir.[50]

A segunda perspectiva se extrai da parte final da regra: *e não pode ultrapassar as forças da herança.* Repete-se a normativa do art. 1.792 do Código Civil, pela qual os herdeiros respondem pelas dívidas nos limites das forças da herança e não com os seus próprios patrimônios. Se os débitos do afiançado são anteriores ao decesso, mas se qualificam como *ultra vires,* para que se evite a insolvência do espólio, incumbe aos herdeiros demonstrar o excesso.

6.3 Causas imputáveis ao credor

Há um conjunto de circunstâncias que determinam a extinção da fiança e que são atribuíveis ao comportamento do credor. A teor do art. 838 do Estatuto Substantivo, "o fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado: I – se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor; II – se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências; 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".

O primeiro inciso cuida da moratória concedida pelo credor ao devedor, sem a aquiescência do fiador.

Rememoramos que o credor é titular de direito eventual com relação ao patrimônio do fiador, que só será atingido se o devedor se tornar inadimplente. Assim, há toda uma expectativa do garante no cumprimento da obrigação pelo afiançado.

Mas, a moratória concedida pelo credor ao devedor representa um agravamento do risco do fiador, na medida em que o deferimento de um prazo adicional para o vencimento do débito representa uma oportunidade a quem manifestamente não possui condições de cumprir. Portanto, sobejará exonerado da fiança o garante que não compactue com a outorga unilateral de suplementação de prazo pelo credor ao afiançado. Apesar do Código Civil apenas mencionar a moratória, o inciso pode abranger a transação entre o credor e o devedor. Transação e a moratória, ainda que

50. STJ, *1. Esta eg. Corte de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a responsabilidade do fiador fica delimitada aos encargos originariamente firmados, de modo que o contrato de fiança deve ser interpretado com certa nuança, no sentido de não vincular o fiador ou o espólio ao cumprimento* ad infinitum *do contrato, ainda que haja cláusula prevendo sua responsabilidade sem termo previsto. Nesse diapasão, tendo o contrato de fiança natureza* intuitu personae, *e acontecendo o evento morte do fiador ou do afiançado, como está sujeito a acontecer nos contratos de locação, a obrigação também se extingue, exonerando, por consequência, e a partir daí, o espólio* (STJ, AgRg no Ag 772179/PR, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., *DJe* 19.9.13).

sejam modelos jurídicos diversos, têm efeito comum quanto à exoneração do fiador que não anuiu com o acordo firmado entre o credor e o devedor.

Não se confunda essa formal procrastinação do momento do cumprimento com o comportamento tolerante do devedor, que simplesmente não age contra o devedor, mesmo após a consumação do descumprimento. Quando o credor, sem justa causa, demora a execução iniciada contra o devedor, a eficácia jurídica da omissão consistirá em oportunizar ao fiador a promoção do seu andamento, como ressai do art. 834 do Código Civil.

Alertamos para duas situações que perpassam o tema: *primeiro*, se dois fiadores estão em posição de aderir à moratória e apenas um deles consente, fatalmente aquele que não participou do ajuste será excluído da obrigação – mesmo que a fiança seja solidária – que sobreviverá com o cofiador.[51] Será essa mais uma bifurcação entre a cessação da obrigação fidejussória, sem que o contrato de fiança se extinga, remanescendo unicamente com o fiador que aquiesceu à moratória; *segundo*, quando houver um único fiador, o fato dele ser solidário com o devedor principal não altera a regra do inciso I do art. 838. Vale dizer, sem o consentimento do fiador à repactuação do termo do débito, o contrato acessório será extinto.

Especificamente no terreno da locação, caso o credor queira prorrogar expressamente o termo do débito do locatário, poderá o fiador cessar com o contrato de garantia a luz da Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça: o *fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu*.[52]

51. STJ, Informativo nº 0433, Período: 3 a 7 de maio de 2010. Quinta Turma. *Na espécie, os recorrentes figuram como fiadores em um contrato de locação. Como houve atraso no pagamento dos alugueres, locador e locatário celebraram acordo moratório no qual houve pedido de exoneração dos fiadores. Porém, um dos fiadores participou do acordo não na qualidade de garante, mas como representante legal do locatário. Assim, a Turma entendeu que, apesar de a jurisprudência afirmar que os fiadores que não anuem com o pacto adicional, no caso, o acordo moratório, não respondem pelas obrigações resultantes da fiança, mesmo que exista cláusula estendendo essas obrigações até a entrega da chave, o fiador que subscrever o referido acordo, mesmo que na condição de representante legal da pessoa jurídica locatária, tem ciência inequívoca do ato, o que afasta a pretensão de ser exonerado da garantia com base no art. 1.503, I, do Código Civil de 1916. O garante que não participou do mencionado acordo fica exonerado da garantia. Logo, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento* (STJ, REsp 865.743/RS, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 4.5.10).

52. STJ, Informativo nº 0504, Período: 10 a 19 de setembro de 2012. Quarta Turma. *A transação entre credor e devedor sem a anuência do fiador com a dilação do prazo para o pagamento da dívida extingue a garantia fidejussória anteriormente concedida. Com base nesse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso especial para acolher a exceção de pré-executividade oferecida em primeiro grau e, por conseguinte, determinar a exclusão dos fiadores do polo passivo da ação de execução. No caso, não obstante a existência de cláusula prevendo a permanência da garantia pessoal no novo pacto, a responsabilidade dos fiadores está limitada aos exatos termos do convencionado na obrigação original – ao qual expressamente consentiram – visto que a interpretação do contrato de fiança deve ser restritiva (art. 1.483 do CC/1916). Além disso, asseverou o Min. Relator que a extinção da garantia teria ocorrido com base em duplo fundamento, qual seja, a ocorrência da transação e moratória simultaneamente. Conquanto a transação e a moratória sejam institutos jurídicos diversos, ambas têm o efeito comum de exoneração do fiador que não anuiu com o acordo firmado entre credor e devedor (art. 838, I, do CC). Considerou-se, ainda, como parâmetro, o enunciado da Súm. 214 do STJ, a qual, apesar de se referir a contratos de locação, pode ser aplicada por extensão à situação dos fatos, pois a natureza da fiança é a mesma* (STJ, REsp 1.013.436/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.9.12).

Prosseguindo, outra causa extintiva se reporta a um fato do credor que dificulte o exercício da sub-rogação pelo fiador nos seus direitos e preferências. Malgrado se sirva o legislador de uma expressão mais enfática, tornar *impossível a sub-rogação*, basta que a irresponsabilidade do credor na gestão do débito do afiançado acarrete qualquer prejuízo ao garante, para que ela tenha justa causa para extinguir o contrato de fiança. Nessa toada, se o credor não especifica a hipoteca do bem do devedor, ou deixa de registrá-la, a sub-rogação pelo fiador não se impossibilita propriamente, mas sem sombra de dúvidas o direito de regresso se converte em uma dura empreitada. Situações como esta facultam ao fiador o acesso à extinção contratual pois denotam a violação a deveres de proteção emanados da boa-fé objetiva, que em tese deveriam guiar as relações entre credor e fiador.

Essa questão é recorrente em contratos de alienação fiduciária. A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, após a venda extrajudicial do bem garantido por alienação fiduciária, não tendo sido o fiador cientificado acerca da alienação do bem que estava na posse do devedor, a obrigação de pagamento do saldo restante será pessoal deste, desaparecendo a garantia da fiança.[53] Esse contrato atinge grandes proporções no contexto brasileiro e a nossa realidade aponta para o fato de que frequentemente o único bem de onde o fiador pode extrair recursos do devedor é aquele que foi dado em garantia. Daí a necessidade, de que seja ele cientificado, pelo credor, de que o bem será vendido, para que possa pagar o débito, sub-rogando-se no crédito e na garantia. Isso não se fazendo, não poderá ser responsabilizado pelo débito remanescente.

A terceira e última situação veiculada pelo artigo em exame fere a hipótese em que o credor, em pagamento da dívida, aceita amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, e depois venha a perdê-lo por evicção. Se o credor consente em receber um bem diverso do devedor, no lugar daquele que originariamente receberia, efetiva-se a dação em pagamento. A dação implica extinção da obrigação originalmente contraída pelo devedor (CC, art. 356).

Ensina a regra geral das obrigações, que "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" (CC, art. 359). Dito assim, se a evicção do bem dado em pagamento se consumar, as consequências não serão as estabelecidas no art. 450 do Codex – restituição do preço e indenização cabal –, mas a pura e simples desconsideração da dação para que se restabeleça a obrigação primitiva. Quando a parte derradeira do art. 359, do mesmo Diploma Legal, ressalva os *direitos de terceiros*, dialoga com o art. 838, III, no sentido de desobrigar um especial terceiro interessado, qual seja, o fiador da obrigação primitiva.

Realmente, após ter sido liberado de responsabilidade, o prestador da garantia originária não pode ficar exposto à insegurança jurídica de, eventualmente, ver

53. STJ, REsp 749199/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., *DJe* 25.3.11.

repristinada a fiança pela existência de um vício jurídico no bem concedido em dação. Exemplificando, *A* é fiador de *B* em uma dívida de 100 e, com o consentimento do credor *C*, *B* oferece um quadro em substituição ao pagamento da obrigação pecuniária. Se, tempos depois, *D* prova que o quadro é de sua titularidade, restabelece-se a obrigação inicial de 100, porém sem que *A* retorne à posição de fiador, pois a garantia fidejussória foi extinta, apesar da sobrevivência da obrigação principal.

Em comum aos três incisos do art. 838 da Lei Civil, dado o fato autorizador da extinção do contrato a exoneração do fiador será automática e não se condicionará ao prazo de sessenta dias do art. 835, do mesmo Codex, que só se aplica aos seus pressupostos específicos. Assim se coloca o Enunciado 547 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "na hipótese de alteração da obrigação principal sem o consentimento do fiador, a exoneração deste é automática, não se aplicando o disposto no art. 835 do Código Civil quanto à necessidade de permanecer obrigado pelo prazo de sessenta dias após a notificação ao credor, ou de cento e dias dias, no caso de fiança locatícia".[54]

Outra causa motivadora da extinção da fiança que é atribuída a um comportamento temerário do credor é vislumbrada no art. 839 do multicitado Estatuto: "se for invocado o benefício da excussão e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou, se provar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada".

Aqui se introduz a situação pela qual o fiador se socorre da exceção substancial do benefício de ordem, indicando bens precisos do devedor, hábeis à satisfação do crédito reclamado. Na qualidade de devedor subsidiário, trazer esta defesa indireta de mérito é um ônus do fiador, sob pena dos atos de agressão patrimonial imediatamente recaírem sobre os seus bens. Entretanto, ao invés de o credor excutir os bens indicados pelo fiador – principiando a penhora –, posta-se inerte, sem que materialize os atos necessários ao trâmite da lide.

Se nesse interregno o devedor se torna insolvente, a desídia do titular do crédito terá eficácia extintiva sobre a garantia acessória. Como já dito alhures, com supedâneo na boa-fé objetiva, há uma legítima expectativa de confiança do credor no sentido de que o recurso ao benefício de excussão permitirá ao credor a eficaz excussão em face do devedor. Mas se aquele negligencia o exercício da pretensão e,

54. Justificativa: O objetivo do art. 366 e da Súmula nº 214 do Superior Tribunal de Justiça ("O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu") é justamente o de proteger o fiador de ficar responsável por algo ao qual não anuiu ou sobre o qual não manifestou expressa concordância. Dessa forma, ocorrendo novação ou aditamento à obrigação original após a notificação do fiador, estaria este liberado de imediato, sem que pese sobre ele o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no art. 835 do Código Civil. Do contrário, estaria ele sujeito a responder por obrigações às quais não anuiu, não concordou expressamente. Ora, durante esse prazo excedente de 60 (sessenta) dias, já estariam vigentes as alterações feitas entre credor e devedor principal, o que anularia em parte o benefício conferido ao fiador de permitir-lhe exonerar-se da fiança na hipótese do art. 366 e da Súmula nº 214 do Superior Tribunal de Justiça. Tratando-se de fiança locatícia, aplica-se o mesmo raciocínio em relação ao prazo de 120 (cento de vinte) dias previsto no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.245/91.

consequentemente, o dever instrumental de proteção à posição jurídica do fiador, surge para ele a faculdade de extinguir a obrigação acessória. Sanciona-se o credor apenas se provado que antes os bens eram livres e desembaraçados e, com a inação do credor, perderam tais atributos. Restará ao credor a garantia limitada ao patrimônio de um devedor economicamente debilitado.

Obtempere-se que ao fiador se faculta a alternativa de promover o andamento da excussão, tal como já mencionado, quando da análise do art. 834 do Código Civil.

6.4 Causas extintivas diretas genéricas

Até o momento, tratamos de diversas causas diretas de extinção da fiança. O decurso do prazo da fiança, a exoneração do fiador, a morte do garante e os comportamentos imputáveis ao credor, todos eles, em comum, são fatos jurídicos que produzem a extinção do contrato de fiança, com previsão legal especificamente pavimentada para atender às peculiaridades desse modelo jurídico.

Todavia, a fiança pode chegar ao seu ocaso por outras circunstâncias, aplicáveis aos negócios jurídicos em geral. Determina o art. 837 do Estatuto Substantivo que "o fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor". A sobredita regra bifurca as espécies de defesas outorgadas ao fiador: de um lado, as exceções pessoais; de outro, quaisquer outras exceções que, despidas do atributo da pessoalidade, poderiam ser opostas pelo devedor. Centralizaremos nossos esforços na identificação das *exceções pessoais extintivas*.

Primeiro, a constatação de uma causa de nulidade ou de um defeito que projete a anulabilidade do contrato. Em qualquer dos casos, invariavelmente a sanção a um dos ilícitos localizados nos arts. 166 e 171 do Código Civil será a invalidade do negócio, sem que isto, contudo, perturbe a validade da relação jurídica base entre credor e devedor.

Segundo, a extinção da fiança também será fruto da ocorrência da prescrição da pretensão contra o fiador. É possível que a prescrição fulmine a obrigação acessória, sem atingir a principal, na hipótese em que houver insolvência ou falência do devedor e quanto a ele o credor a interrompa, apresentando o título da obrigação em concurso de credor (CC, art. 202, IV). Este obstáculo não impede que o credor exercite a pretensão contra o fiador, posto vencida a dívida. Mas, se o credor não exigir o pagamento, ocorrerá em determinado prazo a prescrição para o exercício da pretensão à obrigação principal.[55]

55. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*, p. 267.

Terceiro, o fato jurídico da morte do devedor. Com efeito, se falece o devedor, não persiste a obrigação acessória em razão de seu cunho personalíssimo. Note-se que a obrigação principal poderá prosseguir com a substituição pelos herdeiros, que assumirão as situações jurídicas do *de cujus*. Mas a sobrevivência do contrato base com mutação subjetiva passiva permite ao fiador o exercício do direito potestativo extintivo da garantia fidejussória. Como já enfatizado, nem sempre haverá coincidência temporal entre a morte do contrato e o decesso das obrigações dele emanadas. Isto posto, se houve inadimplemento antes do óbito do afiançado, tendo o fiador se obrigado como garante dos valores relativos à avença então firmada, devendo responder pelas obrigações contratuais não honrados pelo falecido. Essa ocorrência é vista no contrato de locação, que remanesce com a entidade familiar após a morte do locatário. Mas, sendo a fiança contrato de natureza *intuitu personae*, porque importa a confiança que inspire o fiador ao credor, a morte do inquilino importa em extinção da fiança e exoneração da obrigação do fiador.

6.5 Causas extintivas indiretas

Eventualmente, a extinção do contrato de fiança será consequência direta da extinção da obrigação principal a que aquele acessoriamente se prende.

Haverá influência determinante na fiança a concretização do pagamento pelo devedor. O adimplemento não será apenas a recuperação da liberdade do devedor perante o vínculo obrigacional, mas refletirá na sobrevivência de toda e qualquer garantia especial que fora concedida para a tutela do crédito, seja ela real ou pessoal.

Se houve o pagamento e mesmo assim o credor exige o débito do fiador, fará ele recurso da parte final do art. 837 do Código Civil, pelo qual, além de opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais (causas extintivas diretas), também poderá opor "as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor" (causas extintivas indiretas).

E se o pagamento realizado pelo devedor foi parcial, em dívida parcialmente garantida? Caso pago uma parte inferior ao montante total garantido, com a aceitação do credor, há dúvida se a parte desonerada será aquela que estava afiançada ou a parte desprovida de garantia pessoal. Cremos que nesse caso terá o credor a prerrogativa de imputar o pagamento nos casos em que o devedor quita parcialmente, mas não especifica qual parte quis saldar (CC, art. 353). Porém, se o credor não imputar o pagamento, deverá ser aplicada a parte final da regra do art. 355 da Lei Civil, atribuindo-se o pagamento à dívida mais onerosa, que certamente será a parcela coberta pela fiança. Consequentemente haverá a extinção do contrato acessório, preservando-se o negócio jurídico principal pelo valor do débito residual, agora sem garantia.

Equipara-se ao pagamento, para fins de eficácia liberatória do fiador, as diversas modalidades de adimplemento indireto versadas pelo Estatuto Reale, propriamente a dação em pagamento, novação, compensação, confusão ou remissão. Exemplificando,

importa exoneração do fiador a novação feita sem o seu consenso com o devedor (CC, art. 366). Realmente, com a extinção da obrigação principal por força do surgimento de outra que a substitui, não mais sobreviverá o contrato acessório, posto atrelado à obrigação suplantada. Diferentemente, se houve a sub-rogação em razão do pagamento da obrigação principal por um terceiro, o fiador não será exonerado, posto transferido o novo credor a garantia do primitivo em relação ao débito, seja contra o devedor principal, como os fiadores (CC, art. 349).

Especificamente nas relações entre a fiança e a compensação, tratando-se esta de uma forma indireta de pagamento quando há reciprocidade de créditos e débitos. Além da reciprocidade, há outros requisitos sem os quais a compensação não se opera; é preciso que ambas as prestações sejam fungíveis, líquidas e vencidas. Quanto à reciprocidade propriamente dita, há uma única exceção, justamente que recai sobre a fiança: o fiador pode compensar com o credor o que o credor deve ao afiançado. No exemplo colacionado por Cristiano Sobral,[56] "*A* é credor de *B* de R$ 1.000,00. E numa outra obrigação *A* deve a *B*, R$ 600,00. Digamos que o crédito contra B de R$ 1.000,00 é afiançado por *C*. *C* pode dizer a *A* que em vez de lhe pagar R$ 1.000,00 vai lhe pagar R$ 400,00. A fiança é o único contrato onde pode ocorrer a compensação sem haver reciprocidade dos créditos e débitos".

Outrossim, a invalidade da obrigação principal reflete na fiança. Com a declaração judicial da inaptidão do negócio jurídico base produzir os seus efeitos normais (nulidade), ou com a desconstituição de seus efeitos provisórios pela parte prejudicada (anulabilidade), a sanção da invalidade do contrato que alicerçava a garantia inexoravelmente será esta extinta. Como bem adverte o art. 184 do Estatuto Substantivo, "a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal". A única exceção, já devidamente apreciada, encontra-se na parte final do art. 824 do Código Civil e concerne à situação em que invalidade da obrigação principal resulta da incapacidade pessoal do devedor. Aí a fiança subsistirá, mesmo que invalidada a obrigação principal, pois o fiador garante o credor contra os riscos da incapacidade desconhecida pelo devedor.

A prescrição da obrigação principal também reflete no término da subsistência da fiança. A prescrição é um fato jurídico que faz surgir para o devedor uma pretensão capaz de neutralizar a pretensão do credor. Quando o devedor exercita tal faculdade e suprime a eficácia da pretensão, as consequências irradiarão sobre a obrigação acessória. Porém, como se infere do § 3º do art. 204 do Código Civil, a conduta ativa do credor de interromper o fluir do lapso prescricional não só é eficaz contra o principal devedor, mas também prejudica o fiador.

Enfim, o fiador não terá acesso às exceções personalíssimas do devedor, mas lhe é franqueado o manejo de qualquer defesa que repercuta na extinção da fiança, mesmo que o devedor a ela tenha renunciado.

56. PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*, p. 514.

Bibliografia

ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*. Coimbra: Almedina, 1986.

ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1999.

ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, v. 1. Coimbra: Almedina, 1992.

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. V.

ALVES, Jones Figueirêdo. Da empreitada. In: FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. "Do comodato" e "do mútuo". In: FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Paula Ribeiro. *Contrato de Seguro à Distância*. Coimbra: Almedina, 2009.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. *Da doação*. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O Modelo do Código Civil de 2002 sob a perspectiva das Funções Atuais da Codificação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. V.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do contrato de depósito. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. IX – das Várias Espécies de Contrato. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Novo Código Civil* – questões controvertidas, v. 2. São Paulo: Método, 2004.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos Nominados*. São Paulo: RT, 2005.

ASSIS NETO, Sebastião José de. *Curso básico de Direito Civil*: obrigações e contratos. Niterói-RJ: Impetus, 2009, v. II.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico* – Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 750, abr. 1998.

_____. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista trimestral de direito civil*, n. 19. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2004.

_____. O novo Código Civil brasileiro: tramitação: função social do contrato; boa-fé objetiva. Porto Alegre, *Revista Jurídica Notadez*, n. 308, jun. 2003.

_____. Natureza jurídica do contrato de consórcio. *RT*, v. 832. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2005.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia dos Contratos. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (Coord.). 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a Autonomia Negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Direito e o Tempo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (Coord.). 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no Direito do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1997

BERALDO, Leonardo. *Função social do Contrato*: Contributo para a Construção de uma Nova Teoria. Dissertação de Mestrado concluída na PUC/MG. Belo Horizonte: 2009.

BESSONE, Darcy. *Do contrato* – teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Da compra e venda*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. *Teoria general del negócio jurídico*. Lima: Ara Editores, 2001.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral das Obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

_____. *Direito das obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945.

_____. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955.

_____. *Direito das Obrigações*. Edição histórica. Campinas-SP: Red Livros, 2000.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, v. 5 – La responsabilità. Milano: Giuffrè, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*: contratos. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, t. I.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e a sua expressão no novo Código Civil. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA Judith (Coord.). *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Da Evicção. Aspectos Materiais e Processuais. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (coord). *Direito Contratual, Temas Atuais*. São Paulo: Gen-Método, 2009.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. III.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a Favor de Terceiro*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARDOSO, Debora Rezende. *O fim Negativo do Contrato no Código Civil de 2002*. A nova Crise do Contrato. MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. Das cláusulas restritivas da legítima. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família – 1ª Série*, Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBDFAM, 2004.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões sobre o Cumprimento Inexato da Obrigação no Direito Contratual. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual, Temas Atuais*. São Paulo: Gen-Método, 2009.

CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o Contrato Preliminar. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões Controvertidas do Direito das Obrigações e Contratos*. São Paulo: Método, 2005.

CHALHUB, Melhim Namem. Afetação patrimonial no direito contemporâneo. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, n. 29, jan. 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Direito das obrigações*. V. II. Lisboa: AAFDUL, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. Contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 3.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Da Modernização do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos Contratos Onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRESCENZO MARINO, Francisco Paulo de. Classificação dos Contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Interpretação e Integração dos Contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. A aplicabilidade da exceptio non adimpleti contractus aos contratos administrativos. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual, Temas Atuais*. São Paulo: Gen-Método, 2009.

CUNHA LUNA, Everardo da. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 1999.

DINIZ, Davi Monteiro. Aliciamento no contrato de prestação de serviços. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, v. 27. Porto Alegre: Síntese, jan./fev. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro* – 3. v. teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21. ed. São Paulo, 2005.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 2º vol.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 3.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRHARDT. JR, Marcos. *Revisão Contratual*. Salvador: Podivm, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*. Campinas-SP: Bookseller, 2002.

FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Rosana. Uma releitura constitucionalizada da prisão civil (desafios e perspectivas à luz da jurisprudência recente). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). *Direito Civil Constitucional*: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

FACHIN, Luis Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil:* Teoria Geral, 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito das Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito civil* – teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FELIPE, Yara Peixoto. Competência da Justiça do Trabalho e a Súmula do STJ. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-11/atual-competencia-justica-trabalho-sumula-363-stj>. Acesso em: 5 jan. 2011.

FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no código de defesa do consumidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969

FLUME, Werner. *El negócio jurídico*. Trad. José Maria Miquel González. Madrid: Fundación Cultural del notariado, 1998.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. Separata do volume XXVIIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Directo da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. O direito dos contratos no século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O Valor do Silêncio no Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda (coord). *Aspectos Controvertidos no Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. *Curso de direito civil* – contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Contrato com Pessoa a Declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos*: Direito Civil e Empresarial. São Paulo: RT, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O Contrato de Doação*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O contrato de doação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: Contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. IV, Tomo 2.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código Comentado de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 2006, Tomo I.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*: les obligations – Les effets du contrat. Paris: LGDJ, 1992.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua Conservação*. Curitiba: Juruá, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Código civil comentado*. PELUSO, Cesar (Coord.). 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro* – Contratos e Atos Unilaterais. v. III. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Civil Brasileiro:* Contratos e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. III.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. VI.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

_____. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1977.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, t. I.

_____. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, t. I.

JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos* – Proteção contra cláusulas abusivas. Curitiba: Juruá, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KANITZ, Stephen. *Família acima de tudo*. Rio de Janeiro: Thomas Nelson, 2009.

KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. *Contratos Cativos de Longa Duração*. A nova Crise do Contrato. MARQUES, Cláudia Lima (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no direito privado*, São Paulo: RT, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Derecho justo*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LEITÃO, Luís Manoel Teles Menezes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio*. São Paulo: Manole, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil:* Contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

_____; MORATO, Antônio Carlos. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. VI.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6.

_____. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 7.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Parte General. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni, 2004.

_____. *Comércio Eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tratado de los contratos*. Santa Fe: Rubinzal/Culzoni, 2000, t. I.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. PELUSO, Cezar (coord). 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Método, 2002.

_____. *Contratos no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACNEIL, Ian R. *O Novo Contrato Social*. Alvamar de Campos (trad). Rio de Janeiro: Campus, 2009.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A nova Crise do Contrato*. MARQUES, Cláudia Lima (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano. *O Subcontrato*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Da Cessação do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Correa-Lima, Osmar Brina Atualiz. 16. ed. São Paulo: Gen-forense, 2010.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo Via Internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Atual. José da Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V. t. I.

_____. A boa-fé como modelo. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, n. 680, jun. 1992.

_____. Judith. Mercado e solidariedade social. In: MARTINS-COSTA (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Judith. O direito privado como um "sistema em construção". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, jul. 1998.

_____. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões Controvertidas do Direito das Obrigações e Contratos*. São Paulo: Método, 2005.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: LTr, 2008, v. 3.

MATTIETO, Leonardo. *A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração*, In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, v. 4, out./dez. de 2000.

_____. *Invalidade dos atos e negócios jurídicos*, In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil*: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Bosch: Barcelona, 1995.

MEIRELES, Edílton. *O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas Contratuais Gerais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. III.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico* – plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, M. I. Carvalho de. *Contratos no Direito civil Brasileiro*. (atual.) DIAS, José Aguiar. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito Econômico dos Contratos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2005. t. 38.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2001.

_____. A causa dos contratos. *Revista trimestral de direito civil*, v. 21. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2006.

_____. Notas sobre a Promessa de Doação. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional do dano moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*: repersonalizando o Direito Autoral, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. Teoria geral do direito civil. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Aplicação do Código Civil às licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil:* Contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol.3

_____. *Curso de direito civil* – Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade civil* – descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.

_____. *Do contrato:* conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de direito privado*, v. 12. São Paulo: RT, out./dez., 2002.

NANNI, Giovanni Ettore. Evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*. Curitiba: Juruá, n. 2, 2001.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Impenhorabilidade de bens. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

_____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES JR. Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do consumidor Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. *União estável:* do Concubinato ao Casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, James Eduardo de. *Código Civil Anotado e Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

PAI MORAES, Paulo Valério dal. Compatibilidade entre os princípios do código de defesa do consumidor e os do novo Código Civil. *Revista de direito do consumidor*, n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – Contratos. Atualizador: Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. III.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. (Org.) Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2008.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

Faculdade 7 de Setembro
1127
FA7
Fortaleza
Ceará

PIRES, Fernanda Ivo. *Lesão no Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, v. 43.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*. Curitiba: Juruá, 2001.

POTTER, Nelly. *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRATA, Ana. *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2003.

_____. A Economia da Justiça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

QUEIROZ, Mônica. *Direito civil* – Parte Geral e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo. Atlas, 2010.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito* – para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Experiência e cultura*. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 3.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil:* Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

_____. *Parte geral das obrigações*. 30. ed. Saraiva: São Paulo, 2002. v. 2.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 821, mar. 2004.

_____. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2008, v. VI, t. I.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1998.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Código Civil comentado. PELUSO, Cezar (Coord.). 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

_____. *Cláusula Penal*. A Pena privada nas Relações Negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas-SP: Bookseller, 1999, v. 3.

RUZZI, Marcos Hoppenstedt. Resolução pela Frustração do Fim do Contrato. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual*, Temas Atuais, São Paulo: Gen-Método, 2009

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SANTOS JR., E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SALERNO, Marcelo Urbano. *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Catolica Argentina, 2007.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Do mandato. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos Nominados II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Mínimo existencial e direito privado. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, n. 29, Janeiro 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, n. 22, Abril 2005.

SCHEINMAM, Maurício. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. VI.

SENNA, José Julio. *Os parceiros do rei*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, v. IV.

_____. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. III.

SILVA, Agathe E. Schmidt. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista Ajuris*, n. 67.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária*.

SILVA, Jorge César Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Função social do contrato no novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos Contratos* – Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SOUZA, Sílvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. VIII.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA LIMA. *Instituições de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995, v. I.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil* – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. A função social do contrato, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1049, 16 maio 2006.

_____. A Formação do Contrato no novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a Via Eletrônica. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões Controvertidas do Direito das Obrigações e Contratos*. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Direito Civil:* Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, v. 3.

TEIXEIRA, Anderson; OLIVEIRA, Elton Somensi (Org.). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. São Paulo: Manole, 2010.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional 45/2004. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 69. n. 1.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. X.

_____. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.* Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil.* Coordenador: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. I.

_____. *O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro, Forense, 2003.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato.* Direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TIMM, Luciano Beneti. *Direito e Economia.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. *Conversão de negócio jurídico*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O Silêncio na Formação dos Contratos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral.* 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VASCONCELLOS, Pedro Leitão Pais de. *A procuração irrevogável.* Coimbra: Almedina, 2002.

VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado.* São Paulo: Atlas, 2002. v. XVII.

_____. *Contratos Atípicos.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Condição, termo e encargo.* São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Invalidade do negócio jurídico.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Compromisso de Compra e Venda com Eficácia Real. In: DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Novo Código Civil* – questões controvertidas. São Paulo: Método, 2004, v. 2.

_____. *Direito Civil:* Contratos em Espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIANA, Marco Aurélio. *Curso de Direito Civil* – Contratos. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008.

VINEY, Geneviève. Les obligations. *La responsabilité*: effets. In: Tomo V do Traité de droit civil, GHESTIN Jacques (Dir). Paris: 1982.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro* – obrigações e contratos. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Direito Civil:* Contratos em Espécie. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre a crise do processo de execução. In: DIDIER, Fredie. *Execução civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WARDE JR., Walfrido Jorge. Considerações acerca dos Contratos de Empresa. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1976.

_____. *História do direito privado moderno*. Trad. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os Novos Instrumentos de Equilíbrio Contratual. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova Crise do Contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo*. São Paulo: Gen-Método, 2008.

_____. O risco contratual. In *Sociedade de risco e direito privado*. São Paulo: Atlas, 2013.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Estudios de derecho privado europeo*. Trad. Antoni Vaquer. Madrid: Civitas, 1999.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.